

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES

École doctorale : EDSJ - Ecole Doctorale Sciences Juridiques

Spécialité : Droit Privé

Unité de recherche : Centre de Recherches juridiques

Les métamorphoses de la protection des biens en droit de la famille

The metamorphosis of property protection in family law

Présentée par :

Mickaël GROS

Direction de thèse :

Ingrid MARIA

PROFESSEURE DES UNIVERSITES, Université Grenoble Alpes

Directrice de thèse

Pierre MURAT

PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université Grenoble Alpes

Co-directeur de thèse

Rapporteurs :

Nathalie PETERKA

PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université Paris Est - Créteil

Yann FAVIER

PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université Chambéry

Thèse soutenue publiquement le **5 décembre 2022**, devant le jury composé de :

Ingrid MARIA

PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université Grenoble Alpes

Directrice de thèse

Nathalie PETERKA

PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université Paris Est - Créteil

Rapporteuse

Yann FAVIER

PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université Chambéry

Rapporteur

Christophe VERNIERES

PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Président

Michel FARGE

PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université Grenoble Alpes

Examineur



L'Université Grenoble Alpes n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

REMERCIEMENTS

Je remercie le professeur Pierre Murat de m'avoir accordé sa confiance à la suite de la rédaction de mon mémoire réalisé sous sa direction. Ses enseignements, d'une grande richesse, m'ont donné l'envie de poursuivre mes recherches en droit patrimonial de la famille. Je le sais gré de m'avoir donné des conseils avisés, qui m'ont guidé tout au long de mon parcours. Je comprends mieux maintenant ce qu'il voulait dire par « vous riez mais... ». Je remercie vivement le Professeur Ingrid Maria de s'être associée à la direction de ma thèse. J'exprime toute ma reconnaissance pour ses conseils, pour sa bienveillance, pour son implication, pour sa disponibilité, pour son soutien et pour ses précieuses relectures. Je tiens à leur faire part de ma profonde gratitude et de mon respect le plus sincère.

Je remercie également les Professeurs Michel Farge, Yann Favier, Nathalie Peterka et Christophe Vernières qui ont consenti à juger de ce travail.

Mes remerciements vont aussi à l'ensemble des enseignants-chercheurs avec lesquels j'ai eu l'occasion de travailler. Les enseignements sont une vraie ouverture d'esprit au service de la thèse. Je remercie particulièrement ceux qui ont été présents lors des moments difficiles et qui ont su me rassurer pour me faire avancer.

Je tiens à remercier l'ensemble des personnes qui ont accepté de relire mes travaux, leur dévouement me touche, et tout ceux qui m'ont permis d'enrichir mes réflexions grâce à nos discussions.

Un grand merci à tous mes amis qui ont rendu ces années de thèse plus belles et sans qui ce projet n'aurait pas eu la même saveur. Je termine en remerciant les membres de ma famille – remerciements post-modernes –, principalement mes parents, pour tous leurs encouragements et leur patience. Je sais qu'ils se disent aujourd'hui : « Enfin ! ».

SOMMAIRE

Première partie DES MÉTAMORPHOSES DÉSTRUCTURÉES

Titre 1 Les manifestations des métamorphoses

Chapitre 1 Les métamorphoses des outils de la protection

Chapitre 2 Les métamorphoses des acteurs de la protection

Titre 2 Les facteurs des métamorphoses

Chapitre 1 L'influence de la conception de la famille

Chapitre 2 L'influence des évolutions extérieures au droit de la famille

Seconde partie DES MÉTAMORPHOSES STRUCTURABLES

Titre 1 L'unité possible de la philosophie législative

Chapitre 1 Les lignes directrices de la philosophie législative contemporaine

Chapitre 2 Les objectifs de la philosophie législative contemporaine

Titre 2 L'unité perfectible de la philosophie législative

Chapitre 1 La cohérence de la protection en droit patrimonial de la famille

Chapitre 2 La cohérence de la protection en droit patrimonial des personnes en situation de vulnérabilité

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AJ fam.</i>	Actualité juridique, droit de la famille
al.	alinéa
A. N.	Assemblée nationale
art.	article
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
c..	contre
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CEDH	Cour européenne des droits de l’homme
Ch. mixte	arrêt de la chambre mixte de la Cour de Cassation
chron.	chronique
Civ.	arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 1 ^{re}	arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2 ^e	arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Com.	arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	commentaire
Cons. Constit.	Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	Contrairement à
CPC	Code de procédure civile
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
Dir.	Sous la direction de
Doctr.	Doctrine
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. fam.</i>	Droit de la famille
éd.	édition
et <i>alii.</i>	et autre(s)
et s.	et suivants (es)
fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Infra</i>	ci-dessous
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
<i>JCP E</i>	La semaine juridique, édition entreprise et affaires
<i>JCP G</i>	La semaine juridique, édition générale
<i>JCP N</i>	La semaine juridique, édition notariale
J.O.	Journal officiel
<i>J.-Cl</i>	Juris-Classeur
L.	Loi
<i>LEFP</i>	L’essentiel du droit de la famille et des personnes

LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
n°	Numéro
Obs.	Observations
ONU	Organisation des Nations Unies
<i>Op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (dans l'ouvrage précité)
Ord.	Ordonnance
p.	page
préc.	précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
<i>Rép. Civ.</i>	Répertoire civil Dalloz
Req.	arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de Cassation
<i>Rev. crt. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. contrats</i>	Revue des contrats
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
Rép. Min.	Réponse ministérielle
<i>RLDC</i>	Revue lamy droit civil
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
Soc.	arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
<i>supra</i>	plus haut, précédemment
t.	tome
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
trad.	traduction
V°	voir au mot
v.	voir
Vol.	Volume

INTRODUCTION

1. Les réformes du droit de la famille. – En droit de la famille, il est classique d’opposer à la stabilité de la législation du XIX^e siècle, le mouvement des grandes réformes des années 60, mais également les réformes contemporaines. La stabilité de la législation au XIX^e siècle se retrouve tant en droit des régimes matrimoniaux¹, qu’en droit patrimonial du majeur² et du mineur³, et, dans une certaine mesure, en droit des successions et des libéralités⁴. Les grandes réformes des années 60-70 ont eu pour objectif de repenser des pans entiers du droit de la famille en droit des régimes matrimoniaux⁵, en droit des majeurs⁶ et du mineur⁷, en matière de divorce⁸ ou de filiation⁹, offrant une « refonte presque intégrale »¹⁰ de ce droit. Certaines modifications législatives ont été retardées aux années 2000, comme cela a été le cas en matière de successions et de libéralités¹¹. Ces réformes ont elles-mêmes fait l’objet de modifications, parfois profondes,

¹ G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, PUF, 7^e éd., 1995, p. 57 ; S. PIÉDELIÈVRE, *Les régimes matrimoniaux*, Larcier, 3^e éd., 2020, pp. 13-14 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et N. PETERKA, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 8^e éd., 2021, p. 19.

² Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Dalloz, Sirey, 21^e éd., 2020, pp.554-556 ; Ph. MALAURIE et N. PETERKA, *Droit des personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 11^e éd., 2020, p. 276 et p. 346-347 ; B. TEYSSIÉ, *Droit des personnes*, Lexis Nexis, 23^e éd., 2021, pp. 561-562.

³ Ph. MALAURIE et N. PETERKA, *op. cit.*, p. 313.

⁴ S. PIÉDELIÈVRE, *Successions et libéralités*, Bruylant, 4^e éd., 2022, p. 17 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, Les libéralités*, Dalloz, Précis, 4^e éd., 2013, p. 15.

⁵ L. n° 65-570 du 13 juil. 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, J.O. 14 juil. 1965, p. 6044. Bien qu’il eut les L. du 13 juil. 1907 relative au libre salaire et à la contribution des époux aux charges du ménage, J.O. 16 juil. 1907 ; L. du 18 fév. 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, J.O. 19 fév. 1938, p. 2058 ; L. du 22 sept. 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux, J.O. 3 nov., p. 3649.

⁶ L. n° 68-5 du 3 janv. 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, J.O. 4 janv. 1968, p. 114.

⁷ L. n° 64-1230 du 14 déc. 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l’émancipation, J.O. 15 déc. 1964, p. 11140 ; L. n° 66- 500 du 11 juil. 1966 portant réforme de l’adoption, J.O. 12 juil. 1966, p. 5956 ; L. n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l’autorité parentale, J.O. 5 juin 1970, p. 5227.

⁸ L. n° 75-617 du 11 juil. 1975 portant réforme du divorce, J.O. 12 juil. 1975, p. 7171.

⁹ L. n° 72-3 du 3 janv. 1972 relative à la filiation, J.O. 5 janv. 1972, p. 145.

¹⁰ G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Montchrétien, 9^e éd., 2006, p. 13.

¹¹ Certains auteurs considèrent qu’avant la loi de 2001, le droit des successions connaissait « des réformes fragmentées et successives mais nombreuses », in Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 9^e éd., 2020, p.38. Encore que ces réformes intervenues à « l’extrême fin du XIX^e siècle et au fil du XX^e siècle (...) ne modifient pas sensiblement les caractères de la succession légale », in M. GRIMALDI,

par le biais de lois ou d'ordonnances rénovant le droit de la famille¹². L'ensemble de ces réformes a conduit à modifier la perception du droit de la famille, en général, et de la manière de protéger les biens en particulier. Les contours de la notion de protection des biens en droit de la famille demandent à être précisés (A) afin de comprendre en quoi la protection a fait l'objet de métamorphoses (B).

A. Les contours de la protection

2. Première approche de la protection. – La protection s'entend dans un sens courant comme l'« action ou [le] fait de soustraire quelqu'un ou quelque chose à un danger, à un risque qui pourrait lui nuire; [le] fait de se protéger ou d'être protégé »¹³. La définition de la protection se découpe ainsi en cinq éléments : un acteur de la protection, celui-ci réalisant un acte, un sujet ou un objet de la protection, un danger contre lequel protégé sans qu'il soit nécessairement certain, la réalisation d'un but. Le terme protection désigne également la « personne ou chose qui protège de certains dangers ou de certains risques »¹⁴. La protection s'incarne, en ce sens, dans la personne en charge de la protection ou dans les moyens de sa mise en œuvre. En outre, la protection peut s'entendre de manière plus spécifique comme l'« action de prendre soin de la fortune »¹⁵. Celle-ci s'applique, dans une telle conception, à la fortune d'une personne, la

Droit des successions, Lexis Nexis, 8^e éd., 2020, p. 41. V. en particulier L. n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, J.O. 4 déc. 2001, p. 19279 ; L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, J.O. 24 juin 2006, p. 9513. Au titre des réformes antérieures, il est notamment possible de citer les lois L. n° 57-379, du 26 mars 1957 modifiant les articles 733, 753, 754 et 767 du Code civil en ce qui concerne les successions collatérales, J.O. 27 mars 1957, p. 3205 ; L. n° 71-523 du 3 juil. 1971 modifiant certaines dispositions du Code civil relatives aux rapports à succession, à la réduction des libéralités excédant la quotité disponible et à la nullité, à la rescision pour lésion et à la réduction dans les partages d'ascendants, J.O. 4 juil. 1971, p. 6515 ; L. n° 88-15 du 5 janv. 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises, J.O. 6 janv. 1988, p. 220 ; ou encore l'ordonnance Ord. n° 58-1307 du 23 déc. 1958 supprimant l'envoi en possession du conjoint survivant, J.O. 25 déc. 1958.

¹² L. n° 85-1372 du 23 déc. 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, J.O. 26 déc. 1985, p. 15111 ; L. n°87-570 du 22 juil. 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, J.O. 24 juil.1987, p. 8253 ; L. n° 93-22 du 8 janv. 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, J.O. 9 janv. 1993, p. 49 ; L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité, J.O. 16 nov. 1999, p. 16959 ; L. n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, J.O. 5 mars 2002, p. 4161 ; L. n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, J.O. 27 mai 2004, p. 9319 ; L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, J.O. 7 mars 2007 p. 4325 ; L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, J.O. 18 mai 2013, p. 8253 ; L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, J.O. 17 févr. 2015, p. 2961 ; Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, J.O. 16 oct. 2015, p. 19304 ; L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 sur la modernisation de la justice du XXI^e siècle, J.O. 19 nov. 2016, texte n° 1 ; L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, J.O. 24 mars, texte n° 2.

¹³ CNRTL, V° « Protection ».

¹⁴ CNRTL, V° « Protection ».

¹⁵ Littré en ligne, V° « Protection ».

personne en charge de la protection devant apporter un soin particulier à sa gestion. En reprenant les différents éléments de la définition, la notion de protection s'affine : elle nécessite donc une personne en charge de celle-ci et un objet ou un sujet à protéger. Le but de la protection est d'éviter la réalisation d'un risque ou de prendre soin des biens d'une personne, afin d'éviter une situation nuisible. En droit, la protection peut, plus précisément, être décrite comme la « précaution qui, répondant au besoin de celui ou de ce qu'elle couvre et correspondant en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité, son intégrité, etc., par des moyens juridiques ou matériels ; désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi (mesure, régime, dispositif...) »¹⁶. La définition juridique est donc proche de la définition du langage courant. Toutefois, cette dernière intègre en son sein les moyens qui permettent de parvenir à la protection. De plus, la notion de protection comporte une idée d'anticipation. En effet, certains auteurs ont pu énoncer que « protéger, c'est prévoir »¹⁷, alors que « prévoir consiste à projeter dans l'avenir ce que l'on a perçu dans le passé »¹⁸. Par conséquent, la protection en droit nécessite : une personne en charge de la protection, un sujet ou un objet de la protection, pour prévenir d'un risque ou garantir un droit, notamment dans une perspective d'anticipation, selon certains moyens. La protection est un moyen de prévenir un risque mais également de prendre soin, particulièrement en garantissant les droits d'une personne ou l'intégrité d'un bien. La protection sert ainsi à préserver les deux versants de la personne : l'être et l'avoir. La protection de l'avoir mérite d'être précisée.

3. Protéger l'avoir. – La protection de l'avoir peut être envisagée de diverses manières. D'abord, la protection de l'avoir peut être conçue comme le maintien de l'avoir. Elle répond à l'idée que « la peur de manquer, inscrite au fond de toute conscience, stimule le goût d'entretenir, de préserver pour réserver l'avenir »¹⁹. Ce maintien se conçoit de deux manières : comme le maintien de la valeur de l'avoir ou comme le maintien de l'avoir au sein du patrimoine d'une personne ou d'une famille. Quant au maintien de la valeur de l'avoir, il s'agit de permettre la conservation des biens dans leur état, en s'abstenant de les dégrader et en effectuant les actes nécessaires à leur conservation. Quant au maintien de l'avoir au sein d'un patrimoine ou d'un groupe, celui-ci ne se confond pas exactement avec la préservation de la valeur du bien car il est question d'assurer le maintien des biens, eux-mêmes, dans le patrimoine d'une personne,

¹⁶ G. CORNU, V° « Protection », in *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11^e édition, 2016, p. 823.

¹⁷ A. QUÉGUINEUR, « Protéger, c'est prévoir », *Champ social, Le sociographe*, 2015/2, n°50, p. 146.

¹⁸ H. BERGSON, *L'évolution créatrice*, Félix Alcan, 1907.

¹⁹ M. RÈMOND-GUILLOUD, « L'avenir du patrimoine », *Esprit*, nov. 1995, p. 63.

celle-ci pouvant être désignée à l'intérieur d'un groupe déterminé, celui de la famille. Ensuite, la protection peut être envisagée comme une limitation de l'amenuisement de l'avoir. Selon une telle configuration, l'objectif de la protection n'est pas d'assurer le maintien de la valeur mais simplement d'en limiter les diminutions²⁰. L'intensité de la protection est donc plus faible. Enfin, il convient d'envisager la protection comme une manière de fructifier l'avoir. Elle répond à l'idée qu'« un patrimoine doit être géré activement afin que soit assuré sa pérennité »²¹. La protection a pour but d'accroître l'avoir d'une personne en exploitant le caractère frugifère d'un bien par exemple. Si ces diverses interprétations pourront être retenues lors de l'étude, la première définition considérant la protection comme un maintien des biens dans un patrimoine ou de leur valeur sera l'interprétation prépondérante.

4. Ces premiers éléments sur la notion de protection commandent une précision sur les contours de la notion de protection des biens en droit de la famille. Il convient d'examiner les différents éléments de la protection. Ainsi, l'étude permettra de montrer que l'objet auquel s'applique la protection réside dans les biens (1). La protection de ces biens s'exerce dans le cadre du droit de la famille (2). La mise en place de la protection s'inscrit dans la réalisation de certains objectifs, dévoilant les raisons de la protection (3). Il est également nécessaire d'identifier les risques contre lesquels les biens sont protégés (4). Enfin, ces différentes approches de la protection déterminent alors la manière dont les biens sont protégés (5).

1. L'objet de la protection : les biens

5. L'objet de la protection – La protection de l'avoir en droit de la famille nécessite de s'interroger sur ce qui fait l'objet de la protection. Est-ce le patrimoine de chaque membre de la famille, le patrimoine familial, les biens affectés à la famille, les biens ?

6. L'exclusion du patrimoine. – La notion de patrimoine se rattache en droit français à la théorie établie par AUBRY et RAU selon laquelle seules les personnes ont un patrimoine²², toutes les personnes ont un patrimoine, et un unique patrimoine²³. Le patrimoine « est une enveloppe composée, dit-on traditionnellement, de l'actif et du passif »²⁴. S'ajoute également l'idée selon

²⁰ Il est possible de penser à la limitation des dégradations d'un bien, mais également à la mise en place de montages fiscaux permettant de réduire le montant de l'imposition applicable à un bien ou à des revenus.

²¹ 96^e congrès des notaires de France, *Le patrimoine au XXI^e siècle*, 2000, p.5.

²² Ch. AUBRY et Ch RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, t. VI, L.G.D.J., 4^e éd, 1873, p. 229.

²³ *Ibid.*, p. 232. V. également P. CATALA, *Famille et Patrimoine*, PUF, 2000.

²⁴ MEKKI, « Le patrimoine aujourd'hui », *JCP G* n°46, 14 novembre 2011, doct. 1258. V. Ch. AUBRY et Ch RAU, *op. cit.*, p. 231.

laquelle l'actif d'un patrimoine répond du passif de ce même patrimoine²⁵. Il s'agit de « l'apport majeur et irréductible de la théorie d'Aubry et Rau »²⁶. Or, appliquer la protection au passif d'un patrimoine ne semble que peu pertinent car lorsqu'une réduction de passif sera obtenue, c'est l'actif de celui-ci qui sera préservé *in fine*. Il n'est alors pas nécessaire de recourir à la notion de patrimoine pour penser la protection de l'avoir en droit de la famille. Finalement, la notion de patrimoine « est de ces notions qui vont de soi, mais qui, à mesure que l'on s'efforce de les préciser, se dérobent, s'émiettent et semblent se dissoudre dans un brouillard insaisissable »²⁷. Aussi, elle ne servirait pas l'étude. Par ailleurs, le patrimoine résultant de l'existence d'une personne, il convient de considérer, en droit de la famille, que seuls peuvent être envisagés les patrimoines de chaque membre de la famille pris distinctement et qu'il n'est pas permis de considérer que la famille puisse être détentrice d'un patrimoine, appelé patrimoine familial. Certains auteurs²⁸ ont toutefois tenté d'appréhender le patrimoine familial comme un tout distinct des patrimoines des membres de la famille.

7. L'exclusion du patrimoine familial. – Le patrimoine familial peut être entendu de trois manières différentes. D'abord, il peut s'agir d'un patrimoine qui regroupe les patrimoines de plusieurs membres de la famille, la famille serait donc détentrice d'un patrimoine. Il devrait prendre l'appellation de patrimoine de la famille. Ensuite, il est possible de considérer qu'il existe, au sein du patrimoine de chaque membre de la famille, un patrimoine affecté à la famille. Il serait question d'une universalité de droit, pouvant se distinguer au sein d'un patrimoine personnel en raison de son but familial, appelé patrimoine à affectation familiale. Enfin, il est possible d'identifier, au sein du patrimoine de chaque membre de la famille, des biens qui sont affectés à la famille. Il s'agirait d'une universalité de fait affectée à un but familial. Ces trois conceptions devront être exclues en tant qu'objet de la protection.

8. L'exclusion du patrimoine de la famille. – Le patrimoine de la famille ne peut être l'objet de la protection de l'avoir en droit de la famille en raison de l'inexistence juridique d'un tel patrimoine. En effet, la famille n'ayant pas la personnalité morale²⁹, il n'est pas possible, au regard de la théorie d'Aubry et Rau, de considérer qu'elle possède un patrimoine distinct de

²⁵ Ch. AUBRY et Ch RAU, *op. cit.*, p. 248.

²⁶ F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667.

²⁷ M. RÉMOND-GUILLOUD (M.), art. préc., p. 60.

²⁸ V. *infra* n° 9 et s.

²⁹ Sur la création d'une personne morale en dehors de celles prévues par le droit v. J. PAILLUSSEAU, « Mais qu'est-ce que la personnalité morale ? », *JCP E* n°19, 9 mai 2019, 1224. L'auteur affirme que « les personnes morales ne peuvent pas naître spontanément, sous n'importe quelle forme, avec n'importe quelle organisation, et s'imposer ainsi aux tiers et à la Société ».

celui de ses membres. Toutefois, certains auteurs, s'appuyant sur des modalités de propriété propres au droit de la famille, ont tenté de faire émerger l'idée selon laquelle la famille serait détentrice d'un patrimoine.

9. Le débat a vu le jour notamment au regard du statut particulier des souvenirs de famille. Cependant, les auteurs ont préféré « voir l'expression d'une copropriété originale pour ne pas avoir à reconnaître à la famille la qualité de titulaire d'un patrimoine propre »³⁰. L'instauration des « biens de famille » aurait aussi pu permettre l'édification d'un statut général du patrimoine de la famille³¹ ; tel n'a pas été le cas. La question du patrimoine de la famille peut également émerger en raison de la nature de la communauté pouvant exister entre époux mais, dans un tel cas, la doctrine évoque plutôt l'existence d'un « patrimoine conjugal »³². Le caractère familial pourrait aussi se retrouver au stade de la succession, qui s'organiserait autour de l'institution de la réserve héréditaire. En ce sens, certains auteurs évoquent « le patrimoine successoral »³³. Toutefois, ce dernier ne pose pas de difficulté car il est le patrimoine d'une personne, celui du défunt, et non celui de la famille. Le caractère familial du logement, prévu à l'article 215, alinéa 3, du Code civil pourrait servir de point de départ à la reconnaissance d'un patrimoine familial. Cependant, son caractère familial est relatif³⁴.

10. Le terme de patrimoine familial, au sens de patrimoine de la famille, est pourtant utilisé par une partie de la doctrine³⁵, ainsi que par la jurisprudence en matière fiscale³⁶. En outre, cette notion se retrouve dans certaines législations étrangères. Tel est le cas notamment de la législation du Québec. L'article 414 du Code civil du Québec est un exemple éloquent, puisqu'il prévoit que « le mariage emporte constitution d'un patrimoine familial formé de certains biens des époux sans égard à celui des deux qui détient un droit de propriété sur ces biens ». Cependant, la qualification de patrimoine familial fait débat outre Atlantique³⁷ ; le réduisant à sa seule « valeur symbolique »³⁸. Cette notion ne conduit donc pas à la reconnaissance d'un

³⁰ C. BRENNER, « La succession », in *1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un futur*, Dalloz, 2004, p.434.

³¹ J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, p. 1309.

³² P. CATALA, *op. cit.*, p.273.

³³ *Ibidem*.

³⁴ V. *infra* n° 361.

³⁵ En ce sens voir, P. CATALA, *op. cit.*, p. 273 ; M. DE JUGLART, *Leçons de droit civil, Les régimes matrimoniaux*, tome IV, vol. 1, Montchrestien, 5^e éd., 1982, p.6. M. DE JUGLART enseigne que « le droit des régimes matrimoniaux, des successions et des libéralités, constitue le droit du patrimoine familial » ; J. LEPROVAUX, *La protection du patrimoine de la famille*, éd. Lextenso, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, T. 34, 2008, p. 13.

³⁶ Com., 8 février 2017, n° 15-23.043.

³⁷ Pour le Québec, v. J. PINEAU et M. PRATTE, *La famille*, Les éditions thémis, Canada, 2006, pp. 204 et s ; Ch. MORIN, « Le droit civil québécois : un droit successoral d'origine française ignorant la réserve », *Dr. fam.* n°5, mai 2005, étude 12 ; P.-G. JOBIN, « Chronique de droit civil québécois », *RTD Civ.* 1993, p. 911.

³⁸ J. PINEAU et M. PRATTE, *op. cit.*, p. 211.

patrimoine de la famille, dans la mesure où la famille serait reconnue comme une personne morale. Quand bien même la législation recourt à la qualification de patrimoine familial, sa réalité juridique est contestée.

11. Il est ainsi admis que le patrimoine de la famille n'a pas d'existence au sens juridique en droit français. Son utilisation doit seulement être réservée à la facilité de langage pour permettre de l'opposer à un patrimoine qui serait professionnel ou pour évoquer la transmission et la gestion des biens d'une personne dans un contexte familial. La notion semble davantage revêtir une portée socio-économique³⁹. En droit, le patrimoine « de la famille » ne peut donc être envisagé que par le prisme des patrimoines individuels des différentes personnes composant la famille. Cela n'empêche pas l'existence, au sein de la législation de régimes juridiques particuliers applicables à certains biens déterminés en raison de leur caractère familial prononcé. Tel est particulièrement le cas du logement de la famille. Ainsi, certains auteurs ont admis que « la famille, qui n'est pas en tant que telle une personne morale n'en est pas moins une réalité, qui se traduit, entre autres, par l'affectation de certains biens à son usage : logement de la famille, souvenirs de la famille, sépulture... »⁴⁰.

12. Les auteurs abordant la question du patrimoine de la famille recourent, en réalité, à l'idée d'affectation familiale pour justifier la création d'un patrimoine qui dépasserait le patrimoine personnel des membres de la famille⁴¹. Ils considèrent que « ne pas voir que le droit des régimes matrimoniaux, des successions et des libéralités, constitue le droit du patrimoine familial, c'est-à-dire réalise l'affectation des biens à la famille, empêcherait donc de comprendre non seulement le lien entre ces institutions, mais leur essence même et ainsi leur raison d'être, qui est d'assurer la protection de ce patrimoine »⁴². Cette conception n'est pas sans créer des difficultés puisqu'elle peut conduire à la superposition de régimes. En effet, ces auteurs font rentrer dans le patrimoine familial, les biens professionnels car « la famille repose essentiellement, sinon entièrement sur la richesse créée par l'entreprise »⁴³. Pour autant, ces biens professionnels peuvent déjà se trouver dans un patrimoine affecté, dit patrimoine professionnel au sein du patrimoine personnel du membre de la famille qui les détient. Certains

³⁹ En effet, l'expression se retrouve dans des écrits à visé plus sociaux-économique. V. F. LALOUE, « Partager les héritages entre les générations », *Commentaire* n°158, été 2017, p. 389 et s, spéc. p. 392.

⁴⁰ B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial », *Dr. fam.* n°3, mars 2002, chron. 5. En ce sens, v. également M. DE JUGLART, *op. cit.*, p.1. L'auteur précise que « si la famille, faute de personnalité morale, n'a pas, à proprement parler, de patrimoine, du moins les biens de ses membres lui sont-ils affectés dans une certaine mesure ».

⁴¹ J. LEPROVAUX, *op. cit.*, p. 12.

⁴² M. DE JUGLART, *op. cit.*, p.6.

⁴³ J. LEPROVAUX, *op. cit.*, p. 13.

auteurs distinguent encore plusieurs formes de patrimoine familial en fonction du prisme par lequel il est regardé : vie du couple⁴⁴ et succession⁴⁵. Néanmoins, cette conception du patrimoine de la famille semble inutilement complexe car elle ajoute de nouvelles acceptions au terme patrimoine dont le recours n'est pas indispensable pour comprendre la protection de l'avoir au sein de la famille. Pis encore, cette conception paraît déconnectée des réalités de la philosophie législative actuelle⁴⁶. La composition d'un tel patrimoine semble également incertaine. Faut-il appréhender l'affectation *in abstracto* ou *in concreto* ? Considérée *in abstracto*, « l'ensemble des biens des membres du couple dès lors que tous ces biens sont, directement ou indirectement, affectés à la subsistance de la famille »⁴⁷ pourrait faire partie du patrimoine de la famille. *A contrario*, considéré *in concreto*, il faudrait se référer à la volonté commune des époux d'affecter un bien à la famille. Ainsi, d'un couple à l'autre, les biens propres ou personnels pourraient ne pas être inclus dans le patrimoine de la famille, s'il est admis que les époux ont entendu les conserver hors de celui-ci.

13. Par conséquent, la conception d'un patrimoine de la famille souffre de deux vices importants : l'absence de personne de rattachement et un contenu difficilement déterminable, notamment en raison d'une affectation nébuleuse. Au regard du droit positif, il n'est pas possible de considérer qu'il existe un patrimoine de la famille. Aussi, cette qualification doit être exclue du champ de l'étude. Au regard des difficultés de mise en œuvre d'une telle notion, il n'est pas non plus envisageable de la mobiliser de manière prospective. C'est donc pour les mêmes raisons que le recours à la notion d'affectation envisagée au sein du patrimoine d'un membre de la famille doit être exclu.

14. L'exclusion d'un patrimoine à affectation familiale. – La notion d'affectation permettrait de considérer qu'il existe, au sein du patrimoine d'un membre de la famille, un patrimoine affecté à un but familial. Celui-ci constituerait une sous-enveloppe pouvant alors être pris en compte de manière distincte au sein du patrimoine de chaque individu. Comme défini par S. GUINCHARD, « affecter veut dire soumettre un bien à un usage déterminé »⁴⁸. Cette analyse propose ainsi de considérer qu'il existe un patrimoine affecté à la famille. De plus,

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁶ Notamment en raison d'un recul de l'idée de famille dans la protection et l'accroissement de l'individualisme, v. *infra* n° 48.

⁴⁷ J. LEPROVAUX, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁸ S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976, p. 15. En ce sens, v. également P. BERLIOZ, « L'affectation au cœur du patrimoine », *RTD civ.*, 2011, p. 635. Il précise que « l'affectation soumet la chose à un but précis, et non à une finalité générale et indéterminée. À l'inverse de la propriété, l'affectation est caractérisée par la spécialité de la destination donnée à la chose ».

« l'affectation résulte d'un acte de volonté, qu'elle soit individuelle, judiciaire ou légale »⁴⁹. À défaut de disposition judiciaire ou légale, seule la volonté individuelle permet d'affecter un bien à un but familial. Dans cette hypothèse, la classification des biens affectés est dépendante de la volonté de leur propriétaire ; elle est alors fluctuante et imprévisible. De plus, associer la notion d'affectation à celle de patrimoine implique, en sus d'un but déterminé, une correspondance entre l'actif de ce patrimoine affecté et le passif qui s'y rapporte. Il convient de rappeler que « la clé du patrimoine d'affectation est l'obligation des différents créanciers, pour les uns de ne pas agir sur les biens affectés, pour les autres de n'exercer leurs poursuites que sur les biens affectés »⁵⁰. Ce rattachement de l'actif affecté au passif qui s'y rapporte se retrouve en matière de fiducie ou d'entreprise individuelle à responsabilité limitée. Malgré une certaine porosité persistante entre patrimoine affecté et patrimoine non affecté, le principe demeure que chaque créancier peut recouvrer sa créance uniquement sur le patrimoine auquel elle est rattachée. Tel n'est pas le cas en matière de patrimoine affecté à la famille. Par exemple, le paiement d'une dette née en raison d'un bien commun, celle-ci devant alors être acquittée grâce à l'actif affecté à un but familial, pourra être, au moins au stade de l'obligation à la dette, supporté par des biens propres de l'un ou l'autre des époux, dont l'affectation au but familial peut être discutée. La Cour de cassation a ainsi été amenée à rappeler que « la dette d'un époux commun en biens n'est jamais à la charge exclusive de la masse commune »⁵¹. La forte perméabilité et l'imbrication des différentes masses de biens qui existent en droit des régimes matrimoniaux, disqualifie la notion de « patrimoine affecté à la famille ». Tel est le raisonnement mené par E. BARTIN au sujet de la dot. Ce dernier estime que « l'immeuble dotal, et, plus généralement, la dot, sont des biens grevés d'une affectation spéciale (...). Ils sont affectés à la satisfaction éventuelle de certains intérêts de famille »⁵². Le patrimoine dotal peut être considéré comme un patrimoine distinct au sein du patrimoine de l'épouse, ce qui le conduit à déduire l'existence d'un « actif spécial et aussi d'un passif spécial »⁵³. Le critère de la corrélation entre le passif et l'actif se trouve être déterminant pour admettre qu'un patrimoine est affecté.

15. Certes, le choix d'une communauté entre époux ou l'adjonction d'une société d'acquêts démontre l'intention des époux de mettre les biens compris dans ces masses au service de la

⁴⁹ P. BERLIOZ, art. préc.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Civ. 1^{re}, 3 octobre 2018, n° 17-21.231 ; *RTD civ.* 2019, p. 172, obs. NICOD ; *AJ fam.* 2018, 701, obs. HOUSSIER.

⁵² Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, t.VIII, par E. BARTIN, LGDJ, 5^e éd., 1916, p. 467.

⁵³ *Ibidem*.

famille. En effet, la communauté possède « une forte finalité familiale »⁵⁴, mais il est sans doute plus difficile d'affirmer que les « biens du mari et de la femme (...) sont spécialement affectés à la famille »⁵⁵. Par ailleurs, le patrimoine professionnel des époux ne devrait sans doute pas être considéré comme affecté à la famille. Il est possible de penser que seuls les revenus de ce patrimoine sont effectivement affectés à la famille. Cette distinction s'avère particulièrement nécessaire car, s'il est considéré que l'ensemble des biens d'une personne est affecté à la famille, la distinction manque en réalité de pertinence puisque l'enveloppe du patrimoine affecté à la famille correspondrait au patrimoine de cette personne.

16. D'autres institutions, désormais abrogées, permettent de poursuivre le raisonnement. Les majorats autorisaient, sous certaines conditions, de regrouper des biens qui étaient ensuite transmissibles selon les règles de la primogéniture masculine. Ces biens, ainsi regroupés, formaient un « patrimoine séparé, de nature familiale »⁵⁶. Les biens ou masses de biens en cause étaient donc affectés à la famille sans considération d'une réunion de ces différentes masses en un tout homogène appelé patrimoine familial. Cette institution invite à s'interroger sur l'existence d'une universalité de fait affectée à la famille.

17. L'exclusion d'une universalité de fait affectée à un but familial. – Après avoir disqualifié l'universalité de droit, il est possible de se demander si les biens affectés à la famille ne forment pas une universalité de fait. L'universalité de fait est « un bien unique dans le temps, composé de biens distincts »⁵⁷. Serait-il possible d'admettre l'existence d'un fonds familial⁵⁸ sur le modèle du fonds de commerce, artisanal ou agricole ? Le fonds de commerce est « un tout distinct des éléments qui le compose »⁵⁹, ce qui n'est pas le cas d'un prétendu fonds familial. De plus, ces fonds ont la nature juridique de meuble incorporel, ce qui n'est pas sans poser des difficultés quant à la reconnaissance d'un fonds familial. D'abord, en tant que meuble incorporel, ces différents fonds ne sont pas susceptibles d'accueillir en leur sein des immeubles, limitant alors l'intérêt d'un fonds familial fondé sur le même modèle. Ensuite, en l'état actuel du droit, il n'est pas permis de considérer qu'il existe un fonds familial formant un bien distinct des différents éléments qui le composent et qui suivrait ses propres règles. Enfin, l'intervention

⁵⁴ J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand colin, 2^e éd., 2001, p. 240. V. aussi M. DE JUGLART, *op. cit.*, p.151.

⁵⁵ M. DE JUGLART, *op. cit.*, p.151.

⁵⁶ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 203.

⁵⁷ E. MEILLER, « L'universalité de fait », *RTD civ.*, 2012, p. 651.

⁵⁸ À noter qu'il ne s'agit pas de l'idée du fonds familial tel qu'envisagé par la doctrine notariale, v. *infra* n° 1033 s.

⁵⁹ A. REYGROBELLET, « La nature juridique du fonds », in A. REYGROBELLET et Ch. DENIZOT, *Fonds de commerce*, Dalloz, 2012, n° 07.11.

du législateur est nécessaire pour la création d'un tel fonds, comme en matière de fonds agricole. Il est le seul à « pouvoir donner à la notion l'épaisseur requise pour qu'elle acquière une véritable utilité »⁶⁰. La famille est donc un terrain propice aux raisonnements fondés sur l'affectation des biens.

18. Cependant, la doctrine « veut parfois donner un trop grand rôle explicatif à la notion d'affectation »⁶¹ en matière familiale. Cette dernière ne relève pas du droit positif, elle se révèle, par ailleurs, difficile à mettre en œuvre et n'est ainsi pas adéquate pour expliquer la réalité du phénomène de protection de l'avoir en droit de la famille. La loi instituant les biens de famille amène à reconnaître que les biens ne sont pas intrinsèquement affectés à la famille. En effet, cette loi permettait de rendre un bien insaisissable. Dès lors, si une action du propriétaire est requise, les biens ne sont donc pas affectés de manière générale à la famille. De plus, étant très peu usitée, cette technique a été abrogée. Il n'y a donc pas, en droit positif, d'affectation des biens à la famille.

19. La protection des biens. – L'exclusion de l'ensemble des notions s'articulant autour du patrimoine et de l'affectation conduit à s'intéresser à la notion de bien. En effet, seuls les biens contenus dans un patrimoine semblent pouvoir faire l'objet d'une protection. La protection des biens résulte de leur appréhension par le droit de la famille. Toutefois, l'absence de patrimoine de la famille ou d'affectation à la famille ne signifie pas que les liens familiaux n'ont aucune influence sur les biens contenus dans le patrimoine des membres de la famille⁶². Ainsi, la transmission et la gestion des biens sont dictées par l'existence de liens familiaux. Cela s'exprime dans l'institution de la réserve héréditaire ou encore dans la gestion du logement de la famille. Dans le premier cas, la transmission des biens du défunt est contrainte par l'existence de descendants, d'un conjoint. Dans le second cas, la gestion d'un bien en particulier est contrainte en raison de son utilité. Dans les deux exemples, il n'est pas nécessaire de recourir à l'affectation pour comprendre la spécificité des règles qui s'appliquent aux biens. Cependant, les deux exemples laissent apparaître que ce n'est pas toujours le bien dans son ensemble qui est protégé : parfois la protection ne s'applique qu'aux utilités d'un bien, ou encore uniquement à sa valeur.

⁶⁰ A. REYGROBELLET, « Activités ne donnant traditionnellement pas naissance un fonds de commerce in A. REYGROBELLET et Ch. Denizot, *Fonds de commerce, op. cit.*, n° 23.21.

⁶¹ E. MEILLER, art. préc.

⁶² Sur le lien de famille, v. E. PUTMAN, J.-Ph. AGRESTI et C. SIFFREIN-BLANC, (dir.), *Lien de famille, lien obligationnel, lien social*, PUAM, 2013. Sur les influences du lien familial sur les biens, v. W. DROSS, « L'appréhension du lien familial par le droit des biens », in I. MARIA et M. FARGE, (dir.), *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 45 et s.

20. Le bien, sa valeur et ses utilités. – Le bien peut d’abord être protégé pour lui-même. Les souvenirs de famille, par exemple, sont protégés pour ce qu’ils sont, leur valeur et leur utilité ne sont qu’accessoires dans le processus de leur protection⁶³. Cette manière de concevoir la protection de l’avoir est en recul, elle a bien souvent laissé la place à une protection de la valeur du bien ou de ses utilités. La protection en valeur est parfois privilégiée, comme c’est le cas en matière de réserve héréditaire puisque celle-ci n’est désormais due qu’en valeur. Ce ne sont alors plus les biens eux-mêmes qui disposent d’une protection mais seulement leur valeur. Il arrive également que seules les utilités d’un bien soient protégées. Ainsi, si un bien constitue effectivement le logement de la famille, il bénéficie d’une protection particulière, celle-ci ne s’appliquant plus dès que le bien perd cette qualité. L’utilité du bien fait l’objet d’une protection en raison de l’intérêt que le bien apporte à la famille ou à l’un de ses membres. L’objet de la protection varie, mais le cadre dans lequel cette protection s’applique reste celui du droit de la famille.

2. Le cadre de la protection : le droit de la famille

21. Les liens entre famille et biens. – Le droit de la famille relatif aux biens s’incarne dans le droit des régimes matrimoniaux, le droit des libéralités et le droit des successions. Ces matières constituent le socle du droit patrimonial de la famille qui établit les règles relatives aux biens dans le cadre familial, en particulier les règles de gestion et transmission des biens⁶⁴. La famille entretient des liens forts avec les biens qui sont compris dans les patrimoines de ses membres. Ainsi, « la propriété, particulièrement la propriété immobilière, plus particulièrement la propriété rurale, appelle, de son essence, un caractère familial »⁶⁵. Pour relater les liens qui unissent la famille à ses biens, certains auteurs considèrent que « plus un bien reste dans la famille, plus il est patrimonial »⁶⁶. Ainsi, le terme de patrimonial et de familial se confondent dans la pensée de ces auteurs, ce qui rend compte de l’importance de la dimension patrimoniale de la famille. En matière de gestion, ces liens s’illustrent parfaitement dans la communauté de biens pouvant exister entre époux. En effet, si la communauté est « dépourvue de personnalité

⁶³ V. *infra* n° 762 s.

⁶⁴ V. B. BÉVIÈRE-BOYER, « La famille, une entité à reconnaître juridiquement », in *Mélanges en l’honneur de Francis Kernaleguen*, Liber amicorum, Presses universitaires de Rennes, coll. L’Univers des Normes, 2016, p. 24 ; A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801.

⁶⁵ J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 384.

⁶⁶ A. SÉRIAUX, art. préc.

juridique »⁶⁷, elle n'est pas moins pourvue d'une « forte finalité familiale »⁶⁸. Toutefois, « la communauté ne bénéficie d'aucune protection particulière »⁶⁹, ce qui justifie encore que la protection s'applique aux biens. La dimension familiale des biens compris dans le patrimoine des couples s'avère alors certaine, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'affectation. C'est l'existence même du couple qui permet de caractériser une dimension familiale des biens. Au-delà de la communauté de biens, « toute communauté de vie étant génératrice d'une communauté d'intérêts, la famille possède une vocation naturelle à susciter des appropriations plures : celle des conjoints communs en biens, des héritiers coïndivisaires, des époux ou proches parents associés »⁷⁰. La transmission des biens se présente également comme un temps qui permet d'éclairer le rapport que la famille entretient avec les biens. Dès 1804, « les codificateurs étaient particulièrement conscients de la nécessité de transmettre le patrimoine familial aux générations futures »⁷¹. Bien que la transmission des biens soit plus exacte, l'idée d'une transmission d'un patrimoine familial permet de rendre compte des liens particuliers que la famille entretient avec les biens au moment du décès de l'un de ses membres. La famille et son droit constituent le cadre de la protection des biens compris dans les patrimoines de ses membres. Il convient donc d'identifier ce qui définit la famille pour comprendre le cadre dans lequel les biens sont protégés.

22. Éléments de définition de la famille. – Le droit patrimonial de la famille ne peut se comprendre sans le recours au droit extrapatrimonial de la famille puisque les deux corps de règles « s'absorb[ent] en un tout »⁷². L'absence de définition de la famille dans le Code civil, n'empêche pas d'entrevoir une définition de la famille en raison des relations qui sont régies en son sein⁷³. Il est de coutume de distinguer le lien de parenté fondé sur la filiation et le lien d'alliance fondé sur le mariage⁷⁴. Il convient encore de distinguer la « famille lignagère/large/famille-souche »⁷⁵ et la « famille nucléaire/famille-souche »⁷⁶. Si la première

⁶⁷ A.-S. BRUN-WAUTHIER, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, Bruylant, coll. Paradigme, 10^e éd., 2021, p.169.

⁶⁸ J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, p. 240. Voir aussi M. DE JUGLART, *op. cit.*, p.151.

⁶⁹ S. LAMBERT-WIBER, « Le principe d'unité du patrimoine à l'épreuve de la responsabilité financière d'une personne mariée sous le régime de la communauté », *Deffrénois*, n°21, 15 novembre 1999, p. 1153.

⁷⁰ P. CATALA, *op. cit.*, p.90.

⁷¹ E. GAILLARD, *Généralités futures et droit privé*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 527, 2011, pp.20-21.

⁷² J. BONNECASE, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de la famille, ses destinées dans le droit civil contemporain*, Paris, E. De Boccard, 2^e éd., 1928, p. 11.

⁷³ B. BÉVIÈRE-BOYER, « La famille, une entité à reconnaître juridiquement », *in mélanges en l'honneur de Francis Kernaleguen*, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁴ En ce sens, v. V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, LexisNexis, 4^e éd., 2022, p. 27 ; P. COURBE, A. GOUTTENOIRE et M. FARGE, *Droit de la famille*, Dalloz Sirey, 8^e éd., 2022, pp. 4-5.

⁷⁵ P. CATALA, *op. cit.*, p.94.

⁷⁶ *Ibidem*.

est une famille essentiellement conçue dans les liens de sang, la seconde, quant à elle, se trouve resserrée autour du couple et de ses enfants. Au regard du lien qu'entretient la famille avec les biens, toute modification de la conception de la famille entraîne nécessairement celle de la protection des biens : qu'il s'agisse de l'égalité entre époux et parents, de l'égalité des filiations, ou encore de la prise en compte du grand âge.

23. Le recul des liens de famille. – Il est également commun de rappeler le recul de la prise en compte des liens de famille, recul qui se ressent dans la manière de concevoir la protection des biens. Ainsi, certains auteurs ont pu avancer l'idée selon laquelle « mieux vaut (...) protéger la propriété actuelle du testateur que la propriété éventuelle du légataire ou de l'héritier »⁷⁷. La transmission intrafamiliale semble parfois reléguée derrière la prise en compte de la propriété. Concernant le droit des libéralités, « il convient de rappeler que toutes les règles défavorables aux libéralités n'ont pas pour but de protéger le patrimoine familial. Certaines ont été commandées par les dangers qui menacent le disposant en raison de la situation particulière dans laquelle il se trouve »⁷⁸. Cette manière de concevoir le rapport de la famille à ses biens tranche avec les présentations précédentes. Dans cette conception, il n'y a plus de réflexion autour d'un lien de famille et d'un caractère familial des biens en cause. Au contraire, il se crée entre, d'un côté, le testateur et, de l'autre, le légataire ou l'héritier, une opposition remarquable. Le raisonnement se fonde sur une approche de la question de la transmission par le biais de la propriété, celle du testateur devant être, selon l'auteur, réaffirmée. L'individualisation transparait donc depuis que la famille n'est plus appréhendée de manière unitaire mais envisagée à travers ses membres.

24. C'est ainsi que deux conceptions entrent en conflit : une fondée sur le rapport de la famille aux biens qui sont dans son giron, l'autre fondée sur la propriété des biens de chaque membre de la famille.

25. Les personnes en situation de vulnérabilité. – La gestion des biens des personnes en situation de vulnérabilité, les majeurs protégés et les mineurs, relève classiquement du droit des personnes. Toutefois, il existe une certaine porosité entre le droit des personnes et le droit de la famille sur cette question. En effet, la gestion des biens du mineur, comme du majeur, est en principe confiée à un membre de la famille. Cette gestion familiale des biens des personnes

⁷⁷ Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « Prohibition des testaments conjonctifs et contrôle de conventionalité », *Dalloz act.*, 5 sept. 2018.

⁷⁸ L. LEVENEUR et S. LEVENEUR, *Leçons de droit civil, Successions – Libéralités*, Tome IV, vol. 2, Montchrestien, 5^e éd., 1999, p. 545.

permet alors de considérer que la protection des biens du majeur protégé et du mineur entre dans la dynamique de protection des biens en droit de la famille. Une telle analyse est renforcée par le fait que les auteurs envisagent les biens du mineur et du majeur comme faisant partie de la dynamique économique de la famille. Ainsi, pour les biens des mineurs, il a pu être considéré que « le patrimoine du mineur serait ainsi fondu dans cet ensemble plus important que constituerait le patrimoine familial »⁷⁹, tout en affirmant que « le patrimoine du mineur, fondu dans un ensemble plus vaste, perdrait son identité »⁸⁰. Les biens du mineur sont donc soumis à la même dynamique que les autres biens en droit de la famille. Si un certain caractère familial leur est reconnu, ils n'en sont pas moins analysés au prisme de la personne du mineur. Là encore se retrouve la tension entre le caractère familial et la prise en compte de l'individu. *A contrario*, sera exclue de l'étude la gestion des biens du majeur protégé et du mineur par une autre personne qu'un membre de la famille car, dans un tel cas, le lien avec le droit de la famille s'avère trop distendu.

26. La gestion et la transmission des biens des majeurs protégés sont régies par des règles spécifiques qui résultent de l'état de vulnérabilité de ces personnes. Certains auteurs ont émis la possibilité d'instaurer un régime de « séniorité » impliquant une « présomption simple de vulnérabilité » pour les personnes d'âge avancé⁸¹. En réalité, la protection spécifique des majeurs ne tient pas à leur âge, comme pour les mineurs, mais à l'existence d'une mesure de protection. Dans les deux cas, la particularité de la protection résulte du fait que leurs biens sont administrés par un membre de la famille qui n'est pas propriétaire de ces biens. La protection des biens du majeur protégé connaît les mêmes interrogations que la protection des biens en droit de la famille *stricto sensu*. Il existe, en effet, une tension entre le fait de savoir si la protection peut servir un intérêt familial ou si seul l'intérêt individuel du majeur doit être pris en compte⁸². Les liens entre les biens de la personne en situation de vulnérabilité et le droit de la famille se comprennent tant du fait que la famille assure la gestion de ces biens, que la transmission de ces biens est, par principe, destinée à la famille.

27. Envisagée dans un cadre familial, la protection porte sur les biens possédés par les différents membres de la famille, que ceux-ci soient détenus par un mineur ou un majeur, protégé ou non, et que le bien fasse l'objet d'une appropriation collective, commune ou

⁷⁹ H. LÉCUYER, « Rapport de synthèse », *Dr. patr.*, n° 301, 1^{er} avril 2020.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ D. GUÉVEL, « Et si on reparlait de « séniorité » ? », *D.* 2018, p. 1201.

⁸² En ce sens, v. I. MARIA, « L'acte toujours annulable pour insanité d'esprit malgré le respect des formalités de protection », *Dr. fam.* n°9, septembre 2018, comm. 222. L'auteure s'interroge sur les mécanismes qui conduisent à protéger plutôt « le patrimoine transmis aux héritiers que le majeur vulnérable »⁸².

individuelle. La protection peut porter tant sur les biens eux-mêmes que sur leurs valeurs ou leurs utilités. Il sera vu que ces différents types de protection se retrouvent dans le droit positif à des époques distinctes et sont dépendants des objectifs qui poussent le législateur à protéger les biens en droit de la famille.

3. *Les raisons de la protection : la réalisation de certains objectifs*

28. Protéger, pourquoi ? – La nécessité de la protection des biens en droit de la famille pourrait se justifier par l'objet même de la protection. En effet, certains auteurs ont pu affirmer que « le patrimoine familial existe, essentiellement, pour être protégé »⁸³. Cependant, il est permis de penser que la protection des biens en droit de la famille réalise des objectifs plus larges : tant au regard du droit en général que du droit de la famille en particulier. Ainsi, la protection des biens en droit de la famille permet d'assurer les fonctions de justice et de sécurité juridique. Elle est également un moyen de pérenniser les fonctions socio-économiques de la famille et la prise en compte de l'intérêt de la famille.

29. La protection, vecteur de justice. – La justice est, traditionnellement, présentée comme la première fin du droit⁸⁴. En effet, F. GÉNY énonce que « les règles de droit visent nécessairement et...exclusivement, à réaliser la justice, que nous concevons tout au moins sous la forme d'une idée, l'idée du juste, notion primaire, irréductible et indéfinissable, impliquant essentiellement... non pas seulement les préceptes élémentaires de ne faire tort à personne... et d'attribuer à chacun son dû, mais la pensée plus profonde d'un équilibre à établir entre les intérêts en conflit, en vue d'assurer l'ordre essentiel au maintien et au progrès de la société humaine... »⁸⁵. La protection serait alors un moyen de parvenir à cet objectif de justice. En assurant une protection des biens, le droit tente de corriger les inégalités entre les individus. Une telle conception se retrouve dans différents aspects de la protection des biens en droit de la famille : tel est le cas dans la mise en place d'une protection spécifique pour les majeurs protégés et les mineurs, ou encore dans le maintien d'une réserve héréditaire assurant l'égalité entre les descendants sans considération de leur filiation. La justice permet donc de « rendre à chacun ce qui lui est dû, protéger ses droits, sa personne, ses biens »⁸⁶.

⁸³ J. LEPROVAUX, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁴ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 5^e éd., 2012, pp. 31-32.

⁸⁵ F. GÉNY, *Science et technique en droit positif*, t. 1, éd. Sirey, 1913, n°16.

⁸⁶ M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 555.

30. La protection, vecteur de sécurité juridique. – La sécurité juridique est « inhérente à [la] définition »⁸⁷ du droit. Sans elle, le droit « ne remplirait alors ni sa fonction de protection des individus et de la société, ni sa fonction d'organisation des rapports humains et sociaux »⁸⁸. Ainsi, la protection des biens participe à la sécurité juridique, notamment en ce qu'elle détermine, par avance, les règles applicables à la gestion et à la transmission des biens. Elle participe également, par la promotion de l'anticipation, à assurer la sécurité juridique par le biais de la volonté individuelle.

31. La protection participant à la fonction socio-économique de la famille. – La vocation patrimoniale de la famille semble si évidente que certains auteurs se sont demandés si l'expression même de « droit patrimonial de la famille » n'était pas au fond « qu'une simple redondance »⁸⁹. En effet, la propriété de certains biens « appelle, de son essence, un caractère familial »⁹⁰. C'est la considération de cette dimension patrimoniale qui permet à la famille de « remplir pleinement son rôle social et économique »⁹¹. Dès lors, « soucieux de protéger la famille, le législateur se doit d'assurer la protection du patrimoine familial, car sans patrimoine, la famille ne saurait remplir pleinement ni son rôle social, ni son rôle économique »⁹². La protection des biens assure la fonction socio-économique de la famille, en ce qu'elle garantit à la famille les moyens de sa subsistance, qu'elle est vectrice de transactions économiques entre membres de la famille, qu'elle conduit la famille à assurer la gestion des biens des membres de la famille par un autre membre. D'une part, « la force des solidarités familiales permet d'amortir les conséquences liées aux difficultés socio-économiques »⁹³ ; d'autre part, la réserve est « liée à la perpétuation des biens dans la famille »⁹⁴. Les intérêts économiques familiaux résultent également de l'existence de figures de propriétés collectives entre les membres de la famille, qu'il s'agisse d'une communauté, d'une société, d'une indivision, qui conduisent inéluctablement les membres de la famille à avoir des intérêts économiques convergents ou, au contraire, divergents. Cette altérité requiert alors l'instauration de règles spécifiques garantissant la protection des biens qui possèdent un caractère collectif en raison de leur mode de détention.

⁸⁷ J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 42.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. (...) », art. préc.

⁹⁰ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 384.

⁹¹ M. DE JUGLART (M.), *op. cit.*, p.6.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Haut Conseil de la famille, « Présentation générale des dispositifs en faveur des familles », note, 20 oct. 2009, p.4.

⁹⁴ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit privé*, Ellipses, 2^e éd., 2010, p. 378.

32. La protection dans l'intérêt de la famille. – La protection de l'intérêt de la famille était historiquement assurée par le mari et père de famille, avec la mise en place de certains correctifs si ce celui-ci s'éloignait de cet objectif. L'influence des droits de l'homme et la montée de l'individualisme a conduit à repenser la protection dans le cadre familial. Le droit s'est évertué à instaurer des institutions et statuts, tels le mariage, la tutelle et la famille, afin de « régir les intérêts collectifs »⁹⁵, ce qui permet « l'encerclement des droits individuels par des exigences jugées supérieures »⁹⁶. Pourtant, la protection de cet intérêt commun, familial, est en déclin. Un repli individualiste de la protection s'opère, celui-ci ne prend plus nécessairement en compte les intérêts de la famille dans son ensemble, mais lui préfère parfois les intérêts individuels de tel ou tel membre. Il s'agit de ne pas avoir « trop de droit de la famille [au risque d'entraver] l'individu en famille »⁹⁷. Des travaux de philosophie ont néanmoins pu considérer que malgré « l'individualisme contemporain : loin de s'être distendu ou même brisé, le lien familial s'est renforcé comme jamais auparavant. La famille, sortie de l'univers traditionnel, reste la valeur refuge par excellence, l'espace privilégié de toutes les solidarités »⁹⁸. Ainsi, « le lien familial ne s'est pas distendu en s'individualisant et en se démocratisant. Non seulement il subsiste, mais il se renforce à mesure que s'épuise le modèle autoritaire et holiste du foyer soumis au pater familias. Le déclin des solidarités obligées n'a pas brisé le lien familial »⁹⁹. Cette présentation du lien familial hors du droit a le mérite de mettre en exergue le fait que les solidarités familiales, qui sont moins obligées, reposent désormais sur la volonté des membres de la famille. L'idée est que la protection des biens sert la famille elle-même, car les biens en sont une composante. Dès lors, « le droit des successions n'est pas le corollaire de l'autonomie de la volonté et de l'absolutisme du droit de propriété. Il repose sur la nécessité de protéger la famille et le patrimoine qui doit lui demeurer affecter »¹⁰⁰. L'intérêt de la famille rejoint également l'intérêt plus global de la société car « lorsque l'on reconnaît l'utilité de la famille comme cellule de la Nation, on est obligé d'admettre la transmission du patrimoine familial, car la défense de la famille implique la nécessité de lui maintenir ces biens, de lui assurer la perpétuité d'un patrimoine dont bénéficieront les générations qui se succèdent, attachés à la réalisation des mêmes buts »¹⁰¹. L'intérêt de la protection des biens en droit de la famille dans

⁹⁵ J.-L. BERGEL, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ J. CASEY, « Recentrer le juge sur l'essentiel, où le juge Bean devenu français, Billet d'humeur », *AJ fam.* 2019, p. 232.

⁹⁸ E. DESCHAVANNE et P.-H. TAVOILLOT, *Philosophie des âges de la vie*, Pluriel, 2011, p. 259.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 431.

¹⁰⁰ LEVENEUR (L.) et LEVENEUR (S.), *op. cit.*, p. 1.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 5.

une perspective familiale ne doit pas cacher le mouvement inverse auquel le droit semble désormais aboutir. En effet, l'idée, selon laquelle « la volonté – appréhendée dans l'instant davantage que sur la durée – doit rester sans entrave »¹⁰², semble se développer. Cela ouvre nécessairement la voie « aux tendances d'un droit devenu plus attentif aux relations entre individus – la vie familiale – qu'au groupe formé par l'entité familiale elle-même »¹⁰³. L'essor de l'individualisme dans la manière de concevoir la protection de la famille conduit également à une modification de la perception de la protection dans les risques contre lesquels elle s'applique.

4. Protéger les biens contre un risque

33. Protéger contre quoi ? Protéger contre qui ? – La protection est mise en place en raison d'un risque pouvant atteindre les biens. Cette question peut être abordée sous plusieurs angles. D'une part, il s'avère que la protection des biens se fait contre les risques liés à leur gestion ou à leur transmission, qui sont susceptibles de porter atteinte à la consistance des biens. D'autre part, il est possible de considérer que la protection se fait à l'encontre de certaines personnes. L'une et l'autre de ces approches recourent *in fine* les mêmes situations, seul le prisme de leur étude change. L'approche par les personnes contre lesquelles les biens sont protégés semble la plus apte à retranscrire le phénomène de la protection. Ainsi, la protection des biens s'effectue contre leurs propriétaires, contre l'administrateur familial ou contre les tiers.

34. La protection des biens contre leur propriétaire. – La protection des biens contre leur propriétaire consiste en la limitation des pouvoirs du propriétaire sur ses biens en raison du risque patrimonial qu'il encourt ou fait encourir à sa famille. Ce type de protection se retrouve, par exemple, en droit des majeurs protégés. En effet, le droit des majeurs protégés peut conduire à une restriction des pouvoirs du majeur sur ses biens pour qu'il ne porte pas atteinte à la substance de ses biens. En effet, « la protection suppose des choix réfléchis, une capacité de décision »¹⁰⁴ que le majeur protégé n'est plus à même de prendre. S'il s'agit désormais d'une protection essentiellement pensée en faveur du majeur, cette même protection servait également à protéger la famille contre la dissipation des biens dans l'esprit des codificateurs. Il était craint que le majeur aliéné ne dilapide les biens destinés à ses héritiers. Quant au mineur, « la

¹⁰² P. MURAT, « Rapport de synthèse », in I. MARIA, (dir.), *Simplification et modernisation du droit de la famille : mythe ou réalité ?*, Connaissances et savoirs, 2018, p. 261.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ M. RÈMOND-GOUILLOUD, art. préc., p. 65.

défaillance présumée de son jugement »¹⁰⁵ requiert de lui soustraire certaines prérogatives liées à sa propriété, pour qu'une protection puisse s'appliquer sur ses biens. Lorsque la protection est établie contre les agissements du propriétaire, en raison du risque qu'il encourt personnellement, la notion de vulnérabilité sert de justification à la protection. Cette protection peut également se retrouver en droit des régimes matrimoniaux lorsque le propriétaire se voit restreindre ses prérogatives sur ses biens propres en vertu de l'article 1429 du Code civil. La protection est mise en place afin de protéger l'intérêt de la famille contre les agissements du propriétaire des biens. Toutefois, seule la gestion de l'usufruit lui est soustraite, car « retirer la nue-propriété porterait une atteinte extrêmement sévère à l'époux, en le dépouillant de sa qualité de propriétaire »¹⁰⁶. Cette protection, contre les agissements du propriétaire, est empreinte d'un certain paternalisme juridique, puisque les agissements du propriétaire sont contraints par la loi ou le juge. Si, par principe, le propriétaire est libre d'agir, cette liberté est « une liberté responsable, écartée si elle portait atteinte à ses obligations envers la société et sa famille »¹⁰⁷. Les prérogatives du propriétaire peuvent alors être restreintes. Il va de soi que lorsque les biens sont administrés par un autre membre de la famille que le propriétaire, une protection des biens s'avère aussi nécessaire.

35. La protection des biens contre l'administrateur familial. – La protection contre les risques encourus en raison de la gestion d'un membre de la famille peut être entendue de deux manières : soit l'administration est assurée par une personne qui n'a aucun droit de propriété sur les biens, soit elle est assurée par une personne qui n'a pas un droit exclusif sur les biens. Lorsque l'administration est assumée par une personne qui n'a aucun droit de propriété, l'administrateur n'a pas l'ensemble des prérogatives d'un propriétaire. Certains actes sont alors strictement interdits à l'administrateur ou requièrent une autorisation pour qu'ils puissent être valables. Tel est le cas notamment en matière de gestion des biens du majeur protégé ou du mineur. La protection des biens est nécessaire pour que le propriétaire soit assuré que la gestion de ses biens sera conforme à ses intérêts. Lorsque l'administration est prise en charge par une personne qui n'a pas un droit exclusif sur les biens, l'administrateur ne peut pas non plus effectuer l'ensemble des actes de gestion. En effet, les actes les plus dangereux pour le patrimoine nécessiteront l'intervention des personnes ayant des droits concurrents. Tel est le

¹⁰⁵ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, p.62.

¹⁰⁶ Ch. BAHUREL, « Gestion des biens propres », in M. GRIMALDI, (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz action, 7^e éd., 2021, p.181, n° 135.91.

¹⁰⁷ Au sujet du prodigue, v. Ph. MALAURIE, *Droit des personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 9^e éd., 2017, p.372.

cas dans la gestion de la communauté mais aussi en matière d'indivision. La protection des biens se fait donc contre la famille qui pourrait abuser des prérogatives lui étant confiées dans l'administration des biens. Dans les deux cas, il apparaît essentiel de garantir la protection des biens contre d'éventuels actes de malveillances ou de simples négligences, mais aussi contre les possibles risques de conflits d'intérêts entre propriétaire et gérant. De surcroît, la protection peut également être mise en place contre les tiers.

36. La protection des biens contre les tiers. – Les tiers contre lesquels les biens sont protégés dans le cadre familial sont de trois ordres : les tiers non créanciers, les créanciers familiaux ou personnels, les créanciers professionnels.

37. D'abord, la protection des biens se manifeste contre les tiers non créanciers. Certains auteurs ont pu développer l'idée selon laquelle les biens en droit de la famille devaient être protégés contre le partage et les libéralités¹⁰⁸. Cette nécessité de protéger les biens contre le partage et les libéralités traduit en réalité la volonté de protéger les biens contre leur sortie de la famille. En effet, les codificateurs étaient méfiants à l'égard de la captation d'héritage et des libéralités. Les libéralités hors du cadre familial sont tantôt cantonnées, tantôt empêchées¹⁰⁹. Il s'agit alors d'éviter les abus d'influence.

38. Ensuite, la protection des biens s'applique contre les créanciers familiaux ou personnels. Le législateur a entendu limiter les risques que peuvent faire encourir les dettes sur les biens. Si l'alinéa premier de l'article 220 du Code civil prévoit une solidarité entre époux pour les dettes ménagères, les alinéas suivants viennent néanmoins restreindre les risques encourus par cette solidarité. La gradation du gage des créanciers permet de moduler les risques auxquels s'exposent les biens en fonction de la dangerosité des actes effectués par les membres de la famille.

39. Enfin, les biens sont protégés contre les créanciers professionnels. Le législateur a mis en place des techniques permettant de dissocier le patrimoine personnel et le patrimoine professionnel des membres de la famille¹¹⁰. Ainsi, s'affiche la volonté du législateur de préserver les biens nécessaires à la vie familiale des aléas de la profession de l'un des membres

¹⁰⁸ F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, tome 1, vol. 1, Montchrestien, 12^e éd., 2000, p. 434 et s ; M. DE JUGLART, *op. cit.*, p.1. Il faut préciser que les auteurs envisagent la protection du patrimoine familial, plus que des biens, mais l'idée reste identique.

¹⁰⁹ Sur la question des incapacités de défiance, v. L. LEVENEUR et S. LEVENEUR, *op. cit.*, p. 545.

¹¹⁰ V. *infra* n° 193 s.

de la famille. L'ensemble de ces risques est prévenu grâce à des moyens de protection suivant une philosophie législative particulière.

5. *La manière de protéger*

40. Différentes manières de protéger. – Au regard de l'objet de la protection, du cadre de la protection, des raisons de la protection et des risques contre lesquels les biens sont protégés, plusieurs types de protection peuvent être mis en place. La protection conduit à instaurer une « stratégie patrimoniale »¹¹¹, qui va alors différer en fonction de ce qui est entendu par la notion de protection. Deux grands types de protection semblent se dévoiler : une protection fondée sur le maintien des biens dans la famille et une protection fondée sur la préservation des utilités des biens pour les membres de la famille.

41. Le maintien des biens dans la famille. – La protection des biens en droit de la famille peut d'abord consister en l'instauration de règles conduisant à maintenir les biens dans le giron familial. Il s'agit donc d'une protection des biens eux-mêmes. Telle est notamment la conception retenue de la protection des biens dans le Code civil de 1804. Le maintien des biens dans la famille se retrouve dans différentes branches du droit de la famille. Concernant les successions, il s'incarne particulièrement dans la réserve héréditaire, conçue comme le minimum de biens devant être dévolu à la famille, ou encore dans la dévolution *ab intestat*, exclusivement pensée à l'intérieur des familles. Le corolaire en matière de libéralités est la méfiance qu'il peut exister à leur égard. Toutefois, « si les rédacteurs du Code civil se sont montrés sévères pour les libéralités, ils ont excepté de cette rigueur celles qui sont susceptibles de favoriser le patrimoine familial »¹¹². L'idée se manifeste également en droit des régimes matrimoniaux puisque les biens reçus par libéralités restent propre en régime de communauté légale. La même volonté se retrouve en droit des personnes protégées, la gestion de leurs biens étant confiée à un membre de la famille afin d'éviter que la personne protégée ne dilapide pas ses biens. La volonté de maintenir les biens dans la famille conduit à un fort dirigisme de la gestion des biens confiée au mari et père de famille, lui-même fortement encadré par des prescriptions législatives prenant la forme d'interdits. Cette manière de protéger s'illustre dans l'idée que « le droit interdit pour protéger »¹¹³. Il est alors possible de parler de « paternalisme juridique » pour comprendre la manière dont les biens sont préservés afin d'assurer leur

¹¹¹ H. LETELLIER, « Déterminer les choix patrimoniaux à effectuer par les époux en anticipation d'un décès ou d'un divorce », *AJ fam.* 2008, p. 52.

¹¹² L. LEVENEUR et S. LEVENEUR, *op. cit.*, p. 636.

¹¹³ R. CABRILLAC, « Il n'y a certainement aucun secteur de l'activité humaine qui dégage un ennui aussi total que le droit », *D.* 2019, p. 193.

maintien dans le giron familial. La famille s'avère, dans une telle conception, essentiellement envisagée comme étant la famille légitime et par le sang. La vision hiérarchique de la famille innerve la pensée du « paternalisme juridique ». À travers la protection de ses biens, c'est l'idée de famille qui est défendue, et par conséquent de ses intérêts, notamment en termes patrimoniaux. Cette forte influence de la notion de famille sur les biens de ses membres conduit à troubler le caractère individuel de la propriété, ce qui a, par ailleurs, autorisé certains auteurs à user de l'idée d'un patrimoine familial. Cette vision peut conduire à considérer que le patrimoine « n'appartient pas : il est confié, à charge de remettre aux suivants de la chaîne. C'est pourquoi il ne doit pas être dilapidé, mais soigné, afin d'être préservé en l'état. Il ne s'agit pas d'un capital, du moins au sens économique, qui lui assignerait pour rôle de fructifier ; mais il l'est au sens juridique, en ce qu'il désigne la part à laquelle il ne faut pas toucher, car l'intégrité du bien en souffrirait »¹¹⁴. Aux antipodes de cette conception, la protection peut en outre reposer sur la préservation des utilités des biens.

42. La préservation des utilités des biens. – Dans cette conception, il ne s'agit plus de protéger les biens pour eux-mêmes, mais seulement leurs utilités. Cette dynamique s'appuie sur la préservation de la qualité de propriétaire. En matière de régimes matrimoniaux, ce changement se traduit par « le recentrage progressif des finalités du mariage sur le couple lui-même : son bonheur, son plaisir. Le choix de la vie en couple n'est plus dicté par des stratégies familiales qui dépassent les intéressés mais par les stratégies que ces derniers définissent eux-mêmes au regard de leurs objectifs propres »¹¹⁵. Cela implique nécessairement une « délégitimation de l'intervention de la loi ou du juge dans la sphère familiale, et plus largement celle du retrait du droit »¹¹⁶. La prise en compte du groupe familial s'estompe face à la montée de l'individu¹¹⁷. Une telle conception entraîne inmanquablement des difficultés à continuer de penser la protection des biens contre leur propriétaire.

43. Ainsi, la protection peut aboutir à différentes mises en œuvre en fonction de la manière dont elle est appréhendée. La protection s'adapte en fonction des objectifs établis par le législateur, qu'il s'agisse de l'objet de la protection, du cadre de la protection, des raisons de la protection, du risque contre lesquels les biens sont protégés ou de la manière dont la protection est mise en place. Tantôt ces différentes conceptions se superposent, tantôt elles se succèdent, tantôt elles s'excluent, tantôt elles se complètent. Il convient de s'intéresser au glissement de la

¹¹⁴ M. RÈMOND-GOULLAUD, art. préc., p. 62.

¹¹⁵ D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 281.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ En ce sens, v. J. CASEY, art. préc.

manière de concevoir la protection des biens entre le Code civil et le droit contemporain, afin de comprendre en quoi la protection des biens en droit de la famille s'est métamorphosée.

B. Les métamorphoses de la protection

44. Le vocabulaire du changement. – Le vocabulaire du changement se décline en plusieurs termes : le changement, l'évolution, la transformation, la mutation et la métamorphose. Le changement est le fait de « rendre plus ou moins différent », « de rendre nouveau »¹¹⁸. Il s'agit du terme générique pour comprendre le phénomène du renouvellement d'un objet d'étude. Les autres termes permettent de le qualifier en fonction des traits particuliers qu'il revêt ; ils sont des formes particulières de changement. Si l'évolution est un « changement progressif » et « continu »¹¹⁹, la transformation est, quant à elle, un « changement complet ». Toutefois, selon sa définition en chimie, la transformation pourrait se caractériser pas un « réarrangement »¹²⁰ de l'existant. En outre, la mutation est un « changement radical et profond », pouvant être « brusque »¹²¹. Enfin, la métamorphose s'avère être un « changement de forme, de nature ou de structure si importante que l'être ou la chose qui en est l'objet n'est plus reconnaissable »¹²². Dans un tel cas, la modification est à la fois « progressive », « continue », « profonde » mais également « lente »¹²³. La distinction entre la métamorphose et les autres termes du changement réside donc dans deux critères : un critère d'intensité et un critère temporel. D'une part, l'intensité du changement doit être importante pour que celui-ci puisse être qualifié de métamorphose, contrairement aux termes d'évolution ou de transformation perçue comme un réarrangement de l'existant. D'autre part, la métamorphose implique un processus lent, contrairement à la mutation et à la transformation. *A contrario* de la littérature, la métamorphose en droit ne doit donc pas être perçue comme « une mutation subite et merveilleuse »¹²⁴ ; mais davantage dans une perspective scientifique comme « un processus graduel, une évolution (...) dans un temps long »¹²⁵.

45. Une thématique du droit de la famille. – L'admission d'une métamorphose du droit est un « postulat (...) nécessaire » à « l'emploi de la méthode comparative dans le temps »¹²⁶.

¹¹⁸ CNRTL, V° « Changement ».

¹¹⁹ CNRTL, V° « Évolution ».

¹²⁰ CNRTL, V° « Transformation ».

¹²¹ CNRTL, V° « Mutation ».

¹²² CNRTL, V° « Métamorphose ».

¹²³ CNRTL, V° « Métamorphose ».

¹²⁴ G. SÉGINGER, « De la fiction au modèle de pensée, Épistémocritique des métamorphoses », *Romantisme*, Armand Colin, 2019/1, n° 183, p. 107.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Quadrige, PUF, 3^e éd., 2017, p. 351.

Il convient donc de s'intéresser à l'appréhension des métamorphoses en droit ainsi que des métamorphoses de la famille. Le changement du droit est diversement apprécié par la doctrine juridique. Certains considèrent que l'ampleur des changements constatés tient essentiellement au fait que la recherche s'oriente vers l'étude des changements plutôt que vers celle de la permanence¹²⁷. Il est vrai que les changements de la législation ne doivent pas masquer les permanences de celui-ci. L'absence de permanence relève de « l'illusion »¹²⁸. Toutefois, l'inverse est tout aussi juste, la permanence ne doit pas masquer les changements. L'exemple de la réserve héréditaire permet d'illustrer le propos. Bien que l'institution de la réserve demeure, cette permanence ne doit pas occulter les changements importants qu'elle a subis tel que le passage de la réserve en nature à la réserve en valeur. Ces modifications conduisent nécessairement à changer la conception de la réserve héréditaire. Une autre partie de la doctrine pousse l'analyse plus loin lorsqu'elle considère que « c'est dans le dedans, plus vite que par leur aspect formel, que les institutions juridiques changent »¹²⁹. Ainsi, l'absence de modification formelle de l'institution ne signifie pas que l'institution n'a pas connu de changement. Toujours au regard de la réserve héréditaire, la modification de ses bénéficiaires ne conduit pas à un changement formel de celle-ci. Pourtant, l'institution connaît bien un renouvellement dans sa philosophie et dans ses applications lorsque le conjoint survivant devient héritier réservataire. L'institution de la réserve héréditaire, bien qu'elle perdure, a subi des modifications, directes ou indirectes, contribuant à l'évolution de l'institution. Finalement, ce qui est déterminant pour qualifier une métamorphose en droit est l'ampleur des changements et le temps nécessaire à ces évolutions. Ainsi, ce n'est pas tant l'adoption d'une loi qui permet de caractériser une métamorphose de la législation, mais la prise en compte de la législation sur une période déterminée permettant d'observer une modification importante. L'étude du

¹²⁷ M. VILLEY, *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit*, Dalloz, 4^e éd., 2001, p. 29.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, première série, Panorama des mutations*, 3^e éd., 1964, Dalloz, pp. 4-5.

changement¹³⁰, et particulièrement des métamorphoses¹³¹, en droit n'est pas nouvelle, quelle que soit la branche du droit. Par ailleurs, la famille en tant qu'objet d'étude est souvent abordée sous le prisme des métamorphoses en sciences humaines et sociales¹³². Les transformations de la famille sont l'occasion de repenser le droit qui lui est applicable¹³³. Ceci conduit à penser que le droit de la famille est une branche du droit propice à l'étude des métamorphoses¹³⁴. Si en biologie, les métamorphoses sont une « tendance des organismes à s'adapter au milieu »¹³⁵, tel est également le cas du droit de la famille qui s'adapte aux évolutions sociales de la famille et aux évolutions des droits qui l'entourent. Ainsi, la métamorphose ne suppose pas tant une disparition intégrale de la législation ancienne qu'une adaptation de cette législation à une société donnée et à un temps donné. De plus, la permanence de certaines institutions n'implique pas que la philosophie sous-jacente demeure la même. Ainsi, il faut comprendre le renouvellement de la philosophie législative à la suite des métamorphoses qu'a connues la protection des biens en droit de la famille. Pour pouvoir comprendre la philosophie actuelle en

¹³⁰ V. notamment L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913 ; J. LENOBLE, *Droit et communication : la transformation du droit contemporain*, Les éditions du cerf, 1994 ; J. TAULELLE, *De l'influence de la législation du travail sur les transformations et l'évolution du droit*, Montpellier, thèse, 1927 ; *Les transformations du droit : mélanges en l'honneur du Professeur François Colly*, La mémoire du droit, 2021. Concernant le droit civil en particulier v. Premières journées René Savatier, *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986 ; Troisièmes Journées René Savatier, *L'évolution contemporaine du droit des biens*, PUF, 1991 ; A. AUZOUY, *De la permutatio dotis en droit romain, De la transformation de la dot sous le régime dotal en droit français*, Paris, thèse, 1886 ; Ch. BODIN, *De la transformation du droit déduit in judicium par la litiscontestatio sous le système formulaire, Étude sur le gage civil et commercial*, Rennes, thèse, 1891 ; Ph. PASCANU, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, Paris, thèse, 1937 ; J. CHARMONT, *Les transformations du droit civil*, Armand Colin, 1912 ; L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Félix Alcan, 1912 ; *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre : un droit en perpétuel mouvement*, LGDJ, 2018.

¹³¹ V. notamment D. SIMON, *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, P.U.S., 2003 ; P. MAZEAUD, C. Puigelier et F. Terré, (Textes rassemblés par), *Les métamorphoses de la loi, en hommage à Jean Foyer*, éd. Panthéon-Assas, 2022. Concernant le droit civil en particulier, v. R. SAVATIER, *op. cit.*, première série, 3^e éd., Dalloz, 1964 ; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, deuxième série, L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Dalloz, 1959 ; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, troisième série, Approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, 1959 ; Sixièmes Journées René Savatier, *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1997 ; ENM, IHEJ, *Métamorphoses de la responsabilité*, L'Harmattan, 1996 ; M. NICOD, (dir.), *Métamorphoses de l'acte juridique*, P.U.T 1, LGDJ, 2011.

¹³² V. notamment M. GODELIER, *Métamorphoses de la parenté*, Fayard, 2004 ; Ch. CASTELAIN MEUNIER, *La place des hommes et les métamorphoses de la famille*, PUF, 2002 ; Y. KNIBIEHLER, F. ARENA et R. M. CID LÓPEZ, (dir.), *La maternité à l'épreuve du genre : métamorphoses et permanences de la maternité dans l'aire méditerranéenne*, Presses de l'école des hautes études en santé publique, 2012 ; D. DAGENAIS, *La fin de la famille moderne. Signification des transformations contemporaines de la famille*, Presses universitaires de Rennes, 2000.

¹³³ V. notamment P. BERTHET, *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, L'Harmattan, 2001.

¹³⁴ V. notamment P. CATALA, « La métamorphose du droit de la famille », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 341 s ; B. BEIGNIER, « Métamorphoses du Pacs », *Dr. fam.* n° 9, sept. 2006, rep. 8 ; M. FARGE et S. BERNARD, (dir.), *Les mutations contemporaines du droit de la famille*, PUG, 2020 ; M. A. GLENDON, *The transformation of family law : state, law and family in the United State and Western Europe*, The University of Chicado Press, 1989.

¹³⁵G. SÉGINGER, art. préc., p. 109.

matière de protection des biens, il est proposé d'envisager les métamorphoses de la législation depuis le Code civil. En effet, la philosophie législative de 1804 est claire et cohérente, se résumant en un paternalisme juridique¹³⁶. Depuis le Code civil, de nombreuses évolutions se sont manifestées. Les causes doivent en être identifiées puisqu'elles ont conduit à un changement de la philosophie législative. La cohérence de la protection en droit de la famille mérite alors être interrogée.

46. Des évolutions profondes. – En 1804, la protection des biens dans le cadre familial peut être qualifiée de paternaliste¹³⁷ à deux égards. D'abord, la protection s'avère paternaliste en ce que l'État, pour protéger les biens et assurer leur conservation dans la famille, pose des interdictions ou requiert l'intervention judiciaire¹³⁸. Ensuite, la protection des biens revêt également un caractère paternaliste puisqu'elle est essentiellement déléguée au père et mari, en sa qualité de chef de famille. Ce dernier est considéré comme « législateur dans sa famille »¹³⁹. Il a pu apparaître que ce principe de conservation des biens dans la famille « paraît [désormais] moins impérieux »¹⁴⁰. Ainsi, de nombreuses réformes sont venues modifier les institutions qui servaient la conservation des biens dans la famille. L'essor de l'égalité au sein de la famille a battu en brèche la prééminence du père et mari dans la gestion des biens. La protection se veut désormais plus choisie, plus discutée et plus impartiale. Le paternalisme juridique ne guide plus la protection des biens en droit de la famille. Celle-ci suit les mouvements contemporains du droit de la famille et du droit en général : contractualisation, expansion des droits fondamentaux, internationalisation et européanisation, déjudiciarisation et privatisation¹⁴¹. La protection des biens s'adapte également aux évolutions sociales : place de la femme¹⁴², des enfants¹⁴³, prise en compte du quatrième âge, nucléarisation de la famille¹⁴⁴. La manière de mettre en œuvre la protection n'est alors plus la même, ce qui conduit nécessairement à repenser la philosophie de la protection des biens en droit de la famille.

¹³⁶ V. *infra* n° 43. Pour une étude complète sur le paternalisme, v. M. COTTEREAU, *La séparation entre droit et morale, Analyse d'une thèse constitutive du positivisme juridique*, thèse, Toulouse 1, 2018, p. 501 et s.

¹³⁷ Pour l'utilisation du terme v. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 1996, p. 31.

¹³⁸ Il s'agit là d'une définition conforme à celle de G. DWORKIN qui considère que le paternalisme juridique revient à prescrire un comportement dans l'intérêt des personnes visées. G. DWORKIN, « Paternalism », in R. A. WASSERSTROM, *Morality and the Law*, Wadsworth Publishing, 1971, p. 181. V. également, M. COTTEREAU, *op. cit.*, p. 501 ; Ch. BÉAL, « Le paternalisme peut-il être "doux" ? Paternalisme et justice pénale », *Raisons politiques*, 2011/4, p. 41.

¹³⁹ J.-É.-M. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, Librairie de la Cour de cassation, 1844, p. 373.

¹⁴⁰ D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 183.

¹⁴¹ V. ÉGÉA, *op. cit.*, pp. 20-26.

¹⁴² D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 167.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 62.

¹⁴⁴ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 106.

47. Un présent, un avenir¹⁴⁵. – Les changements législatifs sont quantitativement importants. En effet, il est possible de souligner « l’extraordinaire abondance de réformes (...) au cours des trente dernières années »¹⁴⁶. La manière de réformer le droit de la famille a également changé. Les lois sont désormais « dissimulées derrière un intitulé peu évocateur (...) et d’une portée plus ou moins limitée »¹⁴⁷ alors qu’elles étaient « bien identifiées quant à leur objet et embrass[ai]ent, dans la mesure du possible, l’ensemble d’une question »¹⁴⁸. Cette abondance de textes épars conduit à se demander si ces lois procèdent « d’un dessein cohérent d’une politique volontariste »¹⁴⁹ ou si, au contraire, elles ne sont pas le résultat d’une adaptation aux évolutions sociales. Dans ce second cas, la législation sur la protection des biens ne permettrait pas de comprendre directement la philosophie législative sous-jacente. Dans le premier cas, à l’inverse, une philosophie législative pourrait être mise à jour. Elle serait alors le moyen de déterminer, au-delà de la compréhension de la législation actuelle, les réformes à venir qui pourraient se conformer à la nouvelle philosophie législative. Cet avenir de la protection des biens en droit de la famille se déduit en observant « les causes et les symptômes qui existent déjà, prémices de l’avenir déjà présentes au regard de la pensée qui le conçoit »¹⁵⁰.

48. Enjeux de l’étude. – Les biens sont une composante essentielle de la vie familiale, induisant alors leur protection. Cependant, la manière de les protéger est dépendante des objectifs du législateur. L’individualisation de la société, au sens de la prise en compte de l’individu *per se*, et le recul de la prise en compte de la famille en tant que groupe conduit nécessairement à un relâchement de la protection des biens fondée sur un système classique de la protection comprise comme le maintien des biens dans la famille. La prise en compte des droits de l’homme participe de l’individualisation des membres de la famille. Ainsi, les enjeux d’égalité – égalité entre les femmes et les hommes, entre les membres du couple, entre les enfants, entre les parents et les enfants, entre les majeurs protégés ou non – et de liberté – particulièrement de la liberté du propriétaire – conduisent à profondément modifier la philosophie législative. Toutefois, la protection des biens demeure indispensable. Il convient donc d’analyser la manière dont cette protection s’opère. En effet, les biens se révèlent nécessaires à la vie de la famille, en particulier le logement de la famille ou les biens frugifères, qui confèrent des revenus à la famille. En outre, la progression de la durée de vie humaine

¹⁴⁵ Selon la formule du titre de l’ouvrage, *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, préc.

¹⁴⁶ P. CATALA, *op. cit.*, p.94.

¹⁴⁷ M. NICOD, « Le renouvellement saccadé de la législation familiale », *Defrénois*, 30 août 2017, n°15-16, p.873.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ P. CATALA, *op. cit.*, pp.94-95.

¹⁵⁰ SAINT AUGUSTIN, *Les confessions*, trad. L. Moreau, Flammarion, 1914, p. 304.

conduit également à repenser les enjeux de la protection des biens. Les personnes âgées, placées sous mesure de protection ou non, doivent bénéficier du maintien de leur cadre de vie. Par ailleurs, les recompositions familiales mettent parfois à mal le schéma classique de la protection des biens. Ainsi, il n'est plus possible d'envisager la famille à travers le seul prisme du mariage et des enfants qui en sont issus. Une pluralité de compositions familiales doit être prise en compte, qu'il s'agisse des familles hors mariage, des familles monoparentales, des familles homosexuelles, des familles recomposées, ou encore des familles internationales. La situation de handicap d'un membre de la famille peut également conduire le législateur à redessiner le droit de la famille. La multiplicité de ces familles sociales rend difficile leur traitement exhaustif par le droit. Le droit de la famille continue de dessiner un droit unitaire, bien qu'il reconnaisse certaines situations particulières. Il ne s'agit pas d'un droit des familles. La « métamorphose des mœurs »¹⁵¹ invite « le législateur et le juge » à aligner le droit « sur des faits qu'il ne peut ou ne veut endiguer »¹⁵². Ce phénomène, conjugué à celui de l'individualisation, conduit à « accorder plus de liberté en remplaçant, autant que possible, la règle impérative par une règle supplétive et même parfois par la liberté contractuelle »¹⁵³. Ainsi, la famille et ses membres semblent requérir une plus grande adaptabilité du droit à leur situation particulière se traduisant par un assouplissement de la règle de droit. Ce repli individualiste ne coupe cependant pas tout lien familial. L'expression patrimoniale du lien familial repose davantage sur l'expression des volontés individuelles. Ce phénomène traduit un mouvement libéral en matière de protection des biens en droit de la famille. Le lien familial n'est contraint que pour un nombre de règles restreint représentant le minimum de protection patrimoniale que la famille doit assurer à ses membres. Il s'agit ici d'un mouvement social, d'un « élan social »¹⁵⁴, qui se comprend comme une volonté d'assurer un minimum de solidarité au sein des familles. Les enjeux de l'étude laissent ainsi apparaître une diversité de situations susceptible, à première vue, d'empêcher une construction unitaire du droit. Toutefois, il s'avère indispensable de comprendre l'unité philosophique qui gouverne les règles techniques.

49. Objectifs de l'étude. – Il conviendra de déceler la philosophie du législateur actuel en matière de protection des biens en recherchant, d'une part, ses différences avec la philosophie précédente et en tirant, d'autre part, sa substance des textes contemporains. L'unité

¹⁵¹ P. CATALA, *op. cit.*, p272-273.

¹⁵² *Ibidem.*

¹⁵³ P. BONDUELLE MICHELEZ et B. ROMAN, « Les dix ans de la loi du 23 juin 2006 : célébrer et préparer l'avenir », *JCP N* n° 24, 17 Juin 2016, 1191.

¹⁵⁴ R. SAVATIER, *op. cit.*, première série, p. 65.

philosophique de la protection fondée sur un certain paternalisme juridique paraît, *a priori*, pouvoir se laisser assez facilement synthétiser. En est-il de même de la protection contemporaine ? En d'autres termes, est-il possible de dégager des lignes directrices cohérentes dans les lois récentes qui ont trait à la protection patrimoniale ? Le déclin des protections classiques sera mis en lumière par une étude comparative des législations passées et actuelles. Une analyse de la législation contemporaine, en particulier des dernières réformes, permettra d'appréhender au mieux le nouvel esprit de la protection. Les lignes directrices de la nouvelle philosophie seront nécessaires pour comprendre la cohérence de la protection des biens, mais aussi pour organiser de manière simple et compréhensible les règles techniques de la protection.

50. Méthode. – La recherche de la philosophie législative en matière de protection des biens en droit de la famille nécessite d'analyser les objectifs du législateur et les raisons qui le conduisent à adopter une loi en matière de droit de la famille. Il convient, pour ce faire, d'étudier les textes de lois mais également leurs travaux préparatoires. Cette étude sera utile pour déceler des lignes directrices au sein de la législation, mais également la philosophie législative à l'œuvre. L'étude des métamorphoses implique aussi une approche historique de la question de la protection des biens pour apprécier les changements intervenus au fil du temps¹⁵⁵. En effet, « si l'on veut évoquer les voies d'une évolution, il faut restituer l'état ancien de la structure »¹⁵⁶. Le recours à la jurisprudence, tant interne¹⁵⁷ qu'euro-péenne, n'est donc que secondaire. Celle-ci ne sera envisagée que lorsqu'elle a une influence sur la législation, lorsqu'elle modifie profondément la philosophie législative ou à titre d'illustration. Si la recherche des métamorphoses de la protection des biens de la famille nécessite une étude approfondie du droit de la famille, en particulier du droit patrimonial, il ne peut être fait l'économie de l'analyse des matières ayant une influence sur cette protection. Ainsi, il s'avère pertinent d'étudier les différents mécanismes du droit des personnes, matière connexe au droit de la famille, les deux étant interdépendantes pour les questions patrimoniales. Cette interdépendance peut s'observer dans la subsidiarité des mesures de protection des majeurs protégés par rapport aux règles du droit des régimes matrimoniaux. La nécessité d'une étude conjointe de ces deux disciplines se retrouve en matière patrimoniale. J. HAUSER avait déjà mis en exergue la nécessité de traiter conjointement les deux sous-branches du droit au sujet de questions extrapatrimoniales. Selon

¹⁵⁵ V. Sur la question de l'identité dans le temps d'un objet étudié, v. S. FERRET, *Le bateau de Thésée : le problème de l'identité à travers le temps*, éditions de minuit, 1996.

¹⁵⁶ R. LIBCHABER, « Des successions en quête d'avenir », *RTD Civ.* 2016, p. 729.

¹⁵⁷ Sur la jurisprudence en droit des successions et des libéralités, v. N. PETERKA, « Le droit des successions et des libéralités hors du Code civil », *LPA*, 5 oct. 2005, p. 5. L'auteure avance à ce sujet que « son œuvre est sans doute moins imposante en droit des successions et des libéralités que dans d'autres matières du droit civil ».

lui, « [l]a conception du droit des personnes et de la famille comme une suite de confettis qu'on peut traiter séparément est fautive »¹⁵⁸. De plus, il sera nécessaire de s'intéresser à d'autres disciplines du droit civil, telles que le droit des contrats, le droit des biens, les procédures civiles d'exécution. D'autres branches du droit pourront également éclairer la manière dont sont désormais protégés les biens en droit de la famille justifiant alors le recours aux droits de l'homme, au droit des sociétés, ou encore au droit de la consommation.

51. Position du problème. – La diversité des branches du droit influençant la protection des biens en droit de la famille rend particulièrement ardue la lecture de la philosophie législative. Ces difficultés sont accrues par l'accroissement du nombre de lois dans chaque branche du droit, ayant des conséquences sur la manière dont les biens sont protégés. Si ce procédé d'élaboration de la loi n'est pas en soi à proscrire¹⁵⁹, il compromet la compréhension de la philosophie d'ensemble souhaitée par le législateur. Les lois dites de simplification¹⁶⁰ ou de modernisation¹⁶¹ masquent la philosophie législative en ce qu'elles ne permettent pas de comprendre le schéma législatif global, particulièrement lorsqu'elles ne proposent qu'une retouche minimale du droit qu'elles modifient. C'est l'observation de la protection effectivement mise en place par le droit positif contemporain qui permettra de discerner la philosophie qui la gouverne.

52. Si l'identification de la philosophie législative est l'objectif principal de l'étude, des points annexes demandent à être précisés. En effet, l'étude impose la vérification de l'effectivité de la protection mise en place. La protection contemporaine permet-elle toujours de protéger les biens en droit de la famille ? En outre, l'individualisation croissante en droit de la famille

¹⁵⁸ J. HAUSER, « Un sexe que je veux et quand je veux...mais un sexe quand même, selon la loi », *RTD civ.* 2017, 607.

¹⁵⁹ V. M. NICOD, « Quelques réformes à venir en droit des successions ou le parachèvement de la loi J21 », *Dr. fam.* n°5, mai 2018, étu. 14. Pour qui « ce pointillisme législatif n'est pas fatalement à condamner, du moins s'il permet d'améliorer la qualité du droit et s'il favorise son adaptation à une société toujours en mouvement ».

¹⁶⁰ Sur les difficultés de la simplification v. J.-E.-M. PORTALIS, *op. cit.*, p.6. Il précise que « quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout. Tout simplifier est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre. Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires »¹⁶⁰. La simplification s'impose comme une nécessité tout en étant un art difficile. V. également S. GERRY-VERNIÈRES, « Qu'est-ce que moderniser et simplifier le droit ? », in I. MARIA, (dir.), *op. cit.*, p. 22. L'auteure adopte la même conception de la simplification : « la simplification n'est pas la simplicité. Simplifier le droit, ce n'est pas moins de droit, c'est moins de droit inutile et un ordonnancement juridique plus rationnel ». V. encore P. MURAT, « Rapport de synthèse », in I. MARIA, (dir.), *op. cit.*, p. 257. Là encore la simplification est mise en question : « la simplification est-elle en soi une valeur et un objectif législatif ? On peut fortement en douter : dans l'art législatif, comme souvent en droit, il faut opérer une balance : les inconvénients de la complexité sont à mettre en regard avec d'autres impératifs, comme la protection du plus faible. (...) Il faut donc être particulièrement vigilant : simplification ne doit pas être synonyme de simplicité, d'appauvrissement, de régression ».

¹⁶¹ Sur l'appréciation de la modernité v. S. GERRY-VERNIÈRES, « Qu'est-ce que moderniser et simplifier le droit ? in I. MARIA, (dir.), *op. cit.*, p. 21.

assure-elle encore une prise en compte de l'intérêt du groupe ? En effet, il ne faudrait pas que « la dimension familiale »¹⁶² soit entièrement éclipsée. Pourtant, les auteurs constatent un « recul de l'esprit de famille »¹⁶³ au fil des réformes. Cette individualisation pousse à adopter des mécanismes s'ajustant toujours mieux à chaque situation individuelle, à chaque famille au sens sociologique. Une protection sur-mesure nécessite-t-elle une multiplication des outils de protection ? La rationalisation des mécanismes est-elle possible ? Cet esprit individualiste est rendu possible par un certain libéralisme, conduisant à redonner au propriétaire les pouvoirs de son action sur ses biens. Chaque membre de la famille, en sa qualité de propriétaire, tend à être considéré comme maître de la gestion et de la transmission de ses biens. Toutefois, « le libéralisme ne s'oppose pas à toute organisation collective »¹⁶⁴. Ainsi, la famille en tant que groupe n'est pas exclue de la protection des biens, mais sa prise en compte est rénovée, plus volontaire qu'imposée. Malgré ces difficultés et des objectifs parfois contradictoires¹⁶⁵, il semble qu'une « structure souterraine organise ce nœud de règles »¹⁶⁶.

53. Énoncé de la thèse. – En 1804, la protection des biens en droit de la famille est une protection des biens eux-mêmes. La protection s'entend comme un maintien des biens dans la famille. Sous l'influence de la définition de la famille, de l'internationalisation des situations, des évolutions du droit civil en général, la conception de la protection des biens en droit de la famille a fortement évolué. La thèse défendue avance que les métamorphoses de la protection des biens en droit de la famille ont abouti à un changement de la philosophie de la protection qui peut se résumer en une protection de la personne au moyen des biens. Les lois ne protègent donc plus les biens, mais davantage leurs utilités mises au service des membres de la famille. La protection est recentrée autour de la personne. La protection de l'avoir est un moyen d'atteindre la protection de l'être. Ce changement de philosophie passe notamment par une mise en valeur, par principe, de la volonté individuelle de membres de la famille, considérés en leur qualité de propriétaire. Le droit repose désormais moins sur la prescription de comportements jugés comme étant la norme, le bon comportement à adopter, que sur la liberté de chaque membre de la famille d'agir conformément à sa volonté. Ainsi, le droit familial ne prescrit plus le comportement attendu des individus dans le cadre familial. Il tend simplement à assurer la

¹⁶² Ch. ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, Thémis Droit, 1999, p. 296.

¹⁶³ D. MAZEAUD, Rédaction Lextenso, « En guise de préambule... », *Defrénois*, 15 janvier 2017, n°1, p. 7.

¹⁶⁴ R. SÈVE, « L'avenir libéral du droit », in *Mélanges en hommage à François Terré*, L'avenir du droit, PUF, Dalloz, éd. Du Juris-Classeur, 1999, p.58.

¹⁶⁵ Tel est le cas de la volonté de promouvoir l'individu tout en maintenant une singularité familiale.

¹⁶⁶ Telle est la formule employée par R. LIBCHABER pour parler du droit des successions. R. LIBCHABER, « Des successions en quête d'avenir », *art. préc.*

plus grande liberté de chacun. La solidarité familiale devient dépendante des choix opérés par les individus du groupe. La prise en compte du lien familial par la loi n'est que résiduelle. Elle agit comme la garantie du minimum de solidarité que la famille doit assurer à l'égard de ses membres. Il ne peut plus être affirmé que « plus on avance dans l'histoire, plus on voit l'État intervenir dans les détails de la vie de famille »¹⁶⁷. Le législateur accorde davantage de place à la volonté des membres de la famille pour déterminer la manière dont la protection des biens sera assurée. Il y a donc une privatisation de la protection des biens, qui s'incarne dans un libéralisme législatif, ainsi qu'une déjudiciarisation de la protection des biens.

54. Plan. – Il apparaît que les métamorphoses peuvent être considérées comme désorganisées. En effet, la diversité des manifestations des métamorphoses laissent entrevoir des évolutions diverses, éparses, qui ne permettent pas à première vue de comprendre la philosophie législative qui sous-tend leur adoption. Il est toutefois certain que les mécanismes plébiscités en 1804 sont battus en brèche au bénéfice d'autres modalités de protection. À cette diversité s'ajoute une diversité de causes expliquant les métamorphoses. Là encore la pluralité d'influences conduit à brouiller la lecture de la philosophie législative puisque les modifications qui en résultent redessinent une pluralité de règles. Ainsi, les manifestations et les causes des métamorphoses se présentent de manière déstructurée. Elles sont déstructurées en ce que ces évolutions sont éparses, provenant de toute part, et qu'elles semblent *a priori* dépourvues de cohérence d'ensemble, tout en participant à la désorganisation de la philosophie législative établie en 1804.

55. Pour autant, l'ensemble des règles résultant des métamorphoses laisse apparaître une structure favorisant l'identification d'une philosophie législative souterraine qui explique l'ensemble des manifestations des métamorphoses. Cette nouvelle philosophie qui correspond à la protection de la personne par les biens, permet également de comprendre les débats doctrinaux autour des modifications législatives à venir. Ces évolutions futures permettraient d'accroître la cohérence de la nouvelle philosophie législative mise en lumière. Dès lors, les métamorphoses s'avèrent également structurables, en ce qu'elles permettent de rebâtir un système de protection des biens cohérent en droit de la famille, autour d'une nouvelle philosophie législative.

¹⁶⁷ É. DURKHEIM, *Leçon de sociologie*, PUF, 1950, p. 277. V. également en ce sens J. COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois*, PUF, 1994, p.155. Pour ce dernier, « l'espace familial peut alors basculer vers la forme d'un espace d'incompétence, de telle sorte que l'État s'arroge le droit de se transformer lui-même en famille-père pour assumer, mieux et plus que la famille, des fonctions essentielles à la collectivité ».

56. Ainsi, si les métamorphoses sont déstructurées (**Première partie**), elles n'en sont pas moins structurables (**Seconde partie**).

Première partie : Des métamorphoses déstructurées

Seconde partie : Des métamorphoses structurables

Première partie

DES MÉTAMORPHOSES DÉSTRUCTURÉES

57. Une protection classique en déclin. – La structure de la protection des biens en droit de la famille héritée du Code civil de 1804 est en déclin. En effet, les piliers du paternalisme juridique, « colonnes du temple »¹⁶⁸, sont ébranlés au fil des réformes ; ils ne relèvent plus des préoccupations du législateur contemporain.

58. Les piliers du paternalisme juridique. – Le paternalisme juridique repose sur trois piliers essentiels : un objectif, un cadre, des moyens. D’abord, l’objectif de la protection est la conservation des biens dans la famille. Ensuite, le cadre de la protection est celui de la famille légitime, de la famille par le sang et lignagère. Enfin, les moyens de la protection sont fondés sur une conception hiérarchique.

59. Un objectif : la conservation des biens dans la famille. – La volonté du législateur de 1804 d’aboutir à une conservation des biens dans la famille se retrouve dans toutes les matières du droit patrimonial de la famille¹⁶⁹. Tous les actes pouvant entraîner une dissipation des biens ou une dégradation de leur valeur sont regardés avec méfiance par le législateur. Tel est le cas des actes à titre gratuit ou encore du démembrement de la propriété – spécialement l’usufruit. Ces actes sont considérés comme constituant un risque menaçant la conservation des biens dans la famille.

60. Un cadre : la famille légitime, la famille par le sang et lignagère. – La protection des biens dans la famille ne vaut que pour la famille et, plus précisément, la famille légitime ou la famille par le sang et lignagère. D’abord, les biens doivent être protégés pour pouvoir bénéficier

¹⁶⁸ P. CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* 2006, étu. 43.

¹⁶⁹ Par exemple dans la réserve héréditaire en droit des successions, dans la réduction des libéralités excessives en droit des libéralités, dans la restriction des pouvoirs des majeurs incapables, dans la gestion paternelle des biens en droit du mineur, dans le régime spécial réservé aux biens reçus à titre gratuit en droit des régimes matrimoniaux.

à la seule famille, d'où une certaine méfiance du législateur à l'égard des libéralités qui risquaient d'entraîner la sortie des biens de la famille au bénéfice d'un tiers. Ensuite, les familles ne méritaient pas toutes la même protection. Tantôt, le législateur tente de conserver les biens dans la famille légitime, par opposition à la famille naturelle, tantôt le législateur tente de conserver les biens dans la famille de sang, par opposition à la famille créée par l'alliance.

61. Des moyens : une conception hiérarchique. – Les moyens mis en œuvre pour assurer la protection des biens reposent essentiellement sur une conception hiérarchique de la protection. Ainsi, le législateur, le père de famille et, dans une moindre mesure, le juge sont des figures privilégiées de la protection en 1804. Les prescriptions du législateur contraignent la transmission des biens et dirigent le père et mari dans leur gestion. La conservation des biens dans la famille et la cohérence de leur gestion et transmission sont ainsi rendues possibles par les prérogatives importantes confiées à un nombre limité de membres de la famille.

62. Une déstructuration. – Cependant, la conservation des biens dans la famille ne semble désormais plus être un objectif du législateur. Le cadre de la protection est, lui aussi, renouvelé. La famille légitime n'est plus une catégorie du droit positif. Le principe d'égalité, innervant le droit de la famille, est devenu incompatible avec la conception hiérarchique de la protection dévolue au père et mari. Les atteintes à la philosophie classiques sont diverses. Elles se retrouvent disséminées dans une pluralité de lois, ce qui accentue leur caractère composite. Elles sont également dictées par une pluralité de causes, *a priori*, sans lien entre elles. Ces divers facteurs des métamorphoses, relèvent tant d'évolutions sociologiques que d'évolutions du droit. Ils permettent de mieux comprendre les manifestations des métamorphoses. Cette déstructuration de la philosophie classique se retrouve donc tant dans les manifestations des métamorphoses (**Titre 1**) que dans les facteurs des métamorphoses (**Titre 2**).

Titre 1

LES MANIFESTATIONS DES MÉTAMORPHOSES

63. Un mouvement libéral. – Les métamorphoses s’inscrivent dans un mouvement libéral. En effet, le déclin du paternalisme juridique est marqué par un recul de l’ingérence de l’État dans les affaires familiales. Ce recul se reflète dans la législation : les règles sont moins impératives, l’ordre public familial est en repli, les interdits sont moins abondants et connaissent des exceptions. Les principes phares de la conservation des biens dans la famille, servant le paternalisme juridique, sont remis en cause. La modification de ces principes oscille entre disparition pure et simple et aménagement, plus ou moins substantiel. Par ailleurs, les outils de la protection des biens se diversifient. Le législateur met ces outils à disposition des membres de la famille qui peuvent en user en fonction des besoins qui leur sont propres. Ainsi, la volonté devient une donnée essentielle de la protection. Si les acteurs de la protection demeurent les mêmes – le législateur, le juge, le notaire, la famille –, leurs rôles sont redistribués selon une nouvelle architecture. Le législateur, le père et le mari ne sont plus des acteurs privilégiés de la protection. Là encore, ce réaménagement de l’implication des acteurs procède du mouvement libéral de la protection. En effet, l’essoufflement de la philosophie législative classique conduit nécessairement à interroger la légitimité des acteurs de la protection.

64. Le maintien d’une protection. – Le mouvement libéral en matière de protection des biens en droit de la famille ne conduit pas à un dénuement de protection. En effet, si les formes classiques de protection sont en recul, des modalités de substitution sont mises en place par le législateur. D’une part, le législateur s’appuie sur un réseau de protection déjà existant, mais non prépondérant dans la philosophie classique, afin d’en renouveler ses utilisations. D’autre part, le législateur instaure de nouvelles modalités de protection.

65. Ainsi, la création du nouveau système de protection découle tant des évolutions des outils de la protection (**Chapitre 1**) que de celle des acteurs de la protection (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

LES MÉTAMORPHOSES DES OUTILS DE LA PROTECTION

66. Les outils de la protection des biens. – Un outil est, au sens premier, « un objet fabriqué, utilisé manuellement, doté d'une forme et de propriétés physiques adaptées à un procès de production déterminé et permettant de transformer l'objet de travail selon un but fixé »¹⁷⁰. Cette première définition du terme « outil » semble peu exploitable en matière juridique. En effet, la discipline intellectuelle, que constitue la discipline juridique, semble en opposition avec la fonctionnalité matérielle et physique accordée à l'outil. Cependant, l'outil désigne également, par métaphore, « un moyen »¹⁷¹. Il constitue « ce qui permet d'obtenir un résultat, d'agir sur quelque chose »¹⁷². Ainsi, relativement à cette étude, l'outil est ce qui permet d'atteindre une protection en agissant sur les biens. Les outils de la protection des biens correspondent ainsi à toutes les règles mises en place par le législateur contribuant à la protection des biens dans le cadre familial.

67. Les métamorphoses en cause. – Depuis l'entrée en vigueur du Code civil, les outils de la protection des biens ont connu de nombreuses évolutions. Ce phénomène s'explique tant par la durée de la période considérée que par la multiplicité des matières nécessaires à l'étude de la protection des biens en droit de la famille. Deux mouvements sont particulièrement significatifs. D'une part, il est possible de constater que les règles sont de moins en moins contraignantes, qu'une place plus grande est laissée à la volonté. Ainsi, la protection des biens connaît un mouvement de libéralisation de ses outils (**Section 1**). D'autre part, il est possible de constater que le législateur tente de mettre à la disposition des membres de la famille des solutions collectives de protection des biens. La protection des biens connaît un mouvement d'accroissement des outils de protection collective (**Section 2**).

¹⁷⁰ CNRTL, V° « Outil ».

¹⁷¹ CNRTL, V° « Outil ».

¹⁷² CNRTL, V° « Outil ».

SECTION 1

LE MOUVEMENT DE LIBÉRALISATION DES OUTILS DE PROTECTION

68. Interdits et assouplissements. – En 1804, les outils mis en place pour protéger les biens dans le cadre de la famille s’organisent essentiellement autour d’interdictions, de prohibitions. L’interdiction par la loi d’effectuer certains actes dangereux pour la consistance du patrimoine semble être la meilleure façon de protéger les biens de la famille. La force de l’interdiction réside dans la possibilité de pouvoir annuler l’acte contraire à la prohibition édictée. La protection des biens est quasiment absolue puisque les biens sont protégés *a priori* par l’édiction de l’interdit et *a posteriori* par la nullité l’acte. Cependant, ce système s’est avéré trop rigide et peu adapté aux évolutions de la famille et de ses biens. Ainsi, si l’interdit a connu un apogée en tant qu’outil de la protection des biens (§1), progressivement le système de protection s’est libéralisé (§2).

§ 1 L’APOGÉE DE L’INTERDIT COMME OUTIL DE PROTECTION DES BIENS

69. La finalité des interdits. – Les interdits posés par le Code civil de 1804 tendent vers deux objectifs : la conservation des biens dans la famille de sang et la protection d’une certaine conception de la famille.

70. La conservation des biens dans la famille de sang. – D’abord, les rédacteurs du Code civil ont eu le souci de conserver les biens dans la famille de sang. Si cette volonté de conservation s’étend au-delà de la seule question de l’interdit, elle prend une place particulière à travers ce mécanisme. Tel est notamment le cas en matière de transmission patrimoniale marquée par une méfiance à l’égard des libéralités. Ce souci de conservation des biens se joint à l’idée d’une transmission égalitaire de la succession du défunt. C’est en ce sens que la prohibition des pactes sur succession future et la réserve héréditaire ont été instaurées pour assurer à chaque enfant l’obtention d’une part de la succession de leur ascendant. Les partages d’ascendants, institution dérogatoire au principe de prohibition des pactes sur succession future, sont néanmoins autorisés par les rédacteurs du Code civil de 1804. En effet, cette exception était conforme à la philosophie législative de préservation de la transmission familiale des biens, puisque elle assurait le maintien des biens dans la famille. De plus, la question de la conservation des biens dans la famille se pose également pour les interdictions frappant les

personnes. En effet, le législateur de 1804 craignait que certains membres de la famille ne dissipent les biens ou en assurent une mauvaise gestion. Les travaux préparatoires du Code civil font ainsi ressortir la nécessité de protéger la famille contre un de ses membres qui se révélerait dissipateur « en lui opposant la barrière de l'interdiction »¹⁷³.

71. La protection d'un certain modèle familial. – Ensuite, les interdits visaient à promouvoir une certaine conception de la famille, le législateur voulant tantôt renforcer la puissance maritale, tantôt la puissance paternelle. Le renforcement des pouvoirs du mari et père a pour corollaire l'incapacité d'exercice de la femme mariée dans la gestion des biens.

72. La classification des interdits. – De cette présentation des finalités des interdits, il ressort que les interdits édictés par le Code civil de 1804 sont de deux ordres : les interdits en raison de la dangerosité des actes (A) et les interdits en raison de la faiblesse d'un membre de la famille (B).

A. Les interdits en raison de la dangerosité de l'acte

73. Le versant patrimonial de l'ordre public familial. – Les interdits édictés par le Code civil de 1804, en ce qu'ils protègent les biens de la famille, forment un ordre public familial dans son versant patrimonial. Cet ordre public se retrouve, à des degrés différents, tant dans le droit des successions et des libéralités que dans le droit des régimes matrimoniaux. Il vise à proscrire certains actes qui pourraient être néfastes pour les biens en raison de l'atteinte qu'ils peuvent causer au maintien des biens dans la famille. Ainsi, le législateur de 1804 instaure des principes forts, assortis de rares exceptions, qui viennent structurer le droit patrimonial de la famille et former un ordre public familial. Ce dernier peut être qualifié d'ordre public de direction, impératif ou collectif en ce qu'il protège l'intérêt général au-delà de la simple considération familiale¹⁷⁴. Ainsi, les membres de la famille sont contraints dans la transmission de leurs biens par la présence de la réserve héréditaire, les obligeant à attribuer, en nature, une part minimum à chacun de leurs enfants légitimes. L'organisation des biens est parfois figée dans le temps, notamment par le principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux, qui oblige les époux à conserver le même régime matrimonial durant toute la durée du couple marital. L'assouplissement progressif de ces interdits a conduit certains auteurs à évoquer une

¹⁷³ BAFFIER, LECLERC et CAPPEAU, *Observations du tribunal d'appel séant à Aix*, in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. III, Videcoq, 1836, p. 41 ; voir également VIRELY, LARCHÉ et LESAGE, *Observations du tribunal d'appel séant à Dijon*, in P.-A. FENET, *op. cit.*, p. 498.

¹⁷⁴ M. GRIMALDI, « Liberté contractuelle et ordre public de la famille », *Gaz. Pal.*, 11 mars 2017, p. 11.

transformation de l'ordre public familial impératif ancien en un ordre public de protection¹⁷⁵. La terminologie ne doit cependant pas tromper la réalité du mécanisme des interdits en 1804. L'ordre public, mis en place par le Code civil en matière patrimoniale, instaurait une protection des biens de la famille, même si l'objectif initial pouvait être la protection de l'intérêt général. En effet, la protection de l'intérêt général n'exclut pas la protection de l'intérêt privé¹⁷⁶. La protection des biens qui résulte de l'ordre public de direction peut être perçue comme une protection par ricochet en ce qu'elle n'est pas la finalité première recherchée. *A contrario*, l'ordre public de protection signifie simplement que l'interdit édicté peut faire l'objet d'une renonciation, par celui qu'il tente de protéger, « à l'occasion d'un rapport de type contractuel »¹⁷⁷. L'ordre public qui protégeait essentiellement les intérêts du groupe, tant social que familial, a évolué vers une protection plus individualiste.

74. Distinction fondée sur la relation familiale en cause. – La dangerosité d'un acte doit s'entendre comme le risque que l'acte ne conduise à la sortie du bien du giron familial. Une fois cette précision faite, les interdits en raison de la dangerosité de l'acte peuvent être considérés dans les relations familiales verticales (1) mais également dans les relations familiales horizontales (2).

1. Les interdits dans les relations familiales verticales

75. La protection des biens eu égard à leur transmission – Les rédacteurs du Code civil de 1804 ont instauré un certain nombre de prohibitions visant à assurer la transmission des biens au sein de la famille. Cette transmission se veut égalitaire entre les descendants. C'est en ce sens que la réserve héréditaire et la prohibition des pactes sur succession future ont été instaurées.

76. La réserve héréditaire. – La réserve héréditaire permet aux héritiers de recevoir une part irréductible du patrimoine du *de cuius*. La pratique de l'exhérédation est donc, par principe, interdite, si ce n'est pour cause d'indignité¹⁷⁸. Ainsi, la protection des biens, au sens du maintien des biens dans la famille, est assurée par cette transmission familiale minimale. À l'égard des descendants¹⁷⁹, la réserve héréditaire est instaurée afin de mettre fin à la faveur faite à la primogéniture masculine présente dans l'ordre féodal. Ainsi, la protection à l'égard des biens

¹⁷⁵ D. BOULANGER, « Droit patrimonial du couple et contractualisation », *LPA*, 20 déc. 2007, n° 254, p. 34.

¹⁷⁶ F. TERRÉ, « L'ordre public entre deux siècles », in *L'ordre public*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, t. 58, 2015, pp. 196 à 197.

¹⁷⁷ D. BOULANGER, art. préc.

¹⁷⁸ C. civ., art. 727 et s., en vigueur en 1804.

¹⁷⁹ Lecture *a contrario* de C. civ. art. 913, en vigueur en 1804.

est double. D'une part, le législateur contraint le *de cuius*¹⁸⁰ à transmettre une part de ses biens à ses descendants. D'autre part, la répartition de ses biens entre ses descendants lui est également imposée, sur le plan quantitatif. À défaut de descendants, une réserve est également mise en place à l'égard des ascendants¹⁸¹. L'objectif reste le même : assurer la conservation des biens dans la famille. La réserve est donc un outil de protection contraignant qui dicte le comportement de celui qui transmet ses biens. La contrainte n'est pas uniquement quantitative, mais également qualitative. En effet, en 1804, la réserve héréditaire est due en nature, et non seulement une part en valeur, ce qui signifie que les héritiers doivent recevoir une part des biens du défunt. Cette transmission minimale était renforcée par l'interdiction des pactes sur succession future qui auraient permis de contourner l'égalité voulue entre les héritiers.

77. La prohibition des pactes sur succession future. – La prohibition des pactes sur succession future¹⁸² avait été instaurée, quant à elle, pour quatre raisons : la crainte du *votum mortis*, la crainte de la dérogation à l'égalité successorale, la crainte de l'abus d'influence – soit d'un parent sur l'un de ses enfants, soit d'un tiers sur un héritier –, la crainte de contrevenir à la liberté de tester¹⁸³. Ainsi, l'autorité des parents pourrait conduire un héritier à renoncer à ses droits dans la succession par simple crainte révérencielle. Pourtant, la réserve héréditaire est garante de l'égalité entre les héritiers¹⁸⁴. De plus, le risque d'atteinte à la liberté de tester justifiait l'intervention de l'ordre public successoral. Par essence, le pacte pris par le *de cuius* se verrait revêtir de la force obligatoire du contrat¹⁸⁵, rendant ainsi la révocabilité unilatérale *ad nutum* impossible. Pourtant, tous les pactes ne conduisent pas à restreindre les possibilités d'action du *de cuius*. Au contraire, certains pactes, désormais admis, lui accordent une liberté nouvelle pour disposer de son patrimoine. Ainsi la renonciation anticipée à l'action en réduction, en privant l'héritier renonçant du droit d'agir en réduction des libéralités potentiellement excessives, permet de sécuriser les libéralités faites par le *de cuius*. Toutefois, dans cette hypothèse, ce sont les droits de l'héritier qui seront protégés par le principe de prohibition. Ainsi, le principe de prohibition des pactes sur succession future permettait de protéger la volonté du *de cuius*, relative à la destination de ses biens, aussi bien qu'il permettait de préserver la vocation successorale égalitaire des héritiers. La prohibition permettait de

¹⁸⁰ Sur l'utilisation du terme « *de cuius* », v. M. NICOD, « Le *de cuius* est encore vivant », *Dr. fam.* n° 7-8, juil. 2021, rep. 7.

¹⁸¹ C. civ., art. 915, en vigueur en 1804.

¹⁸² Pour le principe v. C. civ., art. 1130, en vigueur en 1804.

¹⁸³ En ce sens v. M. GRIMALDI, *Droit des successions*, LexisNexis, 8^e éd., 2020, pp. 292-293.

¹⁸⁴ En ce sens v. M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 292 ; C. PÉRÈS et Ch. VERNIÈRES, *Droit des successions*, PUF, 1^{re} éd., 2018, p. 322.

¹⁸⁵ C. civ., art. 1134, en vigueur en 1804.

diriger la transmission des biens au sein des familles. Si la réserve héréditaire n'était susceptible d'aucun contournement, le Code civil prévoyait tout de même deux exceptions à la prohibition des pactes sur succession future : il autorisait les institutions contractuelles¹⁸⁶ et les partages d'ascendants¹⁸⁷. Les institutions contractuelles permettaient aux ascendants, aux collatéraux et aux tiers d'instituer, par contrat de mariage, les époux ou l'un d'eux comme héritiers. Une telle possibilité était également offerte aux époux entre eux. La qualification de l'institution contractuelle comme étant un pacte sur succession future tient au fait qu'elle devient irrévocable, lorsqu'elle est introduite dans un contrat de mariage¹⁸⁸. L'institution contractuelle procède de la volonté législative de promouvoir les mariages¹⁸⁹. Les partages d'ascendants permettaient, quant à eux, aux père et mère, ou aux autres ascendants, de distribuer et partager leurs biens présents entre leurs enfants. Ainsi, si ces deux mécanismes dérogeaient au principe de prohibition des pactes sur succession future, ils permettaient d'anticiper le devenir des biens au sein de la famille. Ces exceptions étaient donc conformes à la philosophie législative souhaitant préserver la destination familiale des biens.

78. La prohibition des substitutions fidéicommissaires. – Par ailleurs, les substitutions fidéicommissaires étaient, par principe, déclarées nulles par l'article 896 du Code civil. Les rédacteurs du Code civil ne voulaient pas que le *de cuius* puisse régir le devenir des biens de la famille sur plusieurs générations après sa mort, voire de manière perpétuelle car « il est déraisonnable de tester pour l'infini du temps »¹⁹⁰. De plus, l'objectif de ces substitutions était de favoriser la primogéniture masculine et d'éviter le morcellement des héritages. Or, la volonté de maintenir les biens dans la famille s'accompagne de l'objectif d'assurer une transmission respectant l'égalité successorale. Le principe n'était cependant pas absolu puisque les articles 1048 et 1049 du Code civil prévoyaient la possibilité de l'utilisation des substitutions dans des cas restreints et dans la limite d'un seul degré.

79. La présentation de ces outils de protection révèle le dirigisme législatif dans la transmission des biens. Il existe corollairement une réticence du législateur à ce que la volonté des individus puisse librement s'exprimer au regard du risque de sortie des biens du giron de la famille. Ces interdits relèvent des relations familiales verticales en ce qu'ils préservent la

¹⁸⁶ C. civ., art. 1081 et s. et 1093 et s., en vigueur en 1804.

¹⁸⁷ C. civ., art. 1075 et s., en vigueur en 1804.

¹⁸⁸ Sur l'immutabilité des conventions matrimoniales, v. *infra*. n° 82.

¹⁸⁹ En ce sens v. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, précis, 2^e éd., 2010, p. 1322.

¹⁹⁰ M. GRIMALDI, *Droit civil : successions*, 6^{ème} éd., Paris, Litec, 2001, p. 363.

transmission des biens entre ascendants et descendants et encadrent la manière dont cette transmission doit s'opérer.

80. Les interdits dans les relations familiales verticales sont structurants de la façon d'appréhender la transmission des biens dans la philosophie législative du paternalisme juridique. Il est perceptible que ces interdits visent à assurer la transmission des biens au sein de la famille. Tel est également l'objectif du législateur en matière d'interdits dans les relations familiales horizontales.

2. Les interdits dans les relations familiales horizontales

81. Les interdits dans la relation de couple. – Dans la relation de couple, les interdits visent à préserver l'organisation des biens prévue entre les membres du couple, grâce au principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux, et à limiter le transfert des biens dans la famille créée par l'alliance au détriment de la famille de sang.

82. L'immutabilité des régimes matrimoniaux. – La protection de l'organisation familiale des biens se retrouve dans le principe de l'immutabilité du régime matrimonial des époux mis en place en 1804¹⁹¹. En effet, plus qu'un contrat entre les époux, le contrat de mariage « fonde la famille »¹⁹², en constituant un pacte entre leurs familles respectives. Ainsi, la possibilité de modifier la convention entraînerait une modification des prédictions faites par les différentes parties sur l'organisation des biens. Le changement de régime matrimonial peut engendrer des modifications de qualification des biens du couple entraînant, *in fine*, une modification de la répartition de la propriété des biens ou de leur gestion¹⁹³. Par conséquent, un tel changement compromettrait leur devenir au sein du patrimoine du couple, déjouant ainsi les prévisions familiales inscrites au pacte. L'immutabilité des régimes matrimoniaux permettait donc de fixer, au jour du mariage, l'ensemble des conséquences patrimoniales entre les époux quant à la propriété et à la gestion de leurs biens. Si le législateur a entendu fixer dans le temps l'organisation patrimoniale des époux souhaitée par leurs familles, il a, *a contrario*, voulu encadrer les transmissions des biens entre eux.

¹⁹¹ C. civ. art. 1395, en vigueur en 1804.

¹⁹² R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, 1995, p. 108.

¹⁹³ Ainsi, il y aurait une modification de la propriété des biens si les époux passaient d'un régime de communauté à un régime séparatiste et modification de la gestion des biens si des époux soumis à la séparation de biens optaient pour un régime de communauté. En effet, le mari commun en biens avait le droit d'administrer les biens de sa femme, ce qui n'était pas le cas de l'époux séparé de biens.

83. Les donations entre époux. – Le législateur de 1804 a aménagé le droit des libéralités lorsqu’elles avaient lieu entre époux. Cet « esprit traditionnel de sévérité et presque d’hostilité contre les libéralités »¹⁹⁴ est particulièrement prononcé s’agissant des donations. En effet, ces dernières sont vues comme un « acte anti-familial »¹⁹⁵ entraînant à leur égard une méfiance, « du moins dans la mesure où elles sont contraires aux intérêts de la famille »¹⁹⁶. S’il ne s’agit pas d’un véritable interdit, cette hostilité aux donations et au transfert des biens dans le patrimoine d’une autre famille s’est notamment traduite par l’instauration de la libre révocabilité des donations entre époux¹⁹⁷, écartant à la fois l’irrévocabilité ordinaire des contrats¹⁹⁸ et l’irrévocabilité spéciale des donations¹⁹⁹. Cette révocation *ad nutum* permet au donateur de révoquer sans justification : il use d’un pouvoir discrétionnaire, insusceptible de contrôle puisque jamais abusif. Ce droit était d’ordre public. Le donateur ne pouvait renoncer à cette prérogative dans le contrat de donation ; il avait toujours vocation à protéger son patrimoine contre sa générosité malavisée. En effet, « les donations entre époux se font souvent sous l’empire de sentiments qui se modifient avec le temps »²⁰⁰. Une limite existait cependant à la libre révocabilité ; il s’agissait de la donation entre époux faite dans le contrat de mariage. Le contrat de mariage étant immuable, la donation faite en son sein revêtait une protection particulière et devenait irrévocable. Cette volonté de limiter le transfert des biens du patrimoine d’un époux à l’autre montre que le conjoint n’est que partiellement considéré comme un membre de la famille, pis encore la méfiance à son égard est renforcée par l’instauration de la libre révocabilité des donations. De plus, étaient également prohibées les donations conjonctives entre époux²⁰¹, empêchant ainsi aux conjoints de prévoir à deux la transmission de leurs biens au bénéfice de l’autre. Les craintes à l’égard du conjoint sont renforcées lorsqu’il s’agit d’une seconde noce.

84. Les prohibitions des libéralités faites en cas de remariage. – Les libéralités entre époux en cas de remariage sont limitées²⁰², de même que les libéralités faites à personnes interposées²⁰³. Ces prohibitions ont pour vocation d’empêcher le transfert des biens d’une

¹⁹⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments*, par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, 2^e éd., LGDJ, 1957, p. 546.

¹⁹⁵ F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, Précis, 2013, p. 264.

¹⁹⁶ *Ibid.* p. 269.

¹⁹⁷ C. civ., art. 1096, en vigueur en 1804.

¹⁹⁸ C. civ., art. 1134, en vigueur en 1804.

¹⁹⁹ C. civ., art. 894, en vigueur en 1804.

²⁰⁰ M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, p. 945.

²⁰¹ C. civ., art. 1097, en vigueur en 1804.

²⁰² C. civ., art. 1098, en vigueur en 1804.

²⁰³ C. civ., art. 1099 et 1100, en vigueur en 1804.

famille à une autre, du moins de le limiter. Elles tiennent compte de la situation des enfants du premier lit qui n'ont pas la possibilité de recueillir les biens transférés par leur ascendant, car ils ne sont pas, par définition, héritiers du conjoint donataire. La faveur accordée à la famille lignagère ressort particulièrement de ces dispositions, de même que la volonté d'assurer l'égalité entre les enfants.

85. Au-delà des interdits en raison de la dangerosité de certains actes, le législateur protège également les biens de la famille contre la faiblesse de ses membres.

B. Les interdits en raison de la faiblesse d'un membre de la famille

86. Le Code civil de 1804 pose des interdits concernant la libre disposition des biens par leur propriétaire en raison de sa faiblesse. Comme le disait MOURICAULT devant le corps législatif, « il y a des incapacités qui ne sont relatives qu'à certains contrats ; mais il y en a des plus générales ; et telle est celle (...) des interdits, des femmes mariées non autorisées »²⁰⁴. Il poursuit en précisant que « cette incapacité est établie en leur faveur »²⁰⁵. Elle est une protection. C'est leur « position qui appelle la protection des lois »²⁰⁶, l'incapacité est alors dite de protection²⁰⁷. En réalité, il apparaît que ces interdits, visant certains membres de la famille, ont vocation à préserver les biens de la famille. En effet, le législateur craint que certains membres de la famille ne dilapident les biens en raison d'une mauvaise gestion liée à leur faiblesse. Tel est le cas de la femme mariée (1) et du majeur interdit en raison de la faiblesse qui l'affecte (2).

1. L'incapacité de la femme mariée

87. L'influence du régime matrimonial sur la capacité de l'épouse. – En application du Code civil de 1804, la femme mariée voit sa capacité d'exercice plus ou moins restreinte, en fonction du régime matrimonial des époux. En effet, en régime communautaire, craignant la mauvaise gestion par l'épouse des biens communs, le législateur a limité sa capacité d'exercice au profit du mari. La femme mariée sous le régime de la séparation de biens conserve, quant à elle, une capacité plus étendue en droit.

²⁰⁴ T. MOURICAULT, *Discours prononcé devant le Corps législatif*, 17 pluviôse an XII (7 février 1804), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XIII, p. 418.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ J.-E.-M. PORTALIS, *Discussion du Conseil d'État*, 13 brumaire an XI (4 novembre 1802), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X, p. 691.

²⁰⁷ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 21^e éd., Dalloz, Sirey, 2020, p. 498.

88. L'incapacité d'exercice de la femme mariée sous un régime communautaire. – Sous le régime de communauté légale, la femme mariée est frappée d'une incapacité d'exercice. Le mari administre, en sus de ses propres, la communauté²⁰⁸ mais également les propres de son épouse²⁰⁹. Cette incapacité « s'explique tout à la fois par les nécessités de l'ordre social qui passent par la stabilité des familles et par le fait que la femme n'a pas une véritable indépendance économique. Cela suffit pour lui refuser la liberté juridique »²¹⁰. Cette incapacité était aussi parfois justifiée par « l'inexpérience de la femme »²¹¹. Cette inexpérience présumée justifiant l'incapacité de la femme mariée, en régime de communauté, peut également être analysée en un moyen de protection des biens. En effet, le retrait de la capacité d'exercice de la femme mariée l'empêche de faire des actes pouvant obérer le patrimoine du couple²¹² et assure ainsi le maintien des biens au sein du foyer. Cette appréciation de l'incapacité de la femme comme étant un outil de protection se retrouve dans le discours préliminaire de PORTALIS sur le projet de Code civil lorsqu'il énonce que « l'influence du mari se résout bien plus en protection qu'en autorité »²¹³. En contrepartie de ce délaissement de l'administration entre les mains du mari, la femme peut renoncer à la communauté au moment de la dissolution du régime matrimonial et ainsi être « déchargée de toute contribution au passif »²¹⁴, lui assurant une protection des biens qu'elle détient en propre. De plus, le législateur lui a offert la possibilité de demander au cours du mariage la séparation de biens judiciaire²¹⁵, conçue comme « un secours » nécessaire pour protéger « l'épouse malheureuse d'un époux dissipateur »²¹⁶. Par ailleurs, il était permis aux époux de « réserver à la femme la jouissance et l'administration de ses propres »²¹⁷, par contrat de mariage au titre d'une communauté conventionnelle. Ainsi, les motifs de l'incapacité de la femme mariée en régime de communauté légale se comprennent, par principe, comme l'instauration d'une protection des biens à laquelle les époux pouvaient déroger. Elle résulte de la particularité de la propriété des biens communs, qui revêt un fort caractère familial et qui justifie la protection particulière que le législateur a voulu lui consacrer.

²⁰⁸ C. civ., art. 1421, en vigueur en 1804.

²⁰⁹ C. civ., art. 1428, en vigueur en 1804.

²¹⁰ M.-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, Ellipses, 2003, p. 62.

²¹¹ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, coll. Droit fondamental, 1996, p. 91.

²¹² La femme mariée ne pouvait non plus engager les biens communs par ses actes en vertu des articles 1426 et 1427 du Code civil de 1804.

²¹³ J.-E.-M. PORTALIS, publié par F. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 43. Voir aussi l'article 213 du Code civil de 1804 qui prévoit que « le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari ».

²¹⁴ R. SZRAMKIEWICZ, *op. cit.*, p. 110. V. C. civ., art. 1453 et s., en vigueur en 1804.

²¹⁵ C. civ., art. 1443 et s., en vigueur en 1804.

²¹⁶ Th. BERLIER, *Présentation au corps législatif et exposé des motifs*, séance du 10 pluviôse an XII (31 janv. 1804), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XIII, p. 672.

²¹⁷ J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 91.

En l'absence de communauté, l'incapacité de la femme mariée est par conséquent moins marquée.

89. La capacité de la femme mariée sous un régime séparatiste limitée par la pratique. – La femme mariée sous le régime de la séparation de biens conserve, quant à elle, plus d'autonomie : elle peut librement administrer ses biens personnels²¹⁸. Toutefois, cette liberté est souvent limitée par « la pratique (...) du mandat tacite (mandat domestique) entre époux »²¹⁹, mandat octroyé par la femme à son mari pour administrer ses biens. L'application plus souple, dans le versant patrimonial, de l'incapacité de la femme mariée en séparation de biens résulte des liens patrimoniaux moins forts unissant des époux mariés sous un tel régime. En effet, les erreurs de gestion de l'un entraînent de moindres conséquences sur le patrimoine de l'autre, contrairement au régime de communauté, où un époux contractant seul à l'égard d'un créancier peut engager, en sus de ses biens propres, les biens communs.

90. L'épouse : une majeure quasi-interdite. – L'incapacité de la femme mariée ne la rend pas interdite. Cependant, le tribun LAHARY a pu dire dans son discours devant le corps législatif que « [l]es intérêts de la femme mariée sont tout aussi sacrés que ceux du mineur et de l'interdit ; car faible et dépendante comme eux, elle n'en est pas moins, quoique douée de sens et de raison, dans les liens d'une sorte d'interdiction »²²⁰. Ce discours rend compte du quasi-interdit frappant la femme mariée, conçu comme une protection de ses intérêts patrimoniaux²²¹. Cette interdiction est aussi une protection patrimoniale envers le groupe familial, en ce qu'elle assure la conservation des biens au sein de la famille en luttant contre « l'inconsidération ou la prodigalité »²²² de la femme.

91. Cette conception de l'interdit, envisagé comme un moyen de conservation des biens dans la famille, se retrouve également à l'encontre du majeur interdit.

²¹⁸ C. civ., art. 1537, en vigueur en 1804.

²¹⁹ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit privé (XVI^e-XXI^e siècle)*, Ellipses, 2^e éd., 2010, p. 197.

²²⁰ J. LAHARY, *Discours prononcé devant le Corps législatif*, 28 ventôse an XII (19 mars 1804), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XV, p. 542.

²²¹ En effet, J. LAHARY poursuit en précisant que cette incapacité « sauve ses propriétés de la ruine qui les menace », *ibid.*, p. 543.

²²² *Ibidem.*

2. *Le majeur interdit*

92. La protection des biens contre la faiblesse de leur propriétaire majeur. – Le majeur voit sa capacité d'intervention sur ses biens limitée dans deux situations : lorsqu'il est interdit et lorsqu'il est prodigue.

93. Le majeur interdit. – L'interdit est le majeur frappé d'incapacité en raison d'« un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, (...) même lorsque cet état présente des intervalles lucides »²²³. Le Code civil l'assimile au mineur et renvoie donc, pour la gestion des biens du majeur, aux dispositions le concernant²²⁴. Il est traditionnel de présenter la protection des incapables majeurs, telle qu'instaurée par le Code civil de 1804, comme un régime de protection des biens mettant de côté la protection de la personne²²⁵. Plus encore, c'est « le patrimoine de sa famille qu'il convient de protéger »²²⁶. Bien que les travaux préparatoires du Code civil relatent la nécessité de protéger les biens du majeur pour lui²²⁷, les intérêts de la famille à la conservation des biens sont également mentionnés²²⁸. Les intérêts familiaux s'incarnent notamment dans la transmission des biens, pour leur maintien au sein de la famille, alors même que la vocation héréditaire n'est due que sur les biens présents au jour de la succession. La mise en place de l'interdit est donc bien un outil de protection des biens. Il était craint que l'incapable ne dilapide son patrimoine en raison de sa faiblesse, de son inaptitude à le gérer. Les craintes d'une mauvaise gestion des biens se retrouvent dans les discussions autour de la prodigalité.

94. La question de l'interdiction du prodigue. – L'interdiction du prodigue²²⁹ a lieu lorsque « par de folles dissipations, [celui-ci] anéantit son patrimoine »²³⁰. Cependant, la question du maintien de cette interdiction a été très débattue lors de l'adoption du Code civil en 1804. Certains craignaient que la prise en compte de la prodigalité soit une trop grande

²²³ C. civ., art. 489, en vigueur en 1804.

²²⁴ C. civ., art. 509, en vigueur en 1804.

²²⁵ En ce sens, Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE remarquent qu'« [i]l a fallu attendre la loi du 30 juin 1838 pour que le législateur s'occupe de la situation personnelle des aliénés ». Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, p. 554.

²²⁶ J.-M., PLAZY, « Les incapables majeurs en 1804 », in J. HOAREAU-DODINAU, P. TEXIER, (textes réunis par), *Résolution des conflits, Jalons pour une anthropologie historique du droit*, Presses universitaires de Limoges, 2003, p. 113.

²²⁷ J.-L.-C., EMMERY, *Présentation au corps législatif et exposé des motifs*, séance du 28 ventose an XI (19 mars 1803), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X, p. 712 et s.

²²⁸ J. BERTRAND DE GREUILLE, *Rapport devant le Tribunat*, séance du 5 germinal an XI (26 mars 1802), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X, p. 721.

²²⁹ C. civ., 513 et s., en vigueur en 1804.

²³⁰ J.-E.-M. PORTALIS, *Discussion du Conseil d'État*, 13 brumaire an XI (4 novembre 1802), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X, p. 690.

ingérence dans le droit de propriété, chacun étant libre de disposer de ses biens²³¹. Si le terme d'« interdiction » ne s'impose pas *in fine*, les prodigues ne peuvent aliéner leurs biens sans l'assistance d'un conseil, comme le prévoit l'article 513 du Code civil de 1804. C'est en considération de la nécessaire protection de la famille du prodigue que la restriction a été adoptée. La prise en compte du sort des enfants du prodigue est primordiale. Il faut « réserv[er] une portion des [biens] aux héritiers »²³² du prodigue, en soumettant les actes dangereux pour la conservation des biens à l'assistance d'un conseil. Plus encore que pour garantir la transmission des biens, l'objectif de leur conservation apparaît pour certains comme d'intérêt général « car celui qui [les]a dissipé[s] tombe à la charge de l'État »²³³.

95. Le Code civil instaurait donc des interdits tant en raison de la dangerosité de l'acte qu'en raison de la faiblesse d'un des membres de la famille. D'abord, ces interdits ont vocation à assurer la préservation des biens au sein de la famille, essentiellement la famille de sang et légitime. Ensuite, ils sont instaurés pour préserver les droits des héritiers, à la fois pour leur assurer une transmission des biens mais aussi pour leur garantir l'égalité dans leur vocation successorale. Cependant, au regard de la contrainte inhérente à ce système d'interdictions, les interdits ont dû être assouplis.

§ 2 LA LIBÉRALISATION PROGRESSIVE DE LA PROTECTION DES BIENS

96. L'essoufflement du système de protection fondé sur les interdits se traduit par deux phénomènes. Parfois, les interdits sont assouplis par la mise en place d'une intervention judiciaire. La liberté est alors judiciairement contrôlée. Ainsi, d'autres outils viennent assurer la protection des biens en droit de la famille. Parfois, les interdits cèdent face à la volonté des individus, sans qu'aucune intervention judiciaire ne soit requise. Il convient donc d'étudier les outils de la protection judiciaire (A), mais également l'exaltation de la volonté des membres de la famille (B).

²³¹ F. D. TRONCHET, *Discussion du Conseil d'État*, 13 brumaire an XI (4 novembre 1802), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X, pp. 688 à 689.

²³² SCHIRMEN, EHRMANN, AUGER, SALOMON, MATHIEU, VIERN, LE VASSEUR, ANDRÉ SANDHERR et ANTONIN, *Observations du tribunal d'appel séant à Colmar*, in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. III, p. 472 ; v. également PERDRIX, ALBAREL et RIBES, *Observations du tribunal d'appel séant à Montpellier*, in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. IV, p. 479 ; ou encore J. D. L. TARRIBLE, *Discours prononcé devant le corps législatif*, 8 germinal an XI, in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X, pp. 737-738.

²³³ A. BOULAY, *Discussion du conseil d'état*, 13 brumaire an XI (4 novembre 1802), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X, pp. 684-685.

A. Les outils de la protection judiciaire

97. L'intervention du juge est un mécanisme traditionnel de protection. Elle participe de la protection étatique et s'inscrit, à ce titre, dans la continuité du « paternalisme juridique ». Les outils d'intervention du juge lui permettent de protéger au mieux les intérêts patrimoniaux de la famille, au regard de situations concrètes. Ces différents outils lui offrent la possibilité d'assurer tantôt une protection *a priori*, c'est-à-dire que le juge intervient en amont de l'acte (1), tantôt une protection *a posteriori*, le juge intervenant après la réalisation de l'acte (2). Le législateur a également mis en place des notions-cadres qui permettent au juge d'effectuer un contrôle d'opportunité de l'acte envisagé en fonction de la situation concrète de la famille (3).

1. Les outils judiciaires de protection *a priori*

98. Deux outils permettent au juge d'assurer une protection *a priori* des biens. En effet, dans certaines situations, le législateur a requis, pour qu'un acte puisse être réalisé, une autorisation judiciaire ou une habilitation judiciaire.

99. **Autorisation et habilitation : définitions et distinction.** – L'autorisation est définie comme « la permission accordée par [le juge] à une personne d'accomplir un acte juridique que celle-ci ne pourrait normalement faire seule, soit en raison d'une incapacité d'exercice, soit en raison des limites de ses pouvoirs ordinaires ou de sa compétence »²³⁴. En comparaison, l'habilitation est définie comme l'« investiture (...) judiciaire en vertu de laquelle une personne reçoit le pouvoir d'accomplir un ou plusieurs actes juridiques, soit en son nom personnel, soit par représentation d'autrui »²³⁵. Si les deux termes sont parfois tenus pour synonymes²³⁶, l'autorisation « évoque plutôt la source de l'accroissement de pouvoir et l'habilitation, l'acquisition du pouvoir »²³⁷. L'autorisation viserait les cas où la personne demandant l'autorisation dispose d'un commencement de pouvoir. En effet, l'« accroissement de pouvoir » suppose qu'il y ait un pouvoir préexistant. L'habilitation serait utilisée, quant à elle, lorsqu'aucun pouvoir n'est en germe, nécessitant de l'acquérir *ex nihilo*. De plus, il semblerait que les deux termes se distinguent quant à leur étendue : l'autorisation est limitée à un acte en particulier, tandis que l'habilitation peut certes concerner un acte, mais également une série d'actes, voire être générale. En réalité, le législateur semble réserver la dénomination d'« autorisation » aux cas où la demande concerne la réalisation d'un acte précis et que le

²³⁴ G. CORNU, V° « Autorisation », *op. cit.*, p. 107.

²³⁵ G. CORNU, V° « Habilitation », *op. cit.*, p. 505.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ *Ibidem*.

demandeur dispose d'un commencement de pouvoir. *A contrario*, l'habilitation semble être un terme plus générique qui rassemble les situations où la personne doit acquérir le pouvoir de réaliser l'acte ou les actes demandés, mais également les cas où le demandeur ayant un commencement de pouvoir sollicite une habilitation générale.

100. L'autorisation judiciaire. – Il y a autorisation judiciaire lorsque le législateur requiert l'accord du juge antérieurement à la réalisation d'un acte précis, considéré comme dangereux pour les biens, dès lors que la personne demandant l'autorisation dispose d'un commencement de pouvoir sur le bien. L'autorisation pour une personne d'effectuer un acte grave²³⁸ est requise plus particulièrement dans deux séries de cas : lorsqu'elle est frappée d'une incapacité d'exercice et lorsqu'elle se confronte à une limitation de « ses pouvoirs ordinaires ou de sa compétence »²³⁹. Dans le premier cas, il pouvait s'agir pour la femme mariée d'obtenir du juge l'autorisation d'effectuer certains actes lorsque le mari refusait de donner son accord²⁴⁰. Désormais, ce peut être le curatelaire qui demande au juge d'accomplir seul un acte suite au refus du curateur de fournir son assistance, alors qu'elle est requise pour l'acte envisagé²⁴¹. Quant au second cas, il concerne, par exemple, l'intention du tuteur de disposer d'un bien de la personne faisant l'objet de la mesure de tutelle, conformément à l'article 505 du Code civil. Cette situation correspond également à la situation régie par l'article 217 du Code civil qui permet à un époux d'« être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire ». Ainsi, le juge peut autoriser un époux à aliéner un immeuble commun²⁴² ou à vendre le logement de la famille qui lui est propre ou personnel. Des autorisations sont également prévues en matière d'indivisions, qui peuvent notamment exister en famille en raison d'une succession ou entre les membres du couple, lorsqu'un indivisaire veut passer seul un acte pour lequel le consentement des autres coindivisaires est requis²⁴³. L'autorisation judiciaire permet au propriétaire d'un bien

²³⁸ Les actes graves recourent pour l'essentiel les actes de disposition. Cependant, en fonction de la situation en cause, l'autorisation du juge ne sera pas forcément requise. Ainsi, la conclusion d'un bail de neuf ans ou plus relève des actes d'administration selon l'annexe 1 du Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496, et 502 du Code civil. Aucune autorisation du juge n'est requise pour le tuteur souhaitant le mettre en place. *A contrario*, l'article 1425 du Code civil soumet à cogestion les actes visant à donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial. Ainsi, à défaut d'accord des époux, l'un des conjoints devra demander au juge l'autorisation de passer l'acte en vertu de l'article 217 du Code civil.

²³⁹ G. Cornu, V° « Autorisation », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 107.

²⁴⁰ C. civ., art. 219, en vigueur en 1804.

²⁴¹ C. civ., art. 469.

²⁴² Lorsque son conjoint « est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille », conformément à l'article 217 du Code civil.

²⁴³ C. civ., art. 815-5, 815-5-1, 815-6.

d'effectuer un acte qui ne lui est pas permis en raison de l'incapacité d'exercice dont il fait l'objet ou de la restriction de ses pouvoirs, mais également au gestionnaire non-proprétaire d'effectuer des actes graves de gestion au-delà de ses pouvoirs ordinaires.

101. L'habilitation judiciaire. – L'habilitation judiciaire est également un mécanisme antérieur à la réalisation du ou des actes envisagés. Deux situations semblent conduire à l'habilitation : lorsque la demande vise à obtenir une investiture judiciaire générale et lorsqu'en l'absence de tout commencement de pouvoir sur le bien, une personne demande à effectuer un acte spécifique sur celui-ci. D'une part, le juge peut habiliter une personne à représenter ou à assister une autre de manière générale. Cette possibilité est prévue, par exemple, à l'article 219 du Code civil, selon lequel l'habilitation judiciaire peut permettre à un époux de représenter son conjoint hors d'état de manifester sa volonté. Une habilitation similaire est prévue en matière d'indivision à l'article 815-4 du Code civil. L'article 494-6 du Code civil instaure quant à lui l'habilitation familiale en tant que mesure de protection des majeurs. Il est enfin possible de mentionner l'article 1426 du Code civil qui permet à un époux d'obtenir une habilitation aux fins d'être substitué à son époux dans l'exercice de ses pouvoirs. D'autre part, l'habilitation est requise pour vendre le bien propre ou personnel de son époux en vertu de l'article 219 du Code civil.

102. Ainsi, avant toute réalisation des actes projetés par la famille, le juge intervient pour donner son autorisation à la réalisation de l'acte ou habiliter une personne à réaliser l'acte. L'intervention du juge en amont de l'acte permet de s'assurer que l'acte envisagé est conforme aux intérêts patrimoniaux de la famille ou du propriétaire, garantissant une protection *a priori* des biens. Le juge dispose par ailleurs d'outils permettant une protection *a posteriori* des biens.

2. Les outils judiciaires de protection *a posteriori*

103. En ce qui concerne la protection *a posteriori* des biens, le juge dispose de trois outils particuliers : l'homologation, l'approbation et l'autorisation dans le cadre particulier de la confirmation.

104. L'homologation. – L'homologation est la « procédure par laquelle un juge approuve un acte juridique et lui confère la force exécutoire après contrôle de légalité et, généralement, d'opportunité »²⁴⁴. L'homologation possède un « caractère hybride »²⁴⁵ puisqu'elle « combine

²⁴⁴ Lexique des termes juridiques, « Homologation ». – à remplacer par la définition du dictionnaire Cornu

²⁴⁵ V. ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve de droit contemporain de la famille*, Defrénois, Doctorat & Notariat, 2010, p. 145.

un acte de volonté privé et une intervention du juge »²⁴⁶. Ce caractère hybride complexifie la classification de ce mécanisme. En effet, si l'homologation intervient postérieurement à l'acte, elle est antérieure à sa prise d'effets, car c'est précisément l'homologation qui confère à l'acte son caractère exécutoire. La mise en place de l'homologation judiciaire d'un acte se manifeste lorsque le législateur souhaite assouplir les prohibitions instaurées en matière de droit patrimonial, plus largement lorsque le législateur « souhaite desserrer l'étau de l'ordre public, sans pour autant ouvrir le champ au règne absolu de la liberté individuelle »²⁴⁷. L'homologation est alors un mécanisme de protection des intérêts des parties à l'acte mais également des intérêts des tiers à celui-ci. En effet, le juge effectue un contrôle du respect des intérêts auxquels l'acte peut porter atteinte. Pourtant, ce mécanisme est en recul²⁴⁸. En effet, le législateur tend à limiter le recours à l'homologation. L'exemple du changement de régime matrimonial illustre parfaitement cette évolution. Initialement prohibé, le changement de régime matrimonial est rendu possible par le truchement de l'homologation judiciaire automatique²⁴⁹. Cette évolution s'inscrit alors parfaitement dans l'idée que l'homologation permet un assouplissement des prohibitions. Cependant, les cas de recours à l'homologation vont se réduire à deux reprises par l'intervention du législateur. D'abord, la Loi du 23 juin 2006²⁵⁰ limite la soumission de la convention à l'homologation du juge à deux hypothèses : à l'opposition des parties au contrat modifié, des enfants majeurs du couple ou des créanciers et à la présence d'enfants mineurs communs ou non aux deux époux. Dans ce dernier cas, l'homologation est automatique. Ensuite, la Loi de programmation du 23 mars 2019²⁵¹ supprime l'homologation automatique en présence d'enfants mineurs²⁵² sous le régime de l'administration légale. Si le mineur est sous tutelle, une information doit être délivrée à son représentant qui peut alors s'opposer au changement de régime matrimonial. L'homologation subsiste uniquement en cas d'opposition d'une des personnes devant être informée du changement de régime matrimonial. L'homologation semble s'imposer comme un mécanisme de transition entre l'ordre public prohibitif et la liberté des parties à l'acte. La même analyse peut être effectuée en matière de divorce par consentement mutuel. Le divorce par consentement mutuel a été instauré par la loi du 11 juillet 1975²⁵³. Les deux époux, désirant divorcer, devaient établir une convention

²⁴⁶ *Ibidem*

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 146.

²⁴⁸ En 2003, la doctrine pointait, a contrario, « le recours toujours plus important à l'homologation », in Ch. HUGON, « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *LPA* n° 247, 11 déc. 2003, p.4.

²⁴⁹ Instauré par la Loi n° 65-570, préc.

²⁵⁰ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, préc.

²⁵¹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, préc.

²⁵² C. civ., art. 1397.

²⁵³ L. n° 75-617 du 11 juillet 1975, préc.

soumise à homologation judiciaire. La loi du 18 novembre 2016²⁵⁴ a limité les cas dans lesquels l'homologation est nécessaire. L'homologation n'est désormais nécessaire que si l'enfant mineur demande à être entendu par le juge dans le cadre du divorce de ses parents ou si l'un des époux fait l'objet d'une mesure de protection. Ces exemples montrent que les homologations d'accords, pris en dehors de tout litige, font l'objet d'une déjudiciarisation. Pour autant, les homologations connaissent un renouveau grâce à la possibilité d'homologuer les accords issus de la résolution amiable des différends. Ainsi, si le législateur tente de promouvoir les modes amiables de résolution des différends, le juge peut intervenir une fois l'accord trouvé afin de l'homologuer.

105. Le renouveau de l'homologation. – Ainsi, la matière gracieuse connaît une évolution : elle est passée d'une intervention du juge en dehors de tout litige à une intervention afin d'homologuer l'accord de parties résolvant leur litige²⁵⁵. Certes lorsque les parties se présentent devant le juge afin de voir homologuer leur accord, il n'y a plus à proprement parler de litige²⁵⁶ car il est déjà résolu par l'accord trouvé entre les parties. Cependant, il semble que les deux cas ne relèvent pas réellement de la même logique. En effet, il y a un glissement du contentieux vers le gracieux. Dans ce second cas, le juge, qui aurait dû connaître du litige en matière contentieuse et trancher le litige n'intervient, en cas d'accord, qu'au gracieux pour homologuer cet accord qu'il ne peut modifier²⁵⁷. De plus, en matière d'homologation d'un accord résultant d'une résolution amiable des différends, le juge ne fait qu'un « contrôle *a minima*, sur la régularité formelle de l'acte et sa conformité à l'ordre public »²⁵⁸. En revanche, pour l'homologation du changement de régime matrimonial, le juge contrôlait également le respect des intérêts en présence. Il effectuait un contrôle de l'opportunité des actes qui lui étaient soumis car le changement de régime matrimonial doit être conforme à l'intérêt de la famille. Encore que la chambre sociale de la Cour de cassation²⁵⁹ a subordonné l'homologation de l'accord à la préservation des droits de l'ensemble des parties. Est-ce là une spécificité de la matière

²⁵⁴ L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc.

²⁵⁵ CPC, art. 1534, pour l'homologation de l'accord issu d'une médiation conventionnelle ; CPC, art. 1541, lors d'une conciliation conventionnelle ; C. civ., art. 2066 pour la procédure participative ; CPC, art. 1565.

²⁵⁶ Comme le remarque X. VUITTON, le juge statue « dans le cadre d'une procédure gracieuse, mais dans un contexte potentiellement contentieux » in X. VUITTON (X.), « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », *RTD civ.* 2019, p. 771.

²⁵⁷ CPC, art. 1565.

²⁵⁸ X. VUITTON, art. préc. En ce sens, v. également, Ph. THÉRY, « Homologation des transactions : quel contrôle du juge ? », *RTD civ.* 2015, p. 695 ; B. MATHIEU, « L'office du juge de l'homologation d'une transaction : du nouveau ? », *D.* 2018, p. 2220.

²⁵⁹ Soc. 18 juill. 2001, n° 99-45.534, Bull. civ. V, n° 279 ; A. BUGADA, « État des lieux des réformes de la justice prud'homale et questions d'actualité », *JCP S* 2016. 1283.

sociale²⁶⁰ ? Ne faudrait-il pas étendre ce contrôle à la matière familiale ? Ce contentieux mériterait également que le juge s'intéresse à la préservation des intérêts de l'ensemble des parties, voire de certains tiers particulièrement intéressés, tels que les enfants, les créanciers, ou plus largement à l'intérêt de la famille, comme le juge le faisait pour l'homologation du changement de régime matrimonial ou encore pour le divorce par consentement mutuel. Au-delà de l'homologation, le juge possède également une mission d'approbation.

106. L'approbation. – L'approbation se retrouve dans deux cas particuliers : le juge approuvait les comptes de gestion de la personne sous tutelle et approuve le partage amiable en présence de majeur à protéger. L'approbation consiste en une vérification du respect des intérêts de la personne protégée²⁶¹. En matière de contrôle des comptes de gestion, cette mission du juge s'est considérablement réduite : d'abord, par un transfert de cette compétence de contrôle au greffier²⁶², puis par une déjudiciarisation totale²⁶³. Le juge n'est alors saisi, pour statuer sur la conformité des comptes, qu'en cas de difficulté observée dans les comptes établis par les personnes chargées de la protection. En outre, en matière de partage amiable, le juge approuve le partage amiable réalisé²⁶⁴. Par principe, le juge n'a plus à approuver le recours à la modalité du partage amiable, sauf en cas d'opposition d'intérêts avec la personne en charge de la mesure de protection²⁶⁵. L'intervention judiciaire permet alors de s'assurer du respect des intérêts patrimoniaux du majeur protégé et du mineur en tutelle²⁶⁶. Par ailleurs, le juge peut autoriser un acte, postérieurement à sa réalisation, alors qu'il aurait dû faire l'objet d'une intervention judiciaire *a priori*.

107. L'autorisation judiciaire dans le cadre d'une confirmation. – L'article 465, 4°, du Code civil prévoit que « si le tuteur ou le curateur a accompli seul un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée soit seule, soit avec son assistance ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice ». Cependant, la nullité de l'acte peut être évitée s'il fait l'objet d'une confirmation autorisée par le juge ou le conseil de famille,

²⁶⁰ X. VUITTON, art. préc.

²⁶¹ H. DE RICHEMONT, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale, sur le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités*, Sénat, 10 mai 2006, n° 343, t. 1, p. 317

²⁶² L. n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, J.O., 9 fév. 1995, p. 2175.

²⁶³ L. n° 2019-222 du 23 mars 2019, préc.

²⁶⁴ C. civ., art. 507, al. 2.

²⁶⁵ C. civ., art. 507, al. 1^{er}.

²⁶⁶ Pour le mineur sous administration légale, l'intervention du juge n'est plus nécessaire depuis l'Ord. n° 2015-1288, préc. V. M. GRIMALDI, *Droit des successions*, op. cit., p. 752.

conformément à l'article 465, *in fine*, du Code civil. L'autorisation judiciaire est dans cette configuration donnée *a posteriori*, alors qu'elle était pourtant requise *a priori*. Cette possibilité offerte montre que, plus que le moment du contrôle ou le contrôle lui-même, ce qui importe est le respect des intérêts du majeur protégé.

108. Les différents outils judiciaires servent donc la protection des biens en ce qu'ils permettent au juge de vérifier que les actes projetés ou effectués sont en conformité avec les intérêts du propriétaire du bien en cause ou plus largement de la famille. Le contrôle effectué par le juge est donc guidé par l'appréhension de notions-cadre : les intérêts de la famille, du mineur ou du majeur.

3. *Le recours aux notions-cadres*

109. Les notions-cadres²⁶⁷. – Le renouvellement du droit patrimonial de la famille s'est accompagné d'une intensification du recours aux notions-cadres²⁶⁸. Ces notions, au contenu imprécis²⁶⁹ et « évolutif »²⁷⁰, permettent au juge d'apprécier le droit au regard des circonstances de fait. Ainsi, sont apparues les notions d'intérêt²⁷¹ de l'enfant²⁷², d'intérêt de la famille²⁷³, d'intérêt de la personne protégée²⁷⁴. La protection offerte par le juge est une protection casuistique. C'est en fonction des circonstances d'espèce que le juge apprécie l'intérêt de la réalisation de l'acte considéré. Le « développement des notions cadres milite en faveur d'une confiance envers le juge »²⁷⁵ qui effectue un contrôle de l'opportunité de l'acte qui lui est soumis. Si certains auteurs considèrent que les notions-cadres sont « plus en devenir que déjà construite »²⁷⁶, il semblerait que l'utilisation de ces notions-cadres connaît déjà un certain déclin en droit patrimonial de la famille.

²⁶⁷ Pour une étude d'ensemble v. P. COET, *Les notions-cadres dans le Code civil. Études des lacunes infra-legem*, Thèse, Paris II, 1985.

²⁶⁸ Recours qui s'est également accru sous l'influence du droit international. En ce sens v. A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199.

²⁶⁹ En ce sens v. H. FULCHIRON, « La part du flou dans le droit. Variations sur la souplesse de la règle de droit », *RTD civ.*, 2022, p. 333.

²⁷⁰ C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD. Civ.*, 2003, p. 599.

²⁷¹ Les notions-cadres recourant à l'intérêt existaient déjà dans le Code civil de 1804, par exemple : C. civ., art. 420, en vigueur en 1804 : « Les intérêts du mineur ». L'intérêt du majeur est également présent par renvoi de l'article 509 au régime de la tutelle des mineurs.

²⁷² V. C. civ., art. 371-1.

²⁷³ V. C. civ., art. 1397.

²⁷⁴ V. C. civ., art. 415.

²⁷⁵ F. ANCEL, « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? », *D.*, 2017, p. 721.

²⁷⁶ P. HÉNAFF, « L'unité des notions-cadre », *JCP G*, n° 48, 30 nov. 2005, doct. 189.

110. L'intérêt de la famille. – La notion d'intérêt de la famille apparaît dans plusieurs dispositions du Code civil : les articles 220-1 et 1469 du Code civil traitent de la mise en péril des intérêts de la famille par un époux et l'article 1397 institue l'intérêt de la famille comme clef de voûte du changement de régime matrimonial²⁷⁷. Le recours à cette notion malléable semble être un bon outil de protection car le juge peut l'adapter en fonction de chaque situation concrète. La préservation de l'intérêt de la famille vise bien à protéger la famille contre les risques qu'un époux fait encourir aux biens qui lui appartiennent. Aussi, « l'alinéa 1er de l'article 220-1 du Code civil permet au juge, si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, de prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts ; (...) il peut, notamment, sur le fondement de ce texte, nommer un administrateur provisoire à l'effet de gérer le patrimoine commun des époux »²⁷⁸. Si la notion d'intérêt de la famille garde une importance notable lorsqu'un époux met en péril la consistance des biens du couple, elle s'éclipse lorsqu'il y a consensus entre les époux. Ainsi, la notion d'intérêt de la famille est mise au ban en matière de changement de régime matrimonial. Du moins, le juge n'est plus le protecteur privilégié de cet intérêt, notamment depuis la large déjudiciarisation de cette procédure. Dans une telle configuration, la référence à la conformité du changement de régime matrimonial à l'intérêt de la famille n'est plus réellement pertinente²⁷⁹. En effet, en l'absence de juge, il n'existe plus de contrôle de la conformité du changement à l'intérêt de la famille si ce n'est par les époux eux-mêmes. En effet, « les "notions cadres" qui ont caractérisé les grandes réformes civiles des années soixante s'adressaient nécessairement plus à la raison du juge qu'aux usagers eux-mêmes »²⁸⁰. Les époux deviennent juges et parties du contrôle de la conformité du changement de régime matrimonial à l'intérêt de la famille, ce qui ne permet pas de s'assurer que le changement de régime matrimonial ne porte pas atteinte aux intérêts patrimoniaux de la famille. La notion d'intérêt de la famille faisait l'objet de critiques : la notion est « floue et son appréciation variable selon les tribunaux. Mais alors une question se pose : pourquoi ne pas supprimer toute référence à cette notion dont le propre, et tout l'intérêt, est précisément d'instaurer la souplesse nécessaire au fonctionnement du droit de la famille dans la

²⁷⁷ Certains auteurs affirment que la notion d'intérêt de la famille est « l'expression d'une dimension familiale des régimes matrimoniaux », in S. GAUDEMET, « "L'intérêt de la famille", élément d'un ordre public familial », in *Mélanges Champenois*, Defrénois, 2021, p. 290.

²⁷⁸ Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n° 94-14.160, Bull.civ. I, n° 374 ; *JCP* 1997. I. 4047, n° 11, obs. WIEDERKEHR ; *Defrénois* 1997. 814, obs. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1997. 725, obs. VAREILLE.

²⁷⁹ Sur l'interrogation du maintien de la référence à l'intérêt de la famille dans la procédure de changement de régime matrimonial v. M. CRESP, « Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? », *AJ Fam.* 2014, p. 107.

²⁸⁰ Commission sur la répartition des contentieux, prsd. S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport à la garde des sceaux, août 2008, p. 53.

pratique ? »²⁸¹. Plus encore, la réforme du changement de régime matrimonial, par la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice²⁸², a conduit à éclipser l'intérêt de la famille au bénéfice de l'intérêt de l'enfant. En effet, l'article 1397 du Code civil, renvoyant à l'article 387-3 du même Code, prévoit la saisine du juge des tutelles par le notaire lorsque le changement de régime matrimonial des parents risque de porter un préjudice grave aux intérêts patrimoniaux du mineur. Encore que les cas où le changement de régime matrimonial portera une atteinte manifeste et substantielle aux intérêts patrimoniaux du mineur resteront marginaux²⁸³. Il semblerait alors que la protection des intérêts patrimoniaux de l'enfant relève, dans ce cas particulier, plus de l'affichage que de la nécessité.

111. L'intérêt des personnes vulnérables. – L'intérêt des personnes vulnérables est élevé au rang de principe directeur de leur protection, qu'il s'agisse de l'intérêt de l'enfant²⁸⁴ ou de l'intérêt du majeur protégé²⁸⁵. Cependant, ces notions-cadres sont remises en cause au profit du respect de la volonté de ces personnes sous l'influence internationale²⁸⁶. La contestation de ces notions-cadres trouve un écho en droit interne notamment sous l'égide du Défenseur des droits.

Le recul de l'utilisation des notions-cadres, perçues comme trop abstraites, participe de l'exaltation de la volonté des membres de la famille.

B. L'exaltation de la volonté des membres de la famille

112. La volonté et la contractualisation. – Dès l'origine du Code civil, la matière patrimoniale est ouverte au contrat. En effet, les futurs époux peuvent établir des conventions matrimoniales pour organiser leur patrimoine et toute personne peut conclure une donation afin de faire circuler un bien, notamment au sein de la famille. Cependant, ces conventions étaient encadrées par un ordre public familial plus présent. La contractualisation était ainsi contrainte. Le recul de cet ordre public familial a permis le renforcement de la prise en compte de la volonté²⁸⁷.

²⁸¹ M. CRESP (M.), art. préc.

²⁸² L. n° 2019-222 du 23 mars 2019, préc.

²⁸³ En ce sens voir É. ROUSSEAU, « La conformité du changement de régime matrimonial à l'intérêt de la famille après le 25 mars 2019 », *D.* 2019, p. 2259.

²⁸⁴ C. civ., art. 371-1.

²⁸⁵ C. civ., art. 415.

²⁸⁶ Pour une analyse, v. *infra* n° 474 pour les majeurs protégés et n° 418 pour le mineur.

²⁸⁷ En ce sens v. A.-M. LEROYER, « Réforme des successions et des libéralités », *RTD civ.* 2006, p. 612 ; N. LEVILLAIN, « Loi du 23 juin 2006 : principales nouveautés relatives aux successions », *JCP N* n° 26, 30 juin 2006, act. 446.

113. Il est possible d'observer une accélération du recours à la convention en droit patrimonial de la famille²⁸⁸. La loi du 23 juin 2006²⁸⁹ a conduit à une « libéralisation du droit des libéralités »²⁹⁰ et à un « abandon de tout esprit de défiance à l'encontre des libéralités »²⁹¹. D'abord, elle a accru les dérogations au principe de prohibition des pactes sur succession future²⁹². La loi de 2006 a ainsi instauré la renonciation anticipée à l'action en réduction²⁹³, ou encore a étendu les libéralités-partages²⁹⁴, notamment en les permettant de manière transgénérationnelle²⁹⁵. Elle a également atténué la prohibition des substitutions fidéicommissaires, désormais appelées libéralités graduelles, en instaurant les libéralités résiduelles²⁹⁶. Cette même loi a également permis une gestion contractuelle de l'indivision successorale²⁹⁷. La contractualisation touche également le changement de régime matrimonial, réformé à l'occasion de la loi du 23 juin 2006²⁹⁸, puis par la loi du 23 mars 2019²⁹⁹. La loi du 23 juin 2006 instaure également la renonciation anticipée à l'action en retranchement des avantages matrimoniaux³⁰⁰, qui porte atteinte au principe de la réserve héréditaire. La protection des majeurs a également connu une contractualisation avec la création du mandat de protection future³⁰¹, qui permet au majeur d'anticiper sa mesure de protection. Le divorce par

²⁸⁸ V. Ph. MALAURIE, « La réforme des successions et des libéralités », *Deffrénois* n° 22, 30 nov. 2006, p. 1719.

²⁸⁹ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, préc.

²⁹⁰ M. GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *D.* 2006, p. 2551.

²⁹¹ M. NICOD, « Le nouveau droit des libéralités : une modernisation en douceur », *AJ fam.* 2006, p. 346.

²⁹² N. BAILLON-WIRTZ, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étu. 44.

²⁹³ C. civ., art. 929. V. F. SAUVAGE, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ fam.* 2006, p. 355 ; I. DAURIAC, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *D.* 2006, p. 2574 ; N. LEVILLAIN, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* n° 45, 10 nov. 2006, 1349.

²⁹⁴ V. R. LE GUIDEC, « Les libéralités-partages », *D.* 2006, p. 2584 ; A. TISSERAND-MARTIN, « La nouvelle dynamique de la donation-partage », *AJ fam.* 2006, p. 349 ; D. VIGNEAU, « La nouvelle donation-partage », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, ét. 46 ; M. GRIMALDI, « Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* n° 40, 6 oct. 2006, 1320.

²⁹⁵ V. J.-F. SAGAUT, « La donation-partage transgénérationnelle », *JCP N* n° 40, 6 oct. 2006, 1321.

²⁹⁶ V. N. PETERKA, « Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité », *D.* 2006, p. 2580 ; M. NICOD, « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étu. 45 ; Ph. MALAURIE, « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Deffrénois*. n° 23, 15 déc. 2006, p. 1801 ; Ch. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, thèse, Paris II, 2012, p. 15.

²⁹⁷ V. N. COUZIGOU-SUHAS et P.-J. CLAUD, « La gestion de l'indivision successorale », *AJ fam.* 2006, p. 313 ; C. BRENNER, « La gestion de la succession », *D.* 2006, p. 2559 ; A. CHAMOULAND-TRAPIERS, « Les exécuteurs testamentaires », *D.* 2006, p. 2577 ; F. LETELLIER, « La réforme de l'exécution testamentaire », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étu. 47 ; J. CASEY, « Le mandat posthume », *Dr. fam.* n° 12, déc. 2006, ét. 53.

²⁹⁸ V. J. REVEL, « Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ? », *D.* 2006, p. 2591 ; N. PETERKA, « Les incidences de la réforme des successions et des libéralités sur le droit des régimes matrimoniaux », *AJ fam.* 2006, p. 358.

²⁹⁹ L. n° 2019-222 du 23 mars 2019, préc.

³⁰⁰ V. N. PETERKA, « Les incidences de la réforme des successions et des libéralités sur le droit des régimes matrimoniaux », art. préc.

³⁰¹ L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc.

consentement mutuel est désormais déjudiciarisé³⁰². La contractualisation du droit de la famille conduit nécessairement à soumettre la protection des biens à la volonté des membres de la famille. Pour autant, la contractualisation n'est pas la seule expression de la prise en compte de la volonté.

114. La volonté hors la contractualisation. – La matière patrimoniale s'est ouverte à la prise en compte de la volonté des individus. La loi accorde plus de souplesse dans la gestion et la transmission des biens. Tel est notamment le cas de la volonté de la femme mariée et mère³⁰³, qui s'est vu reconnaître une égalité de droits avec le mari et père dans les régimes matrimoniaux, mais également dans la gestion des biens de ses enfants. En matière de successions et libéralités, le testateur n'est plus contraint par la répartition de ses biens en nature, la réserve héréditaire n'est désormais due qu'en valeur³⁰⁴. Dans l'ordre international, le *de cuius* n'est plus contraint par la réserve héréditaire elle-même³⁰⁵. L'exhérédation se retrouve sous une forme renouvelée car désormais elle se fait au détriment des aînés³⁰⁶. Dans un tel cas, la protection des biens se déplace vers une protection de la valeur des biens. De plus, les biens du prodigue ne font plus l'objet d'une protection particulière. La loi du 5 mars 2007³⁰⁷ est revenue sur le principe établi par la loi de 1968³⁰⁸, dans laquelle le prodigue avait une « liberté de dépenser », mais « une liberté responsable, écartée si elle portait atteinte à ses obligations envers la société et sa famille »³⁰⁹.

115. La volonté et la protection. – La levée des interdits et le recul de la place du juge dans la protection entraînent une privatisation de cette dernière. La protection des biens est davantage laissée à la diligence des membres de la famille, en leur qualité de propriétaires. Cette souplesse du droit permet une expression des volontés individuelles plus importante et permet à chaque famille d'utiliser des différents outils de protection conformément à sa situation particulière. La difficulté inhérente à ce mode de protection, plus libéral, est qu'il n'est pas certain que la famille

³⁰² L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc.

³⁰³ L. n° 85-1372 du 23 déc. 1985, préc.

³⁰⁴ C. civ., art. 924, issu de la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, préc.

³⁰⁵ Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-13.151, Bull. civ. I, n° 198 ; Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-17.198, Bull. civ. I, n° 199 ; D. 2017. 2185, note GUILLAUMÉ ; *AJ fam.* 2017. 595 ; *ibid.* 510, obs. BOICHÉ ; *ibid.* 598, obs. LAGARDE, MEIER-BOURDEAU, SAVOURÉ et KESSLER ; *JCP* 2017. 1236, note NOURISSAT et REVILLARD ; *JCP N* 2017. 1305, note FONGARO ; *Defrénois* 2017, n° 22, p. 26, note GORÉ ; *RTD civ.* 2017. 833, note USUNIER ; *Dr. et patri.* 2017, note TORRICELLI-CHRIFI ; *RJPF* 2017, note GODECHOT-PATRIS et POTENTIER.

³⁰⁶ V. J. HOUSSEIER et V. AVENA-ROBARDET, « Le privilège des derniers nés », *AJ fam.* 2018, p. 135.

³⁰⁷ L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc.

³⁰⁸ L. n° 68-5 du 3 janv. 1968, préc.

³⁰⁹ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 9^e éd., 2017, p.372.

sollicite – ou qu'elle veuille solliciter – les outils nécessaires à la protection de ses biens, au regard de ses contraintes particulières. Ainsi, l'efficacité de la protection est en cause. Si la prise en compte des volontés individuelles conduit à une protection marquée par l'individualisme, il existe pourtant un mouvement d'accroissement des outils de protection collective des biens.

SECTION 2

LE MOUVEMENT D'ACCROISSEMENT DES OUTILS DE PROTECTION COLLECTIVE

116. La protection collective eu égard à l'actif et au passif. – Le législateur met à la disposition des membres de la famille des outils qui permettent d'assurer une protection collective du groupe familial. Deux types d'outils peuvent être distingués : ceux qui permettent une protection collective des biens par leur gestion ou leur transmission et ceux qui permettent une protection collective des biens contre le passif de l'un des membres de la famille. Dans le premier cas, il s'agit d'une mise en commun des intérêts des membres de la famille en matière de gestion et de transmission des biens. Les membres de la famille, plutôt que de se replier sur leurs prérogatives de propriété individuelle, vont chercher une appropriation collective des biens. Cette mise en commun des biens permet d'assurer leur protection car le devenir du bien ne dépendra pas d'un seul membre de la famille. Dans le second cas, les outils de protection collective vont permettre au contraire d'isoler le passif d'un des membres de la famille afin de limiter les risques encourus par les biens des autres membres de la famille ou par les biens nécessaires à la vie familiale. Ainsi, la protection collective des biens est assurée dans les relations familiales (§ 1) et contre les tiers (§ 2).

§ 1 LA PROTECTION COLLECTIVE DES BIENS DANS LES RELATIONS FAMILIALES

117. Gestion et transmission collectives. – Dans les relations familiales, c'est-à-dire dans les rapports intrafamiliaux, la protection collective des biens revêt deux formes. D'abord, elle se retrouve dans la gestion collective des biens du couple (A). Ensuite, elle apparaît dans la transmission collective des biens (B).

A. La gestion collective des biens du couple

118. La recherche de gestion collective. – Les règles applicables aux biens du couple sont dépendantes du choix du mode de conjugalité du couple, mais également du régime de biens applicable. Ainsi, les époux, contrairement aux concubins et aux partenaires, sont soumis à des règles de gestion commune, par application du régime primaire impératif. Les époux mariés sous un régime communautaire sont, contrairement aux époux ayant choisi un régime séparatiste, largement soumis à des règles spécifiques quant à la gestion de leurs biens, notamment en raison de l'existence de biens communs. Toutefois, les couples tendent, de plus en plus, à solliciter des modes de gestion collective de leurs biens, parfois en contradiction avec l'esprit du mode de conjugalité choisi. Ainsi, malgré l'indépendance que suscite le concubinage, les concubins cherchent à mettre en commun leurs intérêts patrimoniaux. Cette volonté de gestion commune des biens s'inscrit dans la recherche de leur protection. En effet, la gestion collective empêche un membre du couple de prendre seul les décisions les plus graves pour les biens. La mise en commun des intérêts implique de recourir au consensus qui conduit nécessairement à une prise de décisions plus réfléchies et, partant, à une meilleure protection des biens. La gestion collective des biens du couple oscille entre gestion collective imposée, par le législateur, et gestion collective proposée, pouvant être librement mise en œuvre par les membres du couple. Les solutions de gestion collective des biens du couple sont prévues tant par le droit de la famille (1) qu'hors de celui-ci (2).

1. Les solutions du droit de la famille

119. La gestion conjointe. – La solution classique de gestion collective au sein du couple s'incarne dans la gestion conjointe, qui peut être considérée comme un modèle de protection collective (a). Au regard de ce modèle, le législateur étend la protection des biens en matière de gestion collective, en diffusant le principe de la gestion conjointe (b).

a. Le modèle de la gestion conjointe

120. La protection des biens par la gestion conjointe. – La gestion conjointe est une gestion s'appliquant aux biens communs sous le régime de la communauté de biens. Cette forme de gestion requiert le consensus des deux époux pour que certains actes dangereux et/ou portant sur certains biens puissent être effectués. L'application de la gestion conjointe peut donc être perçue comme un outil de protection par la gestion collective des biens qu'elle permet. Lorsque cette gestion est imposée, la protection des biens est renforcée. Elle constitue une forme

aboutie de protection collective. Cette forme de protection, fondée sur la prise de décision commune, était très restreinte sous l'égide du Code civil de 1804 et a été étendue, notamment, à l'occasion de la réforme de 1965³¹⁰.

121. 1804 : la gestion maritale de la communauté. – En 1804, le mari administre seul la communauté. Ainsi, l'essentiel du devenir des biens communs dépend de sa seule volonté. Conformément à l'article 1421 du Code civil, alors en vigueur, le mari peut « vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de sa femme » les biens communs. Cependant, l'article 1422 du même Code prévoyait une limite au pouvoir du mari. Ce dernier ne pouvait « disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfans communs ». Si à première lecture il est possible de penser que le Code instaure une interdiction pure et simple, la jurisprudence³¹¹ autorisait de telles dispositions lorsque la femme donnait également son consentement à l'acte³¹². Cette interprétation jurisprudentielle du texte pose les prémices de la gestion conjointe de certains biens de la communauté pour les actes les plus graves.

122. 1965 : l'instauration d'une gestion conjointe protectrice. – La gestion conjointe, dite cogestion, a été instaurée par la réforme du droit des régimes matrimoniaux de 1965³¹³. Désormais, une série d'actes nécessite le consentement des deux époux. Cette gestion bicéphale est requise pour les actes les plus graves ; pour le reste, le mari demeure l'unique administrateur de la communauté. D'abord, la gestion conjointe s'impose pour les dispositions entre vifs à titre gratuit portant sur des biens de la communauté. L'article 1422 du Code civil, modifié par la réforme de 1965, précise que le consentement de la femme est nécessaire pour un tel acte, et ce même lorsque l'acte est réalisé pour l'établissement des enfants communs. Ensuite, le mari ne peut plus seul « aliéner ou grever de droit réel les immeubles, fonds de commerce et exploitations » communs, ni « les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité », ni encore percevoir seul les capitaux de telles opérations. Enfin, le consentement des deux époux est nécessaire pour consentir sur les biens communs un bail rural, commercial, industriel ou artisanal. Ainsi, les biens communs – parfois seulement certains d'entre eux, jugés les plus importants par le législateur – sont protégés par le recours au consensus. La gestion commune devient alors un outil de protection des biens de la famille.

³¹⁰ L. n° 65-570 du 13 juil. 1965, préc.

³¹¹ Req., 5 fév. 1850, D.P., 1850, 1, 97 in J.A. ROGRON, *Codes français expliqués par leurs motifs, par des exemples, et par la jurisprudence*, 1^{ère} partie, 5^e éd., 1863, pp. 486 à 488.

³¹² L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. III, *Les régimes matrimoniaux, Les successions légales, Les libéralités*, 3^e éd., Sirey, 1940, p. 103 à 105.

³¹³ L. n° 65-570 du 13 juil. 1965, préc.

Cette gestion est plus protectrice car elle impose qu'une décision conjointe soit prise entre les membres du couple. Le devenir des biens communs n'est pas soumis à la décision discrétionnaire d'un seul des époux. La gestion des biens communs est mise en adéquation avec la particularité de leur mode de détention, la propriété étant détenue par les deux époux³¹⁴. Elle est justifiée par la volonté « d'accomplir l'égalité entre l'homme et la femme »³¹⁵. Plus exactement, l'égalité se fait dans la prise en considération de la volonté de chacun des époux pour la réalisation des actes les plus graves. Bien que collective, en raison du mode de détention des biens, la protection mise en place recourt à la volonté individuelle des époux. De plus, cette mesure permet de conserver les biens immobiliers qui assurent à la famille un logement et des revenus, ainsi que les fonds de commerce et exploitations communs qui sont des biens essentiels pour la subsistance économique de la famille.

123. L'élargissement du recours à la gestion conjointe. – À l'occasion de la réforme de 1985³¹⁶, le législateur a fait le choix de conserver la cogestion à titre d'exception. En effet, il a préféré ériger en principe la gestion concurrente pour des raisons évidentes de souplesse de gestion courante³¹⁷. Pour autant, cet outil est étendu dès lors que de nouveaux actes jugés dangereux pour les biens apparaissent. D'abord, un second alinéa a été ajouté à l'article 1422 du Code civil pour soumettre à la gestion conjointe la constitution de sûretés réelles pour autrui³¹⁸. Puis, le législateur a imposé la cogestion au transfert de biens communs dans un patrimoine fiduciaire à l'article 1424, alinéa 2, du Code civil³¹⁹. L'extension de ce mécanisme, qui s'est effectuée au gré de la création de nouveaux outils juridiques ayant une influence importante sur le devenir des biens du couple, démontre que le législateur utilise la gestion conjointe comme un outil de protection.

124. L'adjonction d'une clause d'administration conjointe. – Plus encore, le législateur a donné la possibilité aux époux, désireux d'opter pour une communauté, d'étendre l'administration conjointe de leurs biens en prévoyant dans leur contrat de mariage une clause d'administration conjointe³²⁰. Les époux peuvent soumettre l'administration et la disposition de l'ensemble de la communauté à gestion conjointe, ou du moins accroître son étendue à des

³¹⁴ Pour le changement de conception des rapports entre le mari et les biens communs v. J. FOYER, *Exposé des motifs du projet de loi portant réforme des régimes matrimoniaux*, 17 mars 1965, p. 7.

³¹⁵ *Ibid.* 1965, p. 8.

³¹⁶ L. n° 85-1372 du 23 déc. 1985, préc.

³¹⁷ C. civ., art. 1421.

³¹⁸ Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, J.O. 24 mars 2006, texte 29.

³¹⁹ L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, J.O. 5 août 2008, texte 1.

³²⁰ C. civ., art. 1503.

actes ou à des biens qui ne sont pas soumis à une telle gestion par le régime légal. Ainsi, des époux pourraient étendre la cogestion sur certains biens ou certains actes en fonction de la consistance de leur patrimoine dans le but d'assurer une meilleure protection de leurs biens. Par exemple, « certains biens meubles communs, susceptibles d'avoir une importance patrimoniale forte, comme les portefeuilles de valeurs mobilières par exemple, pourraient utilement faire l'objet de la clause »³²¹. Le principe de cette clause a été instauré par la loi du 13 juillet 1965³²², sous l'appellation de « clause de main commune ». L'idée du législateur est que les époux puissent gérer ensemble leurs biens communs, la règle de la gestion par le mari étant conçue, en 1965, uniquement comme une règle supplétive de volonté³²³. La gestion conjointe est donc établie comme une protection pour la femme mariée. En effet, les deux époux mettant en jeu leurs intérêts patrimoniaux par la disposition des biens, il est souhaitable que la loi exige leurs consentements pour que l'acte puisse être valablement passé. Par ailleurs, ce principe de gestion conjointe étendue permettait de « rendre vaine toute velléité de fraude aux droits du conjoint, tout acte accompli sans son accord tombant sous le coup de la nullité de l'article 1427 »³²⁴. Toutefois, la cogestion présente des inconvénients, dont un risque de paralysie du régime de biens en raison de la lourdeur de la gestion qu'elle impose.

125. La sanction du non-respect de la gestion conjointe. – La protection des biens est renforcée par la sanction prévue en cas d'inobservance de la gestion conjointe. En effet, les actes effectués en violation de la cogestion sont sanctionnés par la nullité, en vertu de l'article 1427 du Code civil. L'époux, qui n'a pas donné son consentement à l'acte, peut intenter une action en nullité dans les deux ans de la connaissance de l'acte et dans la limite de deux ans après la dissolution de la communauté. Cependant, le législateur a permis une ratification de l'acte de l'époux ayant outrepassé ses pouvoirs. Ainsi, le principe de la cogestion peut être respecté en aval de l'acte, marquant la valorisation du consensus au sein du couple fût-il postérieur.

126. La cogestion permet une protection collective véritablement efficace des biens communs, pour le moins des biens considérés par le législateur comme importants, contre les

³²¹ N. MOULIGNER, « Communauté conventionnelle, Clause d'administration conjointe », fasc. unique, *J.-Cl. civil code*, art. 1503, janv. 2020, n° 5.

³²² L. n° 65-570 du 13 juil. 1965, préc.

³²³ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, Dalloz, 8^e éd., 2019, p. 445.

³²⁴ *Ibid.*, p. 447.

actes les plus dangereux. Ainsi, au-delà du régime légal, le législateur a parfois imposé un *minimum* de cogestion pour les époux ou a permis une mise en commun de certains biens.

b. La diffusion de la gestion conjointe

127. La diffusion de la gestion conjointe est promue tant dans le régime primaire impératif des couples mariés que dans les régimes de biens séparatistes.

128. L'extension de la gestion conjointe au régime primaire impératif. – Le législateur a étendu la cogestion à l'ensemble des époux pour renforcer la protection du logement de la famille et des meubles meublants qui le garnissent. En effet, l'instauration de la gestion conjointe du logement de la famille dans le régime primaire impératif permet de soumettre l'ensemble des époux à cette gestion, quel que soit leur régime de biens. Cette mesure s'explique par l'importance du logement dans le patrimoine du couple et dans la vie de la famille. Plus précisément, l'article 215, alinéa 3, du Code civil empêche un époux de « disposer [seul] des droits par lequel est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni ». Ainsi, peu importe le mode de détention de ces droits³²⁵, le consentement des deux époux est nécessaire, le logement de la famille étant indisponible entre les époux. L'époux seul propriétaire du logement devra tout de même recueillir l'accord de son conjoint pour en disposer. Cette gestion conjointe de la disposition entre vifs³²⁶ du logement permet une protection maximale de ce bien lorsqu'il est la propriété de l'un au moins des époux. En effet, la finalité visée par cette protection, celle du cadre de vie de la famille, passe nécessairement par la protection du bien lui-même. Cependant, si la sanction est également la nullité de l'acte, l'action est enserrée dans un délai plus restreint que celui prévu à l'article 1427 du Code civil, à savoir un an à compter de la connaissance de l'acte, sans pouvoir être intentée au-delà d'un an après la dissolution du régime matrimonial. La ratification de l'acte *a posteriori* n'est pas expressément permise. En effet, l'article 215, alinéa 3, du Code civil ne fait pas état d'une telle possibilité. Pour autant, la sanction prévue étant une nullité relative instaurée pour la protection d'un époux contre les agissements cavaliers de son conjoint, la possibilité de ratification de

³²⁵ Civ. 1^{re}, 16 mai 2000, n° 98-13.441, Bull. civ. I, n° 144, D. 2000, p. 192, *Defrénois* 2001, art. 37341, obs. CHAMPENOIS ; *Dr. fam.* 2001, comm. 2, note BEIGNIER ; Loyers et copr. 2000, comm. n° 2264, note VIAL-PEDROLETTI ; *RTD civ.* 2001, p. 416, obs. VAREILLE.

³²⁶ L'article ne soumet pas à cogestion les dispositions à cause de mort, pour les testaments, v. Civ. 1^{ère}, 22 oct. 1974, *D.* 1975, 643, note FOULON-PIGANIOL ; *JCP* 1975, II, 18041, note CHARTIER ; *RTD civ.*, 1975, 296, note NERSON.

l'acte serait souhaitable³²⁷. Au-delà de cette cogestion imposée à l'ensemble des époux par le régime primaire impératif, le législateur a également permis l'extension de cette philosophie communautaire dans le régime de biens.

129. L'adjonction d'une masse communautaire : la société d'acquêts. – Cette recherche de gestion collective des intérêts patrimoniaux du couple se retrouve également en régimes séparatistes. En autorisant une liberté accrue dans la contractualisation du régime matrimonial, le législateur a permis la mise en place d'un régime séparatiste contenant une société d'acquêts. Cette société d'acquêts contient les biens que les époux ont entendu rendre communs conformément à leurs stipulations contractuelles. Ainsi, la composition de cette société d'acquêts peut être plus restreinte que dans le régime légal, par l'exclusion des biens professionnels, par exemple, ou plus large, par la mise en communauté de certains biens acquis avant le mariage. Les biens compris dans cette société d'acquêts sont alors soumis aux règles du régime légal. La cogestion trouverait alors à s'appliquer pour les actes qui relèveraient des articles 1422 à 1425 du Code civil. Ainsi, même en régime séparatiste, les époux cherchent à soumettre certains biens à cette gestion protectrice. Aussi, des époux peuvent envisager de faire entrer dans une société d'acquêts un bien professionnel appartenant à un seul des époux mais qui est le support de la profession des deux époux. En ce qu'elle rendrait le bien commun, cette possibilité permettrait d'appliquer la gestion conjointe pour les actes les plus graves. Le bien duquel les époux tirent leurs revenus sera ainsi préservé par la nécessité du consensus et la prise de décision collective.

130. Hors du droit de la famille, le législateur ou les membres du couple s'inspirent des régimes du droit civil afin de mettre en commun leurs intérêts patrimoniaux.

2. Les solutions hors du droit de la famille

131. Les membres du couple, ayant pourtant opté pour un mode de conjugalité privilégiant leur indépendance, recherchent des solutions pour soumettre une partie de leurs biens à une forme de gestion collective, lorsque le droit de la famille ne leur permet pas. Les époux recourent à des outils qu'ils trouvent dans d'autres disciplines du droit civil : tantôt dans le droit des biens, à l'aide de l'indivision (a), tantôt dans le droit des sociétés, avec les sociétés civiles immobilières (b).

³²⁷ Sur la possibilité de la ratification v. S. PIÉDELIÈVRE, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 64 ; A. KARM, « Mariage, Organisation de la communauté conjugale, Communauté de résidence », fasc. 30, *J.-Cl. civil code*, art. 212 à 215, 27 juin 2019, n° 49.

a. *L'indivision*

132. La mise en commun des intérêts du couple. – Les membres du couple n'adoptent pas toujours un comportement conforme au mode de conjugalité qu'ils ont choisi. En effet, il n'est pas rare que des époux mariés sous un régime séparatiste ou des concubins acquièrent un bien en indivision³²⁸. Peu importe les raisons qui ont conduit les époux à acquérir le bien en indivision – qu'elles soient économiques ou procèdent d'une réelle volonté de gestion commune, ou même que le caractère indivis résulte d'une présomption³²⁹ – le bien est alors soumis à une gestion commune. Cette gestion commune s'apparente à la gestion conjointe de la communauté³³⁰. En effet, les règles de la gestion de l'indivision requièrent l'unanimité pour les actes de disposition, à l'exception de la vente des « meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision »³³¹, comme le nécessite la cogestion. La règle de l'unanimité « se justifie par la volonté de protéger, à titre préventif, l'ensemble des indivisaires contre l'acte conclu par un seul »³³². Plus encore, l'unanimité est requise pour tous les actes d'administration, comme l'insertion d'une clause de gestion conjointe dans leur contrat de mariage. Cela résulte de la majorité requise pour effectuer de tels actes. L'assouplissement de l'administration de l'indivision à la majorité des deux tiers ne peut être appliqué au sein du couple si ce n'est pour un bien dont l'acquisition a été prévue dans de telles proportions. Les époux qui acquièrent un bien pour moitié chacun se voient appliquer une gestion rigide de leurs biens. Cette rigidité est protectrice car elle empêche un époux d'effectuer seul des actes sur un bien indivis. Certains auteurs s'interrogent sur l'opportunité de recourir à la majorité simple pour la gestion de l'indivision³³³. Une telle mesure aurait pour effet de rapprocher plus encore les règles de l'indivision de celles du régime légal de communauté³³⁴. En effet, les membres du couple pourraient bénéficier d'une gestion concurrente pour les actes mentionnés à l'article 815-3, 1° à 4°, du Code civil et une gestion conjointe pour les actes de disposition³³⁵. Le régime de

³²⁸ V. J. MAURY, « Le principe participatif en régime matrimonial séparatiste », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 243.

³²⁹ C. civ., art. 1538, al. 3 qui présume indivis les biens « sur lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété ».

³³⁰ Sur la même logique, v. Ph SIMLER, « L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté ? », in *Mélanges offerts à André Colomer, op. cit.*, p. 461.

³³¹ C. civ., art. 815-3. V. également le cas particulier de la majorité des deux tiers accompagné d'une autorisation judiciaire en cas d'opposition d'un indivisaire, C. civ., art. 815-5-1. Cette dernière limite est peu usitée selon Ph. MALAURIE et N. PETERKA. V. Ph. MALAURIE et N. PETERKA, *Droit des régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 256.

³³² Ch. ALBIGES, « Indivision : régime légal », *Rep. civ.*, mars 2011 (act. mai 2022), n° 264.

³³³ F. SAUVAGE, « Le nouveau visage des droits des indivisaires : de la protection des intérêts particuliers à la préservation de l'intérêt commun ? », *JCP N* n° 30, 26 juil. 2019, 1256.

³³⁴ Mais l'assimilation ne serait pas totale, les époux peuvent par principe aliéner les biens meubles au titre de la gestion concurrente alors que les indivisaires ne le peuvent pas par principe.

³³⁵ Sauf pour la vente des meubles indivis pour payer les dettes et les charges de l'indivision.

l'indivision semble conduire à « une domination des intérêts des indivisaires par l'intérêt de l'indivision »³³⁶. Cette mise en commun des intérêts permet aux couples, dans lesquels aucune mise en communauté n'est permise ou n'a été prévue, d'assurer une meilleure protection de leurs biens. La protection qui résulte de cette mise en commun résulte paradoxalement de la conception individualiste de l'indivision³³⁷, de laquelle découle la règle de l'unanimité. En effet, le Code civil a initialement prévu la règle de l'unanimité³³⁸ afin de préserver les intérêts individuels de chaque indivisaire. Cependant, cette règle oblige les membres du couple à rechercher un consensus avant d'effectuer l'acte en projet. Cela permet de protéger les biens indivis car ils ne seront pas soumis à la volonté d'un seul des époux, partant, l'indivision remet en cause le caractère absolu de la propriété³³⁹.

133. La sanction du non-respect des règles de gestion. – La sanction prévue en cas de non-respect de l'unanimité n'est pas la nullité, mais l'inopposabilité de l'acte aux indivisaires n'ayant pas consenti à l'acte³⁴⁰. Ainsi, la validité de la vente est dépendante de l'attribution du bien dans le partage³⁴¹. C'est seulement si le bien est attribué au membre du couple n'ayant pas consenti à la vente que l'acte sera considéré comme nul³⁴². Une partie de la doctrine ne se satisfait pas entièrement de cette solution, la nullité serait préférable à l'inopposabilité³⁴³. Cette solution aurait pour intérêt d'harmoniser, au sein du couple, les sanctions du non-respect de la gestion conjointe et permettrait ainsi de poursuivre la construction du droit commun patrimonial du couple³⁴⁴.

134. Une précarité durable. – L'indivision était conçue en 1804 comme une forme précaire et nécessairement temporaire de détention de la propriété, car le Code civil rejetait toute idée de propriété collective³⁴⁵. L'indivision avait seulement été pensée comme transitoire dans le cadre du droit des successions³⁴⁶. Le développement de l'indivision entre les membres d'un

³³⁶ F. SAUVAGE, art. préc.

³³⁷ Telle était la conception de l'indivision dans le Code civil, v. Ch. ALBIGES, *Rép. civ.*, préc., n° 11.

³³⁸ Ch. ALBIGES, *Rép. civ.*, préc., n° 14.

³³⁹ Ch. ALBIGES, *Rép. civ.*, préc., n° 12.

³⁴⁰ Pour une étude, v. P. JOURDAIN, « Les actes de disposition sur la chose indivise », *RTD civ.* 1987, p. 498.

³⁴¹ Civ. 1^{ère}, 9 mai 1978, n° 76-12.646, Bull. civ. I, n° 187 ; JCP 1979, II, 19257, note DAGOT.

³⁴² G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2014, pp. 216 et s.

³⁴³ « La nullité de la vente des biens indivis, réalisée sans l'accord de tous les indivisaires ni autorisation de justice, serait une solution bien préférable », in J.-L. BERGEL, note sous Civ. 3^e, 21 juin 1995, n° 93-17.522, Bull. civ., n° 154 ; *RDI*, 1995, p. 715.

³⁴⁴ V. A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Grenoble 2003.

³⁴⁵ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 315 et s.

³⁴⁶ Ch. ALBIGES, *Rép. civ.*, préc., n° 12.

couple a conduit à faire durer les indivisions pendant le temps du couple. L'indivision a même été choisie comme un régime de biens en matière de pacte civil de solidarité.

135. La création d'un régime d'indivision pour les partenaires du pacte civil de solidarité. – Le législateur a mis en place un régime légal de présomption d'indivision lors de la création du pacte civil de solidarité par la loi du 15 novembre 1999³⁴⁷. Les partenaires sont alors soumis aux règles de gestion classique de l'indivision, donc à l'unanimité. Ce régime a évolué avec la réforme de 2006³⁴⁸. En effet, désormais l'indivision n'est plus le régime de principe. Cependant, les partenaires peuvent opter pour le régime de l'indivision des biens acquis postérieurement au PACS³⁴⁹. Des règles de gestion identiques à celles des époux mariés en régime de communauté sont alors applicables. L'article 515-5-3 du Code civil, renvoyant à l'article 1873-6 du Code civil, instaure la même gestion que celle s'exerçant sur les biens communs par les époux. Ainsi, les partenaires sont soumis à la gestion conjointe dans les mêmes conditions que les époux communs en biens. Si ce n'est que l'article 1873-6 du Code civil précise que le gestionnaire de l'indivision, et donc les partenaires, ne peuvent « disposer des meubles corporels que pour les besoins d'une exploitation normale des biens indivis, ou encore s'il s'agit de choses difficiles à conserver ou sujettes à dépérissement ».

136. Il apparaît alors que l'indivision, institution considérée comme précaire et temporaire en 1804 devient un véritable mode de gestion des biens du couple. Elle permet également une véritable protection des biens en raison des contraintes imposées par sa gestion. Les sociétés civiles constituent un autre outil de gestion collective des biens.

b. Les sociétés civiles immobilières

137. Le recours aux sociétés civiles immobilières. – Les membres d'un couple peuvent décider de créer une société civile immobilière pour la gestion d'un ou plusieurs biens immobiliers³⁵⁰. Cette structure présente l'avantage d'éviter la précarité associée à l'indivision et d'offrir une gestion plus souple que dans l'indivision. La forme sociétaire permettra une gestion collective des biens par le truchement de la personnalité morale nouvellement créée. De plus, la gestion pourra être facilement aménageable dans les statuts pour qu'elle s'adapte au mieux à la situation du couple³⁵¹. En ce qui concerne la mise en commun des intérêts du couple,

³⁴⁷ L. n° 99-944 du 15 nov. 1999, préc.

³⁴⁸ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, préc.

³⁴⁹ C. civ., art. 515-5-1.

³⁵⁰ C. civ., art. 1845 et s.

³⁵¹ Sur la répartition des pouvoirs entre le gérant et les associés, v. C. civ., art. 1846 et s.

cette structure permettra d'apporter plus de protection aux biens d'un couple dont les biens ne sont pas soumis à une forme commune d'appropriation ou à une gestion conjointe. De plus, la détention par une société civile peut être l'occasion d'organiser la transmission future du patrimoine du couple³⁵². Le couple pourra alors concéder des pouvoirs étendus au gestionnaire tout en maintenant la décision unanime des associés pour les actes les plus graves, comme par exemple pour la cession des biens immobiliers. De plus, le recours à une telle société permet à un seul des membres du couple de supporter l'essentiel du coût de l'acquisition, tout en permettant une protection des biens par l'instauration de l'unanimité pour la cession du bien³⁵³. Ainsi, si deux concubins décident de détenir des biens immobiliers par le biais d'une société civile, ils pourraient accorder la gestion des biens sociaux à un seul d'entre eux ou aux deux concurremment. Les statuts pourraient préciser les actes que le gérant est en mesure d'effectuer, en lui accordant la possibilité de réaliser seul tous les actes d'administration comme le pourrait un époux sur les biens communs. Les statuts limiteraient cependant les pouvoirs du gérant concernant les actes de disposition, telle la vente des biens sociaux ou encore la possibilité de les donner à bail rural, subordonnant ces actes à l'expression du consentement de tous les associés dans l'acte de vente³⁵⁴. Ainsi, par ces stipulations contractuelles, les membres du couple pourraient recréer un substitut de communauté protecteur. Cependant, la création d'une société n'est pas toujours protectrice pour les époux. En effet, la création d'une telle structure a parfois pour conséquence de soustraire les biens sociaux aux règles de gestion applicables sur les biens immeubles, que la gestion résulte des règles de la communauté ou du régime primaire impératif.

138. Le cas particulier des époux possédant une masse commune. – L'utilisation de la forme sociétaire peut conduire à l'adoption d'une forme de gestion moins protectrice pour les biens des époux en comparaison de la situation dans laquelle le bien immobilier est directement présent dans une masse commune. Ainsi, les époux peuvent soustraire ledit bien à la gestion conjointe qui aurait été imposée par le caractère commun du bien. Les époux peuvent posséder des parts inégales dans la société et prévoir, dans les statuts de la société, que l'unanimité n'est pas requise pour la cession du bien social³⁵⁵. Ainsi, la protection des biens se trouverait amoindrie par rapport à leur statut de biens communs. Cette atténuation de la protection des

³⁵² V. *infra* n° 162.

³⁵³ V. notamment l'exemple sur la constitution d'une société civile avec un faible apport dans le contexte de parents avec leurs enfants, pouvant être transposé aux membres du couple, *in* M. STORCK, S. FAGOT et T. de RAVEL d'ESCLAPON, *Les sociétés civiles immobilières*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2019, p. 13.

³⁵⁴ C. civ., art. 1854.

³⁵⁵ N. KILGUS, « La vente du logement familial détenu par une SCI », *Lamy Droit civil*, n° 169, 1^{er} avril 2019.

biens par le recours à la forme sociétaire est encore plus prégnante lorsque le bien mis en société est le logement de la famille.

139. Le cas particulier de la détention du logement de la famille. – Si le logement est l’objet d’une forte protection en raison de l’article 215, alinéa 3 du Code civil, présent dans le régime primaire impératif, et s’imposant à ce titre à tous les couples mariés, la structure sociétaire fait parfois obstacle à l’application de cette protection. En effet, la Cour de cassation s’est prononcée sur l’articulation de cette protection issue du droit de la famille avec le droit des sociétés en précisant les conditions requises pour que la disposition protectrice trouve à s’appliquer. Ainsi, il est nécessaire qu’au moins l’un des époux soit un associé de la société civile immobilière et « que celui-ci soit autorisé à occuper le bien en raison d’un droit d’associé ou d’une décision prise à l’unanimité de ceux-ci »³⁵⁶. À défaut, le logement de la famille ne sera pas protégé par les dispositions du droit de la famille et sera soumis au seul droit des sociétés car « [l]a protection du toit de la famille ne justifie pas de lever le voile de la personnalité morale, la protection du logement familial s’en trouvant affaiblie »³⁵⁷. C’est la raison pour laquelle l’intervention d’un professionnel du droit est vivement conseillée en cas de constitution d’une société entre les membres d’un couple, puisqu’il les préviendrait des risques liés à la détention indirecte du logement et pourrait mettre en place la protection désirée par les époux.

140. Une protection conditionnée. – Il apparaît alors que la forme sociétaire pour la gestion des biens d’un couple ne soit pas nécessairement protectrice des biens compris dans la société. La volonté du couple de mettre en commun ses intérêts conduit parfois à écarter des règles de gestion protectrice pour simplifier les questions de transmission. Le recours à la société civile immobilière semble davantage une source de protection des biens pour les couples n’ayant pas de communauté de biens dans la mesure où c’est une solution permettant une mise en commun pérenne des intérêts du couple.

141. Ainsi, les solutions de gestion collective peuvent être mises en place par les membres du couple, ce qui empêchera un seul des époux de décider du devenir des biens, notamment lorsque les biens en cause sont nécessaires à la vie familiale, ceux-ci assurant le logement ou

³⁵⁶ Civ. 1^{re}, 14 mars 2018, n° 17-16.482, *Bull. civ. I*, n° 48, p. 55, *Dr. et Patr.* Hebdo, n° 1142, obs. LE GALLOU ; *RJPF* 2018-5/32, obs. DUBARRY ; *Dr. sociétés* 2018, comm. 101, obs. HOVASSE ; *JCP N* 2018, 1275, obs. RANDOUX ; *RLDC* 2018/162, n° 6474, note KOUKOUVITAKIS ; *Rev. sociétés* 2019, p. 59, note NAUDIN ; *RTD civ.* 2018, p. 469, obs. VAREILLE ; *D.* 2018, p. 1104, obs. LEMOULAND ; *D.* 2018, p. 1428, note SADI ; *AJ fam.* 2018, p. 300, obs. CASEY ; *Dr. fam.* 2018, comm. 152, note TORRICELLI-CHRIFI. Civ. 1^{re}, 7 févr. 2018, n° 17-10.367, *Gaz. Pal.* 2018, p. 49, obs. FATHI.

³⁵⁷ N. KILGUS (N.), art. préc.

les revenus des membres du couple. La transmission collective des biens est le pendant de la gestion collective au moment du décès d'un membre de la famille.

B. La transmission collective des biens

142. Si la loi met en place un droit des successions *ab intestat*, cela n'empêche pas le *de cuius* d'anticiper la transmission de ses biens par des actes de volonté, dans la limite de l'ordre public successoral. Si la prévision du devenir des biens du *de cuius* après sa mort semble entièrement lui appartenir, la loi met en place des mécanismes où la transmission est, sous certains aspects, collective. Ainsi, la prise en compte de la volonté du propriétaire des biens n'est pas exclusive de la mise en valeur du caractère familial de la transmission. La volonté d'organiser la transmission des biens de manière collective a été prévue dès l'origine du Code civil, par le recours aux libéralités-partages conjonctives, qui permettent une transmission collective étendue (1). Par ailleurs, d'autres mécanismes permettent de mettre en place une transmission collective ciblée (2).

1. Une transmission collective étendue : les libéralités-partages conjonctives

143. Si le législateur organise une véritable transmission collective des biens en permettant la donation-partage conjonctive (a), ce caractère conjonctif est refusé en matière de testament-partage (b).

a. La transmission collective permise par la donation-partage conjonctive

144. Le règlement commun des intérêts familiaux. – Dès les travaux préparatoires du Code civil, le partage d'ascendant est envisagé comme un des meilleurs mécanismes de répartition des biens par les parents³⁵⁸. BIGOT DE PRÉAMENEU s'est ainsi interrogé : « à qui donc pourrait-on confier avec plus d'assurance la répartition des biens entre les enfans qu'à des pères et mères, qui mieux que tous autres en connaissent la valeur, les avantages et les inconvéniens ; à des pères et mères, qui rempliront cette magistrature, non seulement avec l'impartialité de juges, mais encore avec ce soin, cet intérêt, cette prévoyance, que l'affection paternelle peut seule inspirer ? »³⁵⁹. Le partage d'ascendant entre vifs, ou donation-partage, est une solution concertée de transmission des biens, qui permet un réel accord du groupe familial, entre partageants et copartagés. Il s'agit d'un véritable pacte de famille car l'accord de tous est requis.

³⁵⁸ Pour une étude historique complète, v. É. CRÉTEAU, *Des partages d'ascendants aux libéralités-partages : Approche historique des articles 1075 et suivants du Code civil*, thèse, Montpellier, 2015.

³⁵⁹ F. J. BIGOT DE PRÉAMENEU, *Présentation au Corps législatif du projet de loi formant le titre II du livre III du projet du Code civil*, 2 floréal an XI (22 avril 1803), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 567.

Le partage peut être envisagé de manière globale puisqu'il peut comprendre les biens issus du patrimoine des deux parents. La donation-partage dite conjonctive est donc une forme aboutie de transmission collective des biens. Au-delà de la transmission, cette forme de libéralités permet une réelle protection des biens à plusieurs égards. D'abord, elle permet d'assurer la conservation des biens dans la famille en prévenant les contentieux qui pourraient conduire à la vente des biens successoraux³⁶⁰. Ensuite, elle permet d'assurer une meilleure répartition des biens en fonction des capacités de gestion des héritiers. En effet, les parents pourront allouer les enfants au regard des possibilités de chacun d'entretenir ou d'accroître les biens reçus. Cette protection des biens concerne essentiellement les biens dont la gestion est la plus difficile telle une entreprise ou encore un portefeuille d'actions. Enfin, des propriétaires plus jeunes seront plus enclins à faire fructifier les biens reçus, par donation-partage, que les ascendants desquels ils les tiennent³⁶¹. Ainsi, ce mécanisme permet aux parents de « réaliser la répartition la plus équitable et la plus propre à rendre heureux chacun de [leurs] enfants »³⁶².

145. La possibilité de la donation-partage conjonctive. – La donation-partage, alors appelée partage d'ascendant entre vifs, a toujours été permise par le Code civil, comme le rappelle DEMOLOMBE : « [r]ien, disons-nous, ne s'y oppose »³⁶³. La possibilité a implicitement été introduite dans le Code civil par une loi du 7 février 1938³⁶⁴, l'article 1080 prévoyant le moment où l'action visant à remettre en cause le partage peut être introduite lorsque les ascendants « ont fait ensemble le partage de leurs biens confondus dans une même masse ». La solution a été reprise par loi du 3 juillet 1971³⁶⁵, mais l'article 1077-2 du Code civil faisait alors explicitement référence au « partage conjonctif ». La réforme du droit des successions et des libéralités de 2006 a modifié cette disposition légale pour y substituer l'expression « donation-partage faite conjointement ». En dépit du changement terminologique, la solution persiste. L'ensemble des couples peuvent y recourir³⁶⁶.

³⁶⁰ L. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 1115.

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² F. J. BIGOT de PRÉAMENEU, Présentation au Corps législatif du projet de loi formant le titre II (...) préc., in P.- A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 567.

³⁶³ Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIII, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. VI, Auguste Durand libraire : L. Hachette et Cie libraires, 3^e éd., 1868, p. 82.

³⁶⁴ L. du 7 fév. 1938 tendant à modifier les articles 860, 861, 864, 922, 1075, 1076, 1077, 1078, 1079, 1080 et 1097 du Code civil, relatifs aux rapports et à la réduction dans les donations, à la révision des partages d'ascendants et à la donation entre époux, J.O. 9 février 1938, p. 1602 et s.

³⁶⁵ L. n° 71-523 du 3 juillet 1971, préc.

³⁶⁶ Sur la question, v. B. PAVY, « Les donations-partages cumulatives et conjonctives sont-elles possibles en dehors des liens du mariage ? », *Defrénois*, 1994, 695. ; G. CHAMPENOIS et M. KLAA, « Les donations-partages conjonctives et cumulatives », *Defrénois*, 2014, 377.

146. L'inclusion des biens communs. – Des débats s'étaient élevés aux fins de savoir si une donation-partage pouvait contenir les biens de la communauté. DEMOLOMBE précise que rien ne s'oppose à la donation-partage conjonctive « lorsque les père et mère sont mariés sous le régime de la séparation de biens ou de l'exclusion de communauté ; ou lorsque, étant mariés sous le régime de la communauté, ils ne font entrer, dans le partage, que les biens propres de chacun d'eux »³⁶⁷, laissant entendre que des difficultés naissent lorsque les époux communs en biens souhaitent inclure dans leur partage des biens issus de la communauté. La doctrine n'était pas unanime sur cette possibilité, même pour un partage d'ascendant conjonctif entre vifs. DEMOLOMBE inclinait pour la solution selon laquelle il n'y avait pas d'obstacle à une telle pratique³⁶⁸. Désormais, la solution ne fait plus de doute. En effet, désireux d'adapter le droit aux familles recomposées, le législateur a précisé lors de la loi du 23 juin 2006³⁶⁹ que l'enfant non commun pouvait être alloti en biens communs³⁷⁰. *A fortiori* les enfants communs le peuvent. La donation-partage permet donc un règlement complet de la transmission de l'ensemble des biens des époux à l'égard de l'ensemble de leurs enfants. Par ailleurs, malgré la lettre des textes, la donation-partage n'est pas limitée aux seuls époux. Tous les parents peuvent opérer la répartition de leurs biens par le biais de ce mécanisme³⁷¹. Plus encore, la généralité de l'article 1075 du Code civil, qui prévoit que « toute personne peut faire, entre ses héritiers présomptifs, la distribution et le partage de ses biens et de ses droits », invite à considérer que la donation-partage conjonctive n'est pas seulement permise entre ascendants et descendants, mais pourrait également l'être en ligne collatérale en l'absence de descendant. Il suffit que les personnes alloties aient la qualité d'héritiers présomptifs³⁷². Le législateur a montré tout son intérêt pour le partage d'ascendant en multipliant les ajustements législatifs pour accroître sa sécurité et son attractivité.

147. Les donations-partages transgénérationnelles. – Le législateur a permis aux ascendants de distribuer et partager leurs biens à l'égard de tous leurs descendants, « qu'ils soient ou non héritiers présomptifs »³⁷³. Dans cette configuration, le pacte de famille est encore plus palpable car les descendants du degré évincés doivent donner leur consentement à cet

³⁶⁷ Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 82.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 82 et s.

³⁶⁹ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, préc.

³⁷⁰ C. civ., art. 1076-1.

³⁷¹ M. GRIMALDI, « Conditions de la libéralité-partage », in M. GRIMALDI, (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 7^e éd., 2021, p. 1421, n° 411.152.

³⁷² M. GRIMALDI, « Conditions de la libéralité-partage », in M. GRIMALDI, (dir.), *op. cit.*, p. 1422, n° 411.155.

³⁷³ C. civ., art. 1075-1, issu de loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, préc.

évincement. Ainsi, la répartition des biens peut se faire au plus proche des besoins de chacun des membres de la famille en adéquation avec un principe de justice distributive.

148. Le cas particulier des donations-partages cumulatives. – La donation-partage cumulative est l’hypothèse particulière où le survivant des deux parents entend procéder au partage de ses biens réunis en une même masse avec ceux de la succession du prédécédé. DEMOLOMBE enseigne à ce sujet que, si des arrêts d’espèce ont validé de tels procédés, il ne serait pas souhaitable qu’un ascendant puisse partager des biens qui ne lui appartiennent pas³⁷⁴. Ainsi, la qualité de propriétaire supplante l’intérêt familial. Après lui, DEMOGUE souligne *a contrario* « [l]a tendance toute naturelle de l’ascendant, surtout si c’est le mari, qui ordinairement avait la gestion de tous les biens paternels et maternels pendant le mariage, (...) de considérer qu’ils ne forment qu’une seule masse et de les répartir (...) sans se préoccuper de savoir s’ils sont la propriété du prédécédé ou la sienne »³⁷⁵. C’est finalement l’accord, intervenant entre l’ascendant survivant et les descendants, qui valide le principe de cette institution qui se révèlent, comme la donation-partage conjonctive, une organisation collective de la transmission des biens des ascendants. Bien que la donation-partage cumulative ne figure toujours pas dans le Code civil, la jurisprudence autorise au survivant de procéder à un tel partage³⁷⁶, ce qui démontre la faveur du droit pour ces moyens collectifs de transmission des biens de la famille. La volonté des membres de la famille peut ainsi supplanter la qualité de propriétaire. La recherche du consensus familial est donc primordiale.

149. Pour autant, tous les instruments de transmission collective ne sont pas autorisés par le législateur, il en va notamment ainsi des testaments-partages conjonctifs. Cet outil pourrait pourtant, de prime abord, comme la donation-partage conjonctive, permettre au couple de répartir de manière plus pertinente les biens qu’il possède entre ses héritiers pour permettre de préserver la consistance future des biens.

³⁷⁴ Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIII, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. VI, *op. cit.*, pp. 92 à 94.

³⁷⁵ R. DEMOGUE, « Partage d’ascendant fait par le conjoint survivant et englobant la succession indivise du prédécédé », *Journal du notariat*, n° 1, 10 janvier 1933, p. 105.

³⁷⁶ Civ. 1^{re}, 20 juin 1955, *D.* 1955. 537; *JCP* 1955. II. 8781, note BLIN. Civ. 1^{re}, 22 nov. 2005, n° 02-17.708, *Bull. civ.* I, n° 437; *RTD civ.* 2006. 802, obs. GRIMALDI; *D.* 2006. 902, note MAHINGA; *JCP* 2006. II. 10026, note SAUVAGE; *RLDC* 2006-28, n° 2124, note MAURY; *AJ fam.* 2006. 36, obs. BICHERON. Civ. 1^{re}, 11 juin 2008, n° 07-14.795, NP; *RTD civ.* 2008. 712, obs. GRIMALDI.

b. *La transmission collective refusée par le testament-partage conjonctif*

150. Un règlement parental prohibé de la transmission des biens. – Contrairement à la donation-partage conjonctive, le testament-partage conjonctif est prohibé en raison de l'interdiction plus générale des testaments conjonctifs. Cette libéralité-partage ne permettrait pas, de toute manière, un véritable règlement collectif de la transmission des biens. En effet, les enfants n'ont, dans cette forme de libéralité-partage, pas voix au chapitre puisque leur accord n'est pas requis ; le testateur impose la répartition de ses biens pour le temps où il ne sera plus³⁷⁷. Toutefois, un règlement parental de la transmission des biens pourrait être envisageable. Il convient de se demander si l'autorisation de ce mécanisme est possible mais aussi si elle est souhaitable.

151. Du testament conjonctif en général. – La prohibition du testament conjonctif provient de l'article 77 de l'ordonnance D'AGUESSEAU d'août 1735 concernant les testaments, qui abroge l'usage « des testaments (...) mutuels, ou faits conjointement, soit par mari et femme ou par d'autres personnes »³⁷⁸. Cette nullité est toujours présente à l'article 968 du Code civil qui dispose qu'un « testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes ». Ainsi, lorsqu'un seul *instrumentum* contient les dernières volontés de deux personnes différentes qui se manifestent en un seul *negotium*, cela heurte le principe de la libre révocabilité du testament³⁷⁹. Cependant, il n'y a pas de nullité encourue si un même *instrumentum* contient deux *negotia* ou qu'un *negotium* se retrouve dans deux *instrumenta* distincts³⁸⁰. La libre révocabilité du testament est un fondement convaincant de la prohibition des testaments conjonctifs. Il n'empêche que certains pays autorisent ce type de testament sous certaines conditions. En Allemagne, le testament peut être fait par deux conjoints ou deux partenaires enregistrés, le principe étant que durant la vie de son conjoint ou de son partenaire il n'est pas possible de révoquer unilatéralement les dispositions du testament conjonctif et la révocation après la mort ne se fait que sous certaines conditions³⁸¹.

152. Du testament-partage conjonctif en particulier. – L'article 77 de l'Ordonnance D'AGUESSEAU d'août 1735 excluait la prohibition du testament conjonctif pour les « actes de

³⁷⁷ C. civ., art. 1075 et 1079 et s.

³⁷⁸ J.-M. PARDESSUS, *Œuvre complète du Chancelier d'Aguesseau*, t. XII, *Suite de la correspondance officielle : Ordonnances des donations, testaments, substitutions, avec les pièces inédites relatives à leur rédaction*, Fantin, H. Nicolle, de Pelafol, 1819, p. 368.

³⁷⁹ En ce sens, v. S. PIÉDELIEVRE (S.), *Successions et libéralités*, op. cit., p. 664-665.

³⁸⁰ B. BEIGNIER, note sous CA Pau, 30 mars 2000, *Dr. fam.* n° 10, oct. 2000, comm. 121.

³⁸¹ H.-W. KORNICKER, « Allemagne. Droit civil. Successions et donations », *J.-Cl. Dr. comp.*, oct. 2011, n° 54 et s.

partages entre enfans et descendans ». Pourtant, le Code civil n'a pas entendu reprendre ce bénéfice à l'égard des testaments-partages. En effet, la généralité de l'article 968 du Code civil contraint à l'application de la prohibition du caractère conjonctif aux testaments-partages. Pourtant, l'institution est reconnue comme étant « un moyen qui pouvait être, en effet, précieux, surtout entre mari et femme, de régler, par une combinaison équitable, les intérêts des deux familles, et d'opérer entre elles la meilleure répartition des biens de leurs communs auteurs »³⁸². Toutefois, les difficultés de l'articulation de cette institution avec la règle de la libre révocabilité ont conduit le législateur à prohiber son usage. Il apparaît que la qualité de testateur soit un frein à la transmission collective des biens ; derrière cette notion c'est celle de propriétaire qui est en réalité protégée. En effet, il est craint qu'un propriétaire ne puisse pas changer ses dispositions à cause de mort jusqu'au dernier moment. À l'égard du testament-partage, le législateur fait donc prévaloir la qualité de propriétaire sur la transmission collective des biens. Cependant, il est possible de s'interroger sur l'avenir de cette prohibition notamment au regard de l'intervention du droit international privé.

153. Les perspectives de reconnaissance des testaments conjonctifs. – La validité du testament conjonctif a été reconnue en France par le biais du droit international privé. L'article 1^{er} de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la forme des testaments, entrée en vigueur en France le 19 novembre 1967, indique les lois compétentes pour apprécier la régularité de la forme des testaments. Cinq lois peuvent être retenues : le testament est valable s'il respecte les prescriptions de la loi du lieu où le testateur a disposé – *loci regit actum* –, de la loi nationale du testateur, du lieu de son domicile, de sa résidence habituelle, du lieu de situation des immeubles. Ces multiples critères de rattachement montrent la faveur faite à la volonté du disposant en maximisant les chances de reconnaître la validité de son testament. Or, selon la Cour de cassation, la prohibition des testaments conjonctifs relève de la forme³⁸³. Ainsi, le testament conjonctif pourrait être reconnu valable en présence d'un élément d'extranéité permettant de rattacher la situation à une législation étrangère autorisant le testament conjonctif.

154. Quant aux situations purement internes, le législateur pourrait reconnaître progressivement la validité du testament conjonctif en considération des possibilités offertes par le droit international privé. L'application du droit international privé permet à certains époux de rédiger un testament conjonctif, ce qui entraîne une inégalité avec les couples dont les

³⁸² Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXI, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. IV, *op. cit.*, p. 10.

³⁸³ M. REVILLARD, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 8^e éd., 2014.

deux membres sont français. Il serait possible d'atténuer cette différence de traitement en admettant, à des conditions peut-être plus restrictives, la validité du testament conjonctif. S'il est craint pour la liberté de révocation du testament, il suffirait d'autoriser un époux à révoquer seul le testament pourtant fait à deux³⁸⁴. Cependant, afin de protéger l'autre époux, il faudrait prévoir que la révocation de l'un fasse tomber l'ensemble du testament. En effet, les époux ayant une vision globale du règlement de leurs successions, le maintien des dispositions prises par l'autre conjoint n'a plus lieu d'être. Cette indivisibilité légale permettra de protéger l'époux qui n'a pas révoqué³⁸⁵. À défaut d'indivisibilité légale, il faudrait au moins permettre aux époux de stipuler l'indivisibilité des dispositions contenues dans le testament conjonctif.

155. Une institution souhaitable ? – Quant à savoir si cette reconnaissance est souhaitable, il convient de rappeler que les époux peuvent faire référence dans leur testament à celui de l'autre. Cela permet à des époux d'avoir un règlement commun de leur succession tant qu'il y a deux *instrumenta*. Seulement, la faculté de révocation du testament reste libre, alors même que le testament de l'un ne peut s'expliquer que par celui de l'autre. Ce second testament ne se trouve-t-il pas caduc par la révocation du premier ? Il est vrai que le testament conjonctif permet de sécuriser ces situations en liant définitivement les volontés des deux époux lorsqu'une indivisibilité légale ou contractuelle est prévue. Ainsi, le caractère conjonctif du testament pourrait être étendu au testament-partage. Les époux auraient alors un nouvel outil de transmission collective de leurs biens. Pour autant, le testament-partage conjonctif n'aura pas les mêmes vertus que la donation-partage qui permet l'accord du copartageant avec les copartagés, et permet ainsi un véritable accord au sein de la famille. Ainsi, la gestion collective, par le biais des libéralités-partages conjonctives, ne permet qu'une anticipation de la transmission des biens présents. L'état du droit positif ne permet pas d'avoir une gestion collective complète de la transmission des biens de la famille.

156. À côté de ces outils permettant une gestion collective étendue, il existe d'autres outils permettant une gestion collective plus ciblée.

³⁸⁴ Sur un modèle similaire aux institutions contractuelles réciproques entre époux.

³⁸⁵ En matière d'institutions contractuelles, si l'un des époux révoque, l'institution de l'autre demeure alors même qu'il l'a faite en considération de l'institution contractuelle de l'autre. Ce dernier n'est de plus pas informé de la révocation.

2. Une transmission collective ciblée

157. La transmission collective peut être considérée comme ciblée lorsqu'elle concerne un acte précis ou lorsqu'elle ne permet de transmettre que certains biens particuliers. Ainsi, les membres de la famille peuvent conclure un accord en vue d'autoriser l'aliénation d'un bien donné (a). Les membres de la famille peuvent également recourir au droit des sociétés (b).

a. L'accord familial à l'aliénation d'un bien donné

158. La gestion collective permise par les pactes sur succession future. – Il a été vu³⁸⁶ que, par principe, les pactes sur succession future sont prohibés, sauf à avoir été expressément autorisés par la loi. Certains pactes entraînent une transmission collective afin d'anticiper les difficultés de l'ouverture de la succession du défunt : tel est le cas de l'accord familial à l'aliénation par le donataire du bien qui lui a été donné.

159. L'accord familial à l'aliénation par le donataire du bien qui lui a été donné. – L'article 930 du Code civil, dans sa version en vigueur en 1804, prévoyait la possibilité pour les héritiers réservataires d'exercer, à certaines conditions, l'action en réduction des libéralités excessives ou l'action en revendication contre le tiers ayant acquis, du donataire, un bien ayant fait l'objet d'une donation par le défunt. Le législateur a, par la suite, autorisé un pacte entre le donateur et les héritiers réservataires visant à consentir à l'éventuelle aliénation du bien donné³⁸⁷, fermant ainsi l'action en réduction dirigée contre le tiers acquéreur. L'admission de ce pacte, qui possède, certes, des vertus de sécurité juridique, démontre également la volonté du législateur d'instaurer des outils de gestion collective pour les biens familiaux, tel le consensus au sein de la famille, notamment lorsque cette gestion collective prévient de la survenance d'éventuels contentieux. Elle démontre également que la sortie définitive d'un bien de la famille, par acte à titre gratuit entre vifs, nécessite l'accord des membres de la famille. Ainsi, la disposition montre l'importance de la conservation en nature des biens familiaux, tout en l'assouplissant. Cependant, ce bilan est à nuancer car l'ouverture de l'action en réduction ou revendication contre le tiers est conditionnée, si bien que le pacte a une portée plus limitée qu'il n'y paraît³⁸⁸. L'action n'est notamment ouverte que si le donataire

³⁸⁶ V. *supra* n° 77.

³⁸⁷ C. civ., art. 930, al. 2, issu de la L. n° 71- 523 du 3 juil. 1971, préc. La loi du 23 juin 2006 change la numérotation, il s'agit désormais de l'article 924-4, al. 2. L'accord peut désormais intervenir tant au moment de la donation que postérieurement.

³⁸⁸ S. DE LA TAILLE et S. PEZARD, « La menace virtuelle de l'article 924-4 du Code civil, Plaidoyer pour un retour à la raison », *JCP N* n° 48, 27 nov. 2009, 1321.

est insolvable, rendant impossible pour lui de s'acquitter de l'indemnité de réduction. Dans le cas contraire, même en l'absence de pacte, il ne sera pas possible de remettre en cause la sortie du bien du giron de la famille.

160. Le déclin de la philosophie classique se fait à la faveur de la prise en compte de la volonté des membres de la famille. Cette volonté se retrouve dans la transmission des biens par le droit des sociétés.

b. La protection des biens par le droit des sociétés

161. Le recours au droit des sociétés. – Le recours au droit des sociétés permet aux parents d'anticiper la transmission de leur patrimoine. Il constitue une protection pour les biens en ce que les sociétés permettent une souplesse et une progressivité de la transmission. En effet, il est possible de transmettre la totalité ou seulement une partie de la propriété des parts sociales. De plus, les parents peuvent se réserver l'usufruit des parts de la société créée, ou encore associer les enfants à l'opération tout en se réservant la gestion de la société. Pour le cas d'une entreprise familiale, il est possible d'optimiser la transmission en donnant le contrôle de la société d'exploitation à un héritier qui est en mesure d'en assurer la gestion tout en préservant l'égalité entre les héritiers.

162. Le recours aux sociétés civiles immobilières. – L'utilisation des sociétés civiles immobilières se retrouve en matière de transmission du patrimoine. Les parents peuvent apporter en société des biens immobiliers qu'ils possèdent. Cette technique permet de dissocier la propriété des biens de leur gestion³⁸⁹. Ainsi, les parents vont pouvoir à la fois transmettre une partie des parts de la société civile tout en se réservant la gestion des biens. Pour autant, la gestion reste collective puisque l'ensemble des associés doivent être consultés pour une série de décisions. Plutôt que d'apporter un bien existant en société, les parents peuvent également créer une société civile immobilière en vue d'acquérir un bien immobilier, en associant les enfants à l'opération. Dans ce cas de figure, « il n'y aura aucune transmission mais une opération d'investissement réalisée pour partie par des enfants »³⁹⁰. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une opération de transmission au sens strict, l'idée reste de permettre aux enfants d'obtenir un bien immobilier par un investissement financier des parents, opération permise par la constitution de la société civile. Ainsi, les parents et les enfants s'associent dans le but d'accroître le patrimoine des descendants. Cette opération peut notamment servir aux parents à

³⁸⁹ Éditions Francis Lefebvre, *Mémento patrimoine* 2017/2018, n° 32130, p. 1339.

³⁹⁰ M. STORCK, S. FAGOT et T. DE RAVEL d'ESCLAPON, *op. cit.*, p. 13.

aider un enfant à acquérir un bien immobilier dans le but de se loger. Dans un tel cas, la création de la société civile immobilière participe de la fonction économique de la famille et de la solidarité familiale. Lorsque la transmission d'une société d'exploitation est envisagée, les parents peuvent recourir à une *holding*.

163. Le recours aux *holdings*. – Les dirigeants d'entreprises familiales sont soucieux de leur devenir, notamment au moment de prendre leur retraite. Ils sont animés, à la fois, par la volonté de transmettre la société souvent à un ou plusieurs de leurs enfants faisant déjà partie de la société, ou du moins qui ont les compétences pour pouvoir assurer la gestion de l'entreprise, et en même temps, par la volonté d'assurer une transmission égalitaire entre les enfants, ou pour le moins contraints de respecter la réserve héréditaire de leurs autres descendants. Le recours à un montage juridique par le biais d'une *holding*, pour transmettre la société d'exploitation, permet de concilier ces différents objectifs. Plusieurs possibilités sont envisageables en fonction des objectifs recherchés par l'ascendant voulant transmettre son entreprise. Par le biais d'une donation-partage³⁹¹, il est possible de transmettre des parts, octroyant le contrôle de la société, à un des enfants via une *holding*. Les autres enfants recevront des parts dans la *holding* et dans la société d'exploitation. Ces derniers seront minoritaires dans les deux sociétés et n'auront ainsi pas le contrôle de la société d'exploitation. La société serait alors dirigée par l'enfant étant le plus à même de gérer l'entreprise soit parce qu'il travaillait déjà dans l'entreprise, soit parce qu'il a des connaissances particulières dans la gestion d'entreprise ou dans le domaine d'exploitation de l'entreprise. Cette transmission à l'enfant le plus à même de gérer la société est un facteur de protection de l'entreprise familiale puisqu'elle augmente les chances de pérennité de l'entreprise. Dans cette configuration, le dirigeant concilie la volonté d'octroyer à un seul des héritiers le pouvoir de direction, tout en respectant les principes du partage des biens en nature. Ainsi, chaque enfant ayant des parts dans la société, les dividendes constitueront des revenus pour eux, leur assurant un cadre de vie. Il est également possible de respecter l'égalité entre les descendants tout en organisant la sortie de ceux ne souhaitant pas reprendre la société par la vente de leurs parts à la *holding* ou par l'octroi d'une soulte à leur égard qui sera financée par la *holding*³⁹². Dans cette seconde hypothèse, le partage est simplement respecté en valeur, mais cela ne pose pas de difficulté au regard du Code civil qui privilégie désormais cette forme de partage, l'égalité en nature n'étant plus requise. Ainsi, il apparaît que plusieurs solutions

³⁹¹ V. A. BOUQUEMONT et A. TEITGEN, « Le LBO familial », *JCP N* n° 47, 22 nov. 2019, 1319 ; F. ROUSSEL et H. MROZ, « Les engagements de conservation de titres après la loi de finances pour 2009. L'émergence d'un véritable "LBO familial" au service des PME et des ETI », *JCP N* n° 10, 6 mars 2009, 1108.

³⁹² V. A. BOUQUEMONT et TEITGEN, art. préc.

s'offrent au dirigeant de société pour anticiper le transfert du contrôle de l'entreprise à son héritier le plus à même de gérer l'entreprise tout en assurant l'égalité entre ses héritiers. Le recours au droit des sociétés est alors une réelle protection des entreprises familiales en ce qu'il permet d'assurer le devenir de l'entreprise familiale. De plus, il permet une gestion collective de ces problématiques car les ascendants incluent l'ensemble de leurs héritiers dans l'opération, aussi bien ceux qui ont vocation à reprendre la gestion de l'entreprise que ceux qui ne participeront pas à cette gestion, mais qui recevront une part égale dans le partage.

164. Si les membres de la famille cherchent à mettre en place une gestion et une transmission collectives de leurs biens, pour assurer leur pérennité, cette recherche de gestion collective se retrouve également dans la relation avec les tiers.

§ 2 LA PROTECTION COLLECTIVE DES BIENS CONTRE LES TIERS

165. Pour protéger les biens contre les tiers, au premier chef les créanciers d'un des membres de la famille, le droit a mis en place des outils permettant de supprimer le risque qu'un membre fait courir aux biens intéressant la famille dans son ensemble (A). Le droit a également instauré des outils qui permettent d'isoler le risque encouru (B).

A. La recherche de la protection collective par la suppression du risque

166. Deux outils permettent de supprimer les risques qui pèsent sur les biens. Les insaisissabilités permettent de soustraire du droit de gage des tiers un bien présent dans le patrimoine objet du gage (1). La jurisprudence a également mis en place des solutions permettant à la famille d'être préférée aux créanciers (2).

1. L'insaisissabilité de certains biens de la famille

167. Les insaisissabilités permettent essentiellement d'assurer le maintien de certains biens nécessaires à la vie familiale. Les insaisissabilités sont issues de deux sources : les biens peuvent être déclarés insaisissables par la loi (a) ou être insaisissables en raison de la volonté d'un membre de la famille (b).

a. *Les biens déclarés insaisissables par la loi*

168. La protection de lege lata des biens nécessaires à la vie de famille. – Le législateur a voulu protéger certains biens nécessaires à la vie de leur propriétaire ou de sa famille en les rendant insaisissables. Le principe de leur insaisissabilité est visé à l'article L.112-2 du Code des procédures civiles d'exécution. L'article R.112-2 du même Code précise les contours de cette catégorie de biens sans pour les énumérer précisément. Cette préoccupation pour la protection de ces biens nécessaires à la vie de la famille était déjà présente dans le Code de procédure civile de 1806. En effet, l'article 592 prévoyait une liste de biens ne pouvant être saisis en raison des besoins de la famille. Il est possible de considérer, au regard des biens que la loi rend insaisissables, que ces biens ne sont pas protégés pour des considérations personnelles, mais en ce qu'ils sont nécessaires à la vie quotidienne de la famille³⁹³. Cette liste a été actualisée et allongée par décret du 24 mars 1977³⁹⁴, dont les dispositions divergent très peu de l'actuel article R.112-2 du Code des procédures civiles d'exécution. Ainsi, bénéficient de cette protection un ensemble de biens tels les vêtements, la literie, les objets d'enfants ou encore les souvenirs à caractère personnel et familial. À côté de ces biens sont également rendus insaisissables les instruments qui sont essentiels pour le travail du saisi, ces biens peuvent, également, être considérés comme indispensables à la vie de la famille car c'est grâce à eux que leur propriétaire obtient ses gains et salaires, nécessaires à la subsistance de la famille. La protection de ces biens résulte de la volonté du législateur de protéger le « patrimoine de dignité »³⁹⁵ de la famille. Ce patrimoine « reposerait ici sur l'idée que certains biens servent la préservation de la dignité de la personne », plus encore il servirait « la dignité du groupe familial dans son ensemble »³⁹⁶. La protection de ces biens, essentiels à la vie familiale, montre à la fois la faveur faite au groupe familial contre les créanciers, mais aussi une certaine socialisation du droit en ce que le droit tente de préserver un minimum de biens au débiteur saisi et à sa famille, idée renforcée par l'allongement de la liste des biens protégés. Cette idée se retrouve également hors du Code des procédures civiles d'exécution, notamment avec l'insaisissabilité de la résidence de l'entrepreneur individuel.

³⁹³ En ce sens, O. SALATI qualifie ces biens de « biens corporels insaisissables nécessaires à la vie du débiteur saisi et de sa famille », O. SALATI, « Obstacles liés au statut des biens : les insaisissabilités », in S. GUINCHARD, T. MOUSSA, N. CAYROL et É. DE LEIRIS, (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz, 10^e éd., 2022 p. 149, n° 0141.31 et s.

³⁹⁴ D. n° 77-273 du 24 mars 1977 modifiant le Code de procédure civile en ce qui concerne les biens mobiliers, J.O. 25 mars 1977, p. 1621.

³⁹⁵ J. ROCHFELD, « Du patrimoine de dignité... », *RTD civ.* 2003, p. 743.

³⁹⁶ *Ibidem*.

169. L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. – La résidence principale des personnes physiques immatriculées à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante connaît une protection depuis la loi du 1^{er} août 2003³⁹⁷. Si, en 2003, cette protection était à l'initiative de l'entrepreneur, depuis une loi de 2015³⁹⁸, les droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de droit insaisissables comme le prévoit désormais l'article L. 526-1, alinéa 1^{er}, du Code de commerce³⁹⁹. Cette insaisissabilité de la résidence principale n'est opposable qu'aux créanciers professionnels. La motivation de la loi de 2003 était de limiter les risques que doit supporter le créateur d'entreprise en l'absence de personne morale en protégeant sa résidence principale contre ses créanciers professionnels⁴⁰⁰. Un double arbitrage a dû être réalisé : d'abord, entre la protection du patrimoine de l'entrepreneur et sa possibilité d'accéder au crédit, ensuite entre la protection du patrimoine de l'entrepreneur et la protection des intérêts des créanciers. Si, en théorie, la protection est sortie gagnante de l'arbitrage, en pratique le gain de protection pour l'entrepreneur est plus limité. En effet, notamment à l'égard des créanciers prêteurs de deniers, la protection se trouvera limitée par la demande, faite par l'établissement de crédit, à l'entrepreneur de renoncer à l'insaisissabilité de sa résidence principale. Il ressort des discussions à l'Assemblée nationale que l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel est une « avancée majeure »⁴⁰¹ de la protection de l'entrepreneur, et de ce fait des biens nécessaires à la vie familiale, plus particulièrement du logement de la famille. Toutefois, la loi n'est pas pleinement satisfaisante. Certains affirmant qu'« [i]l serait peut-être judicieux d'imaginer une protection pour un patrimoine familial »⁴⁰², protection qui pourrait se réaliser d'une manière plus large avec l'insaisissabilité du logement de la famille.

170. La protection de *lege feranda* du logement de la famille. – L'indisponibilité du logement de la famille dans les relations entre époux ne frappe pas celui-ci d'insaisissabilité à l'égard des tiers. Pourtant, il semblerait que l'insaisissabilité du logement de la famille soit souhaitée par une partie de la doctrine. Cette insaisissabilité irait dans la continuité de la

³⁹⁷ Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, J.O. 5 août 2003, p. 13449.

³⁹⁸ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, J.O. 7 août 2015, texte n° 1.

³⁹⁹ Le principe est maintenu par la L. n° 2022-172 du 14 fév. 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante, J.O. 15 fév. 2022, texte n° 2.

⁴⁰⁰ J.-J. HYEST, A. BOCANDÉ et R. TRÉGOUËT, *Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour l'initiative économique*, Sénat, 19 mars 2003, p. 19 et s.

⁴⁰¹ F. SAUVADET, *Discussion sur la loi pour l'initiative économique*, 3^e séance du 4 février 2003, J.O., Déb. Parl., A. N., Comte rendu intégral, 5 février 2003, p. 823.

⁴⁰² É. BLANC, *Discussion sur la loi pour l'initiative économique*, préc. pp. 839 à 840.

construction du statut protecteur voulu pour le logement de la famille depuis 1965⁴⁰³. Elle irait également dans le sens du maintien, pour la famille, d'un « patrimoine de dignité », dont la protection serait garantie pour la famille. Le logement de la famille serait pérennisé. Cependant, une telle mesure souffrirait des mêmes inconvénients pratiques que l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. Le crédit du ménage se trouverait limité, notamment pour les époux qui ne possèdent que le logement de la famille dans leur patrimoine. Les créanciers, notamment les prêteurs de deniers, demanderaient aux époux de renoncer à l'insaisissabilité du logement. La renonciation à l'insaisissabilité du logement de la famille nécessiterait le consentement des deux époux en raison du principe de cogestion s'appliquant à tous les actes entraînant un risque pour la pérennité du logement familial. La protection des biens de la famille est toujours en confrontation avec la réalité économique et financière, la seconde limitant toujours dans la pratique la protection de la première. L'efficacité de la protection est alors relative.

171. Les insaisissabilités prévues par la loi permettent donc d'assurer à la famille le maintien des biens qui sont nécessaires à sa vie quotidienne. Elles peuvent être utilement complétées par les déclarations d'insaisissabilité issues de la volonté des membres de la famille.

b. Les biens insaisissables par la volonté des membres de la famille

172. La déclaration d'insaisissabilité issue de la volonté. – La volonté est une source de protection en expansion. Il peut sembler singulier qu'une personne puisse seule déclarer qu'un bien soit insaisissable. En effet, si ce mécanisme se révèle être une source importante de protection, il est étonnant qu'une personne puisse soustraire un bien du droit de gage de ses créanciers de manière unilatérale. Cependant, cette faculté n'est pas absolue. Elle est toujours soumise à certaines conditions restrictives prévues par la loi ou la jurisprudence. Les conditions sont diverses et parfois cumulables : nécessité d'un type d'acte particulier, d'une situation particulière, de biens déterminés. De plus, les effets d'une telle déclaration sont circonscrits : les effets sont limités dans le temps et la déclaration est opposable à certains créanciers seulement.

173. Des rapports entre insaisissabilité et inaliénabilité. – Avant d'envisager les différentes conditions et la limitation des effets, il convient de s'intéresser aux différents outils pouvant conduire à l'insaisissabilité d'un bien. Un bien peut être insaisissable en raison d'une

⁴⁰³ L. n° 65-570 du 13 juil. 1965, préc. Elle instaure l'indisponibilité du logement familial, v. *supra* n° 128.

déclaration d'insaisissabilité, d'une clause d'insaisissabilité, mais encore en raison d'une clause d'inaliénabilité. Il est alors nécessaire de distinguer ces deux notions, puis d'envisager le rapport qu'elles entretiennent. L'insaisissabilité se définit comme la « protection spéciale découlant de la loi (ou sous les restrictions de la loi d'une convention ou d'un testament) qui met en tout ou partie certains biens d'une personne hors d'atteinte de ses créanciers, en interdisant que ces biens soient saisis, dans les limites et sous les exceptions déterminées par la loi »⁴⁰⁴. L'inaliénabilité est, quant à elle, « la qualité (juridique) d'un bien (ou d'un droit) qui ne peut valablement être l'objet d'une aliénation, soit par l'effet d'une interdiction légale (...), soit (mais dans les limites de la loi) en vertu de la volonté de l'homme »⁴⁰⁵. Si l'insaisissabilité et l'inaliénabilité peuvent, toutes deux, émaner de la volonté de l'homme, elles ne se recoupent pas entièrement : la première interdit à un tiers la saisie d'un bien, alors que la seconde interdit la cession du bien par le propriétaire. Pourtant, la majorité de la doctrine déduit du caractère inaliénable d'un bien son insaisissabilité⁴⁰⁶. Ainsi, durant la période d'inaliénabilité du bien, le bien ne peut être ni vendu ni saisi, ce qui accroît d'autant plus la protection sur le bien concerné.

174. L'insaisissabilité *stricto sensu*. – La loi précise les cas dans lesquels un bien peut être rendu insaisissable. D'abord, certains actes seulement peuvent faire naître l'insaisissabilité. Ainsi, les clauses d'insaisissabilité ne peuvent être insérées que dans des actes à titre gratuit, conformément à l'article L. 112-1, 4°, du Code des procédures civiles d'exécution. Certains biens peuvent également faire l'objet d'une déclaration d'insaisissabilité dans des cas limités et précisés par la loi. Il s'agit d'une solution ancienne de protection des biens dans le cadre familial. Ainsi, la loi permettait de déclarer un bien insaisissable par famille⁴⁰⁷. Désormais, elle permet à l'entrepreneur de déclarer insaisissables ses biens fonciers non affectés à son activité professionnelle, conformément à l'article L. 526-1, alinéa 2, du Code de commerce⁴⁰⁸. Il ressort de manière transparente de ses dispositions une volonté du législateur de protéger une partie

⁴⁰⁴ G. CORNU, V° « Insaisissabilité », *op. cit.*, p. 553.

⁴⁰⁵ G. CORNU, V° « Inaliénabilité », *op. cit.*, p. 529.

⁴⁰⁶ A. LEBORGNE, *Droit de l'exécution*, Dalloz, 3^e éd., 2019, pp. 311-312.

⁴⁰⁷ L. du 12 juillet 1909 sur la constitution d'un bien de famille insaisissable, J.O. du 13 juil. 1909, p. 7566 et s. Dispositions abrogées.

⁴⁰⁸ L. n° 2003-721 du 1 août 2003, préc. Elle instaure cette possibilité pour la résidence principale, avant que la L. n° 2015-990 du 6 août 2015, préc., ne rende cette insaisissabilité de droit. Pour ce qui est des autres biens fonciers que l'entrepreneur n'a pas affectés à l'usage professionnel, c'est la L. n° 2008-776 du 4 août 2008, préc., qui instaure la possibilité de les déclarer insaisissables. La rédaction de l'article n'a pas été modifiée par la L. n° 2022-172 du 14 fév. 2022, préc. B. DONDERO précise à ce titre que « ces insaisissabilités feront en partie double emploi avec la séparation des patrimoines mise en place par la loi nouvelle », *in* B. DONDERO, « Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) ! », *Rev. sociétés*. 2022, p. 199.

des biens nécessaires à la vie familiale⁴⁰⁹ contre la saisie des créanciers, notamment lors de la création de l'insaisissabilité des biens de famille, bien que l'institution n'ait eu que peu de succès en pratique⁴¹⁰. Le législateur est désormais davantage préoccupé par la protection des biens contre les créanciers professionnels d'un membre de la famille. Toutefois, l'objectif reste la protection des biens utilisés dans le cadre familial. L'insaisissabilité peut ensuite résulter d'une clause d'inaliénabilité.

175. L'insaisissabilité comme effet de l'inaliénabilité. – Les clauses d'inaliénabilité peuvent être insérées tant dans des actes à titre gratuit, conformément à l'article 900-1 du Code civil, que dans des actes à titre onéreux, depuis leur admission par la jurisprudence⁴¹¹. Cependant, la validité de ces clauses est soumise à une double exigence : la clause doit être temporaire et justifiée par un intérêt légitime et sérieux. Sous ses restrictions, le bien affecté par ladite clause est insaisissable tant que la clause est en vigueur⁴¹². L'intérêt sérieux et légitime est interprété de manière large par la jurisprudence. Ainsi, les juges ont, notamment, décidé que la volonté de conserver un bien dans la famille jusqu'au décès du donateur est un intérêt légitime et sérieux⁴¹³ ou encore que la prodigalité du donataire permettait de caractériser l'intérêt requis⁴¹⁴. Ces exemples montrent que les clauses d'inaliénabilité peuvent tant servir à la conservation des biens dans la famille qu'à la protection des biens contre les créanciers du bénéficiaire de l'acte de transfert de propriété du bien, démontrant donc le caractère protecteur de telles clauses pour les biens dans le cadre familial.

176. La limitation de l'opposabilité de la clause. – Cependant, l'opposabilité de cette insaisissabilité volontaire est limitée : l'insaisissabilité n'est opposable tantôt qu'aux créanciers antérieurs, tantôt qu'aux créanciers postérieurs. Dans les deux cas la logique est en réalité la même : l'opposabilité n'est permise qu'aux créanciers n'ayant jamais eu de droit sur le bien pour limiter l'atteinte à leur droit de gage général. C'est pourquoi l'insaisissabilité n'est opposable qu'aux créanciers postérieurs en matière de déclaration d'insaisissabilité des biens non affectés à l'usage professionnel. En effet, avant la publication de la déclaration d'insaisissabilité, les biens même non-affectés à l'usage professionnel sont entrés dans le droit

⁴⁰⁹ La dimension familiale de la protection ressortait notamment de l'intitulé du Chapitre du Code de commerce, « De la protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint », encore que la L. n° 2022-172 du 14 fév. 2022, préc., a supprimé la mention au conjoint dans le titre du chapitre.

⁴¹⁰ J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, Coll. Précis, 2010, p. 1309.

⁴¹¹ Civ. 1^{re}, 31 oct. 2007, n° 05-14.238, Bull. civ. I, n° 337 ; *RTD civ.* 2008, 126, note REVET ; *D.* 2008.963, note THOMAT-RAYNAUD ; *RDC* 2008/1, obs. LAITHIER ; *Rev. sociétés.* 2008, 321, note SCHILLER.

⁴¹² Civ. 1^{re}, 15 juin 1994, *Bull. civ.* I, n° 211 ; *D.* 1995. 342, note LEBORGNE.

⁴¹³ Civ. 1^{re}, 20 nov. 1985, n° 84-13.940, Bull. civ. I, n° 313, *RTD civ.* 1986, 620, obs. PATARIN.

⁴¹⁴ Req. 23 mars 1903, *DP* 1903. I. 337, note PLANIOL ; Req. 30 oct. 1911, *DP* 1916. I. 5, note SARRUT.

de gage général des créanciers professionnels ; le débiteur ne peut pas unilatéralement les faire sortir de ce droit de gage. *A contrario*, lorsqu'une clause d'insaisissabilité est insérée dans une libéralité, celle-ci est opposable aux créanciers antérieurs. Comme le précise la doctrine, « ces derniers ne s'attendant pas à trouver ce bien dans le patrimoine de leur débiteur ne peuvent se plaindre de le voir échapper à leur gage. En revanche, les créanciers postérieurs à la libéralité ont pu être trompés par la présence du bien dans le patrimoine de leur débiteur, et, en application du droit de gage général, le croire saisissable. Aussi, l'article L. 112- 2 4° leur permet-il, dans la proportion que le juge détermine, d'être autorisés à pratiquer une saisie sur tout ou partie des biens insaisissables »⁴¹⁵. L'efficacité de l'insaisissabilité n'est donc que relative, bien qu'elle reste un outil efficace pour préserver les biens les plus nécessaires à la vie familiale.

177. L'insaisissabilité permet de réaliser les objectifs de protection des biens en assurant leur conservation au sein de la famille et en les ôtant du gage des créanciers. Cependant, son efficacité est limitée pour assurer un équilibre entre la protection des biens de la famille et les intérêts des créanciers. Cette volonté de mise en balance des intérêts des créanciers professionnels avec l'intérêt familial se retrouve également dans l'articulation faite entre le droit des procédures collectives et celui du divorce.

2. Les privilèges de la famille sur les créanciers

178. Les risques induits par les procédures collectives sur la protection. – Par principe, les procédures collectives entraînent un risque important pour la préservation des biens nécessaires à la vie de la famille. En effet, lorsque le chef d'entreprise exerce en son nom propre ou par le biais d'une forme sociétaire ne limitant pas le risque de l'associé à l'apport, les biens personnels du chef d'entreprise, voire les biens communs s'ils existent, risquent d'être mobilisés en vue de l'apurement du passif social. Les mêmes risques sont encourus lorsque le dirigeant social se rend caution d'une société à responsabilité limitée. La pratique du droit des sûretés est à cet égard très dangereuse pour la préservation des biens dans le cadre familial. La réunion des actifs en raison de la confusion des patrimoines, personnel et social, contraint également le dirigeant social à être redevable du passif social sur ses biens personnels⁴¹⁶. La protection des biens est, dans un tel cas, toute relative si les époux n'ont pas pris les mesures d'anticipation nécessaires pour prévenir cette crise. Il revient aux époux de prendre les mesures les plus protectrices : du point de vue du couple, il convient pour les époux d'adopter un régime

⁴¹⁵ A. LEBORGNE, *op. cit.*, pp. 320-321.

⁴¹⁶ V. C. com., art. L. 621-2.

matrimonial prenant en compte la présence d'un entrepreneur, classiquement le régime de séparation de biens ; du point de vue de l'entreprise, l'objectif consiste essentiellement à limiter l'emprise des créanciers sur les biens qui ne relèvent pas de l'activité économique. Si, dans cette première approche, le droit des procédures collectives semble l'emporter sur les considérations du droit de la famille, la situation se révèle différente lorsque de surcroît les époux sont en procédure de divorce.

179. Le privilège du droit du divorce sur la procédure collective. – En cas de superposition des crises, économique et familiale, un réajustement de l'équilibre entre protection des intérêts des créanciers de la procédure collective et ceux du conjoint est nécessaire. Ainsi, le conjoint ne subissant pas la procédure collective est préféré aux créanciers sociaux dans le cas particulier de l'abandon d'un bien en pleine propriété de l'entrepreneur au titre de l'exécution de la prestation compensatoire⁴¹⁷. Lorsqu'un débiteur est placé en procédure collective, notamment en liquidation judiciaire, il est dessaisi du pouvoir d'administrer et de disposer de ses biens⁴¹⁸. Malgré ce dessaisissement, la Cour de cassation considère que dans le cadre de la procédure de divorce, il est possible que la prestation compensatoire puisse être exécutée sous la forme d'une attribution d'un bien appartenant en propre au débiteur, alors que ce bien fait pourtant partie du patrimoine objet de la procédure collective⁴¹⁹. Si la doctrine est partagée sur l'équilibre qu'offre cette solution relativement aux différents intérêts en présence⁴²⁰, il est possible d'observer dans cette position jurisprudentielle une volonté de préserver la fonction familiale du bien octroyé, car celui-ci aura souvent vocation à servir de logement pour le conjoint attributaire. Cette décision s'inscrit dans une logique de constitution d'un patrimoine de dignité⁴²¹, notamment pour le conjoint qui est étranger aux difficultés économiques que traverse son conjoint. Cette solution agit comme un correctif judiciaire à l'égard du conjoint qui subit les difficultés économiques de la procédure collective. Si cette solution vise à préserver les biens, elle « aboutit (...) à réserver un sort plus favorable au conjoint divorcé qu'au conjoint *in bonis* »⁴²². À ce titre, la solution n'est que partiellement satisfaisante. Dans un contexte de divorce, cette faveur, faite à l'ancien conjoint contre les

⁴¹⁷ Com. 16 janv. 2019, n° 17-16.334, Bull. civ. I, p. 128, *D.* 2019. 125 ; *D.* 2019, 980, note HARTMAN, *JCP N.* 2019, actu. 233, obs. PIÉDELIÈVRE ; *JCP G.* 2019, obs. BOSSE-PLATIÈRE.

⁴¹⁸ C. com., art. L. 641-9, I.

⁴¹⁹ Com. 16 janv. 2019, n° 17-16.334, *préc.*

⁴²⁰ V. S. PIÉDELIÈVRE, note sous Com. 16 janv. 2019, n° 17-16.334, *JCP N.* 2019, actu. 233, qui considère que la solution offre un certain équilibre. *Contra* : F. HARTMAN, note sous Com. 16 janv. 2019, n° 17-16.334, *D.* 2019, p. 980.

⁴²¹ J. ROCHFELD (J.), art. *préc.*

⁴²² F. HARTMAN, « Vers une primauté du droit du divorce sur le droit des procédures collectives ? », *D.* 2019, p. 980.

créanciers de la procédure collective, s'identifie-t-elle toujours comme une protection des biens dans le cadre familial alors même que le divorce a pour conséquence de dénouer les liens familiaux ? Il est possible de le croire car la prestation compensatoire a pour objectif de compenser un déséquilibre qui trouve sa source dans le mariage. Cette conviction est renforcée en présence d'enfants, car la préservation du bien abandonné en pleine propriété servira vraisemblablement au logement des enfants, permettant la protection de leur cadre de vie.

180. À côté des outils permettant de soustraire un bien du gage des créanciers, le droit instaure des outils permettant d'individualiser le risque qu'un membre de la famille fait encourir aux biens.

B. La recherche de protection collective par l'individualisation du risque

181. La protection des biens dans le cadre familial conduit le législateur à individualiser le risque que fait peser chaque membre de la famille sur les biens nécessaires à la famille. La protection se manifeste par l'individualisation du risque qui s'effectue soit par la séparation des masses de biens (1) soit par la séparation des patrimoines (2).

1. L'individualisation du risque par la séparation des masses de biens

182. La loi prévoit une séparation de certaines masses de biens à l'intérieur d'un patrimoine permettant de protéger les biens contenus dans une masse contre les créanciers d'une autre. Ce type de protection se retrouve contre les créanciers d'un époux (a) et contre les créanciers du défunt (b).

a. La protection contre les créanciers d'un époux commun en biens

183. Le gage de principe en régime communautaire. – Si par principe, une personne qui contracte engage seulement les biens qui lui appartiennent personnellement, il en va différemment lorsque les époux sont mariés en régime communautaire. En effet, lorsqu'un époux soumis à un régime de communauté contracte une dette, le créancier aura, par principe, pour gage les biens propres de son débiteur, mais également les biens communs de celui-ci, à l'exclusion des gains et salaires du conjoint du débiteur⁴²³. Le gage du créancier est dit « médian ».

⁴²³ C. civ., art. 1413 et 1414.

184. La solidarité matrimoniale s'imposant à l'ensemble des époux. – Le gage du créancier peut être étendu à l'ensemble des biens des époux lorsque la dette contractée est ménagère, c'est-à-dire lorsque la dépense est faite pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. En effet, pour une telle dette, les époux sont soumis à la solidarité matrimoniale prévue à l'article 220 du Code civil. Ainsi, les dettes contractées par un époux seul vont obliger l'autre solidairement. Cette solidarité matrimoniale, prévue dans le régime primaire impératif des couples mariés, s'impose à l'ensemble des époux sans considération de leur régime de biens. Dans un tel cas, le gage des créanciers est dit « *maximum* » car l'ensemble des biens des époux constitue le gage des créanciers, tant les biens propres ou personnels des deux époux, que les biens communs s'ils existent.

185. La faible protection des biens. – Ainsi, par principe, et *a fortiori* en cas de solidarité, un seul des époux peut engager seul les biens de la communauté, voire les biens propres ou personnels de son conjoint. L'étendue du gage des créanciers se comprend par la vie matrimoniale qui nécessite la mise en commun des intérêts. Cependant, cela conduit à une faible protection des biens de la famille qui peuvent facilement être engagés par la volonté d'un seul des époux. Face à ce risque, le législateur a permis une réduction du gage des créanciers pour certains actes considérés comme particulièrement dangereux.

186. La réduction du gage des créanciers d'un des époux. – Le législateur a entendu adopter une meilleure protection des biens dans le cadre familial lorsqu'un seul époux contracte un acte dangereux. Dès la réforme de 1965⁴²⁴, même si la dette est ménagère, la solidarité n'a pas lieu lorsque les dépenses sont « manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou à la mauvaise foi du cocontractant »⁴²⁵. En 1985⁴²⁶, le législateur exclut la solidarité pour les achats à tempérament et les emprunts « à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante »⁴²⁷. Toujours dans un souci de protection, le législateur a ajouté que la solidarité n'aurait pas lieu lorsqu'en présence d'une pluralité d'emprunts, le montant cumulé de ces sommes est manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage⁴²⁸. Le gage est alors réduit au gage de principe, à savoir les seuls biens propres de l'époux contractant en régime séparatiste ou le gage dit médian en régime communautaire. Cependant, en régimes

⁴²⁴ L. n° 65-750 du 13 juil. 1965, préc.

⁴²⁵ C. civ., art. 220, al. 2.

⁴²⁶ L. n° 85-1372 du 23 déc. 1985, préc.

⁴²⁷ C. civ., art. 220, al. 3.

⁴²⁸ C. civ., art. 220, al. 3 *in fine*, issu de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, J.O. 18 mars 2014, texte n° 1.

communautaires, la lecture de ces articles doit être complétée par celle de l'article 1415 du Code civil. Cet article prévoit que « chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ». Ainsi, en régime de communauté, si un époux contracte seul un emprunt, ne relevant pas de la solidarité ménagère, ou un cautionnement, il engage seulement ses biens propres et ses revenus. Cette mesure d'exception offre une réelle protection des biens en réduisant au minimum le gage des créanciers lorsqu'un époux décide seul de contracter. Ainsi, l'ensemble des biens du couple ne sont pas mis en péril. Le risque pris par un seul des époux est limité à ses seuls biens, sur lesquels il détient un pouvoir de propriétaire. Il en va de même pour les dettes dont l'un des époux est tenu au jour de la célébration du mariage ou celles « dont se trouvent grevées les successions et les libéralités » durant le mariage⁴²⁹.

187. Atténuation : la contribution à la dette. – Cependant, l'isolement du risque n'est que provisoire, et dans la seule relation avec les créanciers. En effet, les règles énoncées empêchent seulement les créanciers de pouvoir obtenir paiement sur certaines masses de biens des époux. L'isolement du risque ne vaut donc que pour le stade de l'obligation à la dette. Ainsi, si la dette contractée l'est au bénéfice de la communauté, celle-ci devra supporter définitivement la dépense au stade de la contribution à la dette⁴³⁰. Bien qu'un époux soit seul tenu d'une dette sur son patrimoine propre et ses revenus à l'égard des créanciers, la communauté devra supporter cette dette à titre définitif si elle lui profite.

188. La protection par le principe de la séparation des masses de biens se retrouve également en matière successorale.

b. La protection contre les créanciers du défunt

189. La remise en cause du principe de l'obligation *ultra vires successionis*. – L'obligation *ultra vires successionis* pose le principe selon lequel les successeurs sont tenus de l'intégralité des dettes du défunt. Par principe, ils ne sont donc pas tenus dans la limite de l'actif successoral mais de manière indéfinie. En 1804, ce principe ne figure pas de manière expresse dans le Code civil, mais il trouve sa source dans la lecture *a*

⁴²⁹ C. civ., art. 1410 et 1411, al. 1. Sauf les restrictions prévues à l'article 1411, al. 2, du Code civil, les créanciers « peuvent, néanmoins, saisir les biens de la communauté quand le mobilier qui appartient à leur débiteur au jour du mariage ou qui lui est échu par succession ou libéralité a été confondu dans le patrimoine commun et ne peut plus être identifié selon les règles de l'article 1402 ».

⁴³⁰ C. civ., art. 1409.

contrario de l'article 802. En effet, « ce texte décidait implicitement que la solution de principe applicable, lorsque les formalités du bénéfice d'inventaire n'ont pas été accomplies, est l'obligation *ultra vires* »⁴³¹. Cette obligation, défavorable aux successeurs lorsque le passif successoral est plus important que l'actif, trouve sa source dans la « solidarité familiale »⁴³² induite par le droit des successions, par la sécurité qu'elle confère aux créanciers⁴³³, mais également par la « corrélation entre les pouvoirs sur l'actif et l'obligation au passif »⁴³⁴. Les réformes du droit des successions ont introduit expressément le principe dans le Code civil. D'abord, l'article 723 du Code civil, instauré par la loi du 3 décembre 2001⁴³⁵, prévoyait que « [I]es successeurs universels ou à titre universel sont tenus d'une obligation indéfinie aux dettes de la succession », avant d'être abrogé par la loi du 23 juin 2006⁴³⁶. Cette dernière l'a remplacé par l'article 785 actuel du Code civil, qui prévoit que « [I]'héritier universel ou à titre universel qui accepte purement et simplement la succession répond indéfiniment des dettes et charges qui en dépendent ». La doctrine s'accorde pour dire que ce changement de formulation et de place dans le Code civil traduisent un affaiblissement du principe⁴³⁷. En effet, celui-ci « suggère que l'obligation *ultra vires* n'est plus un principe général de la dévolution successorale, mais l'une de ses possibles modalités »⁴³⁸. Cependant, le bien-fondé de cette obligation ne fait pas l'unanimité en doctrine, d'où l'atténuation du principe. En effet, SALEILLES a pu soutenir, pour nuancer la légitimité de l'obligation *ultra vires successionis*, qu'« [à] côté du respect profond que nous devons avoir du passé et de la famille qui n'est plus, il y a aussi ce que nous devons à l'avenir et à la famille qui va naître. Il est des cas, rares peut-être, mais certains, où le devoir n'est plus de se sacrifier au passé, mais de sauvegarder l'avenir de ses enfants »⁴³⁹. Ainsi, malgré les justifications du principe, il semblerait que certains auteurs nuancent l'idée selon laquelle les successeurs doivent être tenus indéfiniment des dettes du défunt et promeuvent une limitation de cette obligation afin que les successeurs puissent protéger leurs propres intérêts mais également ceux de leur famille présente. De plus, dès l'origine du Code civil, il existait

⁴³¹ F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 810.

⁴³² M. GRIMALDI, *Droit des successions, op. cit.*, p.500.

⁴³³ *Ibid.*, p. 481.

⁴³⁴ *Ibidem*.

⁴³⁵ L. n° 2001-1135 du 3 déc. 2001, préc.

⁴³⁶ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, préc.

⁴³⁷ Voir M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 500 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, et S. GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 810-811 ; C. BRENNER, « Successions, Paiement des dettes, obligations au passif successoral, étendue de l'obligation », fasc. 20, *J.-Cl. Civil code*, art. 870 à 877, 1^{er} nov. 2018, n° 12.

⁴³⁸ M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 500.

⁴³⁹ R. SALEILLES, « Lettre adressée au Secrétaire général », *Bull. soc. Législ.*, 1911, p. 52.

des limites à l'obligation au passif en permettant une acceptation sous bénéfice d'inventaire, modalité de l'acceptation désormais dénommée acceptation à concurrence de l'actif net.

190. La limitation du principe. – L'acceptation sous bénéfice d'inventaire est dépeinte comme « une option particulière à caractère défensif qui [permet à l'héritier] (...) de protéger son patrimoine personnel contre l'incidence du passif héréditaire »⁴⁴⁰. En effet, l'article 802, 1°, du Code civil de 1804 prévoit que l'héritier acceptant sous bénéfice d'inventaire ne peut être « tenu du paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis ». Plus encore qu'une limite à la seule valeur des biens recueillis, « les créanciers du défunt gagés exclusivement sur la succession n'ont aucune action sur [les] biens propres [de l'héritier] »⁴⁴¹. Cette protection résulte de la séparation entre le patrimoine successoral et le patrimoine de l'héritier, plus exactement de la masse de biens provenant de la succession et de la masse personnelle de l'héritier. Ainsi, les créanciers successoraux n'ont pour seul gage que la masse successorale. Les biens personnels de l'héritier sont ainsi préservés. Si la loi du 23 juin 2006 a renommé cette institution « acceptation à concurrence de l'actif net » et en a modifié certains aspects, elle n'a pas remanié son principe protecteur. La réforme a, de plus, instauré, à l'article 793 du Code civil, la possibilité pour l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net « de déclarer qu'il conserve en nature un ou plusieurs biens de la succession », à charge pour lui de remplacer la valeur du bien pour ne pas porter atteinte au gage des créanciers⁴⁴². Ce mécanisme de conservation s'inscrit dans la volonté du législateur de permettre la conservation des biens dans la famille, du moins d'un choix laissé à l'héritier de délaisser le bien ou de le conserver. Ainsi, l'acceptation à concurrence de l'actif net permet de remplir un double objectif de protection des biens : d'une part, elle permet à l'héritier de protéger son patrimoine personnel contre les créanciers successoraux ; d'autre part, elle permet par la déclaration de conservation de maintenir les biens successoraux dans la famille en dépit de la séparation des patrimoines, mais en considération de la volonté de l'héritier.

191. Le cas des mineurs et des majeurs protégés. – Ce mécanisme est également conçu comme un moyen de protection des plus faibles. En 1804, l'article 461 du Code civil en fait la seule option d'acceptation d'une succession pour les mineurs ; l'article 509 du Code civil étendait cette protection à l'interdit. En effet, « [l]e législateur a considéré l'acceptation pure et

⁴⁴⁰ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. IV., *Successions*, 2^e éd., par J. MAURY et H. VIALLETON, LGDJ, 1956, p. 584.

⁴⁴¹ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. IV., *Successions*, *op. cit.*, p. 590.

⁴⁴² M. DAGOT, « Successions : acceptation à concurrence de l'actif net et conservation d'un bien par l'héritier », *Deffrénois* n°5, 15 mars 2007, p. 337.

simple comme dangereuse à cause de l'obligation aux dettes *ultra vires* et du passif inconnu qui peut se révéler après l'option »⁴⁴³. Ainsi, comme seule l'acceptation sous bénéfice d'inventaire leur était ouverte, ils ne pouvaient jamais être poursuivis sur leurs biens personnels⁴⁴⁴. Désormais, l'acceptation pure et simple est ouverte pour les successions échues aux mineurs et aux majeurs sous tutelle à certaines conditions. En effet, l'acceptation pure et simple est toujours soumise à des conditions qui assurent le maintien de la protection de la personne vulnérable. Ainsi, plusieurs modalités ont pu être sollicitées : l'intervention du juge⁴⁴⁵, du conseil de famille, ou le recueil d'une attestation du notaire chargé du règlement de la succession qui atteste que l'actif dépasse manifestement le passif⁴⁴⁶. Cette ouverture du choix de l'option ne doit pas être conçue comme un affaiblissement de la protection des membres les plus vulnérables de la famille, mais uniquement comme un assouplissement des démarches à entreprendre lorsque l'actif dépasse manifestement le passif. Le législateur oscille entre les nécessités de protection et de souplesse. En effet, l'excès de protection n'est parfois pas le plus avantageux pour les personnes vulnérables⁴⁴⁷.

192. S'il apparaît que le législateur use de la séparation des masses de biens pour tenter de protéger les biens dans le cadre familial contre les créanciers, il cherche également à préserver les biens par la technique de la séparation des patrimoines.

2. L'individualisation du risque par la séparation des patrimoines

193. Protéger les biens contre les créanciers professionnels. – La technique de la séparation des patrimoines permet soit d'isoler, au sein du patrimoine d'une personne, un certain nombre de biens qui serviront de gage à certains créanciers, soit de créer deux patrimoines distincts. Il s'agit de réduire le gage des créanciers professionnels pour préserver les biens qui ne sont pas affectés à l'activité professionnelle⁴⁴⁸. La première figure de séparation des patrimoines s'incarne dans la protection des biens⁴⁴⁹ mise en place en matière

⁴⁴³ M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, p. 385.

⁴⁴⁴ Civ. 1^{re}, 30 juin 1998, n° 96-13.922, Bull. civ. I, n° 233, *Defrénois* 1999, p. 311, obs. MASSIP ; *RTD civ.* 1999, p.363, obs. HAUSER.

⁴⁴⁵ Pour le mineur placé sous le régime de l'administration légale, v. C. civ., art. 387-1, 5°.

⁴⁴⁶ Sur l'articulation de ces trois modalités pour le majeur en tutelle, v. C. civ., art. 507-1, al. 1^{er}.

⁴⁴⁷ Sur les critiques de l'empêchement d'accepter la succession purement et simplement, en toutes circonstances, pour les majeurs protégés, v. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, p. 385.

⁴⁴⁸ V. C. CHAMPAUD et D. DANET, « Sociétés et entreprises personnelles à responsabilité limitée au regard de la responsabilité des dettes de l'entreprise », *RTD com.* 2010, p. 361.

⁴⁴⁹ V. A.-L. THOMAT-RAYNAUD et L. PELIZZA, « Protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel et droit des créanciers : vers quel équilibre ? », *RDIA*, 2010, p. 51.

d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ; la seconde figure est celle du régime actuel de l'entrepreneur individuel.

194. L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. – L'instauration d'un patrimoine d'affectation pour l'activité économique de l'entrepreneur individuel a longuement été discutée par les parlementaires : d'abord en préparation de la loi sur les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée⁴⁵⁰ ; ensuite, à l'occasion de diverses propositions de lois, notamment en 1999⁴⁵¹, puis lors des débats sur la loi pour l'initiative économique en 2003⁴⁵², sans jamais aboutir à la création d'un patrimoine d'affectation. En effet, la création d'une société a d'abord été privilégiée, puis le recours à l'insaisissabilité de certains biens de l'entrepreneur a été promu. Le législateur était réticent à inclure dans le droit français la figure d'un patrimoine d'affectation⁴⁵³. Cependant, la volonté de protéger les biens personnels et, partant, les biens nécessaires à la vie familiale de l'entrepreneur a conduit le législateur, en 2010⁴⁵⁴, à la création d'un patrimoine d'affectation. La création d'un patrimoine spécialement affecté à l'activité économique permet une protection du patrimoine personnel, spécialement de l'actif, ce dernier ne rentrant pas dans le gage des créanciers professionnels⁴⁵⁵. Toutefois, ce régime juridique a été abrogé par la loi du 14 février 2022⁴⁵⁶. L'efficacité de ce système était limitée. La limite de la protection des biens nécessaires à la vie familiale par le mécanisme de l'affectation des biens à l'activité professionnelle résulte de l'éventuelle porosité qui peut naître entre les deux patrimoines affectés, notamment lorsque l'entrepreneur désireux de demander du crédit se verra contraint de se porter caution sur ses biens personnels⁴⁵⁷. La loi du 14 février 2022⁴⁵⁸ contribue

⁴⁵⁰ V. C. CHAMPAUD, « Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'entreprise personnelle à responsabilité limitée dans le droit français », *RTD com.* 1979, 579 ; V. également A. SAYAG, (dir.), *L'entreprise personnelle*, t. 2, *Critique et prospective*, coll. « Le droit des affaires, Librairies Techniques, 1981.

⁴⁵¹ Proposition de loi tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires, n° 254, de MM. J.-P. Raffarin, F. Grignon et autres, déposée au Sénat le 9 mars 1999.

⁴⁵² Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003, préc.

⁴⁵³ En effet, dans les discussions ayant précédé la L. n° 2003-721 du 1 août 2003, la question de la création d'un patrimoine d'affectation avait été évoquée. Cependant, cette solution avait été écartée. V. notamment *Discussions sur la loi pour l'initiative économique*, 2^e séance du 5 février 2003, J.O., Déb. parl., A. N., Compte rendu intégral, 6 fév. 2003, p. 921 et s ; ou encore C. VAUTRIN, rapp., et H. NOVELLI, prés., *Rapport fait au nom de la commission spéciale sur le projet de loi pour l'initiative économique*, A. N., déposé le 28 janv. 2003, n° 572, spéc. p. 17, p. 101 et s.

⁴⁵⁴ L. n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, J.O., 16 juin 2010, p. 10984.

⁴⁵⁵ Pour une étude complète de la loi, v. A.-M. LEROYER, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RTD civ.* 2010, p. 632.

⁴⁵⁶ L. n° 2022-172 du 14 fév. 2022, préc.

⁴⁵⁷ A.-M. LEROYER, art. préc.

⁴⁵⁸ L. n° 2022-172 du 14 fév. 2022, préc.

à limiter ses inconvénients, sans les résorber⁴⁵⁹ en instaurant un nouveau régime de protection pour l'ensemble des entrepreneurs individuels.

195. L'extension de la protection des biens de l'entrepreneur individuel. – La loi du 14 février 2022 a généralisé la technique de la séparation des patrimoines à l'ensemble des entrepreneurs individuels⁴⁶⁰. Certains auteurs dénomment ce nouveau régime « entrepreneur individuel à deux patrimoines »⁴⁶¹, pour souligner la séparation entre les deux patrimoines de l'entrepreneur individuel : le patrimoine personnel et le patrimoine professionnel. Ainsi, les biens qui ne sont pas utiles à l'activité professionnelle sont, par principe, protégés des créanciers professionnels⁴⁶². De plus, l'article L. 526-22, alinéa 3, du Code de commerce pose la règle de principe selon laquelle « la distinction des patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur individuel ne l'autorise pas à se porter caution en garantie d'une dette dont il est débiteur principal ». Cependant, l'entrepreneur peut consentir une sûreté à un créancier professionnel sur ses biens personnels⁴⁶³. Il peut également renoncer à cette séparation des patrimoines en vertu de l'article L. 526-25 du Code de commerce, mais cette renonciation ne peut être générale⁴⁶⁴. Elle est nécessairement faite pour un engagement spécifique. Il est également intéressant de voir que le législateur a assorti cette renonciation d'un délai de réflexion⁴⁶⁵, qui semble être une nouvelle technique de la protection des biens dans le cadre familial⁴⁶⁶. Toutefois, entre l'absence de protection des biens et une protection indifférenciée des biens, des propositions ont été formulées pour une voie médiane.

196. La figure du patrimoine d'affectation selon C. CHAMPAUD. – Dans son rapport sur l'entreprise individuelle, C. CHAMPAUD propose de distinguer « trois masses actives et passives du patrimoine de l'entreprise »⁴⁶⁷ : « la portion de patrimoine de l'entrepreneur affectée à l'entreprise (patrimoine affecté) ; la portion de patrimoine non affectée mais qui peut être utilisée pour les besoins de l'entreprise à l'initiative de l'entrepreneur ou sur action des créanciers de l'entreprise (patrimoine disponible) ; la portion de patrimoine non affectée insusceptible

⁴⁵⁹ Notamment car la « porosité » est en partie maintenue, en ce sens v. F. AUQUE, « Coup de grâce à la théorie d'Aubry et Rau ? », *AJDI* 2022, p. 241.

⁴⁶⁰ C. com., art. L. 526-22 et s.

⁴⁶¹ B. DONDERO, « Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) ! », *Rev. sociétés*, 2022, p. 199.

⁴⁶² C. com., art. L. 526-22, al. 2, 4 et 6. L'inverse n'est pas nécessairement vrai en cas d'insuffisance de l'actif personnel, v. C. com., art. L. 526-22, al. 6.

⁴⁶³ C. com., art. L. 526-22, al. 4.

⁴⁶⁴ En ce sens v. B. DONDERO, art. préc.

⁴⁶⁵ Sur les inconvénients de cette technique, v. A. DENIZOT, « L'entrepreneur individuel face à la dé-simplification du droit », *RTD civ.*, 2022, p. 458.

⁴⁶⁶ V. *infra* n° 593 s.

⁴⁶⁷ C. CHAMPAUD, « Rapport du groupe d'étude chargé (...) », art. préc.

d'être donnée en gage aux créanciers de l'entreprise ni saisie par eux, sauf dans les cas où une faute grave a été commise par l'entrepreneur (patrimoine indisponible et insaisissable) »⁴⁶⁸. Cette proposition est intéressante car elle laisse entrevoir que l'ensemble du patrimoine non affecté ne mérite pas la même protection contre les créanciers professionnels. Il est loisible de penser que ce sont justement les seuls biens nécessaires à la vie de famille, ou au moins ceux qui constituent « le patrimoine de dignité »⁴⁶⁹ qui méritent une véritable protection. La protection est même double car les créanciers ne peuvent pas saisir les biens en raison de leur insaisissabilité, mais l'entrepreneur ne peut pas non plus les donner en gage, par sa volonté, en raison de leur indisponibilité. Cette conception du patrimoine affecté à l'activité professionnelle est plus complexe que le régime choisi par le législateur. Toutefois, elle permet une meilleure protection des biens en raison de l'indisponibilité d'une partie des biens non affectés à l'activité professionnelle⁴⁷⁰. La protection est, certes, plus circonscrite, mais également mieux ciblée, orientée vers les seuls biens qui nécessitent une protection particulière. Ainsi, les biens de l'entrepreneur nécessaires à la vie familiale bénéficient d'une protection renforcée en étant à la fois insaisissables et indisponibles.

⁴⁶⁸ P. GIROD, *Avis fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires*, Sénat, déposé le 2 février 2000, n° 201, p. 33.

⁴⁶⁹ J. ROCHFELD, art. préc.

⁴⁷⁰ En effet, l'indisponibilité est dans une telle conception totale, alors qu'il est possible de renoncer à son bénéfice en droit positif en usant de l'article L. 526-25 du Code de commerce.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

197. Le recul des interdits. – La technique des interdits, privilégiée en 1804 pour la protection des biens en droit de la famille, est en recul. En effet, les grands principes prohibitifs qui structuraient le droit patrimonial de la famille sont atténués ou supprimés pour permettre plus de souplesse dans la gestion et la transmission des biens dans le contexte familial. Toutefois, il est possible de remarquer qu'à l'encontre des créanciers professionnels, le législateur tente de renforcer la protection des biens afin de limiter les risques qu'un membre de la famille fait encourir aux autres en raison de son activité professionnelle. Ainsi, la dynamique de protection intrafamiliale des biens et celle à l'égard des tiers ne coïncident pas toujours, sans pour autant que ne soient dessinées des limites claires entre elles. Le recul des interdits se fait au bénéfice de la volonté des membres de la famille. Le nombre des membres de la famille pouvant exprimer leur volonté est d'autant élargi que les interdits en raison de la faiblesse des membres de la famille sont également en recul.

198. Articulation entre volonté et protection. – Les outils de la protection des biens intègrent davantage, dans leur mise en œuvre, la prise en compte de la volonté des membres de la famille. L'expression de la volonté individuelle des membres de la famille encourage la mise en place d'outils de protection collective. Ainsi, l'expression de la volonté individuelle ne disqualifie pas toute prise en compte de l'intérêt familial. Simplement, la prise en compte de l'intérêt familial est moins imposée par la loi et moins contrôlée par le juge. Elle est le fruit de la concertation au sein des familles. Celles-ci peuvent ainsi adapter la protection des biens en mobilisant les outils les plus adéquats au regard de leur situation particulière. Le mouvement de libéralisation de la protection et le phénomène d'accroissement des outils de protection collective ne sont donc pas contradictoires, mais complémentaires. La protection directement issue de la loi conduit davantage à la protection de certains biens en particulier, ceux nécessaires à la vie familiale, tel que le logement de la famille. Cette protection agit comme une limite à

l'expression de la volonté des membres de la famille en leur qualité de propriétaires des biens en cause.

199. Dynamique entre outils et acteurs. – Ainsi, il y a un désengagement du législateur en tant que prescripteur d'un ordre public familial, mais également un recul de l'utilisation des techniques judiciaires. Par ailleurs, la famille est au cœur de la mobilisation des outils de protection mis à sa disposition. Au travers du renouveau des outils de protection des biens en droit de la famille se dessine donc un renouveau du rôle des acteurs de la protection.

Chapitre 2

LES MÉTAMORPHOSES DES ACTEURS DE LA PROTECTION

200. La détermination des acteurs de la protection des biens. – Les acteurs de la protection des biens sont déterminables en fonction du rôle qu'ils assurent dans cette protection. Quatre acteurs peuvent être identifiés : le législateur, le juge, le notaire et la famille. Les modalités d'intervention de ces acteurs dans le processus de protection des biens sont variées. Le législateur édicte le cadre de la protection en adoptant des règles tantôt impératives, tantôt supplétives. Le juge et le notaire sont également acteurs en ce qu'ils interviennent dans le processus de protection, selon des modalités précisées par la loi. Enfin, la famille est actrice de la protection puisqu'elle met en œuvre les outils de protection mis à sa disposition par le législateur et qu'elle assure la protection des biens de ses membres. L'avocat sera exclu de ces développements car son intervention en phase contentieuse nécessite l'intervention du juge, qui assure alors réellement la protection. De plus, lorsque l'avocat agit en dehors d'un cadre contentieux, la famille peut davantage être considérée comme l'acteur de la protection car c'est elle qui en est à l'origine.

201. Articulation des acteurs. – La métamorphose des acteurs de la protection ne se situe pas tellement dans la modification même des acteurs à l'œuvre. En effet, la manifestation des métamorphoses se retrouve essentiellement dans l'articulation des acteurs de la protection des biens. Il s'agit d'un jeu de vases communicants dans lequel le rôle de chacun des acteurs est plus ou moins prépondérant en fonction de la période temporelle considérée. Ainsi, il existe des transferts de compétences entre les acteurs. Les acteurs traditionnellement privilégiés – le législateur, le père et mari de famille, puis dans un second temps le juge – voient leur rôle amoindri au bénéfice d'autres acteurs – par effet de miroir : le juge, dans un premier temps, puis le notaire et la famille. Le paternalisme juridique se traduit, en 1804, par un rôle marqué du législateur et du mari et père de famille. À partir des années 60, le retrait de l'autorité du père et mari a d'abord conduit le législateur à lui substituer l'intervention du juge. Ces années

font œuvre de transition. Désormais, le rôle des acteurs strictement étatiques, le législateur et le juge, est en déclin. La déjudiciarisation conduit à un retrait de l'État dans la surveillance de la gestion des biens par les familles. Ainsi, davantage de place est laissée à la famille dans son ensemble et au notaire.

202. La légitimité des acteurs. – Ce qu'il convient d'interroger, au regard du réarrangement à l'œuvre, est la légitimité des acteurs à assumer les nouveaux rôles qui leur sont confiés dans le processus de la protection des biens.

203. Classification des acteurs. – La détermination des acteurs de la protection permet de faire ressortir deux types d'acteurs : les acteurs étatiques de la protection et les acteurs familiaux de la protection. Les acteurs étatiques connaissent une redistribution de leurs rôles dans la protection des biens (**Section 1**). La famille connaît, quant à elle, une implication renouvelée en matière de protection des biens (**Section 2**).

SECTION 1

LA REDISTRIBUTION DES RÔLES ENTRE ACTEURS ÉTATIQUES

204. Les métamorphoses de la protection ont conduit à une redistribution des rôles entre les acteurs étatiques. En 1804, le législateur assure une large part de la protection au titre des acteurs étatiques. Deux évolutions notables peuvent être soulignées. D'abord, dans les années 60, le juge a connu une revalorisation de son implication dans la protection des biens. Ensuite, depuis les années 2000, le rôle du juge semble être en déclin à la faveur du rôle du notaire. Cet accroissement contemporain du rôle du notaire nécessite d'interroger sa légitimité à assurer la protection des biens. De plus, le législateur et le juge peuvent être considérés comme des acteurs étatiques *stricto sensu* en ce qu'ils représentent respectivement le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire. Le notaire peut, quant à lui, être considéré comme un acteur étatique de la protection en sa qualité d'officier public, bien qu'il soit également un professionnel libéral. Ainsi, la protection des biens connaît une démobilisation des acteurs étatiques *stricto sensu* (§ 1) et, corollairement, un renforcement du rôle du notaire (§ 2).

§ I LA DÉMOBILISATION DES ACTEURS ÉTATIQUES *STRICTO SENSU*

205. La démobilisation des acteurs étatiques *stricto sensu* doit se comprendre comme une transformation de leur rôle habituellement assuré. Toutefois, cette transformation s'accompagne d'un certain déclin de leur intervention en tant qu'acteurs de la protection des biens. En effet, depuis 1804, il est possible de considérer qu'il y a un désengagement progressif du législateur (A). L'évolution du rôle du juge est plus complexe car elle n'est pas linéaire. Ainsi, en matière de protection des biens, le recours au juge est fluctuant (B).

A. Le désengagement progressif du législateur

206. Les rôles du législateur en matière de protection. – Deux tendances ressortent de la présentation des métamorphoses des outils de la protection : d'un côté, le législateur instaure, classiquement, des lois prohibitives ; de l'autre, il y a une multiplication des lois prévoyant des outils de protection des biens de la famille. Ces deux aspects correspondent à deux rôles distincts que le législateur tient dans le système de protection : un rôle de prescripteur et un rôle de proposition.

207. Le recul du législateur prescripteur. - L'acteur est « celui qui joue un rôle important »⁴⁷¹, c'est la « personne qui agit »⁴⁷². Ces deux définitions renvoient à une conception différente du mot *acteur*. La première, qui pourrait être qualifiée de conception *largo sensu*, permet de considérer que le législateur est acteur de la protection du seul fait qu'il « joue un rôle important » dans le système de protection. La seconde définition est plus restrictive, plus proche de son étymologie latine⁴⁷³, car elle laisse à penser que l'acteur ne doit pas seulement prendre part, fusse de manière importante, au système de protection, mais que celui-ci doit « s'exprimer par des actes »⁴⁷⁴. Ainsi, lorsque le législateur met en place divers outils de protection, à charge pour les membres de la famille d'organiser la protection de leurs biens, il serait un acteur au sens de la première définition mais non de la seconde. En effet, le législateur joue bien un rôle important dans le système de protection en faisant œuvre de proposition, mais ce n'est pas réellement lui qui agit en mettant en place la protection. Dans cette configuration, l'acteur serait celui qui, ayant la faculté d'élire le mécanisme le plus propice, prend la décision de le mettre en œuvre plutôt qu'un autre.

⁴⁷¹ CNRTL, V° « Acteur, trice ».

⁴⁷² *Ibidem*.

⁴⁷³ *Ibidem*. En effet, le mot *acteur* vient de *agere* qui signifie agir.

⁴⁷⁴ CNRTL, V° « Agir ».

208. Par conséquent, le législateur est un acteur de la protection, au sens restreint, lorsque la protection émane directement de lui. Tel est le cas lorsque les règles qu'il édicte sont impératives. Or, il a été vu, lors de l'étude des métamorphoses des outils de protection⁴⁷⁵, que l'ordre public en matière de droit patrimonial de la famille est en recul, en raison du retrait et de l'affaiblissement des prohibitions instaurées pas la loi. Ainsi, il est permis de considérer que le rôle du législateur, en tant qu'acteur de la protection des biens, est lui-même en recul. Il y a donc un désengagement du législateur dans la protection des biens en droit de la famille, dans une conception classique de son rôle.

209. Pour autant, le législateur conserve un rôle d'acteur car un ordre public demeure. D'abord, le législateur maintient des lois prohibitives, c'est le cas, par exemple, en matière de libéralités lorsqu'il interdit les testaments conjonctifs⁴⁷⁶. Le législateur peut également, sans prohiber totalement un comportement, l'astreindre au respect d'une procédure, permettant ainsi d'assurer la protection souhaitée. Par exemple, le régime primaire impératif des couples mariés instaure un ordre public relatif à la protection du logement de la famille, la vente du logement de la famille n'est pas prohibée mais soumise à l'accord des deux époux.

210. Toutefois, dans le système actuel, le rôle du législateur reste dilué. En effet, même lorsque le législateur prescrit une règle, des techniques permettent à la famille de contourner cette mesure impérative. Ainsi, lorsque les époux font le choix d'acquérir le logement de la famille par le biais d'une société civile immobilière et que le statut prescrit par l'article 215, alinéa 3, ne trouve plus à s'appliquer⁴⁷⁷, le rôle du législateur en sort affaibli. Bien qu'il conserve un rôle en matière de protection, la part de ce rôle dans l'ensemble du système de protection est moindre. Le législateur contemporain détient davantage un rôle de proposition.

211. Le rôle de proposition du législateur. – Lorsque le législateur fait œuvre de proposition, qu'il met à disposition des familles des outils de protection sans les imposer⁴⁷⁸, la protection est médiata. En effet, la protection est mise en place par l'intermédiaire des membres

⁴⁷⁵ V. *supra* n° 197.

⁴⁷⁶ V. *supra* n° 150.

⁴⁷⁷ V. *supra* n° 139.

⁴⁷⁸ Certains auteurs ont pu abonder dans un sens proche en émettant en exergue « le changement de l'objectif de la loi, passant d'un rôle de détermination des grands principes, à une multiplication de prises en compte de situations individuelles », v. F. FEZZANI, « L'attribution de nouveaux objectifs à la loi ou la métamorphose de la loi par sa nature », in *Les métamorphoses de la loi, en hommage à Jean Foyer*, préc., p. 208. Ces développements sont proches de ceux proposés par l'étude. En effet, le recul des « grands principes » s'incarne dans le recul des grands interdits posés par le législateur de 1804. De la même manière, la « prise en compte de situations individuelles » peut conduire le législateur à proposer un choix plus large de mécanismes pouvant s'adapter à diverses situations.

de la famille. Le législateur n'est alors plus réellement acteur de la protection, il possède un rôle plus passif de proposition⁴⁷⁹. Tel est le cas lorsqu'il offre la possibilité à une personne de mettre en place un mandat de protection future, ou qu'à défaut de prévision du majeur devant être protégé, le législateur offre le choix entre une mesure purement judiciaire telle la tutelle et une mesure d'habilitation familiale⁴⁸⁰. Le rôle du législateur est ainsi moins affirmé car ce n'est pas lui qui agit directement, un choix extérieur est nécessaire. La protection n'est donc qu'éventuelle car elle dépend de l'action des familles, ce sont elles qui deviennent actrices, au sens strict, de la protection – encore faut-il que la famille fasse le choix du bon mécanisme en fonction de ses besoins. Le constat d'une diminution du rôle d'acteur du législateur peut sembler paradoxal au premier abord lorsqu'il est fait état d'une multiplication corolaire des lois instaurant des outils de protection. Pourtant, c'est justement le recul du rôle prohibitif de la loi⁴⁸¹, et des règles impératives, qui conduit le législateur à proposer un panel important de solutions protectrices. Cette tendance est accentuée par l'augmentation des modèles familiaux et patrimoniaux, et la volonté d'affirmer leur différence⁴⁸². En effet, le législateur est confronté à une multitude de situations rendant impossible pour lui d'imposer un modèle de protection unique. En définitive, le législateur n'a pas perdu tout rôle dans la protection des biens. Il y a simplement eu une accélération de son rôle de proposition et un affaiblissement de son rôle de prescripteur. Le rôle du législateur a donc connu une transformation⁴⁸³. Le législateur s'inscrit aujourd'hui, plus qu'en 1804, dans un rôle d'accompagnement plutôt que de contrainte. Il reste, ainsi, un acteur dans son acception la plus large.

212. À l'instar du législateur, le juge connaît également une démobilité dans la protection des biens.

⁴⁷⁹ En ce sens, v. G. LOISEAU, « De la réglementation à la régulation », in *Les métamorphoses de la loi, en hommage à Jean Foyer*, préc., p. 310. L'auteur considère que la réglementation essentiellement « à contraindre et sanctionner ». Là où, la régulation consiste au contraire à « inciter, orienter, voire à normaliser ».

⁴⁸⁰ Par opposition au régime unique des majeurs incapables de 1804.

⁴⁸¹ En ce sens v. S. GARGOULLAUD et B. VASSALLO, « Réinventer la famille ? », *La documentation française*, coll. Place au débat, 2013, p. 150.

⁴⁸² En ce sens v. : J. CARBONNIER, « Le Code civil », coll. « Les lieux de mémoire », t. 2, vol. 2, Éditions Gallimard, 1986, reproduit in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 31. Notamment à propos de la loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980, modifiée par la loi du 22 juillet 1993 et codifiée aux articles L321-1 à L321-3 du code rural. J. CARBONNIER remarque « que des fêlures autrement sérieuses se sont révélées dans le symbole d'unité – non plus scissions géographiques, mais schismes de professions ou de classes. Après avoir obtenu en 1938 des règles propres de dévolution successorales, les agriculteurs se sont donnés en 1980 une espèce de sous-régime matrimonial, que les artisans et petits commerçants, à leur tour, ont décalqué en 1982. C'est une réaction très prononcée contre le principe d'isonomie, d'indifférenciation qui dominait en 1804, où en principe, du moins, - à tout *civis* n'importe quel autre *civis* était identique ».

⁴⁸³ En ce sens voir P. ALBERTINI, *La crise de la loi, Déclin ou mutation ?*, Lexis Nexis, 2015, spéc. pp. 337-339. Dans sa réflexion générale sur la loi, P. ALBERTINI fait le constat selon lequel « c'est une transformation profonde, et non un déclin, que l'évolution des données fait subir à la loi ».

B. Le recours fluctuant au juge

213. Le recours au juge en matière de protection des biens est fluctuant car l'intensité de son intervention oscille entre protection restreinte et protection renforcée. Il est possible de distinguer trois périodes dans l'analyse du rôle du juge comme acteur de la protection des biens. Le recours au juge est traditionnellement restreint et sert essentiellement à pallier la faiblesse d'un membre de la famille (1). Dans les années 60, le recours au juge s'est accru, de manière transitoire, pour accompagner le mouvement d'égalité au sein de la famille (2). Désormais, le recours au juge est subsidiaire, il accompagne le mouvement de liberté au sein de la famille (3).

1. Un recours traditionnel restreint : pallier la faiblesse d'un membre de la famille

214. Le rôle restreint du juge en matière patrimoniale. – Le juge obtient, dès l'origine du Code civil, un rôle de protecteur en période de difficultés. Les règles relatives à l'engagement de la communauté illustrent bien la réticence à l'égard de l'influence du juge dans la sphère familiale. En effet, les actes faits par la femme avec l'autorisation du juge ne permettent pas d'engager la communauté⁴⁸⁴, seul le mari a ce pouvoir. Le mari et père est magistrat⁴⁸⁵ en sa demeure, le juge n'ayant qu'un rôle secondaire, cantonné aux périodes de difficultés. Le juge est notamment sollicité pour protéger les intérêts patrimoniaux de la femme. Il apparaît que le rôle du juge, en matière patrimoniale, se limite essentiellement aux réajustements matrimoniaux et aux cas de difficultés successorales. En effet, à l'origine du Code civil, l'intervention du juge est rare en matière de majeurs interdits, une plus grande place est laissée à la famille. Bien que le juge soit à la tête du conseil de famille, en pratique la famille recourt peu à cette technique⁴⁸⁶. Il intervient également peu en présence de mineur, le père ayant un quasi-monopole en la matière⁴⁸⁷.

215. Le juge comme alternative à l'autorisation maritale. – Le juge va « suppléer le défaut d'autorisation maritale »⁴⁸⁸ lorsque le mari refuse de l'accorder à l'épouse⁴⁸⁹. En effet, l'article 219 du Code civil, dans sa version en vigueur en 1804, prévoit que la femme peut « faire citer

⁴⁸⁴ C. civ., art. 1426, en vigueur en 1804. L'article précise tout de même que la communauté peut être engagée pour les actes effectués par la femme « comme marchande publique et pour le fait de son commerce ».

⁴⁸⁵ C'est notamment dans la relation du père à l'égard de ses enfants que la notion de magistrature est employée. Les auteurs parlent alors de « magistrature paternelle » pour dénommer le pouvoir de décision du père à l'égard de ses enfants, c'est-à-dire la puissance paternelle. Voir, P.-F. RÉAL, *Présentation au Corps législatif et exposé des motifs*, 3 germinaux ans XI (25 mars 1803), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X, pp. 511 à 523, spéc. p. 511.

⁴⁸⁶ V. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op.cit.*, 20^e éd., 2018, p. 546.

⁴⁸⁷ V. *infra* n° 264 et 407, sur l'autorité du père à l'égard de ses enfants.

⁴⁸⁸ D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁸⁹ C. civ., art. 217, en vigueur en 1804. En effet, le concours ou l'autorisation du mari sont requis pour que la femme puisse « donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux ».

son mari directement devant le tribunal (...) qui peut donner ou refuser son autorisation, après que le mari aura été entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil ». Une série d'articles spécifiques du Code civil renvoie à cet article : les donations entre vif⁴⁹⁰, l'acceptation d'une donation⁴⁹¹, l'acceptation par la femme séparée de biens de l'exécution testamentaire⁴⁹². D'autres articles recourent à l'article 219 sans y renvoyer expressément : celui relatif à l'acceptation d'une succession⁴⁹³ ou encore celui concernant la vente des biens paraphernaux⁴⁹⁴. Ainsi, en 1804, le juge a un rôle subsidiaire en matière de protection des biens. Ce n'est qu'à défaut d'autorisation du mari que le juge est saisi. C'est lui qui par son autorisation assure, à titre subsidiaire, la protection des intérêts patrimoniaux de la femme, en réglant le conflit d'intérêts pouvant s'élever entre les membres du couple.

216. La nécessité de l'autorisation judiciaire. – Il est des cas où l'autorisation du juge est rendue nécessaire *ab initio*. Le juge doit notamment donner son accord lorsque les intérêts patrimoniaux de la femme sont en jeu. C'est le cas lorsque les époux prévoient de vendre les immeubles dotaux⁴⁹⁵ ou que la femme mariée demande la séparation de biens en raison du péril encouru par les biens du fait des désordres dans les affaires du mari⁴⁹⁶.

217. Un rôle protecteur des intérêts des parties faibles. – Au-delà du couple, le juge a également été sollicité en matière successorale avec le partage nécessairement judiciaire en présence d'absents, d'interdits ou de mineurs⁴⁹⁷.

218. Finalement, ces quelques exemples montrent, qu'en 1804, le juge a une mission de protection des intérêts des membres faibles de la famille lorsqu'un conflit d'intérêts s'élève entre eux et le reste de la famille, phénomène qui s'est accru.

2. Un recours transitoire accru : accompagner l'égalité dans la famille

219. Une judiciarisation plurielle. – La judiciarisation de la protection des biens en droit de la famille accompagne la nouvelle égalité instaurée entre les membres du couple mais

⁴⁹⁰ C. civ., art. 905, en vigueur en 1804.

⁴⁹¹ C. civ., art. 934, en vigueur en 1804.

⁴⁹² C. civ., art. 1029, al. 2, en vigueur en 1804.

⁴⁹³ C. civ., art. 776, en vigueur en 1804.

⁴⁹⁴ C. civ., art. 1576, en vigueur en 1804.

⁴⁹⁵ C. civ., art. 1535 et 1558, en vigueur en 1804.

⁴⁹⁶ C. civ., art. 1443, en vigueur en 1804.

⁴⁹⁷ C. civ., art. 838, en vigueur en 1804, mais aussi C. civ., art. 466.

également la meilleure prise en compte des autres membres de la famille. Le phénomène de judiciarisation est pluriel : il est tout à la fois qualitatif et quantitatif⁴⁹⁸.

220. La judiciarisation qualitative de la protection. – La judiciarisation consiste en l'« intégration dans l'appareil judiciaire »⁴⁹⁹ d'un mécanisme qui était jusqu'alors hors de son giron⁵⁰⁰. Ce phénomène de judiciarisation accompagne la recherche d'assouplissements des prohibitions légales et le besoin d'arbitrer entre les volontés contraires naissant dans la famille à la suite de la déchéance du mari et du père comme chef de famille. En effet, « une famille patriarcale consomme moins de justice qu'une famille où tous ont des droits. C'est pourquoi la judiciarisation est directement indexée à la protection des droits de tous et à une régulation externe et démocratique »⁵⁰¹. C'est bien l'égalité entre les époux et entre les parents qui nécessite une intervention renforcée du juge. C'est lors de ce mouvement, de la fin du XX^e siècle, que le juge s'impose réellement comme un acteur privilégié de la protection des biens au sein de la famille.

221. L'essor de la place du juge en matière patrimoniale. – À partir du milieu des années 60⁵⁰², le rôle de protecteur des intérêts patrimoniaux s'est peu à peu développé au fil des réformes sous l'influence de la conception de la famille qui « se veut désormais égalitaire et consensuelle ; elle se libéralise et se contractualise mais sous le contrôle de la tutelle publique »⁵⁰³. Le juge conserve ses missions en droit des régimes matrimoniaux mais avec une base juridique renouvelée et étendue par l'instauration des articles 217, 219, 1426 et 1429 du Code civil, issus de la loi du 13 janvier 1965⁵⁰⁴. Son rôle d'arbitre entre les époux est étendu du fait de la reconnaissance de l'égalité totale entre les conjoints, définitivement acquise par la loi du 23 décembre 1985⁵⁰⁵. De plus, il acquiert un rôle important en matière de protection des majeurs. Ainsi, la loi du 4 décembre 1964⁵⁰⁶ lui reconnaît un rôle en matière de protection des intérêts patrimoniaux du mineur en créant l'administration légale sous contrôle judiciaire ; et

⁴⁹⁸ Institut des hautes études sur la justice, *La prudence et l'autorité, L'office du juge au XXI^e siècle, Rapport de la mission de réflexion sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention*, confiée par Ch. TAUBIRA, garde des Sceaux, mai 2013, pp. 25-26.

⁴⁹⁹ A. JEAMMAUD, « Judiciarisation/Déjudiciarisation », in L. CADIET, (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p.675.

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

⁵⁰¹ Institut des hautes études sur la justice, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁰² M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Famille », in L. CADIET, *op. cit.*, p.511 et s.

⁵⁰³ C. PÉRÈS, « La déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille », *JCP N* n° 14, 6 avril 2018, 1151.

⁵⁰⁴ L. n° 65-570 du 13 juil. 1965, préc.

⁵⁰⁵ L. n° 85-1372 du 23 déc. 1985, préc.

⁵⁰⁶ L. n° 64-1230 du 14 déc. 1964, préc.

celles du 3 janvier 1968⁵⁰⁷, puis du 5 mars 2007⁵⁰⁸ pour la protection des majeurs. Ces lois soumettent à l'autorisation du juge les actes les plus dangereux pour le patrimoine des personnes à protéger et lui confèrent également un rôle de contrôle de la gestion du patrimoine effectuée par les membres de la famille. Plus généralement encore, la loi du 3 janvier 1968 confère au juge des tutelles « une mission de surveillance générale sur les administrations légales et les tutelles de son ressort », mission qui s'étend aux mesures de protection des majeurs en raison du renvoi fait par l'ancien article 495⁵⁰⁹ du Code civil aux règles applicables en matière de tutelle des mineurs⁵¹⁰.

222. Assouplissements des interdits et intervention judiciaire. – Par ailleurs, le juge s'impose notamment comme substitut de protection lorsque le législateur entend assouplir les interdits. La volonté d'assouplir les anciens interdits légaux est une cause de judiciarisation de la protection des biens. En effet, le législateur ne semble pas vouloir supprimer systématiquement tout contrôle étatique de la protection lorsqu'il retouche les contours des interdits. Il instaure donc une protection de remplacement qui prend la forme du recours au juge. Ainsi, le juge a trouvé son office élargi lorsque l'immutabilité des régimes matrimoniaux a été tempérée⁵¹¹.

223. Le rôle du juge. – Il est alors possible de faire ressortir les différents rôles du juge : il a un rôle de vérification notamment en matière gracieuse, dans laquelle il s'assure que les intérêts de chaque membre de la famille sont préservés, il a un rôle prépondérant dans la protection des personnes les plus vulnérables, ce que certains appellent l'office tutélaire du juge⁵¹². Enfin, le juge a une mission de pacification des relations, en tant que conciliateur des parties, rôle d'autant plus important en matière familiale lorsque la famille connaît des situations de crise. C'est en sa qualité de tiers impartial que le juge trouve sa légitimité dans la protection des biens dans le cadre familial.

224. La judiciarisation quantitative de la protection. – La judiciarisation quantitative découle de plusieurs phénomènes : de la judiciarisation qualitative, en raison de l'élargissement de l'office du juge, du « fait qu'un plus grand nombre accède à la justice »⁵¹³, mais également

⁵⁰⁷ L. n° 68-5 du 3 janv. 1968, préc.

⁵⁰⁸ L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc.

⁵⁰⁹ C. civ., art. 495, instauré par la L. n°68-5 du 3 janvier 1968 préc.

⁵¹⁰ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE et F. ARBELLOT (F.), *Protection de la personne vulnérable, Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Dalloz Action, 5^e éd., 2021, p. 436, n° 311.11.

⁵¹¹ L. n° 65-570 du 13 juil. 1965, préc.

⁵¹² En ce sens voir Institut des hautes études sur la justice, *op. cit.*, pp. 19 -20.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 28.

en raison des « évolutions de la famille et notamment la séparation des couples, ou [des] tutelles dont l'évolution du contentieux évolue en raison du vieillissement de la population »⁵¹⁴. Cette augmentation quantitative du recours au juge découle « de l'égalité des droits, et en premier lieu de l'égalité des femmes, de la reconnaissance de libertés personnelles dont celle pour un couple de se séparer, et du respect désormais porté à tous »⁵¹⁵.

225. Cette phase de judiciarisation de la protection des biens en droit de la famille « peut apparaître aujourd'hui comme une période de transition vers la situation actuelle, celle de la déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille »⁵¹⁶.

3. Un recours contemporain subsidiaire : accompagner la liberté dans la famille

226. Définition de la déjudiciarisation. – La déjudiciarisation est définie comme un procédé qui « consiste à retirer une question de la connaissance du judiciaire afin qu'elle soit traitée en dehors de la juridiction »⁵¹⁷, c'est-à-dire qu'elle se traduit par un affaiblissement du rôle du juge⁵¹⁸. La notion est à distinguer de celle de déjuridictionnalisation qui correspond quant à elle au fait de « se soustraire à l'office ordinaire du juge »⁵¹⁹ sans que la question traitée sorte du tribunal judiciaire. Tel est le cas lorsqu'une question relevant du juge est confiée au greffé ou encore lorsque le juge recourt à la médiation ou à la conciliation judiciaire. Une fois le sens éclairci, il convient de s'intéresser aux raisons qui conduisent à repenser la place du juge.

227. Les raisons de la déjudiciarisation. – Deux séries d'arguments sont avancées pour expliquer le mouvement de déjudiciarisation : des arguments tenant à l'allègement de la gestion des tribunaux et des arguments tenant à l'évolution de la conception de la justice. D'abord, il est avancé que la déjudiciarisation permet, en matière de gestion, de faire des économies à la fois de temps et d'argent. La justification de la déjudiciarisation par les économies de temps ne semble pourtant pas réellement convaincre. D'abord, la doctrine remet en cause la nécessité même de gagner du temps⁵²⁰. Ensuite, le gain de temps pour le juge, issu des différentes déjudiciarisations entreprises, n'est pas avéré, notamment en raison de la recrudescence des

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 27.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 86.

⁵¹⁶ C. PÉRÈS, art. préc.

⁵¹⁷ S. AMRANI-MEKKI, « Le sens de la déjudiciarisation », *JCP N* n°14, 6 avril 2018, 1150.

⁵¹⁸ A. JEAMMAUD définit la déjudiciarisation comme étant le « mouvement inverse » de la judiciarisation. La judiciarisation étant comprise comme « une évolution ou une pratique dans le sens de “plus de judiciaire” ou d'un renforcement du rôle “du juge” » in A. JEAMMAUD, « Judiciarisation/Déjudiciarisation », in L. CADIET, *op.cit.*, p.675.

⁵¹⁹ L. CADIET, « La déjudiciarisation, Rapport introductif », in O. BOSKOVIC, (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare et Martin, coll. Droit privé et science criminelle, 2012, p. 15.

⁵²⁰ S. AMRANI MEKKI, « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* n° 157, 5 juin 2008, p. 2.

recours au juge postérieurement à l'acte⁵²¹. Quant aux économies, elles ne peuvent motiver à elles seules la déjudiciarisation. En effet, en matière patrimoniale, le juge est garant du respect des intérêts des parties mais également des autres membres de la famille, il est le « juge du danger patrimonial »⁵²² devant « veiller sur la vulnérabilité »⁵²³. D'autant que les économies réelles réalisées par la déjudiciarisation sont également remises en cause⁵²⁴. Plus intéressantes sont les raisons ayant trait à la manière de concevoir la justice. En effet, déjudiciariser permet de « recentrer les juridictions sur leurs missions essentielles »⁵²⁵, mais permet aussi une plus grande liberté pour le justiciable qui devient acteur de sa protection par le biais de sa responsabilisation et de la recherche du consensus. Recentrer le juge sur le cœur de ses missions semble être un objectif louable de prime abord. Cela consiste à « alléger ses fonctions d'un certain nombre de tâches qui n'entrent pas directement dans l'exercice de cette activité, aux fins qu'il puisse disposer de plus de temps pour se concentrer sur sa mission première qui est de dire le droit, tant au contentieux qu'en matière gracieuse »⁵²⁶. Cependant, la matière gracieuse est largement déjudiciarisée⁵²⁷ comme si elle ne faisait pas partie de l'office traditionnel du juge. Or, cette matière constitue à n'en pas douter une des missions du juge qui s'assure à cette occasion du respect des intérêts en présence. Cela lui permet ainsi de purger les conventions de tous vices, assurant ainsi la sécurité juridique de l'acte ne pouvant être remis en cause que par les voies de recours contre les décisions de justice. Quant à la promotion de la liberté individuelle qu'induit la déjudiciarisation, il est possible de s'interroger, comme le faisait J. HAUSER, sur le fait « que l'absence de juge garantisse la liberté »⁵²⁸. En effet, le juge judiciaire est garant des libertés individuelles et son intervention permet de garantir le respect de la liberté de chacun au sein de la famille. Pourtant, le juge n'est plus considéré comme étant le seul à pouvoir assurer la conciliation des parties. En effet, les modes amiables de résolution des litiges sont largement plébiscités et favorisent le consensus entre les parties. Malgré la faiblesse des

⁵²¹ V. notamment la littérature sur les craintes d'un recours au juge post-divorce, S. GUINCHARD, (prsd.), Commission sur la répartition des contentieux, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport à la garde des Sceaux, août 2008, p. 104.

⁵²² H. LANSIAUX-MORNET, « Du juge du danger patrimonial », *AJ fam.* 2016, p. 364.

⁵²³ O. BARRAL, « Le juge et la vulnérabilité : protéger ou contraindre ? », *Cahiers de la justice* 2019, p. 631.

⁵²⁴ La doctrine n'est pas convaincue par les économies engendrées par les déjudiciarisations particulièrement lorsque celles-ci ne s'accompagnent pas d'une suppression de l'aide juridictionnelle, notamment en matière de divorce par consentement mutuel contresigné par avocat, conformément à l'article 181-1 du Code de procédure civile. En ce sens, S. AMRANI MEKKI, « La déjudiciarisation », art. préc. ; S. GUINCHARD, (prsd.), Commission sur la répartition des contentieux, *op. cit.*, p. 99. Le rapport précise que les économies de postes de juge sont elles aussi minimes.

⁵²⁵ Titre IV, L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, préc..

⁵²⁶ S. GUINCHARD, (prsd.), Commission sur la répartition des contentieux, *op. cit.*, p. 49.

⁵²⁷ Tel est le cas du changement de régime matrimonial ou encore du divorce par consentement mutuel.

⁵²⁸ J. HAUSER, « Sans juge », *JCP G* n° 6, 6 fév. 2017, 130.

raisons avancées pour justifier la déjudiciarisation et les doutes émis quant aux bienfaits d'un tel processus, la déjudiciarisation est galopante en droit patrimonial de la famille et des vulnérables, au premier chef en matière gracieuse. Certains se demandent alors s'il est souhaitable d'« abdiquer, sans réserve, un contrôle social »⁵²⁹ en matière gracieuse. Finalement, l'attitude à adopter face à la réduction de l'intervention du juge a été bien résumée par M. CRESP : « Soit l'on démontre que cette intervention n'est pas nécessaire et ne permet pas de protéger les droits et intérêts des époux ou des enfants et, dans ce cas, la suppression de l'intervention du juge est pleinement justifiée. Soit l'on estime, et surtout, on assume, que ces situations mériteraient certes protection mais, compte tenu de leur nombre réduit, doivent être sacrifiées sur l'autel de l'intérêt général, à savoir le désengorgement de la justice en période des restrictions budgétaires. Dans ce cas cependant, il n'est pas possible de justifier ces projets de réforme sous couvert de l'intérêt des justiciables »⁵³⁰. Il convient alors de s'interroger sur les missions que le juge doit continuer d'assurer.

228. La nouvelle place du juge en matière de protection des biens. – Si la démobilisation du juge en matière de protection des biens est importante, il convient de se demander quelle est la place du juge dans le système de protection à la suite de ce phénomène de déjudiciarisation. En effet, celle-ci ne conduit pas à une éviction totale du juge⁵³¹. Bien que les lignes directrices ne soient pas franches, plusieurs tendances apparaissent quant à la logique d'intervention du juge. Ce dernier semble intervenir dans trois cas : en amont pour les actes considérés comme dangereux, de manière résiduelle pour protéger l'intérêt de l'enfant au sein de sa famille, et enfin lorsqu'une difficulté apparaît postérieurement aux actes effectués sans son intervention. Ainsi, « son rôle est subsidiaire à la famille »⁵³², ce qui signifie qu'une plus large place est laissée à la liberté d'action de cette dernière.

229. L'intervention du juge pour les actes dangereux. – D'abord, si la « fonction vérificatoire »⁵³³ du juge est en déclin, ce dernier conserve tout de même une place pour autoriser les actes considérés comme dangereux. En effet, il semble qu'une première tendance,

⁵²⁹ H. LÉCUYER, « Pour la justice gracieuse », *Deffrénois* n°9, 1^{er} mars 2018, p. 1.

⁵³⁰ M. CRESP, « Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? », *AJ fam.* 2014, p. 107.

⁵³¹ Au sujet de l'habilitation familiale, Th. VERHEYDE fait état d'un « retrait partiel du juge » : « Ambivalence récurrente dans notre pays : dénoncer un recours estimé excessif au juge et s'alarmer dès qu'est envisagé un retrait, même partiel, de son niveau d'intervention... », in Th. VERHEYDE, « Le rôle du juge dans la mesure d'habilitation familiale : de la lumière à l'éclipse ! », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2016, doss. 42. Ce constat qui peut être étendu notamment au changement de régime matrimonial, au divorce par consentement mutuel contresigné par avocats, dans lesquels le retrait du juge est important sans être entier.

⁵³² En ce sens v. J. HOUSSEYER, « Les principes de l'administration légale », *JCP N* n° 19, 8 mai 2020, 1102.

⁵³³ C. LIENHARD, « Besoin et nécessité d'un juge », *Gaz. Pal.*, 1^{er} avril 2014, n° 91, n° 173c3.

en matière patrimoniale, consiste à réserver l'intervention du juge pour certains actes, jugés dangereux. Toutefois, une telle logique n'est pas toujours respectée.

230. En témoigne la réforme de l'administration légale, où l'intervention du juge est désormais la même que l'administration légale soit exercée par un seul ou les deux parents⁵³⁴. Cet exemple montre que ce n'est plus réellement la situation différente dans laquelle sont placés les mineurs qui motive le contrôle par le juge mais bien la nature des actes⁵³⁵. De plus, les règles de protection des enfants sont semblables que le mineur soit placé sous administration légale ou tutelle. En effet, le recours au partage amiable est permis tant aux parents qu'au tuteur, sans autorisation judiciaire⁵³⁶. Cependant, en cas de conflit d'intérêts entre le ou les représentants et le mineur, la solution n'est pas strictement identique en matière de tutelle et d'administration légale. Dans un tel cas, l'article 383, alinéa premier, du Code civil prévoit la nomination par le juge d'un administrateur *ad hoc*, si l'administrateur unique est en opposition d'intérêts avec le mineur ou que les deux administrateurs le sont. *A contrario*, si un seul administrateur légal est en opposition d'intérêts avec ceux du mineur, le juge peut autoriser l'autre administrateur à le représenter pour effectuer le partage amiable. Sur le même modèle, l'article 507 du Code civil requiert l'autorisation du conseil de famille ou, à défaut, du juge en matière de tutelle. Ainsi, les solutions adoptées ne sont pas strictement les mêmes selon la situation des enfants. Il est possible de regretter que la liste des actes soumis à autorisation ne soit pas uniforme pour l'ensemble des mineurs. D'autant plus lorsque l'acte présente les mêmes risques pour les biens du mineur. Tel est le cas en matière d'acceptation pure et simple d'une succession. En matière d'administration légale, les parents doivent toujours solliciter l'autorisation du juge en vertu de l'article 387-1, 5°, du Code civil. Alors que, lorsque le mineur est placé sous un régime de tutelle, le tuteur peut accepter purement et simplement la succession s'il détient une attestation du notaire précisant que « l'actif dépasse manifestement le passif », conformément à l'article 507-1 du Code civil.

⁵³⁴ V. N. PETERKA, « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs. À propos de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 », *JCP G* n° 44, 26 oct. 2015, 1160 ; J. COMBRET et N. BAILLON-WIRTZ, « Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *JCP N* n° 50, 11 déc. 2015, 1238 ; Ch. PELLETIER, « Le patrimoine du mineur est-il protégé depuis la réforme de l'administration légale ? », *Gaz. Pal.* n° 21, 6 juin 2017, p. 73.

⁵³⁵ Certains auteurs considèrent, à ce titre, que « la catégorie des actes de disposition les plus graves est trop étroite », in A. BATTEUR et Th. DOUVILLE, « Présentation critique de la réforme de l'administration légale », *D.* 2015, p. 2330. V. également I. MARIA et G. RAOUL-CORMEIL, « La nouvelle administration légale : 1 + 1 = 1 », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2016, doss. 4.

⁵³⁶ V. C. FARGE, « Modalités de réalisation du partage », in M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille, op. cit.*, pp. 823-824, spéc. n° 271.53 ; I. CORPART, « Administration légale des biens du mineur », *Rep. civ.*, oct. 2018 (actu. sept. 2020), n° 118.

231. Les mêmes constats peuvent être faits en matière de protection des majeurs. Ainsi, le tuteur d'un majeur doit solliciter l'autorisation du juge pour vendre de gré à gré un bien de la personne qu'il protège⁵³⁷, mais cette protection ne se retrouve pas en matière d'habilitation familiale. En effet, dans ce dernier cas, la personne habilitée peut recevoir une habilitation générale lui permettant d'effectuer tous les actes pour lesquels le tuteur devrait solliciter une autorisation du juge. Du point de vue de la personne à protéger, il est possible de se demander si une telle autorisation va réellement dans le sens de son intérêt. L'intervention du juge étant justement pensée pour garantir que l'acte est conforme à l'intérêt de la personne vulnérable. Or, l'acte n'est pas moins dangereux pour le majeur sous mesure d'habilitation familiale.

232. Les actes considérés comme dangereux pour les biens le sont d'autant plus lorsqu'une personne intervient sur le patrimoine d'autrui, de ce fait l'intervention du juge devrait être homogénéisée pour ces actes.

233. La protection résiduelle de l'intérêt de l'enfant au sein de sa famille. – Du fait des déjudiciarisation, la protection de l'intérêt de l'enfant au sein de sa famille connaît un certain recul. D'abord, le juge n'assume plus de mission de surveillance générale à l'égard de l'administration légale⁵³⁸, comme il la conserve pourtant pour les tutelles des mineurs. Ce qui montre un infléchissement symbolique du rôle du juge en matière de protection des mineurs. Il est symbolique car le juge des tutelles conserve un rôle puisque l'article 387-6 du Code civil lui confère des missions analogues⁵³⁹. Ensuite, en raison de la fin de la distinction entre administration légale pure et simple et administration légale sous contrôle judiciaire, si l'égalité entre les différentes formes de familles a été promue, il n'est pas certain que l'intérêt de l'enfant soit réellement préservé en l'absence de contre-pouvoir pour s'en assurer⁵⁴⁰. Il semblerait que l'égalité des familles ait supplanté, dans cette réforme, l'intérêt de l'enfant – pourtant dit « supérieur ». Il est étonnant que la protection de l'intérêt de l'enfant – notion ayant un fort retentissement dans la sphère extrapatrimoniale – ait cédé face au sentiment de stigmatisation des familles monoparentales⁵⁴¹. En effet, « lorsque [l'] intervention [du juge] est nécessaire

⁵³⁷ C. civ., art. 505.

⁵³⁸ C. civ., art. 395, issu de la L. n° 64-1230 du 14 décembre 1964, préc. Devenu, C. civ., art. 388-3, depuis L. n° 2007-308, du 5 mars 2007, préc. Supprimé par l'Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015, préc.

⁵³⁹ V. V. LARRIBAU-TERNEYRE et M. AZAVANT, « Administration légale et tutelle », *Rep. proc. civ.*, juin 2016 (act. sept. 2021), n° 152 à 154.

⁵⁴⁰ En ce sens v. J. HAUSER, art. préc. : « Concernant les enfants, l'affaire est plus grave. Après avoir prétendu les protéger et signé de belles conventions, on les a privés en 2015, sous prétexte d'égalitarisme, de l'essentiel de la protection judiciaire dans la gestion de leurs biens. On atteint là les conséquences ubuesques de la collusion entre l'idéologie consensualiste et libertaire et les économies médiocres ». V. également A. BATTEUR et Th. DOUVILLE, art. préc..

⁵⁴¹ *Contra* v. H. LANSIAUX-MORNET, art. préc.

pour protéger autrui (...) il n'est pas possible de se fier à ce sentiment de rejet de la part de ceux précisément dont on se méfie et qui justifient l'intervention du juge »⁵⁴², car « la question n'est pas de savoir si l'intervention de l'État est souhaitée mais si elle est nécessaire »⁵⁴³. Enfin, l'intervention du juge pour contrôler la conformité d'un acte intéressant les parents à l'intérêt de l'enfant n'est plus automatique. En effet, le juge n'intervient, en cas de divorce par consentement mutuel, qu'à la demande de l'enfant discernant⁵⁴⁴. De même, en matière de changement de régime matrimonial, le juge n'est sollicité par le notaire que si l'acte envisagé est de nature à porter un préjudice grave aux intérêts patrimoniaux du mineur⁵⁴⁵. Certes les intérêts du mineur ne sont pas dénués de toute protection, seulement leur protection nécessite une bonne intervention des différents auxiliaires de justice. La protection est donc bien résiduelle car elle n'est pas offerte à l'ensemble des mineurs.

234. L'intervention retardée du juge. – Pour les cas où le danger patrimonial a été jugé moins prenant, le législateur a organisé, moins qu'une déjudiciarisation totale, un report de l'intervention du juge. En effet, le recours au juge est retardé à l'éventuel litige qui pourrait survenir à l'encontre de l'acte déjudiciarisé, « le contentieux (...) est différé dans le temps »⁵⁴⁶. Le législateur a entendu limiter le rôle prophylactique du juge⁵⁴⁷ qui intervient plus rarement en amont et en dehors de tout litige. Ce remaniement du moment de l'intervention du juge n'est sans doute pas conforme à l'objectif de protection, il semblerait que l'intervention du juge dans les affaires familiales soit à nouveau « perçue comme une intrusion injustifiée »⁵⁴⁸ alors que « la place de l'État et de la société en [matière de droit de la famille] n'est pourtant pas archaïque et liberticide »⁵⁴⁹. De plus, il y a un risque d'absence de saisine du juge en aval alors même que les intérêts de certaines personnes n'auraient pas été respectés⁵⁵⁰. Si le juge conserve un rôle, permettant le respect du principe du droit d'accès au juge, la réalité pratique de la saisine du juge doit être nuancée. Il a pu être dit, en matière d'administration légale, qu'« à une logique de prévention des atteintes aux intérêts patrimoniaux des mineurs en présence d'un parent

⁵⁴² M. CRESP, art. préc.

⁵⁴³ *Ibidem*.

⁵⁴⁴ C. civ., art. 229-2, al. 2.

⁵⁴⁵ C. civ., art. 1397, al. 5.

⁵⁴⁶ S. AMRANI MEKKI, « La déjudiciarisation », art. préc. L'auteure précise qu'« avec la déjudiciarisation, l'idée consiste à se passer même de ce recours au juge. Passant par un autre tiers, ce n'est qu'en cas de contestation d'une partie que le recours au juge serait possible. En réalité, le contentieux n'est pas seulement inversé, il est différé dans le temps. »

⁵⁴⁷ Ce rôle revient désormais davantage aux notaires, v. *infra* n° 252.

⁵⁴⁸ M. CRESP, art. préc. Sur l'immixtion du juge dans « l'intimité des familles », v. B. AZEMA, « Les rapports entre le mineur, le juge et la famille. Sous l'angle du droit civil et pénal », *Informations sociales* 2006, n° 133, p. 74.

⁵⁴⁹ M. CRESP, art. préc.

⁵⁵⁰ En ce sens v. M. CRESP, art. préc.

succède une logique de liberté et de responsabilité, avec une intervention *a posteriori* du juge »⁵⁵¹. Ce constat semble pouvoir être élargi à l'ensemble de la logique de l'intervention du juge en matière de protection des biens dans le cadre familial.

235. L'affaiblissement du rôle du juge, en tant qu'acteur de la protection en matière patrimoniale, n'implique pas une liberté totale pour les membres de la famille, qui ne sont pas laissés seuls face à leurs besoins de protection. D'autres acteurs sont alors désignés pour prendre le relais. Il s'agit, au premier chef, des notaires.

§ 2 LE RENFORCEMENT DU RÔLE DU NOTAIRE

236. Un acteur étatique. – Le notaire, en sa qualité d'officier public, « assume une mission de service public »⁵⁵². Ainsi, son intervention permet à la protection d'être assurée « sous l'autorité et le regard de l'État »⁵⁵³, malgré l'amoindrissement du rôle du juge. Cependant, dans ce contexte de déjudiciarisation et d'accroissement corollaire du rôle du notaire, il convient de s'intéresser à la pertinence du choix de ce dernier comme protecteur des biens de la famille (A), avant d'étudier les moyens qu'il met en œuvre pour assurer la protection (B).

A. La pertinence du notaire comme acteur de la protection

237. Un protecteur traditionnel en matière patrimoniale. – Le notaire est chargé « d'assurer la sécurité des actes juridiques que ses clients veulent accomplir »⁵⁵⁴. Pour ce faire, il s'assure de la conformité des conventions à l'ordre public⁵⁵⁵. Il est en charge de la protection des biens de la famille et doit « prévenir la ruine de leurs fortunes »⁵⁵⁶. En effet, le notaire est un acteur de la protection en matière patrimoniale dès l'origine du Code civil⁵⁵⁷. Pour preuve, le Code civil révèle les cas où l'intervention du notaire est nécessaire : essentiellement en matière patrimoniale, tant en matière de droit des successions, de droit des libéralités, qu'en droit des régimes matrimoniaux. Tantôt le notaire a une compétence exclusive, par exemple pour l'établissement des conventions matrimoniales, tantôt il a une compétence partagée,

⁵⁵¹ A. BATTEUR et Th. DOUVILLE, art. préc.

⁵⁵² J. DE POULPIQUET, « Notaire », *Rep. civ.*, janv. 2009 (act. juil. 2022), n° 10.

⁵⁵³ Ph. POTENTIER, « Le juge et le notaire », *JCP N* n° 23, 6 juin 2008, 1214.

⁵⁵⁴ J.-F. SAGAUT, « La nature identitaire de la déontologie notariale », *Dr. et patri.*, n° 195, 1^{er} septembre 2010.

⁵⁵⁵ S. FERRÉ-ANDRÉ et J.-Y. CAMOZ, (dir.), *Notaire*, Dalloz, Sirey, 2^e éd., 2018, p. 70.

⁵⁵⁶ P.-D. RAINGUET, *Le notariat considéré dans ses rapports intimes et journaliers avec la morale*, Paris, Durand, 1847, p. 160.

⁵⁵⁷ En ce sens, « les actes pour lesquels son intervention est réclamée se rattachent à tous les événements successifs de la vie familiale », in N. GAND, *Notariat*, impr. de Vassal frères, 1843, p. 2.

notamment pour les testaments dont la multiplicité des formes ne nécessite pas la même intensité de l'intervention du notaire. S'il n'est pas étranger à la protection des biens de la famille, son rôle en la matière s'est intensifié avec les différentes déjudiciarisation en droit patrimonial de la famille.

238. Un protecteur de substitution du phénomène de déjudiciarisation. – Le rôle du notaire s'est d'abord intensifié dans les années 60, avec les lois relatives à la protection des mineurs et des majeurs, P. CATALA pointant, à cet égard, le fait que « le notaire tend à devenir auxiliaire de justice »⁵⁵⁸. En effet, le notaire a vu l'augmentation de ses missions judiciaires⁵⁵⁹ « au cours de la période récente, ce qui reflète la volonté du législateur de susciter une collaboration plus étroite du notaire et du juge dans le but de rendre une meilleure justice »⁵⁶⁰. Cette configuration est, cependant, particulière en ce que le notaire n'est pas le seul à agir, sa présence est requise par le juge. Il intervient en raison de sa compétence traditionnelle, qu'il exerce également en l'absence du juge. De plus, si le notaire est « le véritable maître de la procédure »⁵⁶¹, lorsqu'il est désigné par le juge, il assure sa mission « sous la surveillance du juge »⁵⁶². Le notaire devient pleinement un substitut de protection lorsque la protection est pleinement déjudiciarisée, et qu'il agit indépendamment de l'intervention judiciaire.

239. Ainsi, la restriction du contrôle judiciaire en matière de changement de régime matrimonial⁵⁶³ a, *de jure*, renforcé le rôle du notaire en matière de protection car il instrumente sans aucun contrôle postérieur. Il est le dernier maillon de la chaîne de protection. D'autres missions, qui de tradition revenaient au juge, ou du moins à un contrôle juridictionnel, sont dès leur création confiées au notaire. C'est le cas notamment du contrôle des comptes dans le mandat de protection future notarié, le notaire devant saisir le juge dans les seuls cas où il constate un mouvement de fonds ou un acte injustifiés ou qui n'apparaissent pas conforme aux stipulations du mandat de protection, conformément à l'article 491 du Code civil. Cette sollicitation renforcée du notaire est, certes, due à la volonté de délester le juge de dossiers qui ne font pas partie du cœur de son office, mais elle est également une « marque de confiance de

⁵⁵⁸ P. CATALA (P.), « Observations sur l'exercice en société de la profession de notaire », *Deffrénois* 1994, p. 857. L'auteur précise que « les lois de 1964 et de 1968 relatives à la protection des incapables ont fait du notaire un familier du juge des tutelles » et « tandis que l'avocat cherche à prendre place dans la négociation contractuelle, le notaire tend à devenir auxiliaire de la justice, dans le cabinet des juges sinon à la barre des tribunaux ».

⁵⁵⁹ V. CPC, art. 1361, al. 2 et 1364, pour le partage en matière de divorce. V. également C. civ., art. 955, 9° et 955, 10° ; ou encore C. civ., art. 813-1, pour la désignation du notaire en qualité de mandataire successoral.

⁵⁶⁰ C. PÉRÈS, « Le notaire, auxiliaire de justice », *JCP N* n° 20, 20 mai 2016, 1166.

⁵⁶¹ *Ibidem*.

⁵⁶² *Ibidem*.

⁵⁶³ V. L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, préc. et L. n°2019-486 du 22 mai 2019, préc.

l'État envers ses officiers publics »⁵⁶⁴, ceux-ci détenant « une place de choix dans la contractualisation de certains rapports en droit de la famille »⁵⁶⁵. Bien que d'autres acteurs bénéficient de la déjudiciarisation⁵⁶⁶, le notaire semble être privilégié lorsqu'il s'agit de déjudiciariser « l'activité notariale des juridictions »⁵⁶⁷ ou encore la fonction gracieuse du juge⁵⁶⁸. Ainsi, « les notaires [occupent] une place de choix dans la contractualisation de certains rapports en droit de la famille, qui, auparavant, étaient gérés par les magistrats. Les notaires remplissent finalement le rôle que la loi fondamentale de ventôse leur avait assigné : celui de juges volontaires »⁵⁶⁹.

240. Sur la qualification de « juge », de « magistrat ». – Le notaire est souvent présenté comme un « magistrat de l'amiable »⁵⁷⁰, un « juge de l'amiable »⁵⁷¹, « un juge volontaire »⁵⁷² qualifications qui semblent justifier l'attribution des missions judiciaires au notaire. Il convient dès lors de s'intéresser à cette qualification pour déterminer sa provenance, afin de savoir si elle est justifiée ; afin de comprendre le transfert des compétences judiciaires au notaire. D'abord, cette qualification peut être expliquée par le procédé de création de la profession de notaire en France au Moyen-Âge. En effet, la profession de notaire est issue d'une scission progressive entre les procédures gracieuses⁵⁷³ et les juridictions qui les assuraient⁵⁷⁴. La qualification de « juge » s'explique donc par l'origine judiciaire de la profession ayant obtenu certaines compétences gracieuses antérieurement assurées par des juges. Seulement, l'utilisation actuelle de cette qualification relève plus du symbole, éclairée par l'histoire de la constitution du

⁵⁶⁴ O. VIX, « Le notaire, le juge et l'auxiliaire de justice. Variations sur le statut du notaire dans le domaine gracieux », *JCP N* n° 36, septembre 2019, act. 708.

⁵⁶⁵ *Ibidem*.

⁵⁶⁶ La famille est un acteur privilégié de la déjudiciarisation.

⁵⁶⁷ S. GUINCHARD, (prsd.), Commission sur la répartition des contentieux, *op. cit.*, p. 57. Le rapport fait notamment référence pour une telle activité au contrôle des comptes de tutelles.

⁵⁶⁸ S. AMRANI-MEKKI (S.), « Le sens de la déjudiciarisation », art. préc. L'auteure précise que « le notaire peut naturellement être le réceptacle de nouvelles missions déjudiciarisées, alors même qu'il ne les revendiquerait pas. Il fait alors office de "substitut judiciaire" en exerçant une fonction gracieuse ».

⁵⁶⁹ O. VIX (O.), art. préc.

⁵⁷⁰ J.-P. MARGUÉNAUD, C. DAUCHEZ et B. DAUCHEZ, « La légitimation du notariat par le droit européen des droits de l'Homme », *JCP N* n° 18, 1^{er} mai 2015, 1147 ; J.-P. MARGUÉNAUD, C. DAUCHEZ et B. DAUCHEZ, « Le notaire, "magistrat de l'amiable" au regard du juge européen des droits de l'Homme », *JCP N* n° 36, 8 sept. 2017, 1257 ; Ch. BLANCHARD, « Le notaire dans le projet de loi de réforme pour la justice », *JCP N* n° 18-19, 4 mai 2018, act. 435.

⁵⁷¹ J. HOUSSIER, « Le notaire à l'heure des nouvelles mutations familiales », *JCP N* n° 10, 11 mars 2022, 1106.

⁵⁷² P.-F. RÉAL, *Exposé des motifs de la loi contenant organisation du notariat du 25 ventôse an XI*, in *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Tome III, IIe partie, Lois et décisions diverses, Sirey, 1802, p. 75.

⁵⁷³ S. FERRÉ-ANDRÉ et J.-Y. CAMOZ, (dir.), *Notaire*, Dalloz, Sirey, 3^e éd., 2020, pp. 20-22.

⁵⁷⁴ S. FERRÉ-ANDRÉ et J.-Y. CAMOZ, (dir.), *op. cit.*, 2^e éd., pp. 20-23. Les auteurs rappellent que la profession notariale est apparue progressivement du Xe au XIIIe siècle, de manière asymétrique entre le midi de la France et le Nord. Pour autant, dans ces deux régions les notaires proviennent bien de la scission progressive de leurs prérogatives par rapport à une juridiction.

notariat, que de la réalité. En effet, le juge est lui défini comme « toute juridiction (...) ; tout organe doté d'un pouvoir juridictionnel »⁵⁷⁵. Le notaire, dénué de tout pouvoir juridictionnel, n'est donc pas un juge. Quant à la qualité de « magistrat » parfois reconnue au notaire, elle appelle d'autres interrogations. En effet, le terme de « magistrat » n'est pas synonyme du terme de « juge ». Certains ont alors pu dire que, si le notaire n'est pas un juge, il est bien un magistrat⁵⁷⁶. Ils définissent le magistrat comme « un citoyen qui remplit des fonctions créées et déterminées par la loi, avec une délégation immédiate d'une portion quelconque de l'autorité publique »⁵⁷⁷ et concluent en disant que « les notaires sont donc des magistrats, puisqu'ils ont reçu de la loi une délégation immédiate de la puissance publique (le droit de donner l'authenticité, de délivrer des grosses exécutoires), et que, dans la hiérarchie, ils n'ont pas d'autre chef que le roi ou son ministre »⁵⁷⁸. Il convient de confronter cette démarche avec des définitions plus actuelles du terme « magistrat ». Le magistrat est « au sens strict, toute personne appartenant au corps judiciaire et investie, à titre professionnel du pouvoir de rendre la justice (magistrat du siège) ou de la requérir au nom de l'état (magistrat du parquet) », précision est faite qu'il ne faut pas le « confondre avec juge »⁵⁷⁹. Dans un sens plus large, la notion recouvre « toute personne relevant de l'ordre administratif ou judiciaire (ou les deux), et investie d'une charge publique (d'une magistrature) comportant soit un pouvoir juridictionnel soit le pouvoir de prendre ou de requérir des mesures en vue de l'application des lois ou de l'ordre public »⁵⁸⁰. Or, le notaire ne fait partie ni de l'ordre judiciaire ni de l'ordre administratif ; s'il est investi d'une charge publique, elle ne comporte ni pouvoir juridictionnel, ni pouvoir de prendre ou de requérir des mesures en vue de l'application des lois ou de l'ordre public. Le notaire ne peut donc pas être qualifié de magistrat. Il n'empêche que la qualification persistante lui étant parfois accordée porte une volonté symbolique d'admettre que le notaire revêt les qualités admises au magistrat, et, plus précisément encore, au juge.

241. Sur les qualificatifs de cette « judicature », « magistrature ». – Le vocabulaire assimilant le notaire au juge, au magistrat a prospéré à la suite de l'adoption du Code civil notamment sous la plume des notaires se qualifiant de « juge souverain »⁵⁸¹, de « juge

⁵⁷⁵ G. CORNU, V° « Juge », *op. cit.*, p. 582.

⁵⁷⁶ J.-M. DE LA CODRE DE BEAUDREUIL, *Le notaire*, Paris, Imprimerie Le Normant, 1839, pp. 35-36

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 36.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 37.

⁵⁷⁹ G. CORNU, V° « Magistrat », *op. cit.*, p. 631.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 632.

⁵⁸¹ A. CELLIER, « Deuxième lettre, De l'institution du notariat », in *La philosophie du notariat, ou lettres sur la profession de notaire, adressées à M. CHARDEL, conseiller à la Cour de cassation*, Videcoq, Gobelet, 1832, pp. 11-12

volontaire »⁵⁸², mais encore de « juge de paix »⁵⁸³ se reconnaissant une « magistrature familiale »⁵⁸⁴. D'autres encore reconnaissent que les notaires revêtent « une espèce de judicature »⁵⁸⁵, ou qu'ils forment une « juridiction de l'amiable »⁵⁸⁶. Ce vocabulaire, qualifiant la magistrature du notaire, s'explique par les missions qui lui sont conférées. L'expression de « juge volontaire » renvoie à l'idée que les parties ont recours au notaire lorsqu'elles le souhaitent, et si son intervention est requise *ad validitatem*, les parties peuvent requérir le notaire de leur choix, le notaire est librement saisi par ses clients. La locution de « juge de l'amiable » découle quant à elle du rôle du notaire qui n'intervient qu'en dehors de tout conflit, tout en veillant à concilier les volontés des différentes parties afin qu'il puisse instrumenter sans que le juge ne soit saisi. La qualification de « juge de paix » découle de ce rôle de conciliation des volontés des familles, l'intervention du notaire vise à assurer la paix des familles.

242. Sur le renouveau de la qualification de « magistrature amiable ». – Ce discours faisant du notaire tantôt un juge, tantôt un magistrat, a trouvé une légitimité juridique dans un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui a elle-même qualifié les notaires de « magistrats de l'amiable »⁵⁸⁷. En effet, c'est l'expression que la Cour européenne des droits de l'homme retient dans cette affaire concernant le notariat roumain, qui est également un « notariat de tradition romano-germanique dont la structure est extrêmement proche, au moins si l'on en croit les éléments rapportés par les juges européens, du notariat français »⁵⁸⁸. La qualification peut dès lors être étendue aux notaires français. Cependant, il ne faudrait pas donner à cette qualification plus de poids que les juges européens n'ont voulu lui conférer. En effet, il semblerait que la qualification de « juge de l'amiable » soit une qualification

⁵⁸² P.-F. RÉAL, Exposé des motifs de la loi contenant organisation du notariat du 25 ventôse an XI, préc., p. 75. V. également, P.-D. RAINGUET (P.-D.), *op. cit.*, p. 160.

⁵⁸³ J.-F. SAGAUT, « La nature identitaire de la déontologie notariale », art. préc.

⁵⁸⁴ A. CELLIER, art. préc., pp. 11-12

⁵⁸⁵ G.-J. FAVARD DE LANGLADE, *Répertoire de la législation du notariat*, t.1^{er}, 2^e éd., Paris, Firmin Didot, 1829, p. I. Citation remaniée depuis le rapport fait par G.-J. FAVARD DE LANGLADE au nom d'une commission spéciale sur l'organisation du notariat, devant le conseil des cinq cents, séance du 23 germinal an VI, p. 3 : « Il est peu de fonctions plus importantes que celle de notaire. Dépositaires des plus grands intérêts ; régulateurs des volontés des contractans, quand ils semblent n'en être que les rédacteurs ; interprètes des lois, que l'artifice, la mauvaise foi, & des combinaisons d'orgueil, tendent toujours à éluder, ils exercent une espèce de judicature d'autant plus douce, qu'elle ne paraît presque jamais, ou ne paraît qu'en flattant les intérêts des deux parties : ce qu'ils écrivent fait loi pour les contractans, & si ces lois particulières sont en harmonie avec les lois générales, & ne blessent point les mœurs & l'honnêteté publique, ce grand bien est leur ouvrage ».

⁵⁸⁶ C. BRENNER, « Rapport de synthèse », *JCP N* n°2, 15 janv. 2016, 1012. Reprenant les travaux préparatoires de la loi contenant organisation du notariat du 25 ventôse an XI qui insiste sur cette idée.

⁵⁸⁷ CEDH, 21 mars 2017, *Ana Ioniță c. Roumanie*, Req.30655/09, § 47 ; *JCP N*, n° 36, sept. 2017, 1257, p. 45, obs. MARGUENAUD, DAUCHEZ et DAUCHEZ ; *Defrénois*, n°12, mars 2018, p. 35, obs. LATINA.

⁵⁸⁸ M. LATINA, « Le notaire est un “magistrat de l'amiable” », *Defrénois* n° 12, 22 mars 2018, p.35, spéc. n° 2

d'opportunité au regard de l'affaire, permettant de limiter la liberté d'expression du notaire⁵⁸⁹. En somme, comme le faisait déjà remarquer TOULLIER en 1814, le notaire « n'est plus l'organe d'un juge ou d'un tribunal, mais celui du pouvoir exécutif (...) dont il est le délégué légal et immédiat »⁵⁹⁰, avant de poursuivre en 1824, « on ne peut donc plus dire sous aucun point de vue que les notaires aient la juridiction volontaire »⁵⁹¹. Cette réflexion est reprise par la doctrine contemporaine⁵⁹². Ainsi, l'histoire de la création de la profession, le symbole de « juge de l'amiable », qui persiste pour qualifier la fonction du notaire, et la mission de protection des biens de la famille expliquent que le notaire soit l'acteur privilégié de la déjudiciarisation. Toutefois, les missions du juge et du notaire ne sont pas semblables. Ainsi, la protection qui résulte de l'intervention de ces deux acteurs ne peut être la même.

243. Les distinctions des missions notariales et judiciaires. – Les missions du juge et celles du notaire semblent clairement séparées et définies : « le juge tranche et résout un conflit. Le notaire authentifie, en vérifiant la sincérité et la réalité de l'accord, une volonté qu'il ne suggère pas mais qu'il reçoit »⁵⁹³. La séparation n'est pourtant pas si nette. En effet, le juge ne fait pas que trancher les litiges, il a également une mission en dehors de tout conflit, la matière gracieuse, matière qui justement quitte progressivement l'office du juge pour entrer dans les prérogatives notariales. Le notaire et le juge n'ayant pas les mêmes prérogatives, les missions déjudiciarisées, confiées au notaire, n'entraînent pas une protection identique⁵⁹⁴. En effet, « [le notaire] ne prend pas la place [du juge] »⁵⁹⁵. Notamment, le notaire n'effectue aucun contrôle de conformité de la convention aux différentes notions-cadre posées par le Code civil comme le ferait un juge. Aussi, le notaire n'effectue pas de contrôle de l'intérêt de la famille lorsque des époux veulent changer de régime matrimonial⁵⁹⁶, alors que l'article 1397 du Code civil prévoit pourtant que le changement doit être conforme à un tel intérêt. Le notaire se contente « comme d'usage, de contrôler la légalité de la situation à lui soumise et ce en vue d'établir son

⁵⁸⁹ J.-P. MARGUÉNAUD, C. DAUCHEZ et B. DAUCHEZ, « Le notaire, "magistrat de l'amiable" au regard du juge européen des droits de l'Homme », art. préc.

⁵⁹⁰ C. M. B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 6, Paris, Warée, 1814, note 1, p.250.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 226.

⁵⁹² M. MEKKI, (dir.), *L'avenir du notariat, Passé, présent, futur*, Lexis Nexis, 2016, pp. 78-79

⁵⁹³ Ph. POTENTIER, « Le juge et le notaire », art. préc.

⁵⁹⁴ Déjà au XIXe siècle, les auteurs critiquaient une assimilation trop fortes des juges et des notaires alors que « les habitudes bien constantes (...) séparaient entièrement les fonctions notariales des fonctions judiciaires » in J.-M. DE LA CODRE DE BEAUDREUIL, *op. cit.*, pp. 20-21.

⁵⁹⁵ Ph. POTENTIER (Ph.), art. préc.

⁵⁹⁶ J. REVEL, « Le changement de régime matrimonial : quelle judiciarisation ? », *D.* 2006, p. 2591. *Contra v.* Ch. BLANCHARD, « Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : points intéressant le notariat », *JCP N* n° 13, 29 mars 2019, act. 332. Bien que l'auteur avance cette idée avec précaution, non sans rappeler les thèses de ses contradicteurs et sans les disqualifier entièrement.

acte »⁵⁹⁷. La condition de la conformité du changement de régime matrimonial à l'intérêt de la famille n'est finalement que formelle⁵⁹⁸ en l'absence de juge⁵⁹⁹. En effet, à défaut d'intervention du juge, pour une des causes résiduelles, aucun contrôle de ce critère légal n'est effectué, si ce n'est que le consensus familial, en cas d'absence d'opposition, vaut conformité à l'intérêt de la famille. Cependant, si un tiers créancier forme une opposition au changement de régime matrimonial, le juge effectuera un tel contrôle alors même que le consensus familial existe. Il y a donc une disparité qui se crée au sein des familles. De même, toujours en cas de changement de régime matrimonial, le notaire n'effectue pas de contrôle de l'intérêt des enfants mineurs du couple, il se contente de saisir le juge si le changement de régime matrimonial compromet « manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou (...) [s'il est] de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci »⁶⁰⁰, à charge pour le juge d'effectuer le contrôle. Ainsi, la protection des intérêts patrimoniaux du mineur repose sur la diligence du notaire à informer le juge. De plus, la prise en compte de l'intérêt du mineur, dans cet acte, a aussi été diminuée car, sous l'empire de la loi antérieure⁶⁰¹, le contrôle de l'intérêt de l'enfant était automatique, compris dans le contrôle de l'intérêt de la famille, et n'était pas soumis à une condition supplémentaire qu'est le risque « de compromettre gravement ses intérêts patrimoniaux ». En matière de changement de régime matrimonial, la condition du contrôle, instaurée pour limiter l'accès au juge, conduit à une intervention exclusive du notaire dans une majorité de cas.

244. Ainsi, la déjudiciarisation au profit du notaire a bien réduit le contrôle des intérêts en présence et partant l'intensité de la protection patrimoniale en raison de la différenciation des missions du notaire et du juge. Pour autant, certains relativisent cette diminution de la protection, notamment en matière de régime matrimonial. Pour eux, « le recul de la protection institutionnelle de la famille susceptible d'en résulter est plus symbolique que réel compte tenu du nombre très marginal de refus d'homologation de changement de régime matrimonial »⁶⁰². Ainsi, la seule intervention du notaire entraîne dans certains cas une diminution de la protection en matière patrimoniale, tantôt symbolique, tantôt réelle.

⁵⁹⁷ N. RANDOUX, « La déjudiciarisation : opportunité ou danger ? », *Deffrénois* n° 18-19, 17 mai 2018, p. 15.

⁵⁹⁸ D'autant plus formelle que postérieurement la convention, qui ne nécessite pas d'homologation, ne peut pas être remise en cause pour défaut de conformité à l'intérêt de la famille. Voir en ce sens, Civ. 1^{re}, 29 mai 2013, n° 12-10.027, Bull. civ. I, n° 115 ; *Deffrénois* 2013, p. 1146, obs. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 2013, p. 590, obs. HAUSER.

⁵⁹⁹ En ce sens, v. C. PÉRÈS, « Le notaire, auxiliaire de justice », *art. préc.*

⁶⁰⁰ L'article 1397, al. 5, du Code civil prévoit que le notaire peut saisir le juge dans les conditions de l'article 387-3 du même Code. Ainsi, le notaire ne peut saisir le juge que lorsque la convention projetée par les époux porte atteinte aux intérêts patrimoniaux de l'enfant et à l'intérêt de la famille.

⁶⁰¹ V. C. civ., art. 1397 issu de L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 préc.

⁶⁰² C. PÉRÈS, « Le notaire, auxiliaire de justice », *art. préc.*

Cependant, l'intervention du notaire est parfois plus protectrice que l'intervention d'une juridiction⁶⁰³, par exemple « l'exercice de l'option successorale devant le notaire (...) permettra à l'héritier renonçant ou acceptant à concurrence de l'actif net d'être conseillé et guidé dans sa décision ce qui n'est pas le cas aujourd'hui devant le greffe »⁶⁰⁴. La présence du notaire n'efface pas toute trace de protection, mais elle entraîne un renouvellement de la manière dont est exercée la protection.

B. Les moyens d'intervention du notaire

245. Les moyens d'intervention du notaire. – Il s'agit de s'intéresser à la mise en œuvre du rôle protecteur du notaire : d'abord, la protection découle du formalisme qui accompagne l'intervention notariale ; ensuite, le notaire exerce un rôle préventif à l'égard de ses clients.

246. La protection par le formalisme. – La protection devant le notaire découle de l'ensemble du formalisme instauré, et spécialement de l'acte authentique notarié. Ainsi, lorsque dans le cadre de la déjudiciarisation, le législateur a requis l'intervention du notaire, ce phénomène n'a pas entraîné une déformalisation de la protection⁶⁰⁵. D'autant que la protection devant le notaire ne découle pas exclusivement de l'acte authentique notarié. D'abord, la protection résulte de l'obligation faite pour certains actes particuliers de recourir au notaire. Ensuite, un formalisme renforcé est parfois prévu pour l'établissement de certains actes.

247. La présence de deux notaires. – Le formalisme renforcé se manifeste par l'obligation faite par le législateur de recourir à deux notaires pour certains actes considérés comme dangereux. La loi du 25 ventôse an XI prévoit en son article IX que « les actes seront reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins », posant le principe de la présence des deux notaires pour l'ensemble des actes notariés. Pourtant, l'article 2 de la loi du 21 juin 1843 est venu préciser que « les actes notariés contenant donation entre-vifs, donation entre époux pendant le mariage, révocation de donation ou de testament, reconnaissance d'enfants naturels, et les procurations pour consentir ces divers actes, seront, à peine de nullité, reçus conjointement par deux notaires, ou par un notaire en présence de deux témoins. La présence

⁶⁰³ *Ibidem.*

⁶⁰⁴ *Ibidem.*

⁶⁰⁵ En ce sens, v. Ph. POTENTIER, « Le juge et le notaire », art. préc. L'auteur précise que « le législateur n'a pas toutefois voulu ce droit volontaire, libre et sans contrainte. Outre quelques exigences légales posées ici et là dans la façon de le concevoir, il propose clairement sur le terrain de la forme un couloir obligé, celui de l'acte notarié ». Le divorce par consentement mutuel fait figure d'exception, l'acte n'a pas été confié au notaire, qui se contente d'enregistrer la convention. Toutefois, un certain formalisme est maintenu car le divorce doit être fait par acte sous seing privé contresigné par avocats.

du notaire en second ou des deux témoins n'est requise qu'au moment de la lecture des actes par le notaire et de la signature par les parties : elle sera mentionnée, à peine de nullité ». Cet article renforce le formalisme pour ces actes, ayant des conséquences sur la vie patrimoniale de la famille, en imposant la « présence réelle » des deux notaires au moment de la réception de l'acte notarié et en assortissant la méconnaissance de cette forme par la nullité de l'acte. Ainsi, le législateur a reconnu l'importance de sécuriser plus intensément encore les actes qui conduisent à un transfert patrimonial, notamment eu égard à la méfiance à l'encontre des libéralités⁶⁰⁶. Pour autant, en 1966⁶⁰⁷, le législateur a encore entendu assouplir l'exigence de la présence de deux notaires. En effet, l'article 2 de la loi généralise la réception des actes par un seul notaire à l'exception des testaments par acte public, ainsi que pour la révocation expresse devant notaire d'un testament, et les procurations pour révocation de testament. Cependant, ce maintien de la présence de deux notaires, ou d'un notaire et de deux témoins, est très résiduel car le testament par acte public est concurrencé par d'autres formes testamentaires. De plus, la révocation ne se fait pas obligatoirement devant notaires, un testament postérieur suffit à révoquer le testament antérieur. Cette formalité en déclin a été reprise par la réforme de 2006⁶⁰⁸ pour la renonciation anticipée à l'action en réduction des libéralités excessives. Cela montre que cette formalité est toujours invoquée lorsque le danger patrimonial est considéré comme important. La présence de deux notaires est donc un moyen de protection traditionnel, de même que l'acte authentique.

248. L'acte authentique. – « L'acte notarié est un acte authentique qui, rédigé, daté, signé et conservé par une autorité publique ayant pour mission d'intérêt général le conseil des parties et la préconstitution de la preuve de leurs engagements, oblige son auteur à en garantir la validité et l'efficacité, est pourvu d'une force probante éminente et a force exécutoire »⁶⁰⁹. Trois éléments de cette définition intéressent la mise en œuvre de la protection par le notaire : le devoir de conseil, la force probante et la force exécutoire. Les deux derniers éléments assurent la sécurité juridique⁶¹⁰ de l'acte notarié de laquelle découle la protection. En effet, l'acte notarié contenant donation assure au donataire la propriété du bien⁶¹¹. Le notaire se charge à cet effet

⁶⁰⁶ En ce sens v. le commentaire de la loi in *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Tome XLIII, IIe partie, Lois et décisions diverses, Sirey, 1843, pp. 436-437.

⁶⁰⁷ L. n° 66-1012 du 28 décembre 1966 modifiant l'article 1007 du code civil relatif au testament olographe et art. 9, L. du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, J.O. du 29 déc. 1966, p. 11626.

⁶⁰⁸ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, préc.

⁶⁰⁹ 111^e Congrès des notaires de France, *La sécurité juridique, Un défi authentique*, Strasbourg 2015, p. 160.

⁶¹⁰ « L'acte authentique est la réponse la plus aboutie au besoin de sécurité juridique », in 111^e Congrès des notaires de France, *op. cit.*, p. 147.

⁶¹¹ En ce sens v. *ibid.*, p. 603.

de contrôler la légalité de l'acte, il permet ainsi d'assurer « l'efficacité des actes qu'il dresse »⁶¹². De plus, l'intervention du notaire permet à ses clients de mesurer la portée de leur engagement, tant en raison de la solennité qu'induit la présence du notaire qu'en raison du devoir de conseil de celui-ci⁶¹³. Ainsi, « confier la rédaction d'un acte au notaire, ce serait, d'abord, renforcer la protection du particulier en s'assurant qu'il va bénéficier des explications nécessaires et qu'il va en conséquence émettre un consentement de qualité. Imposer le recours au notaire ce serait, ensuite, faire bénéficier le client de la force particulière de l'acte authentique et limiter par là même le contentieux postérieur à la signature de l'acte »⁶¹⁴. À côté de ces moyens traditionnels, se développent de nouvelles formalités.

249. L'émergence de nouvelles formalités : les délais. – Dans le cadre de la déjudiciarisation, le législateur a entendu instaurer de nouvelles formalités en matière de droit de la famille. Il s'est tourné vers l'instauration de délais d'opposition ou de réflexion censés donner à la personne concernée un délai lui permettant de mesurer l'étendue de l'engagement et/ou de vérifier que ses intérêts ne sont pas mis en cause par l'acte envisagé. Le droit patrimonial de la famille a d'abord vu émerger les délais d'opposition comme, par exemple, en matière de changement de régime matrimonial, où les enfants majeurs du couple ont un délai afin de pouvoir faire opposition au changement à partir de la notification de celui-ci⁶¹⁵.

250. L'utilisation du délai de réflexion est plus récente. C'est une pratique venant du droit de la consommation, également applicable en matière de vente immobilière devant le notaire, qui fait son apparition en droit de la famille en matière de divorce déjudiciarisé. En effet, l'article 229-4 du Code civil, issu de la loi du 18 novembre 2016, prévoit que l'avocat doit adresser un projet de la convention de divorce à l'époux qu'il assiste, celle-ci ne pouvant être signée avant l'écoulement d'un délai de réflexion de quinze jours à compter de sa réception, sous peine de nullité. Le notaire doit alors s'assurer du respect du délai de réflexion, conformément à l'article 229-1 du Code civil. Il est bon de s'interroger sur leur pertinence en matière patrimoniale, certains voient dans ce « formalisme de substitution »⁶¹⁶ une simple « illusion »⁶¹⁷ de protection.

⁶¹² C. BRENNER, « Rapport de synthèse », *art. préc.*

⁶¹³ « Au formalisme protecteur, il substitue le formalisme structurant. Et pourtant, l'un découle de l'autre. Parce que l'intervention du notaire n'est pas ordinaire et constitue un élément marquant correspondant à une étape de vie, il provoque une réflexion, laquelle aboutit le plus souvent à une demande de conseil, donc de protection » N. RANDOUX, *art. préc.*

⁶¹⁴ M. LATINA, « L'efficacité et les nouvelles compétences du notaire », *JCP N* n° 23, 8 juin 2012, 1252.

⁶¹⁵ C. civ., art. 1397.

⁶¹⁶ N. RANDOUX, *art. préc.*

⁶¹⁷ *Ibidem.*

251. Ces délais permettent de retourner devant le juge en cas d'opposition dans le changement de régime matrimonial ou si un époux souhaite opter pour un divorce contentieux. Il semblerait alors que l'intervention judiciaire ne soit pas sans intérêt⁶¹⁸. L'instauration de ces délais permet de retrouver le juge lorsque la situation n'est pas pacifiée. En effet, le notaire n'intervient que lorsqu'aucun conflit n'est présent autour de l'acte qu'il doit instrumenter. L'intervention notariale permet de prévenir un éventuel conflit en anticipant les difficultés juridiques mais elle ne règle pas les conflits, d'où la nécessité de prévoir un retour au juge lorsqu'un conflit apparaît concomitamment à la réception d'un acte.

252. La protection préventive. – Le notaire intervient en amont de tout conflit, les actes qu'il dresse permettent d'anticiper les difficultés afin de « prévenir les différends »⁶¹⁹ : anticipation des difficultés de partage par l'établissement d'un régime matrimonial sur mesure pour les époux, libéralités organisant la répartition du patrimoine du *de cujus*, ou encore anticipation du vieillissement en prévoyant un mandat de protection future. L'intervention notariale permet la mise en place d'une véritable protection préventive en anticipant toutes les difficultés pouvant naître au cours de la vie patrimoniale de la famille, évitant le contentieux patrimonial⁶²⁰, et assurant ainsi la paix des familles. Certains comparent cette mission du notaire à de la « médecine préventive »⁶²¹, le notaire, tel le médecin, devant mettre en place un véritable traitement prophylactique pour optimiser la protection des biens dans le cadre familial. Ce rôle préventif s'agrandit d'autant que les compétences du notaire s'accroissent, notamment sous l'effet des déjudiciarisation.

253. Ces développements, tant sur l'histoire de la fonction notariale que sur le rôle du notaire, permettent de limiter les craintes parfois émises sur la déjudiciarisation en matière patrimoniale et sur la diminution de la protection qui en résulte. Pourtant, le notaire n'est pas le seul acteur à avoir bénéficié de la déjudiciarisation et de la contractualisation corollaire, d'autres acteurs ont été appelés afin de prendre leur place dans le système de protection. Cependant, à la différence du notaire, ces acteurs ne sont pas des acteurs étatiques, mais familiaux.

⁶¹⁸ En ce sens, *ibidem*.

⁶¹⁹ C. BRENNER, « Rapport de synthèse », art. préc.

⁶²⁰ B. BEIGNIER, « Après la médecine préventive, pour un “notariat préventif” », *JCP N* n° 37-38, 15 sept. 2017, act. 797.

⁶²¹ *Ibidem*.

SECTION 2

L'IMPLICATION RENOUVELÉE DES ACTEURS FAMILIAUX

254. L'implication de la famille dans la protection est renouvelée à deux titres. D'abord, « renouveler » peut signifier « faire de nouveau »⁶²². Ainsi, il faut comprendre que la famille est reconduite dans sa mission de protection des biens dans le cadre famille. Ensuite, « renouveler » renvoie également à l'idée de « modifier les caractéristiques de quelque chose »⁶²³. Selon cette acception, l'implication de la famille dans la protection des biens revêt une nouvelle forme. Le renouvellement de l'implication des acteurs familiaux doit s'entendre de ces deux manières. Dès l'origine du Code civil, la famille semble donc avoir un rôle primordial dans la protection des biens en raison de son implication. Toutefois, cette faveur accordée à la famille peut lui être retirée.

255. Ainsi, si la famille est un acteur privilégié de la protection des biens (§1), elle peut être écartée de cette protection (§2).

§ 1 UN ACTEUR PRIVILÉGIÉ DE LA PROTECTION

256. La famille est un acteur privilégié en raison de la légitimité qu'elle détient quant à la protection des biens se trouvant dans son giron. La légitimité de la famille justifie son rôle d'acteur dans la protection dès l'origine du Code civil. Toutefois, la légitimité de principe de la famille à assurer la protection des biens de ses membres comporte un certain nombre de limites. Il faudra donc envisager la pérennité de la légitimité de la famille en matière de protection des biens (A) puis étudier les différentes limites de cette légitimité (B).

A. La pérennité de la légitimité de la famille

257. Le déclin de la double légitimité du chef de famille. – En 1804, la protection des biens de la famille repose essentiellement sur le chef de famille sous sa double facette de mari et de père. La légitimité du chef de famille lui est conférée par la loi. Elle est la traduction, au sein de la famille, du paternalisme juridique. Cependant, au fil des réformes, le père et mari n'est plus le seul acteur familial de la protection des biens. Il convient ainsi de comprendre le passage de la légitimité du mari à celle du couple (1), mais aussi le transfert de la légitimité du père à

⁶²² CNRTL, V° « renouveler ».

⁶²³ *Ibidem*.

celle des parents (2). De plus, la famille semble également être un acteur légitime de la protection des biens des majeurs protégés (3).

1. La légitimité des époux dans la protection des biens du couple

258. L'évolution de la protection des biens au sein du couple. – Il a déjà été vu que la gestion des biens au sein du couple est passée d'une gestion unique par le mari à une gestion bicéphale qui requiert le consensus des époux⁶²⁴. Cependant, il est nécessaire de questionner la légitimité du mari à endosser seul le rôle de protecteur des biens de la famille sur une période allant de 1804 à 1985, afin de comprendre le passage progressif vers la légitimité des époux.

259. De la légitimité du mari... – La légitimité du mari, à assurer la protection des biens au sein du couple, est issue de la différenciation des sexes faite par le Code civil de 1804. En effet, comme il a été vu précédemment⁶²⁵, le législateur de 1804 considère que la femme mariée n'est pas en mesure d'assurer les intérêts patrimoniaux de la famille en raison de sa faiblesse naturelle et du risque de dilapidation des biens que pourrait entraîner sa gestion. Le mari est considéré comme plus à même d'effectuer la gestion des biens du couple. Partant de ce constat, le législateur a alors pris les mesures permettant au mari d'assurer la gestion des biens du couple : il confère au mari de larges pouvoirs en matière de gestion des biens et prive, corollairement, l'épouse de la capacité d'exercice en la matière. Le mari est l'acteur privilégié de la protection des intérêts patrimoniaux du couple. Deux raisons permettent de justifier cela. D'abord négativement, le législateur considère qu'aucun autre acteur ne peut assurer cette mission mieux que lui. L'épouse, outre l'incapacité qui l'affecte, est disqualifiée en raison de la volonté du législateur d'investir un chef à la tête de la famille⁶²⁶. Cette volonté se traduit par la nécessité de désigner une personne unique, le choix se portant sur le mari pour les raisons sus-énoncées. Ensuite, il semblerait que le mari soit le protecteur idoine en ce qu'il en va de son intérêt. En effet, lorsque la gestion de la communauté est confiée à l'époux, il va de son intérêt de conserver au mieux la substance des biens et d'en assurer une bonne gestion. La communauté d'intérêts est une justification convaincante de la légitimité que le législateur a confiée au mari en tant que protecteur. En effet, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, la femme mariée retrouve une plus grande liberté de gestion de ses biens personnels. Ceci démontre que dans un pareil cas le mari n'est plus considéré comme le meilleur acteur de la protection, notamment car il n'a pas un réel intérêt personnel à la bonne gestion des biens.

⁶²⁴ V. *supra* n° 121 s.

⁶²⁵ V. *supra* n° 88.

⁶²⁶ D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 204.

Cependant, cette légitimité a été remise en cause au cours des années 60, d'abord, en limitant les pouvoirs du mari sur les biens communs et, ensuite, par l'instauration de l'égalité totale entre les membres du couple marié.

260. ... à la légitimité du couple. – Les pouvoirs du mari sur la communauté ont été limités, avec la loi du 13 juillet 1965⁶²⁷. Le mari doit obtenir l'autorisation de son épouse pour effectuer certains actes. Il en va ainsi des actes de disposition à titre gratuit des biens communs. C'est la dangerosité des actes pour la consistance du patrimoine commun, et le risque de sortie des biens de la famille qui ont conduit le législateur à instaurer ce contre-pouvoir. Cela permet également de ne pas nier les intérêts de l'épouse. De plus, l'instauration de contre-pouvoirs permet de promouvoir au sein du couple un consensus pour les actes les plus graves. La décision concertée autour des actes les plus graves semble être un des meilleurs moyens d'assurer une bonne gestion des biens au sein de la famille. En effet, la famille est par principe la plus à même de savoir ce qui est bon pour la préservation de ses biens et de son patrimoine.

261. La réforme du droit des régimes matrimoniaux de 1985⁶²⁸ a instauré une égalité parfaite entre les époux dans la gestion de leurs biens. Cela a eu pour conséquence de restaurer l'unité entre propriété et gestion. En effet, les pouvoirs de gestion sont largement calqués sur la propriété des biens. Chaque époux est le plus légitime pour gérer et, partant, pour protéger ses biens propres ou personnels. La masse des biens communs est désormais gérée concurremment par les époux pour les actes courants⁶²⁹, alors que les actes les plus dangereux sont soumis à cogestion⁶³⁰. C'est finalement une restauration des pouvoirs du propriétaire qui est organisée, car le propriétaire est, par principe, le mieux à même d'assurer la protection de ses biens conformément à ses intérêts. Cependant, cette correspondance entre propriété et légitimité de gestion n'est pas totale. En effet, pour la gestion du logement de la famille, le législateur a décidé de consacrer une gestion commune pour les actes les plus graves, indépendamment de la propriété du logement⁶³¹. Ainsi, la légitimité de la gestion bicéphale ressort soit de la propriété en commun, soit de l'intérêt collectif qui s'exerce sur le bien. Ce second constat est renforcé par la particularité de la gestion des biens professionnels communs. En effet, dans ce cas, si le bien est commun, la gestion est personnelle pour les actes d'administration car l'époux exerçant la profession est le plus compétent pour effectuer de tels actes. Pour autant, les actes

⁶²⁷ L. n° 65-570 du 13 juil. 1965, préc.

⁶²⁸ L. n° 85-1372 du 23 déc. 1985, préc.

⁶²⁹ C. civ., art. 1421.

⁶³⁰ C. civ., art. 1422, 1424 et 1425.

⁶³¹ C. civ., art. 215, al. 3.

les plus graves restent soumis à cogestion⁶³² en raison du caractère commun des biens et de l'intérêt économique de la famille.

262. Il y a donc eu un passage de la légitimité du mari vers la légitimité des époux pour la protection des biens du couple. Un mouvement semblable se retrouve en matière de protection des biens des enfants.

2. La légitimité des parents dans la protection des biens de leurs enfants

263. Les évolutions de la gestion des biens des enfants mineurs par les parents. – En matière de protection des biens du mineur, une double évolution se manifeste. En 1804, le père est seul administrateur des biens de ses enfants⁶³³, la mère n'occupant cette fonction qu'après la mort de celui-ci⁶³⁴. Par effet de miroir du couple marié, les parents ont également acquis une égalité parfaite entre eux vis-à-vis de la gestion des biens de leurs enfants⁶³⁵. Le consensus nécessaire entre les parents dans la gestion des biens de leurs enfants est une source de protection. Pourtant, une nouvelle évolution permet à un parent seul d'effectuer les actes sur les biens de ses enfants⁶³⁶. Ces évolutions nécessitent de comprendre ce qui fonde la légitimité des parents à assurer la protection des biens de leurs enfants, afin de déterminer quel acteur permet une meilleure protection des biens du mineur (a). Il conviendra ensuite d'exposer les moyens mis à la disposition des parents pour assurer leur mission (b).

a. La légitimité des parents

264. De la légitimité du père... – Deux fondements pourraient permettre d'expliquer la légitimité du père de famille à assurer le rôle de protecteur des biens de ses enfants. Le premier fondement, relatif aux enfants, est leur impossibilité de gérer leurs biens. Le second fondement, relatif au protecteur, est l'affection naturelle que le père de famille a pour ses enfants⁶³⁷.

265. D'abord, l'investiture du père de famille est rendue nécessaire par l'impossibilité pour le mineur de gérer ses biens : impossibilité tant naturelle, à l'égard de l'*infans*, que légale, à l'égard du mineur qui se rapproche de la majorité mais qui reste incapable jusqu'à vingt-et-un ans. La nécessité d'une intervention sur le patrimoine du mineur est parfois atténuée, certains

⁶³² C. civ., art. 1424.

⁶³³ C. civ., art. 389, en vigueur en 1804.

⁶³⁴ C. civ., art. 390, en vigueur en 1804. Encore que le père peut « nommer à la mère survivante et tutrice, un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle », conformément à l'article 391, alinéa 1^{er}, du Code civil en vigueur en 1804.

⁶³⁵ L. n° 85-1372 du 23 déc. 1985, préc.

⁶³⁶ Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015, préc.

⁶³⁷ Sur l'affection de la mère v. *infra* n° 406.

pouvant affirmer que « l'inexpérience est rarement entreprenante et si elle n'encourage pas le mineur à acquérir, elle lui donne l'habitude de conserver »⁶³⁸. Cette conception ne semble pas convaincante car, face à la nécessité d'effectuer certains actes sur son patrimoine, le mineur n'a pas l'expérience nécessaire pour assurer ses chances de prendre la bonne décision.

266. Ensuite, il s'agit de savoir si l'affection du père permet de justifier qu'il administre les biens de ses enfants et, partant, assure la protection de leurs biens. L'affection du père à l'égard de ses enfants semble être un fondement pertinent de sa légitimité⁶³⁹. Cependant, elle ne peut expliquer la légitimité du seul père. En effet, les travaux préparatoires du Code civil font état de l'affection naturelle des père et mère⁶⁴⁰. Pourtant, les mêmes travaux donnent au père la possibilité d'administrer les biens des enfants⁶⁴¹. Il est alors possible de se demander pourquoi la mère est écartée. Il ne semble pas qu'il y ait plus de raisons que celles déjà invoquées précédemment pour la disqualification de l'épouse dans la gestion des biens communs : une volonté de gestion unique et la considération de la faiblesse de la femme. Cette dernière justification nécessite, cependant, quelques explications complémentaires. En effet, lors du décès du père, la mère est investie des pouvoirs confiés au père de son vivant. Cela peut laisser penser que le législateur de 1804 reconnaissait à la mère les mêmes qualités qu'au père pour gérer les biens des enfants mineurs. Cependant, la faiblesse de la mère est tout de même affirmée car, contrairement au père, le législateur lui laisse la possibilité de ne pas endosser ce rôle, en lui permettant de confier cette tâche à un tuteur⁶⁴².

267. De plus, la légitimité du père tient au fait que le père est l'archétype même du protecteur. En effet, les travaux préparatoires utilisent le champ lexical de la paternité pour démontrer la sagesse de leur proposition⁶⁴³. Cette image du père se retrouve d'ailleurs dans tout le droit civil

⁶³⁸ PERDRIX, ALBAREL et RIBES, *Observations du tribunal d'appel séant à Montpellier*, in P.-A. FENET, *op.cit.*, t. IV, p. 477.

⁶³⁹ Pour la Loi de 1964, le législateur fera également référence à l'affection comme justification de la légitimité des parents. Le rapport de l'Assemblée nationale précise qu'« il convient également de considérer que, d'une façon générale, l'affection des parents pour leurs enfants est une garantie suffisante de leur bonne gestion », voir H. COLLETTE, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 885) portant modification des dispositions du code civile relative à la tutelle et à l'émancipation*, J.O., doc. A. N., Annexes aux procès-verbaux des séances, séance du 23 juin 1964, Année 1963-1964, n° 42, 11 mai 1965, p. 722.

⁶⁴⁰ DUVEYRIER, *Discours devant le Corps législatif*, séance du 2 germinal an XI (23 mars 1803), in P.-A. FENET, *op.cit.*, t. X, p. 204.

⁶⁴¹ Ainsi, la mère n'est envisagée que comme une protectrice subsidiaire : « à défaut du père, la mère est la personne la plus affectonnée de toutes celles qui peuvent prendre soin du mineur », F. D. TRONCHET, *Discussion du Conseil d'État*, séance du 26 frimaire an X (17 déc. 1801), in P.-A. FENET, *op.cit.*, t. X, p. 547.

⁶⁴² C. civ., art. 394, en vigueur en 1804.

⁶⁴³ Ainsi, lors des discussions, il a pu être dit que « [les dispositions du projet de loi] sont si sages, si concordantes, si paternelles » voir B. DE GREUILLE, *Rapport au Tribunat*, 5 germinal an XI, in P.-A. FENET, *op.cit.*, t. X, pp. 730- 731.

par la formule « bon père de famille »⁶⁴⁴, qui vise la bonne conduite à suivre. Plus encore, le projet de Code civil relativement aux mineurs « assure la puissante protection de la loi à la faiblesse et au malheur, qui dérangent trop souvent l'harmonie sociale; il conserve les biens et la paix des familles »⁶⁴⁵. Certes il est fait référence à la puissante protection de la loi, mais c'est finalement essentiellement par le père de famille que la protection va être assurée. Le père est l'acteur de la protection institué par la loi. La mission de protection du père n'a cependant pas vocation à s'inscrire dans la durée, son intervention est cantonnée à la minorité de l'enfant, pendant le temps où le mineur est considéré par la loi comme incapable d'assurer seul ses intérêts. Par une lecture *a contrario* de l'article 488 du Code civil de 1804⁶⁴⁶, l'enfant est considéré comme mineur jusqu'à ses vingt-et-un ans. Ainsi, par principe, le père aura l'administration des biens de ses enfants jusqu'à ce qu'ils atteignent cet âge, sauf si les enfants obtiennent leur émancipation.

268. ... à la légitimité des parents – En réalité, bien que seul le père soit investi de l'administration des biens des enfants mineurs, un embryon de gestion bicéphale se dessine déjà en 1804. DEMOLOMBE enseignait à ce sujet que « pendant le mariage, les père et mère sont là, se consultant, se concertant tous les deux, veillant en quelque sorte l'un sur l'autre, à leur insu, avec une instinctive émulation de tendresse »⁶⁴⁷. La présence de la mère est une des justifications pour écarter la constitution d'un conseil de famille pour l'exercice de l'administration légale, les auteurs assurent que « l'administration des biens [des enfants] est en équilibre tant que les deux époux existent » car « le père a près de lui (...) durant le mariage, un surveillant naturel, la mère, qui, en cette qualité, ne peut jamais être présumée capable de faiblesse lorsqu'il s'agit de vigilance à l'égard des intérêts de ses enfants »⁶⁴⁸. De simple surveillante, en présence du père, la mère a obtenu un vrai contre-pouvoir à la gestion du père.

269. Le législateur a peu à peu introduit la mère dans la gestion des biens de l'enfant. S'il a fallu attendre la loi du 23 décembre 1985 pour que l'égalité soit parfaite entre les parents, dès

⁶⁴⁴ C. civ., art. 450, 601, 1137, 1374, 1728, 1766, 1806, 1880 et 1962, en vigueur en 1804.

⁶⁴⁵ B. DE GREUILLE (B.), *Rapport au Tribunat, op. cit.*, pp. 730-731.

⁶⁴⁶ En effet, l'article 488 du Code civil, dans sa version en vigueur en 1804, dispose que « la majorité est fixée à vingt-un ans accomplis ; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile, sauf la restriction portée au titre du Mariage ». Depuis la Loi n°74-631 du 5 juill. 1974, l'article 388 du Code civil prévoit que « le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis ».

⁶⁴⁷ Ch. DEMOLOMBE, VI, n° 415, cité in I.-É. POTTIER, *Droits du père de famille sur la personne et spécialement sur les biens de l'enfant avant et depuis le Code Napoléon*, Thèse, A. Durand Librairie, 1859, p. 111.

⁶⁴⁸ A. DE KÉGUELIN DE ROZIÈRE, *Du droit d'administration légale sous l'autorité paternelle et de la juridiction compétente pour en discipliner l'exercice*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal, Billard et Cie, 1881, p. 33.

1964⁶⁴⁹ la mère agit comme un contre-pouvoir au sein de la gestion des biens de l'enfant. Ainsi l'article 389-5 du Code civil, issu de la loi du 14 décembre 1964, prévoit que « dans l'administration légale pure et simple, l'administrateur accomplit avec le consentement de son conjoint les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille ». Bien que la loi du 4 juin 1970⁶⁵⁰, qui substitue « l'autorité parentale » à « la puissance paternelle », confie l'autorité parentale aux deux parents, elle réaffirme que l'administration légale n'est exercée que par le seul père lorsque l'autorité parentale est exercée en commun. Cela montre qu'en matière patrimoniale, le père bénéficie toujours d'une préférence par rapport à la mère. C'est donc la loi du 23 décembre 1985⁶⁵¹, qui introduit le principe de la gestion commune par les parents des biens de leurs enfants à l'article 389 du Code civil : « si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, ceux-ci sont administrateurs légaux ». Le rôle de la mère a ainsi d'abord été instauré comme un contre-pouvoir pour les actes les plus dangereux, puis de manière concurrente à celui du père. L'instauration d'un contre-pouvoir permet une prise de décision plus réfléchie et, partant, une meilleure protection des biens. Cette gestion bicéphale est donc salvatrice notamment pour les actes les plus dangereux, d'autant que la gestion s'exerce sur un patrimoine dont les parents ne sont pas propriétaires. Ce constat est renforcé par le fait que lorsqu'un seul parent exerce l'administration légale une intervention du juge est nécessaire pour des actes que les parents peuvent faire seuls lorsque l'administration légale est pure et simple. Ainsi, le législateur n'accorde plus, comme en 1804, sa confiance au parent exerçant seul l'administration légale. La gestion par les parents des biens de leurs enfants tient désormais au fait que les deux parents exercent l'administration légale, c'est donc bien le couple parental qui est légitime. Pourtant, cette promotion de la décision concertée est renversée par la réforme de l'administration légale issue de l'ordonnance du 15 octobre 2015⁶⁵².

270. Le retour de la gestion unique. – L'ordonnance du 15 octobre 2015 supprime la distinction faite entre l'administration légale pure et simple et l'administration légale sous contrôle judiciaire. L'administration légale qui en résulte est largement calquée sur le modèle de l'ancienne administration légale pure et simple ; ce qui se traduit par une confiance renforcée du parent exerçant pourtant seul l'administration légale et corollairement par une intervention réduite du juge en présence d'un seul parent. Le recul du pouvoir du juge est une bonne chose,

⁶⁴⁹ L. n° 64-1230 du 14 décembre 1964, préc.

⁶⁵⁰ L. n° 70-459 du 4 juin 1970, préc.

⁶⁵¹ L. n° 85-1372 du 23 décembre 1985, préc.

⁶⁵² Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015, préc.

si l'on considère que « le parent est le protecteur naturel de la personne de l'enfant »⁶⁵³. Désormais, la « bonne gestion des biens du mineur par ses représentants légaux »⁶⁵⁴ est présumée. Cela permet de réserver « l'autorisation systématique du juge des tutelles aux seuls actes qui pourraient affecter de manière grave, substantielle et définitive le patrimoine du mineur »⁶⁵⁵. La gestion du patrimoine du mineur est facilitée, mais est-ce dans l'intérêt des enfants ? Certes, « l'administrateur légal est tenu d'apporter dans la gestion des biens du mineur, des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur »⁶⁵⁶. Toutefois, il est permis de penser que cette gestion ne sera pas systématiquement effectuée dans l'intérêt du mineur, sans possibilité de contrôle⁶⁵⁷. En effet, accorder les mêmes pouvoirs à un parent seul qu'au couple parental revient à nier le caractère préventif du consensus et de la discussion qui s'instaure lorsque la gestion est bicéphale. De plus, l'objectif de cette réforme, qui est de mettre fin à la discrimination des familles monoparentales, est sans rapport avec l'objet de la protection, à savoir les biens de l'enfant. En effet, en matière de protection des biens de l'enfant, il est très contestable que l'objectif affiché soit extérieur à l'enfant et à son intérêt. Elle marque une atténuation de l'intérêt du consensus du couple parental pour la protection des biens de l'enfant. La critique doit cependant être atténuée au regard des dispositions concrètes prises dans le cadre de l'administration légale.

b. Le moyen d'intervention des parents : l'administration légale

271. L'administration légale est le moyen d'intervention des parents dans la protection des biens de leurs enfants. Dès 1804, l'administration légale a servi de cadre à la puissance paternelle. Elle assure désormais le cadre de l'autorité parentale en matière de protection des biens du mineur.

272. Puissance paternelle illimitée ? – La gestion des biens du mineur est, en 1804, confiée au père, l'article 389 du Code civil l'instituant administrateur des biens personnels du mineur. Devant la rédaction lacunaire de l'article, des débats se sont élevés aux fins de savoir quels étaient les pouvoirs du père sur les biens de ses enfants. Deux théories avaient les faveurs de la

⁶⁵³ I. MARIA et G. RAOUL-CORMEIL, « La nouvelle administration légale : 1 + 1 = 1 ? », art. préc.

⁶⁵⁴ C. FLEURIOT, « Réforme du droit de la famille : les interrogations des juges sont nombreuses », *D. act.* 7 déc. 2015.

⁶⁵⁵ Art. 1^{er}, L. n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *J.O.*, 17 fév. 2015, texte n° 1.

⁶⁵⁶ C. civ., art. 385, issu de l'Ord. n° 2015-122 du 15 octobre 2015, préc..

⁶⁵⁷ A. BATTEUR et T. DOUVILLE, « Présentation critique de la réforme de l'administration légale », art. préc.

doctrine⁶⁵⁸. Selon la première, en l'absence de restriction législative, le père avait un pouvoir illimité sur les biens de ses enfants mineurs. Ainsi, il pouvait effectuer les actes d'administration mais également les actes de disposition⁶⁵⁹. Cette conception, très large, des pouvoirs du père contrevenait cependant à sa qualité « d'administrateur » qui semble faire obstacle à la possibilité d'effectuer les actes de disposition. Ainsi, le père ne subit aucun contrôle des actes qu'il effectue sur le patrimoine de ses enfants, ce qui semble être contraire à sa mission de protection des biens de l'enfant. La seconde théorie considérait que le père pouvait faire seul les actes d'administration, mais qu'il devait requérir l'homologation judiciaire pour les actes de disposition⁶⁶⁰. Le débat a été tranché, à l'occasion de la loi du 6 avril 1910⁶⁶¹ complétant l'article 389 du Code civil, relatif à l'administration légale, en précisant le régime de cette administration. Cette loi s'inscrit dans une remise en cause de l'idée selon laquelle de « l'affection paternelle » découle nécessairement une protection des intérêts du mineur⁶⁶². La puissance paternelle est donc limitée quant aux biens du mineur, il ne peut en disposer. En effet, les biens du mineur et ceux du père ne se confondent pas⁶⁶³. Ainsi, malgré « l'autorité naturelle du père » sur ses enfants mineurs, il n'a pas les pleins pouvoirs sur les biens de ces derniers. Il exerce simplement l'intendance sur cette masse de biens, jusqu'à la majorité de ses enfants.

273. Intervention raisonnée. – En précisant le régime de l'administration légale, la loi du 6 avril 1910 a permis d'encadrer, de manière claire, les prérogatives de l'administrateur, assurant ainsi une intervention raisonnée de sa part. L'article 389 du Code civil précise que l'administrateur doit agir « en bon père de famille » et est responsable de la gestion des biens de l'enfant mineur. De plus, l'administrateur est tenu de recueillir l'autorisation du juge pour tous « les actes que le tuteur ne peut accomplir sans cette autorisation ». La précision législative

⁶⁵⁸ Pour un exposé détaillé des différentes théories v. H. CAPITANT, *La loi du 8 avril 1910, complétant l'article 389 du Code civil, relatif à l'administration légale du père*, Recueil Sirey, 1910, pp. 1- 6. ; A. DE KÉGUELIN DE ROZIÈRE, *op.cit.*, pp. 25-38 ; H.-C. MOREAU, *De l'administration légale du père d'après la loi du 6 avril 1910*, Administration du bulletin-commentaire des lois nouvelles et décrets, 1910. V. également J. POIRRET, *La représentation légale du mineur sous autorité parentale*, thèse, Paris-Est, 2011.

⁶⁵⁹ En ce sens v. Dijon, 31 décembre 1891, cité in O. DE GOURMONT, *Jurisprudence du XIXe siècle, 5^e Table décennale, alphabétique et chronologique du recueil général des lois et arrêts (1891 à 1900)*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1902, p. 1200, n° 42 ; J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 251. Ces derniers précisent que « la jurisprudence du début du XXe siècle, après de très longue hésitations, a ajouté l'absence de toute surveillance judiciaire, de sorte qu'il était admis que le père, administrateur judiciaire, pouvait accomplir sans autorisation tous les actes de disposition. Cette conséquence excessive a été corrigée par la loi du 6 avril 1910 ».

⁶⁶⁰ En ce sens voir Douai, 22 janvier 1894, cité in O. DE GOURMONT, *op. cit.*, p. 1200, n° 40 ; C.-É. DELVINCOURT, *Cour de Code Napoléon*, t. 1, P. GUEFFIER, 1813, note 9, p. 473.

⁶⁶¹ L. 6 avr. 1910, J.O. 8 avr. 1910, p. 3077.

⁶⁶² P. ADIGARD, *Exposé des motifs de la loi complétant l'article 389 du Code civil, relatif à l'administration légale du père, du 6 avril 1910*, in *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Sirey, 1810, p. 1119.

⁶⁶³ J.-P. LÉVY (J.-P.) et A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 251.

permet tout à la fois de conforter la légitimité du père dans l'administration des biens de ses enfants mineurs, de limiter ses prérogatives pour que la gestion soit faite dans le respect des intérêts patrimoniaux du mineur et pose les conditions de la fin de la mission de l'administrateur. La loi règle également le cas où un conflit d'intérêts s'élèverait entre le père et ses enfants, ce qui peut être le cas à l'occasion d'une succession où tous sont appelés, en prévoyant la nomination par le juge d'un administrateur *ad hoc*. Le régime de l'administration ainsi institué permet de rendre compte des interactions entre les différents acteurs de la protection. Ainsi, le père est, par principe, le protecteur des biens du mineur, protecteur naturel investi par la loi. Cependant, pour les actes les plus graves et en cas de difficultés dans la gestion, l'intervention du juge est rendue nécessaire. À cette intervention raisonnée, se substitue une législation mieux structurée de l'administration légale.

274. Structuration de l'administration légale. – La loi de 1964 instaure une dualité d'administration légale : l'administration légale pure et simple et l'administration légale sous contrôle judiciaire. L'administration légale est dite pure et simple lorsque « le mineur est un enfant légitime, dont les parents sont vivants, non divorcés ni séparés de corps et ne se trouvent pas dans un des cas prévus à l'article 373 »⁶⁶⁴. Dans tous les autres cas, et sauf le cas du décès des deux parents⁶⁶⁵ ou si les deux parents sont dans le cadre prévu à l'article 373 du Code civil, l'administration est sous contrôle judiciaire⁶⁶⁶. L'administration légale pure et simple permet un recours moins fréquent au juge. La présence des deux parents permet de ne pas requérir l'autorisation du juge pour effectuer une série d'acte. En effet, il est possible de considérer que le consensus entre les deux parents suffit à prendre la bonne décision pour les biens de l'enfant. Aussi, la mère est associée à la prise de décision sur les biens de ses enfants. *A contrario*, quand il n'y a pas de second parent pour assurer cette mission de contre-pouvoir, le recours au juge est nécessaire⁶⁶⁷. Ainsi, en fonction de la gravité reconnue aux différents actes susceptibles d'être effectués sur les biens de l'enfant, l'administrateur peut : soit les faire seul, soit les faire avec le consentement de la mère dans le cadre de l'administration légale pure et simple ou, pour les mêmes actes, avec l'autorisation du juge dans le cadre de l'administration légale sous contrôle judiciaire, soit encore demander l'autorisation du juge en raison de la gravité de l'acte.

⁶⁶⁴ C. civ., art. 389-1, issu de la L. 64-1230 du 14 déc. 1964, préc.

⁶⁶⁵ C. civ., art. 390, issu de la L. 64-1230 du 14 déc. 1964, préc. Le décès des deux parents est un cas d'ouverture de la tutelle des mineurs.

⁶⁶⁶ Pour la liste précise des cas dans lesquels l'administration est sous contrôle judiciaire, v. C. civ., art. 389-2, issu de la L. 64-1230 du 14 déc. 1964, préc.

⁶⁶⁷ C. civ., art. 389-6, issu de la L. 64-1230 du 14 déc. 1964, préc. L'autorisation du juge est requise pour tous les actes « qu'un tuteur ne pourrait faire sans l'autorisation du conseil de famille ».

Les réformes successives, jusqu'à l'ordonnance de 2015, se sont inscrites dans la philosophie générale de la loi de 1964. D'abord, la loi du 23 décembre 1985 accorde un rôle égalitaire entre les parents quant à la gestion des biens de leurs enfants⁶⁶⁸. Ainsi, à la suite de cette loi, l'administration est dite pure et simple lorsque « les deux parents exercent en commun l'autorité parentale »⁶⁶⁹. La gestion est alors concurrente pour les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine du mineur⁶⁷⁰, en raison de la gestion bicéphale. Pour les autres actes, le principe reste le même : certains actes peuvent être effectués sur décision commune des parents dans l'administration légale pure et simple ; pour les actes les plus dangereux, une autorisation judiciaire est nécessaire. Ainsi, l'intervention sur les biens du mineur est doublement raisonnée : par la prise en compte de la dangerosité de l'acte et par la prise en compte de la présence ou de l'absence de la dualité des administrateurs. D'abord, plus l'acte est dangereux plus le formalisme protecteur sera intense : simple gestion concurrente, gestion conjointe ou autorisation judiciaire. Ensuite, lorsque l'administration est exercée par un seul parent, la protection à l'égard de l'enfant est accrue par une autorisation plus systématique du juge, ce qui tend à démontrer que le législateur considère que le consensus qui ressort de la discussion des deux parents est une source de protection pour l'enfant. Pourtant, cet équilibre trouvé a été remis en cause par l'ordonnance du 15 octobre 2015.

275. Un équilibre remis en cause. – L'équilibre cherché par le législateur a été remis en cause par la suppression de la dualité de l'administration légale. Désormais, il n'existe plus qu'un seul régime d'administration légale, qu'elle soit exercée par un seul ou par les deux parents. Ainsi, le consensus ne semble plus réellement être considéré comme une source de protection particulière pour les biens du mineur. Du moins, le fait pour un parent de prendre seul un acte, qui serait soumis au consensus lorsque les deux parents exercent l'administration légale, n'est pas considéré comme un risque particulier pour les biens du mineur. Cette faveur faite à l'administrateur illustre la confiance accordée par le législateur aux parents en tant que protecteurs des biens de leurs enfants. Une confiance similaire se retrouve à l'égard de la famille pour la protection des biens des majeurs protégés.

⁶⁶⁸ C. civ., art. 383 et 389, issu de la L. n° 85-1372 du 23 décembre 1985, préc.

⁶⁶⁹ C. civ., art. 389-1, issu de la L. n° 85-1372 du 23 décembre 1985, préc.

⁶⁷⁰ C. civ., art. 389-4.

3. *La légitimité de la famille dans la protection des biens des majeurs protégés*

276. La protection des majeurs protégés a connu un double changement de paradigme. À l'origine, la protection des majeurs ne concernait que leurs biens afin de protéger les intérêts des héritiers ; le législateur a, par la suite, orienté la protection vers la personne des majeurs, ce qui a eu pour influence de conformer la protection des biens du majeur protégé à son intérêt. La discipline connaît une nouvelle transformation avec l'influence internationale et les droits de l'homme⁶⁷¹. En effet, la protection devrait être guidée par les volontés du majeur protégé. Ces évolutions des principes directeurs de la matière ont une influence sur la légitimité de la famille pour assurer la protection des biens du majeur protégé. Seulement, ces changements sont à combiner avec les nouveaux enjeux, contraires, d'économie du service public de la justice. Il est alors possible de constater une évolution quant à la préférence familiale pour assurer la protection des biens des majeurs protégés (a), mais également quant à la place accordée à la famille pour l'initiative de cette protection (b).

a. La préférence familiale dans les mesures de protection des majeurs

277. La protection initiale des intérêts de la famille. – En 1804, la protection des majeurs ayant pour seul but la préservation des biens du majeur dans l'intérêt des héritiers, la famille était pleinement légitime en matière de protection des biens du majeur protégé⁶⁷². En effet, la légitimité tient au fait qu'en réalité les personnes investies dans la mesure de protection agissent pour la préservation de leurs propres intérêts patrimoniaux. Le premier changement de paradigme dans la protection des majeurs, à savoir une protection recentrée sur le majeur, faite dans son intérêt, appelle à questionner de nouveau la légitimité de la famille eu égard à la protection des biens du majeur protégé.

278. La préférence familiale dans les mesures de protection des majeurs. – Il se déduisait du dispositif prévu par la réforme de 1968 une faveur faite à la famille⁶⁷³. En effet, le droit issu de cette réforme instaurait un « principe de priorité familiale, qui conduit à essayer de confier d'abord à la famille le rôle de tuteur ou de curateur »⁶⁷⁴. La réforme de 2007 a promu, plus

⁶⁷¹ Ici sont visées les conséquences liées à l'influence de la CIDPH. Pour une étude de cette influence, v. *infra* n° 496 s.

⁶⁷² En ce sens v. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, 21^e éd., 2020, p. 554.

⁶⁷³ En ce sens, v. M. BRUSORIO AILLAUD, *Droit des personnes et de la famille*, Paradigme, Bruylant, 10^e éd., 2020, p. 129 ; v. également pour la déduction de la préférence familiale en matière de protection des majeurs par le jeu de renvoi aux dispositions concernant les mineurs, F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, Personnalité, Incapacité, Protection*, Précis, Dalloz, 8^e éd., 2012, p. 645.

⁶⁷⁴ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, p. 547.

nettement encore, la faveur à la famille pour s'occuper de la gestion des biens du majeur protégé. L'article 415 du Code civil pose le principe selon lequel la protection des majeurs hors d'état de manifester leur volonté est « un devoir des familles ». Cette formulation démontre que plus qu'une faveur faite aux familles pour protéger l'un de leurs membres, celles-ci se doivent de les protéger. De plus, cet article est le premier d'une section dénommée « des dispositions communes aux majeurs protégés », ce qui souligne que ce devoir des familles se retrouve quelle que soit la manière mise en œuvre pour protéger le majeur. En matière de tutelles, les tribunaux doivent préférer la tutelle familiale⁶⁷⁵, sauf à constater l'existence d'une situation conflictuelle justifiant de ne pas nommer le tuteur parmi les membres de la famille⁶⁷⁶. L'article 449, alinéa 1^{er} du Code civil pose le principe selon lequel le conjoint, le partenaire ou le concubin doit être désigné par préférence à toute autre personne en qualité de curateur ou tuteur. À défaut, l'alinéa 2 permet de désigner un parent, un allié, voire un proche. Ainsi, la famille au sens large est invoquée dans la protection des majeurs protégés, et non pas seulement la proche famille⁶⁷⁷. L'article 450 du Code civil précise que, si aucun membre de la famille ou proche ne peut assumer ces fonctions, un mandataire judiciaire à la protection des majeurs sera nommé. Si un mandataire judiciaire est nommé en qualité de tuteur, il est possible de faire nommer un subrogé tuteur qui sera désigné au sein de la famille afin que cette dernière puisse collaborer à la protection du majeur. De plus, l'article 449 du Code civil précise, tout de même, que par principe le juge doit nommer comme curateur ou tuteur l'autre membre du couple, sans distinction eu égard au mode de conjugalité. Ce n'est que si la vie commune a cessé ou s'il existe une cause lui empêchant d'assurer la protection qu'une autre personne pourra être nommée. La Cour de cassation a rappelé ce principe à plusieurs occasions, par exemple dans l'affaire Lambert. Dans cette affaire, le juge a maintenu l'épouse en qualité de tutrice, malgré le conflit familial qui s'était élevé car la compétence de l'épouse pour assurer la mission de représentation de son conjoint n'était pas remise en cause⁶⁷⁸. Ainsi, il faut considérer que, plus que la famille, c'est le conjoint, le partenaire ou le concubin qui sont les mieux à même d'assurer la protection du majeur protégé. Cette solution est classique car déjà en 1804, le mari était de

⁶⁷⁵ I. MARIA, note sous Civ. 1^{re}, 9 déc. 2009, n°08-14.023, 08-21.181 et 07-13.98 ; *Dr. fam.* n° 3, mars 2010, comm. 51.

⁶⁷⁶ V. par exemple Civ. 1^{re}, 19 janvier 1999, n°97-10.054 et 11 mai 1999, n°97-16.058 ; *D.* 2000, p.107, note DELMAS SAINT-HILAIRE ; *RTD Civ.*, 1999, p.814, HAUSER.

⁶⁷⁷ B. DUPONT, *Avis présenté au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs*, annexe au procès verbal de la séance du 7 février 2007, Sénat, session ordinaire de 2006-2007, pp. 13 et s.

⁶⁷⁸ Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016 ; *D.* 2016. 2569, obs. VIALLA ; *D.* 2017. 332, note SAULIER ; *AJ fam.* 2017. 68, obs. RAOUL-CORMEIL ; *RTD civ.* 2017. 97, obs. HAUSER ; *JCP* 2017. 79, note HAUSER ; *Dr. fam.* 2017. Comm. 48, note MARIA ; *RJPF* 2017/2, note MAUCLAIR.

droit tuteur de la femme interdite⁶⁷⁹, l'inverse n'était cependant qu'une possibilité⁶⁸⁰. La loi de 1968 avait généralisé la mesure au sein du couple marié en posant le principe que « l'époux est tuteur de son conjoint »⁶⁸¹. Ainsi, tout est mis en place pour que la famille assure un rôle dans la protection des majeurs et, par conséquent, dans la protection de leurs biens. Toutefois, cette préférence familiale n'a pas conduit à renforcer le rôle du conseil de famille.

279. Le déclin du conseil de famille. – Bien qu'une conception large de la famille soit retenue pour assurer la mission de protection, l'acteur familial de la protection est bien souvent unique ou bicéphale, donc de moins en moins collégial. En effet, l'institution du conseil de famille, qui permettait de moins recourir au juge et qui favorisait une plus large protection familiale, est en déclin. En effet, la présence du conseil de famille est facultative depuis la réforme de 2007⁶⁸². Toutefois, sa désignation reste possible. Il aura alors un véritable rôle dans la protection patrimoniale du majeur, celui d'autoriser le tuteur à exécuter certains actes qui nécessitent son accord⁶⁸³ et celui de contrôler les comptes annuels de gestion. Le déclin du conseil de famille tient à des considérations sociologiques. En effet, il est difficile de trouver suffisamment de membres d'une famille prêts à s'investir dans ce conseil. Il est possible de regretter les difficultés liées à la mise en place de ce conseil car la protection organisée avec un conseil de famille est à prépondérance familiale, tant dans la gestion des biens du majeur protégé que dans le contrôle de cette gestion. Il est l'expression d'une véritable solidarité familiale.

280. Le principe de subsidiarité⁶⁸⁴. - La loi du 5 mars 2007⁶⁸⁵, qui vise à la protection des intérêts personnels et patrimoniaux de la personne vulnérable, a instauré trois grands principes : la nécessité et la proportionnalité de la mesure adoptée, ainsi que le principe de subsidiarité. Selon ce dernier, une mesure ne peut être prise que si une mesure moins contraignante ne protège pas assez les intérêts du majeur⁶⁸⁶. Ce principe découle de l'article 428 du Code civil

⁶⁷⁹ C. civ., art. 506 en vigueur en 1804.

⁶⁸⁰ C. civ., art. 507 en vigueur en 1804.

⁶⁸¹ C. civ., art. 496 du Code civil issu de la loi de 1968, préc.

⁶⁸² L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc. V. également C. civ., art. 456.

⁶⁸³ Cet accord dispense de recourir au juge.

⁶⁸⁴ Sur les liens entre le principe de subsidiarité et la famille, v. J. HAUSER, « Réforme des tutelles. Les acteurs de la protection : la famille et l'incapable majeur », *AJ fam.* 2007, p. 198. Sur le principe, v. F. DELBANO, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection », *D.* 1999, chron. 408 ; Th. FOSSIER, « Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux », *JCP N* 2008, 1277 ; M. REBOURG, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* 2007, étu. 16.

⁶⁸⁵ L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc.

⁶⁸⁶ N. BAILLON-WIRTZ et A. DELFOSSE, « La protection des intérêts personnels et patrimoniaux de la personne vulnérable. - Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *JCP N* n° 25, 22 juin 2007, 1196.

qui prévoit qu'une mesure de protection ne peut être ordonnée que « lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application (...) des règles des régimes matrimoniaux, par une mesure de protection moins contraignante ou par un mandat de protection future conclu par la personne à protéger »⁶⁸⁷. La famille est ainsi favorisée puisque les régimes matrimoniaux et les mandats de protection future priment les mesures judiciaires plus contraignantes. Cela « ouvre la voie d'un certain désengagement de l'État et de son institution judiciaire du domaine de la protection des majeurs qui en ont besoin »⁶⁸⁸. L'habilitation familiale est, elle aussi, soumise au principe de subsidiarité, comme le prévoit l'article 494-2 nouveau du Code civil : une mesure de protection judiciaire ne pourra être prise que si l'habilitation familiale n'est pas envisageable, celle-ci ne pouvant être prononcée qu'à défaut de mandat de protection future. La subsidiarité de l'habilitation familiale par rapport aux règles des régimes matrimoniaux n'était à l'origine pas expressément prévue par l'ordonnance qui a mis en place cette mesure⁶⁸⁹. Toutefois, l'esprit du principe de subsidiarité aurait sans doute conduit à l'application dudit principe. Cette difficulté a été réglée par la loi de ratification de l'ordonnance, la subsidiarité de la mesure par rapport aux règles des régimes matrimoniaux étant désormais prévue.

281. Les raisons de la priorité familiale. – Si le principe de priorité familiale semble être une des lignes directrices de la protection des majeurs, les différents rapports sur les lois applicables en la matière ne font état d'aucune justification à cette priorité familiale. La légitimité de la famille trouve sa source, tout simplement, dans l'affection que la famille a pour ses membres, de ces liens de famille en découle une présomption de bonne protection. La légitimité de la famille dans la protection des majeurs protégés est l'expression de la solidarité familiale⁶⁹⁰. La légitimité familiale est donc une légitimité légale fondée sur la nature. De plus, la famille est considérée comme la plus à même à s'occuper de ses majeurs protégés, car elle est celle qui connaît le mieux le majeur et, partant, qui pourra vraisemblablement se conformer au mieux à son intérêt, voire à sa volonté. Or, notamment depuis la loi de 2007, c'est l'intérêt du majeur qui doit guider l'ensemble de la mesure de protection⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ En réalité ce principe est déjà en germe dans la loi de 1968, en ce sens voir Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, p. 555.

⁶⁸⁸ L. LEVENEUR, « Intérêts et limites du mandat de protection future », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois, Defrénois*, 2012, p.572.

⁶⁸⁹ Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015, préc.

⁶⁹⁰ V. F. GASNIER, (dir.), « Quelles solidarités pour une famille renouvelée ? », actes colloque Université d'Angers, 24 mars 2016, in *Dr. fam.* n° 6, juin 2016, doss. 14 et s.

⁶⁹¹ C. civ., art. 415.

282. Le cas particulier de la désignation du protecteur. – Pour le mandat de protection future, la légitimité de la personne désignée, notamment lorsqu’il d’agit d’un membre de la famille, est issue de la désignation anticipée par la personne qui fera l’objet de la protection. C’est une légitimité directe puisque le protecteur est directement désigné. Ce n’est pas la loi qui instaure une liste présument les affections de la personne à protéger comme pour les mesures judiciaires. Tel est également le cas de manière générale en application de l’article 448 du Code civil. Cet article permet, à toute personne, de désigner une personne en vue d’assurer les fonctions de curateur ou tuteur pour le temps où elle fera l’objet d’une mesure de protection.

283. La préférence familiale est donc certaine pour ce qui est d’assurer la mesure de protection. Elle se retrouve également dans l’initiative familiale pour l’ouverture des mesures.

b. Le privilège de l’initiative familiale

284. L’initiative familiale dans la protection des majeurs. – La priorité familiale se manifeste dans l’initiative de la famille à requérir un mécanisme de protection. En effet, la famille est tantôt la seule à pouvoir mettre en œuvre certains mécanismes de protection, tantôt concurrencée dans cette compétence, mais le législateur a réduit la liste des personnes pouvant concurrencer l’initiative familiale.

285. L’initiative réservée au conjoint. – Le mandat facilite le recours à la famille dans sa mission de protection des majeurs. Le droit des régimes matrimoniaux permet le recours à des habilitations et mandats judiciaires, prévus aux articles 217, 219, 1426 et 1426 du Code civil. En effet, « le législateur a entendu faire de l’époux sain d’esprit le protecteur naturel de son conjoint hors d’état de manifester sa volonté »⁶⁹². Ces dispositions permettent au conjoint capable de recourir au juge pour pallier l’impossibilité pour son époux de manifester sa volonté. Les articles 217 et 219 du Code civil faisant partie du régime primaire impératif, tous les époux peuvent les invoquer, quel que soit le régime applicable à leurs biens. Ils vont permettre à un époux de se faire autoriser en justice à accomplir un acte sur un bien. Le recours à l’article 217 se fait lorsque l’époux a un commencement de pouvoir sur le bien, par exemple un époux commun en biens souhaitant se faire autoriser en justice à vendre un bien commun, opération qui requiert normalement la cogestion. L’article 219 permet, quant à lui, à un époux d’accomplir un acte ou une série d’actes sur des biens propres ou personnels de son conjoint, ou encore sur des biens communs soumis à la gestion exclusive de l’époux hors d’état de manifester sa

⁶⁹² N. LESCURE, « Couple et protection des majeurs », in *Mélanges en l’honneur du professeur Claire Neirinck*, Lexis Nexis, 2015, p.370.

volonté, c'est une véritable représentation du conjoint. Toutefois, ces articles ne font pas perdre à l'époux ses pouvoirs, contrairement aux articles 1426 et 1429 du Code civil. Ces derniers permettent de conférer, au conjoint apte à manifester sa volonté, les pouvoirs de gestion du patrimoine du couple, incluant les biens communs et les biens propres du conjoint empêché. Cependant, l'article 1429 du Code civil prévoit des garde-fous puisque le conjoint ne se voit attribuer que les pouvoirs d'administration et de jouissance sur les biens propres de l'autre, il ne dispose pas du pouvoir de réaliser des actes de disposition. Ces articles ne recourent donc pas les mêmes réalités et peuvent être combinés afin d'assurer une protection du patrimoine du conjoint à protéger par les seules règles des régimes matrimoniaux. La gestion est également facilitée par l'article 1421 du Code civil qui prévoit que, par principe, les biens du couple marié sous le régime de la communauté sont soumis à une gestion concurrente permettant à un seul époux d'agir pour les deux⁶⁹³. La protection est donc mieux assurée lorsque le couple est marié sous un régime communautaire. Plus que la protection du majeur, « les articles 217 et 219 [mais aussi les articles 1426 et 1429] visent l'intérêt de la famille »⁶⁹⁴, la mission de protection du majeur vulnérable est néanmoins remplie, ce qui est en somme l'essentiel. En considération du fait que ces mécanismes sont à la seule initiative du conjoint non empêché de manifester sa volonté et qu'ils s'appliquent avant tout autre mécanisme de protection des majeurs, il est possible de constater que l'initiative familiale dans la protection des biens du majeur est favorisée par le législateur. Le conjoint est le mieux à même de détecter une difficulté ou la nécessité d'un acte ou d'une série d'actes sur les biens du couple. En ce qui concerne les mesures judiciaires de protection, à l'exclusion de la mesure d'habilitation familiale, l'initiative familiale est concurrencée.

286. L'initiative concurrencée dans les mesures de protection judiciaire. – En 1804, la demande en interdiction était portée devant le tribunal de première instance à l'initiative de « tout parent » ou par « l'un des époux à l'égard de l'autre », en application de l'article 490 du Code civil. Le commissaire au gouvernement ne pouvait être à l'initiative de la mesure que pour les cas de fureur, en raison du défaut d'action des personnes susmentionnées, ou dans les autres cas si la personne n'avait « ni époux, ni épouse, ni parents connus »⁶⁹⁵. La demande était donc largement à l'initiative familiale, ce n'est qu'en l'absence de famille ou de défaillance de la famille qu'une intervention étatique pouvait être mise en œuvre.

⁶⁹³ N. PETERKA, « Les dispositifs alternatifs de protection de la personne mariée », *AJ fam.* 2012 p.253.

⁶⁹⁴ 75^{ème} congrès des notaires de France, *Le statut matrimoniale du français*, 1978, p.903.

⁶⁹⁵ C. civ., art. 491, en vigueur en 1804.

287. La loi de 1968⁶⁹⁶, instaurant l'article 493 du Code civil, précise, quant à elle, que l'ouverture de la tutelle⁶⁹⁷ est « prononcée par le juge des tutelles à la requête de la personne qu'il y a lieu de protéger, de son conjoint, à moins que la communauté de vie n'ait cessé entre eux, de ses ascendants, de ses descendants, de ses frères et sœurs, du curateur ainsi que du ministère public ; elle peut être aussi ouverte d'office par le juge. Les autres parents, les alliés, les amis peuvent seulement donner au juge avis de la cause qui justifierait l'ouverture de la tutelle. Il en est de même du médecin traitant et du directeur de l'établissement ». L'article est très riche et induit plusieurs commentaires. D'abord, le périmètre des membres de la famille susceptibles de déposer une requête aux fins d'ouverture d'une mesure de tutelle est réduit par rapport à la mesure d'interdiction. Seuls le conjoint, les ascendants, les descendants et les frères et sœurs le peuvent. Les autres parents doivent se contenter de donner avis au juge, alors qu'ils étaient en mesure de demander l'interdiction en application du droit antérieur. À cet égard, la jurisprudence a considéré que la liste des personnes susceptibles de demander l'ouverture d'une mesure était d'ordre public, ce qui conduisait à une limitation des membres de la famille pouvant demander l'ouverture directement. Ainsi, le juge a dû opposer une fin de non-recevoir, en raison du défaut de qualité à agir, à une tante demandant l'ouverture d'une mesure de tutelle pour sa nièce⁶⁹⁸. Ensuite, il est possible de remarquer que seuls sont pris en compte les liens de famille réels, ainsi la communauté de vie ne doit pas avoir cessé pour que le conjoint puisse demander la mise sous tutelle⁶⁹⁹. Enfin, les membres extérieurs à la famille n'interviennent plus uniquement en cas d'absence de famille ou de carence de la famille pour certains cas spécifiques. Pour toute cause, le ministère public peut demander l'ouverture d'une mesure ou le juge peut se saisir d'office.

288. La loi de 2007⁷⁰⁰ adapte, aux nouvelles modalités de vie en couple, la liste des personnes susceptibles de demander l'ouverture des mesures judiciaires. Ainsi, le partenaire d'un pacte civil de solidarité ou le concubin peuvent, au même titre que le conjoint, demander l'ouverture

⁶⁹⁶ L. n° 68-5 du 3 janv. 1968, préc.

⁶⁹⁷ C. civ., art. 509, issu de la L. n° 68-5 du 3 janv. 1968, préc., L'article indique que la curatelle est ouverte de la même manière que la tutelle, ainsi ces remarques peuvent lui être étendues.

⁶⁹⁸ Civ. 1^{re}, 23 juin 1987, n° 85-17.126, Bull. civ. I, n° 207 ; *Gaz. Pal.* 1988, 1, 109, note J. M..

⁶⁹⁹ La cessation de la communauté de vie, au sens de l'article 493 du Code civil, alors en vigueur, est soumise à l'interprétation souveraine des juges du fond. Ainsi, la Cour de cassation a confirmé la solution des juges du fond qui affirmaient que la femme était susceptible de demander la mise sous curatelle, alors que la communauté de vie avait cessé entre eux, son époux étant parti vivre avec sa maîtresse. Cependant, l'épouse « avait cherché systématiquement à reprendre la vie conjugale ». Décision qui vient nuancer nos propos sur la prise en compte de la réalité des liens d'affection, sans pour autant les contredire. V. Civ. 1^{re}, 4 janv. 1978, n° 76-13.365, Bull. civ. I, n° 4.

⁷⁰⁰ L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc.

d'une mesure de protection judiciaire⁷⁰¹ ; toujours sous réserve que la communauté de vie n'ait pas cessé entre les membres du couple. Elle a restauré la généralité concernant les membres de la famille susceptibles de demander l'ouverture de la mesure, tout parent peut demander l'ouverture au juge ; elle a également étendu cette possibilité aux alliés et aux personnes entretenant des liens étroits et stables avec le majeur – les amis en tant que famille choisie. De plus, si la famille est toujours en concurrence avec le procureur de la République pour l'ouverture d'une mesure, le juge ne peut plus se saisir d'office, réduisant les personnes en concurrence avec la famille pour demander l'ouverture de la mesure.

289. Il ressort de ces évolutions, une prise en compte élargie de la famille pour l'ouverture de la mesure. C'est sans doute la matière où la famille est prise dans son acception la plus large, comme étant toute personne avec laquelle le majeur a un lien de famille et/ou des affinités étroites. En effet, même le droit des successions adopte une conception plus étroite de la famille, en retenant que dans les successions *ab intestat*, les parents collatéraux ne succèdent pas au-delà du sixième degré. L'initiative familiale est encore renforcée dans la mesure d'habilitation familiale, mesure qui ne peut être ouverte qu'à la demande d'un membre de la famille.

290. L'initiative réservée dans la mesure d'habilitation familiale. – L'habilitation familiale, introduite par la loi du 16 février 2015 et dont le contenu a été précisé par l'ordonnance du 15 octobre 2015, est la dernière preuve de la place que législateur veut accorder à la famille. Celle-ci est une cinquième mesure de protection avec le mandat de protection future, la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle. Selon le rapport remis au président de la République, « le nouveau dispositif tend à permettre aux familles qui sont en mesure de pourvoir, seules, aux intérêts de leur proches vulnérables d'assurer cette protection, sans se soumettre au formalisme des mesures de protection judiciaire »⁷⁰². Une habilitation familiale pourra être prononcée lorsqu'une personne est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, selon l'article 494-1 du Code civil. Elle pourra être demandée par les ascendants, les descendants, les frères et sœurs, le partenaire de pacte civil de solidarité (PACS), le concubin de la personne à protéger, le conjoint a également été ajouté⁷⁰³. La famille a donc un rôle privilégié, elle est seule apte à demander cette mesure et seul un de ses membres peut être

⁷⁰¹ À noter que depuis la loi de 2007, les dispositions relatives à l'ouverture des mesures judiciaires de protection se trouvent dans une section unique « des dispositions communes aux mesures judiciaires ». Elles s'appliquent donc pour la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle.

⁷⁰² *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille*, J.O. 16 octobre 2015 p.19301.

⁷⁰³ À la suite d'un ajout introduit par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

habilité. La condition est que l'adhésion familiale soit constatée par le juge⁷⁰⁴. Il est à noter que la personne à protéger peut elle-même saisir le juge⁷⁰⁵. Le procureur de la République ne peut saisir le juge qu'à la demande des membres de la famille susmentionnés ou de la personne à protéger⁷⁰⁶. Certains auteurs pensent qu'il aurait fallu permettre à la personne à protéger de choisir la personne à habilitier lorsqu'elle était encore capable de le faire⁷⁰⁷. Le caractère familial se retrouve dans le fait que la personne habilitée réalise sa mission gratuitement, caractéristique de la solidarité familiale⁷⁰⁸.

291. L'exclusion du conjoint de l'habilitation familiale : une erreur corrigée. – Cet oubli du conjoint dans l'ordonnance instaurant l'habilitation familiale s'explique par l'existence des mandats judiciaires entre époux. Le législateur a notamment voulu permettre au partenaire de pacte civil de solidarité et au concubin d'assurer la protection de l'autre membre du couple en dehors d'une mesure strictement judiciaire ; dans le même esprit que le conjoint peut assurer une protection dans le cadre des régimes matrimoniaux. Mais certains auteurs soulignent que « le cloisonnement du droit du mariage et du droit des majeurs protégés est critiquable »⁷⁰⁹. À la lecture de la loi du 16 février 2015, il semblait que l'habilitation familiale devait s'inscrire dans l'esprit des mandats judiciaires entre époux, mais l'ordonnance du 15 octobre 2015 en a plutôt fait une mesure à « mi-chemin entre les mesures de protection judiciaire et le mandat de protection future »⁷¹⁰. Dans ces conditions, l'exclusion du conjoint ne semblait plus justifiée, il devait pouvoir solliciter la mesure et être habilité. La loi de ratification de l'ordonnance du 15 octobre 2015 a rectifié l'oubli. Désormais, le conjoint peut solliciter l'habilitation au même titre que les membres des autres modes de conjugalité.

292. Toutefois, la légitimité de la famille pour solliciter et assurer la mesure de protection n'est pas sans limite.

⁷⁰⁴ G. RAOUL-CORMEIL, « L'habilitation familiale : la nouvelle mesure de protection juridique », *LEFP* n° 10, 15 nov. 2015, p.3.

⁷⁰⁵ C. civ., art. 494-3.

⁷⁰⁶ *Ibidem*.

⁷⁰⁷ J. COMBRET et N. BAILLON-WIRTZ, « L'habilitation familiale : une innovation à parfaire », *JCP N* n° 51-52, 18 déc. 2015, 1248. Une adaptation de l'article 448 du Code civil au cas de l'habilitation familiale aurait été possible.

⁷⁰⁸ C. civ., art. 494-1 *in fine*.

⁷⁰⁹ J. COMBRET et N. BAILLON-WIRTZ, art. préc. V. également G. RAOUL-CORMEIL, « L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond », *D.*, 2015, p.2335.

⁷¹⁰ N. PETERKA, « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs (...) », art. préc.

B. Les limites à la légitimité de la famille

293. Lorsque la famille est en charge de la protection des biens d'un de ses membres, majeur protégé, sa légitimité pour assurer cette mission n'est pas sans limite. D'abord, le protecteur familial peut, ponctuellement, être remplacé (1). Ensuite, la légitimité de la famille est encadrée (2), ce qui passe notamment par un contrôle des actions des acteurs familiaux de protection (3) et qui peut donner lieu à une sanction (4).

1. Le remplacement ponctuel du protecteur familial

294. Le remplacement ponctuel. – La légitimité du protecteur naturel est parfois remise en cause de manière ponctuelle, sans qu'il soit disqualifié de manière générale. Tel est, notamment, le cas lorsqu'il est en opposition d'intérêts avec la personne qu'il doit protéger. Cependant, il ne faut pas considérer que ce cas est une remise en cause de la légitimité familiale. C'est uniquement pour un acte ou une série d'actes déterminés que le protecteur, normalement légitime, n'est pas considéré comme le mieux à même d'assurer les intérêts de la personne car ses propres intérêts sont mêlés à la cause. Ce constat est d'autant plus vrai que l'administrateur n'est que ponctuel et peut également être issu de la famille. L'exclusion peut également porter sur certains biens, c'est le cas « des biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers »⁷¹¹.

295. L'opposition d'intérêts : la nomination d'un administrateur *ad hoc*. – En cas d'opposition d'intérêts entre la personne chargée de la protection et la personne protégée, la personne en charge de la protection ne peut, par principe, pas intervenir. Si une autre personne en charge de la protection n'est pas en opposition d'intérêts elle pourra intervenir : c'est par exemple le cas en matière d'administration légale lorsque seul un des parents est en opposition d'intérêts avec le mineur⁷¹² ou pour les majeurs protégés lorsqu'un subrogé curateur ou subrogé tuteur a été nommé⁷¹³. Dans les autres cas, la nomination d'un administrateur *ad hoc* est, par principe requise, cela résulte de l'article 383 du Code civil pour les mineurs sous administration légale et l'article 455 pour les majeurs placés sous curatelle ou tutelle. De plus, l'article 1210-1 du Code de procédure civile prévoit que l'administrateur *ad hoc*, requis par l'article 383 du Code civil, doit de préférence être choisi parmi la famille ou les proches du mineur, ce n'est

⁷¹¹ C. civ., art. 384.

⁷¹² C. civ., art. 383.

⁷¹³ C. civ., art. 455.

que si l'intérêt de l'enfant empêche de choisir une de ces personnes en qualité d'administrateur *ad hoc* qu'il sera nommé en dehors de la famille⁷¹⁴.

296. Toutefois, le protecteur familial n'est parfois pas remplacé. Ainsi, en matière d'habilitation familiale, la solution retenue est différente. En effet, en vertu de l'article 494-6 du Code civil, « la personne habilitée dans le cadre d'une habilitation générale ne peut accomplir un acte pour lequel elle serait en opposition d'intérêts avec la personne protégée ». Cependant, le juge peut autoriser la personne habilitée, à titre exceptionnel, à passer un tel acte. Ainsi, la solution retenue est celle de l'autorisation judiciaire et non la nomination d'un administrateur *ad hoc*. Rien n'est précisé lorsque l'habilitation n'est pas générale, mais il va de soi que le juge ne devrait pas délivrer une telle habilitation à un membre de la famille en opposition d'intérêts avec le majeur à protéger dans un tel cas. Il s'agit également de la solution retenue par l'article 507 du Code civil. En effet, en cas d'opposition d'intérêts entre le tuteur et la personne protégée dans le cadre d'une succession, le partage amiable doit simplement être autorisé par le conseil de famille ou, en son absence, par le juge, sans que le texte ne prévoit la nomination d'un administrateur *ad hoc*. Par ailleurs, en ce qui concerne le mandat de protection future, rien n'est précisé sur l'opposition d'intérêts entre le mandant et le mandataire⁷¹⁵. Cette divergence de solution entre les différentes mesures de protection ne fait pas sens, une harmonisation serait souhaitable. Celle-ci devrait prendre la forme d'une désignation d'un administrateur *ad hoc* pour garantir la protection des intérêts des majeurs en cause.

297. Le protecteur familial peut également être écarté conventionnellement pour la protection de certains biens.

298. Les biens donnés ou légués au mineur exclus de l'administration légale. – Depuis la loi du 14 décembre 1964⁷¹⁶, il est possible de donner ou de léguer des biens à un mineur tout en précisant que ces biens seront exclus de l'administration légale⁷¹⁷. Ainsi, le donateur ou le testateur pourra préciser qui aura l'administration de ces biens, à défaut, ou si l'administrateur refuse ou est dans l'impossibilité légale d'assurer cette mission, un administrateur *ad hoc* sera nommé⁷¹⁸. Cette clause se retrouve essentiellement dans le cas de parents ne voulant pas que l'autre assure la gestion des biens qu'il va donner ou léguer à l'enfant en raison d'un divorce

⁷¹⁴ CPC, art. 1210-1, modifié par le D. n° 2016-185 du 23 février 2016.

⁷¹⁵ La nomination d'un administrateur *ad hoc* n'est pas prévue. En ce sens v. F. SAUVAGE, « Mandat de protection future », *Rép. Civ.*, juil. 2021, n° 46.

⁷¹⁶ C. civ., art. 389-3, issu de la L. n° 64-1230 du 14 décembre 1964, préc.

⁷¹⁷ Pour une étude sur la question, v. D. BOULANGER, « L'efficacité totale des clauses d'exclusion de la jouissance ou de l'administration légale », *JCP N* n° 50, 16 déc. 1994, 101258.

⁷¹⁸ C. civ., art. 384.

intervenue entre les parents. Elle peut également être prévue lorsque des grands-parents veulent soustraire de tels biens à l'administration légale, afin que leur gestion ne soit pas confiée à la famille issue de l'alliance ou à leur enfant négligeant⁷¹⁹. Tel est le cas lorsqu'il y a une volonté de soustraire l'administration de certains biens à un « parent prodigue »⁷²⁰. Pour autant, si cet article permet de disqualifier les parents en tant qu'administrateurs légaux, il permet de désigner un autre membre de la famille pour assurer cette charge. Ainsi, les protecteurs naturels sont écartés sans pour autant que la famille soit disqualifiée dans son ensemble, la légitimité de la famille demeure. Toutefois, cette légitimité est encadrée.

2. Une légitimité encadrée

299. Les contours de la légitimité familiale. – La légitimité de la famille ne joue, par principe, que pour la gestion courante des biens des membres de la famille. En effet, par exception, il est possible au juge de restreindre cette gestion. Les actes jugés dangereux pour les biens, sont quant, à eux exclus de la sphère de légitimité de la famille.

300. La gestion courante. – Par principe la famille, tant sous la forme de l'administrateur légal que sous la forme du protecteur des majeurs, ne peut exécuter que les actes de conservation ou d'administration⁷²¹. Ainsi, la confiance du législateur dans l'intervention familiale a ses limites. L'intervention de la famille n'est pas totalement libre, sa mission est encadrée. L'intervention légitime de la famille est encadrée tant par la loi, que par le juge ; la légitimité de la famille cède face à la dangerosité des actes qu'elle souhaite accomplir sur le patrimoine de la personne protégée.

301. Les restrictions judiciaires. – Le juge a un pouvoir d'adaptation des mesures de protection. Ainsi, il peut limiter les pouvoirs de l'administrateur légal ou du tuteur en indiquant qu'un acte ou série d'actes devront recueillir sa décision pour être effectués⁷²². La mission de

⁷¹⁹ Sur l'utilisation de cette clause en présence d'un conflit familial v. I. CORPART, « Administration légale des biens du mineur », *Rép. Civ.*, oct. 2018 (act. sept. 2020), n° 56 ; J. HAUSER, « L'administration aux biens légués ou donnés », *Defrénois*, n° 1, 15 janv. 2009, p. 25.

⁷²⁰ L. MAUGER-VIELPEAU, « La nouvelle clause d'exclusion de l'administration légale », *LPA* n° 179, 8 sept. 2017, p. 19.

⁷²¹ Tel n'est cependant pas le cas de la personne habilitée dans le cadre de l'habilitation familiale. V. C. civ., art. 494-6.

⁷²² Pour l'administration légale, v. C. civ., art., 387-3. Pour la curatelle, v. C. civ., art. 471, qui prévoit l'extension par le juge des actes que la personne en curatelle peut effectuer sans assistance. Pour la tutelle, v. C. civ., art. 473, qui prévoit l'extension par le juge des actes que la personne en tutelle peut effectuer seule ou avec l'assistance du tuteur.

protection s'effectue toujours dans le cadre fixé par le juge⁷²³ soit dès le début de la mesure, soit au cours de la mesure.

302. Les actes dangereux. – Les actes les plus dangereux ne peuvent être effectués qu'avec l'autorisation tantôt du juge, tantôt du conseil de famille s'il existe. Par ailleurs, certains actes jugés trop dangereux pour le patrimoine des personnes protégées, notamment les actes à titre gratuit⁷²⁴ sont quant à eux interdits au protecteur. Ainsi, cette limitation permet de mettre en lumière toute la conception de la protection familiale : assurer une intendance pour le temps où la personne protégée n'est pas en mesure de le faire. La mission est une mission de conservation et d'administration. Le protecteur doit maintenir les biens de la personne protégée, il ne peut effectuer des actes qui conduisent à la sortie des biens du patrimoine de la personne protégée si ce n'est avec l'autorisation judiciaire. La gestion des biens de la personne protégée devant être faite dans le respect de son intérêt, le juge ne donnera son autorisation que si l'acte pour lequel une autorisation est demandée est conforme à l'intérêt de la personne protégée.

303. Cet encadrement de l'intervention de la famille conduit nécessairement à penser le contrôle de son action.

3. Le contrôle nécessaire de la famille

304. Un contrôle continu. – Le contrôle de la gestion des biens, effectuée par la famille sur le patrimoine d'autrui, se fait à chaque étape de la mesure. Dès le début de la mesure, la famille peut être soumise à l'établissement d'un inventaire des biens de la personne faisant l'objet de la protection. Lors de l'exécution de la mesure, des moyens permettent d'alerter le juge de la gestion défailante. Le juge peut alors adapter la mesure de protection ou y mettre fin. Enfin, la tenue de comptes de gestion permet, une fois la gestion effectuée, de détecter une éventuelle mauvaise gestion de la part de la famille.

305. L'inventaire : une mesure de protection préventive. – Lorsque la famille intervient en tant que gérante sur le patrimoine d'un de ses membres, un inventaire des biens de la personne protégée peut lui être demandé, afin qu'une comparaison puisse être faite entre les biens présents au début de la mesure et à la fin de celle-ci. L'inventaire n'est pas toujours requis. Pour imposer l'établissement d'un inventaire, le législateur semble recourir aux règles suivantes : il prend en compte le « dessaisissement [de la personne protégée] de ses affaires »⁷²⁵,

⁷²³ En matière d'habilitation familiale, notamment, le juge fixe le cadre de l'habilitation, C. civ., art. 494-6.

⁷²⁴ En matière d'habilitation familiale, il est possible pour la personne habilitée de se faire autoriser par le juge à passer un tel acte.

⁷²⁵ F. MARCHANDIER, « Majeur protégé », *Rép. Civ.*, fév. 2020 (act. fév. 2022), n° 292.

la consistance supposée du patrimoine de la personne protégée, et l'implication familiale dans la mesure de protection. En effet, l'obligation d'établir un inventaire ne se retrouve, par principe, qu'à l'article 503 du Code civil, pour la tutelle et, par renvoi, de l'article 472, alinéa 3, du Code civil à l'article 503 précité, pour la curatelle renforcée. Il en va de même pour le mandat de protection future, conformément à l'article 486 du Code civil. L'obligation de l'inventaire, dans ces trois mesures, découle du fait que le majeur est largement dessaisi de son pouvoir d'intervention sur ses biens et du fait que le législateur présume que le majeur a un patrimoine d'une consistance nécessitant l'établissement d'un inventaire. *A contrario*, l'inventaire n'est pas une obligation de l'exercice de l'administration légale car il est présumé que, par principe, le patrimoine d'un mineur est de faible consistance et que l'administration est exercée par les protecteurs naturels de l'enfant mineur. Ce n'est que si le juge demande son établissement, en application de l'article 387-4 du Code civil, que l'inventaire devra être établi. En revanche, dans le cadre de la tutelle des mineurs, en considération du fait que ce ne sont plus les protecteurs naturels qui assurent la protection des biens, le tuteur est soumis à l'obligation d'établir un inventaire, peu importe que la tutelle du mineur soit assurée par un membre de la famille ou par un professionnel. Par ailleurs, il est possible de constater que l'implication familiale est une nouvelle justification de dispense d'établissement d'inventaire. En effet, la personne habilitée dans le cadre d'une mesure d'habilitation familiale n'est pas tenue d'établir un inventaire alors que le dessaisissement du majeur peut être important, notamment en cas d'habilitation générale à représenter le majeur. La nécessité d'établir un inventaire est donc à géométrie variable en fonction de la nécessité que le législateur présuppose. Il est à cet égard étonnant que la possibilité ne soit pas laissée au juge, dans tous les cas où l'établissement de l'inventaire n'est pas de droit, de permettre qu'il le requiert au regard du déroulé de la mesure ou eu égard à la consistance du patrimoine de la personne protégée. Ainsi, sur le modèle de l'administration légale, il serait souhaitable que le juge puisse enjoindre l'établissement de l'inventaire dans le cadre de l'habilitation familiale. Une telle injonction serait conforme au respect de l'intérêt du majeur protégé.

306. Les mesures d'alerte au cours de la mesure. – Le contrôle au cours de la mesure de protection s'exprime notamment par la possibilité de signaler, au juge, les dysfonctionnements dans la mission de protection. Ainsi, « les parents, ou l'un d'eux, le ministère public ou tout tiers ayant connaissance d'actes ou omissions qui compromettent gravement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci », doivent saisir le juge afin qu'il puisse soumettre un « acte ou une série d'actes de disposition

(...) à son autorisation préalable »⁷²⁶. De plus, conformément à l'article 387-6 du Code civil, les administrateurs légaux sont tenus de « déférer aux convocations du juge des tutelles et du procureur de la République et de leur communiquer toute information qu'ils requièrent ». Cette obligation se retrouve dans les dispositions communes aux majeurs protégés, à l'article 416 du Code civil. Les mesures de protection des majeurs prévoient également des moyens pour prévenir le juge de problèmes dans l'exécution de la mesure notamment au regard de la gestion des biens des personnes protégées. Ainsi, le notaire doit avertir le juge en cas de « mouvement de fonds et de tout acte non justifiés ou n'apparaissant pas conformes aux stipulations du mandat de protection future »⁷²⁷. En matière d'habilitation familiale, tout intéressé ou le procureur de la République peuvent saisir le juge en cas de difficultés de mise en œuvre de la mesure, le juge peut alors modifier l'étendue de l'habilitation ou y mettre fin⁷²⁸. En matière de tutelle, des mineurs comme des majeurs, l'article 499 du Code civil prévoit que « les tiers peuvent informer le juge des actes ou omissions du tuteur qui leur semblent de nature à porter préjudice aux intérêts de la personne protégée ». Les articles 410, alinéa 3, et 454, alinéa 4, du Code civil précisent que le subrogé curateur et le subrogé tuteur doivent informer le juge, sans délai, s'ils constatent des fautes dans la mission du curateur ou du tuteur. Plusieurs remarques peuvent être formulées. D'abord, il est étonnant que ces mesures d'alerte du juge ne soient pas généralisées. Elles devraient trouver leur place dans les dispositions communes à tous les majeurs protégés, car ils ont tous intérêt à être préservés contre la mauvaise gestion de leurs biens.

307. Ensuite, la différence de rédaction de ces articles ne se justifie pas. Ainsi, en matière d'administration légale, seuls peuvent être portés à la connaissance du juge « les actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une nature à porter un préjudice grave à ceux-ci », alors que cette notion de gravité ne se retrouve pas dans les articles dédiés à la tutelle. Pourtant, la protection des intérêts du mineur devrait être la même que la gestion de ses biens relève de l'administration légale ou de la tutelle. La faveur faite aux parents dans la gestion des biens du mineur n'est donc pas justifiée à cet égard. Les mesures d'alerte devraient être identiques dès lors qu'une gestion des biens d'autrui est mise en place. Toutefois, cette différence de traitement souligne la confiance que le législateur accorde dans la gestion familiale des biens d'autrui.

⁷²⁶ C. civ., art. 387-3, alinéas 1 et 2, issu de l'Ord. n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, préc.

⁷²⁷ C. civ., art. 491.

⁷²⁸ C. civ., art. 494-10.

308. Enfin, ces mesures d’alerte sont notamment facilitées par le contrôle des comptes de gestion. Or, l’établissement des comptes de gestion n’est pas une obligation dans toutes les mesures de protection.

309. Les comptes de gestion : une mesure de contrôle *a posteriori*. – Les comptes de gestion annuels permettent, à la personne chargée de leur vérification, de détecter une mauvaise gestion des biens de la part de la famille, des fraudes ou des actes que la personne chargée de la protection n’était pas en mesure de faire. La détection d’anomalies lors du contrôle des comptes de gestion permet également d’avertir le juge dans le cadre des mesures d’alerte. Le juge pourra alors en tirer les conséquences sur l’avenir de la mesure. Cependant, la difficulté est que la famille n’est pas toujours tenue d’établir des comptes de sa gestion, ce qui rend plus complexe l’établissement d’éventuelles fautes dans la gestion.

310. Aux termes des articles 486, alinéa 2, 472, alinéa 3⁷²⁹, 510 du Code civil, sont tenus d’établir des comptes de gestion : le mandataire chargé de la protection des biens dans le cadre du mandat de protection future, le curateur en curatelle renforcée, le tuteur d’un majeur ou d’un mineur. Ils doivent, en plus de ces comptes annuels, fournir un compte de fin de gestion, en vertu des articles 487 et 514 du Code civil. Par ailleurs, le juge, s’il l’estime nécessaire, peut enjoindre aux administrateurs légaux d’établir des comptes annuels de leur gestion et un compte définitif à la fin de leur mission⁷³⁰. Ainsi, dans l’administration légale, les comptes de gestion ne sont pas requis par principe.

311. Toutefois, le législateur a permis, par exception, une décharge judiciaire de soumettre les comptes de sa gestion à approbation, au regard de « la modicité des revenus ou du patrimoine de la personne protégée »⁷³¹. Cette disposition est compréhensible car la modicité du patrimoine de la personne entraîne moins de risque de dilapidation de ses biens. Elle est mesurée car elle permet d’inciter la famille à assurer le rôle de tuteur en allégeant ses obligations⁷³². Le juge peut même dispenser la personne en charge de la protection d’établir des comptes lorsque la protection est assurée par un membre de la famille⁷³³. Cette dispense n’est pas assortie de condition, il est possible de remettre en cause la proportionnalité de cette mesure. La famille bénéficie donc d’une confiance particulièrement forte dans une telle situation. Le législateur est

⁷²⁹ Par renvoi à C. civ. art. 510.

⁷³⁰ C. civ., art. 387-5.

⁷³¹ C. civ., art. 513, al. 1^{er}.

⁷³² F. MARCHANDIER, « Majeurs protégés », *Rép. Civ.*, préc. n° 295.

⁷³³ C. civ., at. 513, al. 2.

allé encore plus loin en dispensant la personne habilitée, dans le cadre de l'habilitation familiale, d'établir des comptes, par principe.

312. Un allègement contemporain du contrôle ? – Si l'habilitation familiale « est bâtie sur le modèle de la tutelle et sur son contre modèle le mandat de protection future »⁷³⁴, elle ne reprend cependant pas les mesures de contrôle de la gestion de la famille. En effet, si un contrôle est organisé en matière de tutelle et de mandat de protection future, ce n'est pas le cas en matière d'habilitation familiale. Il est possible d'identifier un mouvement contemporain d'allègement du contrôle de la famille. Ainsi, cet allègement du contrôle trouve son origine dans la volonté de moins solliciter la solidarité nationale, et le souhait corollaire que la famille s'occupe davantage des membres qui la composent mais également de ses biens. L'allègement du contrôle est posé comme une incitation pour la famille à exercer la protection, il renforce la légitimité familiale. En effet, moins la famille est contrôlée plus la confiance qui lui est accordée est grande. Mais cette confiance accordée à la famille se fait au détriment de la protection des biens du majeur protégé. Pour nuancer ce propos, l'article 494-1 renvoie au titre XIII du livre III du Code civil, qui comprend l'article 1993 prévoyant que « tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion ». Ainsi, si la personne habilitée est déchargée de l'obligation d'établir des comptes de gestion, elle devra en rendre compte.

313. Si des irrégularités sont constatées grâce à cette pluralité de contrôles, des sanctions peuvent être prononcées contre la famille.

4. Les sanctions de la défaillance familiale

314. La défaillance du rôle de la famille. – Lorsque la famille intervient sur le patrimoine d'un de ses membres, et que son contrôle révèle une défaillance dans la gestion des biens, des sanctions sont prévues par le Code civil : certains actes encourent la nullité, et plus généralement les personnes chargées de la protection engagent leur responsabilité.

315. La nullité des actes. – Les actes effectués par le protecteur familial encourent la nullité lorsqu'ils sont effectués alors qu'ils ne pouvaient pas l'être, purement et simplement ou lorsqu'une autorisation devant être sollicitée ne l'a pas été. C'est le dépassement de pouvoir de la famille qui est sanctionné. La législation du Code civil sur la question de la sanction de tels actes est très lacunaire. En effet, si le Code civil prévoit clairement la sanction de certains

⁷³⁴ G. RAOUL-CORMEIL, « L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond », art. préc.

dépassements de pouvoir, d'autres ne sont pas traités, ce qui crée des errances quant à la détermination de la sanction applicable.

316. D'abord, l'article 465 du Code civil traite des sanctions applicables en cas de dépassement de pouvoir du curateur et du tuteur. Plus précisément, il prévoit les sanctions des actes faits par le protecteur seul, alors que les actes auraient dû être passés par la personne protégée, seule ou avec l'assistance du protecteur. L'article prévoit également la sanction des actes effectués par le protecteur seul, alors qu'une autorisation, du juge ou du conseil de famille, était requise. Dans de tels cas, l'article susmentionné prévoit la nullité de plein droit de ces actes sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice à l'égard de la personne protégée. Cependant, la sanction n'est pas absolue puisqu'une confirmation de l'acte est rendue possible. De plus, l'article 509 du Code civil établit une liste d'actes que le tuteur ne peut faire même avec une autorisation. Toutefois, cette interdiction n'est assortie d'aucune sanction. Certains plaident pour une application *a fortiori* de l'article 465, 4^o, du Code civil dans un tel cas⁷³⁵. Cependant, comme le prévoit l'adage, il faudrait considérer qu'il n'y a « pas de nullité sans texte ». Ainsi, ces actes ne devraient pas encourir de nullité⁷³⁶. Toutefois, « quand l'intérêt que [la nullité] vise à sauvegarder est assez important (...) et est mis assez gravement en danger par l'inobservance de la loi »⁷³⁷, elle s'impose⁷³⁸. Dans un tel cas, ne faudrait-il pas invoquer la nullité de droit commun de l'article 1156 du Code civil qui prévoit l'inopposabilité de l'acte au représenté sauf si le tiers a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant ? La sanction est moins favorable que celle de l'article 465, car elle permet de ne pas appliquer la sanction lorsque le tiers est de bonne foi. Il est donc vrai que le raisonnement *a fortiori* semble plus conforme à la *ratio legis*, bien que le texte ne prévoie pas expressément la sanction. Il semble se déduire de la volonté d'interdire certains actes au tuteur, la volonté que ceux-ci soient considérés comme nul de plein droit⁷³⁹. L'article 494-9 du Code civil, qui envisage les nullités des actes de la personne habilitée, semble, quant à lui, plus complet. En effet, il prévoit plus généralement la nullité de plein droit des actes qui n'entrent pas dans le champ de l'habilitation

⁷³⁵ En ce sens, N PETERKA, « Gestion du patrimoine des personnes en tutelles, Actes du tuteur », fasc. unique, J.- Cl. civil Code, art. 503 à 509, déc. 2019, n° 177 ; N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE et F. ARBELLOT, *op. cit.*, p. 496, n° 335.82.

⁷³⁶ D. POUYAUD, V° « Nullité », in D. ALLAND et S. RIALS, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, PUF, 2003, p. 1088.

⁷³⁷ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil français*, t. VI, Obligations, par P. Esmein, LGDJ, 2^e éd., 1952, n° 295.

⁷³⁸ D. POUYAUD, V° « Nullité », in D. ALLAND et S. RIALS, (dir.), *op. cit.*, p. 1088.

⁷³⁹ É. BLESSIG, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n°3462), portant réforme de la protection juridique des majeurs*, n° 3557, A.N., 10 janv. 2007, pp. 181-183 et 221 -222.

ou qui supposent une autorisation du juge. Ainsi, il n'existe pas comme pour la tutelle des actes qui ne sont pas compris dans le périmètre de la nullité. Une modification de l'article 465, 4° serait souhaitable pour intégrer les actes que le tuteur ne peut faire même avec une autorisation.

317. Quant à l'administration légale, des lacunes existent également. En effet, « si le représentant légal accomplit un des actes de disposition aggravés visés par l'article 387-1 C. civ. sans avoir, au préalable, requis d'autorisation du juge des tutelles, quelle sanction est susceptible de frapper l'acte ainsi conclu ? Rien n'est précisé sur ce point par l'ordonnance du 15 octobre 2015. Nulle disposition comparable à l'article 465 C. civ. réglant le sort des actes irréguliers pour les majeurs protégés n'a été prévue »⁷⁴⁰. Ainsi, comme pour les actes de l'article 509 du Code civil, le doute subsiste : l'acte est-il nul de plein droit, ou est-il inopposable dans les conditions prévues à l'article 1156⁷⁴¹? Il faudrait également pour clore le débat que précision soit faite sur la sanction du dépassement de pouvoir des administrateurs légaux.

318. À côté de la sanction des actes effectués en dépassement de pouvoir, les organes de protection peuvent engager leur responsabilité.

319. La responsabilité des organes de la protection. – Les protecteurs familiaux engagent leur responsabilité pour les fautes quelconques qu'ils commettent dans la gestion des biens de la personne protégée. Cette responsabilité résulte de l'article 386 du Code civil pour la responsabilité des administrateurs légaux, de l'article 412 pour les organes de la tutelle des mineurs et de l'article 421 pour les organes des mesures de protection judiciaire. L'article 421 réduit la responsabilité du curateur et du subrogé curateur, hors l'hypothèse de la curatelle renforcée, ceux-ci n'engageant pas leur responsabilité pour les actes accomplis avec leur assistance sauf en cas de dol ou de faute lourde. Pour le mandataire de protection future et la personne habilitée dans le cadre de l'habilitation familiale, l'article 424 du Code civil prévoit qu'ils engagent leur responsabilité dans les conditions de l'article 1992 du même Code. Ainsi, ils engagent leur responsabilité en cas de dol ou de faute commise à l'occasion de leur gestion. L'alinéa 2 précise toutefois que la responsabilité relative aux fautes sera appliquée moins rigoureusement à l'égard de celui qui exerce le mandat à titre gratuit. Ainsi, les mesures de protection étant bien souvent à titre gratuit au sein de la famille, le membre de la famille assurant

⁷⁴⁰ I. MARIA, « Représentation et administration légale », in P. MURAT, (dir.), *Droit de la famille, Dalloz action* 8^e éd., 2019, pp. 1141-1142, n° 236.291. V. également N. PETERKA, « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs (...) », art. préc.

⁷⁴¹ En ce sens v. J. HOUSSIER, « Les principes de l'administration légale », *JCP N* n° 19, 8 mai 2020, 1102. V. également I. MARIA, « Représentation et administration légale », in MURAT (P.), *op. cit.*, pp. 1141-1142, n° 236.291.

la protection par le biais d'un mandat de protection future verra sa responsabilité engagée moins facilement⁷⁴². Le subrogé tuteur, tant pour la tutelle des mineurs que des majeurs, et le subrogé curateur sont également tenus de surveiller les actes passés par le tuteur ou le curateur et d'informer le juge en cas de fautes dans l'exercice des missions tutélaires sous peine d'engager leur responsabilité⁷⁴³.

320. Ainsi, la légitimité de la famille conduit le législateur à lui accorder une forte confiance dans la gestion des biens de ses membres. Toutefois, cette confiance n'étant pas absolue, la famille est soumise à une série de contrôles. La défaillance de la famille dans la gestion des biens de ses membres peut alors conduire à son éviction.

§ 2 UN ACTEUR ÉCARTÉ DE LA PROTECTION

321. La famille peut être écartée de la protection des biens de ses membres. Cette disqualification se manifeste, d'abord, par la promotion de l'individu plutôt que de sa famille pour la protection de ses biens (A). Elle se manifeste, ensuite, lorsque la protection des biens est confiée à un tiers, au sens de tiers à la famille (B).

A. La disqualification de la famille par la promotion de l'individu

322. La promotion de l'individu. – Le rôle accordé à l'individu dans le système de protection ne pose plus la question de la légitimité, car un propriétaire a pleinement vocation à gérer ses biens comme il l'entend, sous réserve des limites prévues par la loi. En effet, relativement aux biens, l'individu est perçu comme un propriétaire, il est le plus à même de savoir quelle protection est nécessaire pour ses biens conformément à ses aspirations. Il est alors question de la place que prend l'individu, et partant la volonté individuelle, au sein de la famille, mais également au sein de la société. L'évolution de la place à accorder à l'individu conduit à questionner l'origine de la promotion de l'individu : la promotion de la liberté individuelle est-elle le corollaire de la volonté de déjudiciariser et de privatiser la protection ? Ou au contraire, est-ce l'expression la volonté des individus contre la société et leur famille qui conduit à une déjudiciarisation et à une disqualification de la famille ? Ou encore, est-ce que

⁷⁴² En effet, cette restriction posée par l'alinéa 2 « ne concerne que l'appréciation de la faute et non l'étendue de la réparation » selon un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 janvier 1980, Bull. civ. I, n° 11, *RTD Civ.* 1981. 407, obs. CORNU. Cela montre bien que la faute sera moins facilement retenue à l'encontre du protecteur, mais que si elle est retenue, elle devra classiquement faire l'objet d'une réparation intégrale.

⁷⁴³ V. C. civ., art. 410, pour le subrogé tuteur dans la tutelle des mineurs. V. C. civ., art. 454, pour le subrogé tuteur, dans la tutelle des majeurs, et pour le subrogé curateur.

les deux mouvements se nourrissent l'un l'autre ? En tout état de cause, il est possible de constater un « double projet politique de réformer la justice en allégeant la charge des juridictions et de libéraliser les institutions personnelles et familiales en renforçant sensiblement le pouvoir des volontés individuelles »⁷⁴⁴. Pour comprendre ce mouvement, il est nécessaire d'envisager l'articulation entre l'intervention sociale, la protection par la famille et la volonté de l'individu.

323. La primauté de l'individu sur la famille. – La protection familiale, bien que promue par le législateur, semble avoir un caractère subsidiaire par rapport à la volonté individuelle. Cela se retrouve dans toute la matière patrimoniale : en droit des successions par la primauté des libéralités sur la succession *ab intestat*, ou encore en droit des majeurs protégés par l'introduction du mandat de protection future. Si en l'absence de toute volonté, le législateur confie par préférence la protection à la famille, sur une présomption d'affection, la volonté peut renverser cette présomption simple. L'article 449 du Code civil enjoint au juge de « prendre en considération les sentiments exprimés par » la personne protégée pour désigner son protecteur, lorsqu'elle n'a pas effectué de désignation. Ainsi, « ce qui caractérise le mieux cette tendance législative, c'est de dire que la volonté est source de droit, et qu'à côté d'un droit légal qui reste prégnant par nécessité et applicable par défaut, on encourage parallèlement un droit volontaire, chargé de se substituer à ce droit légal qui devient de ce fait subsidiaire »⁷⁴⁵. Partant, « le droit de la famille devient de plus en plus celui des personnes qui la composent »⁷⁴⁶, et celui des personnes protégées semble, quant à lui, tiraillé entre la protection familiale et le respect de la stricte volonté de l'individu. En effet, il existe un mouvement contemporain qui semble faire primer, plus encore, la volonté sur la protection. Notamment, en droit des majeurs protégés où les recommandations du comité des droits des personnes handicapées semblent remettre en cause le principe même de la protection des majeurs en indiquant qu'ils ne doivent plus faire l'objet de mesures de représentation⁷⁴⁷. Les protecteurs ne devraient plus agir conformément à l'intérêt du majeur protégé mais conformément à sa volonté. La responsabilisation des individus semble, en ce sens, promue.

324. Responsabiliser. – L'idée d'une protection des personnes et de leurs biens semble en recul⁷⁴⁸. En effet, « peut-être les justiciables sont-ils davantage reconnus comme des grandes

⁷⁴⁴ C. PÉRÈS, « La déjudiciarisation du droit des personnes (...) », art. préc.

⁷⁴⁵ Ph. POTENTIER, « Le juge et le notaire », art. préc.

⁷⁴⁶ Ph. THÉRY, « Rapport de synthèse du colloque sur le notaire et la déjudiciarisation », *JCP N* n° 14, 6 avril 2018, 1154.

⁷⁴⁷ V. *infra* n° 474.

⁷⁴⁸ V. *infra* n° 999.

personnes capables de s'occuper de leurs affaires »⁷⁴⁹. La promotion de la volonté conduit à introduire un principe de responsabilisation au sein du droit patrimonial. Chaque individu est alors responsable de sa propre protection, de la gestion de ses biens. Cette tendance semble partagée avec l'inclinaison à la déjudiciarisation que certains considèrent comme « la volonté de l'État de responsabiliser le citoyen quant à la gestion de sa vie personnelle et familiale »⁷⁵⁰. Cette conception, fondée sur la liberté et la promotion de la capacité, trouve cependant ses limites lorsque la personne est considérée comme hors d'état d'exprimer sa volonté, ou du moins reconnue comme ne pouvant plus pourvoir seule à ses intérêts. Cela est d'autant plus vrai si cet état est médicalement considéré comme irréversible. Il est possible de considérer que l'anticipation est un remède à la défiance envers la protection. En effet, si l'individu met lui-même en place des mécanismes pour anticiper sa propre protection, conformément à ses souhaits, cela permet de concilier la nécessité de la protection avec le respect de sa seule volonté. Toutefois, la volonté est changeante. Que faire lorsque les volontés actuelles de l'individu, pourtant considéré comme hors d'état de manifester sa volonté ou ne pouvant plus pourvoir seul à ses intérêts, sont en contradiction avec l'expression de sa volonté passée, donnée justement pour le cas où il ne serait plus en mesure de le faire ? La réponse ne semble pas esquissée par les instances promouvant cette vision du droit des majeurs protégés⁷⁵¹. Peut-être que la réponse serait d'instaurer un système de protection fondé largement sur une protection *a posteriori*, où la liberté serait, *a priori*, laissée à la personne avec une possibilité de corriger *a posteriori* les actes qui lui portent un préjudice patrimonial trop important⁷⁵². Dans l'attente, il est possible de considérer que le mandat de protection future répond à ces visions difficilement conciliables.

325. Le mandat de protection future. – La réforme de 2007 permet au majeur non encore protégé de désigner la personne de son tuteur⁷⁵³, ce choix s'imposant, par principe, au juge⁷⁵⁴. Par le biais d'un mandat de protection future, le majeur aura pu prévoir, par avance, l'organisation de sa protection pour un temps où il ne sera plus en mesure de s'assumer seul. Il est fort probable que le mandant aura privilégié comme mandataire soit son conjoint, soit un ou plusieurs de ses descendants. Plusieurs mandataires peuvent être nommés, notamment lorsque

⁷⁴⁹ Ph. THÉRY, art. préc.

⁷⁵⁰ A. VAUCHER, « La déjudiciarisation, le notaire et l'avocat en droit des personnes et de la famille », *JCP N* n° 14, 6 avril 2018, 1153.

⁷⁵¹ Au premier chef, le défenseur des droits ou encore le comité onusien des personnes handicapées.

⁷⁵² V. *infra* n° 969.

⁷⁵³ C. civ., art. 448, al. 1^{er}.

⁷⁵⁴ Th. FOSSIER, « L'objectif de la réforme du droit des incapacités: protéger sans jamais diminuer », *Defrénois*, 15 janv. 2005 n° 1, p.3.

le patrimoine le justifie ou pour assurer une paix familiale, car « instaurer [un enfant] seulement mandataire de protection future avec des pouvoirs importants pourrait attiser la méfiance et la jalousie des autres »⁷⁵⁵. Cette forme de mandat a été adoptée, avec le soutien de la pratique, par la réforme du 5 mars 2007. C'est une mesure de protection conventionnelle largement déjudiciarisée⁷⁵⁶. Le 106^{ème} congrès des notaires pointait la lacune du mandat de protection future, qui réside dans l'absence d'incapacité du mandant, celui-ci pouvant donc continuer à effectuer les actes concurremment à son mandataire⁷⁵⁷. De ce fait, la protection s'en trouve limitée, d'autant qu'il existe un risque que les deux protagonistes fassent des actes contradictoires. En revanche, l'absence d'incapacité permet d'accorder une plus grande place à la volonté de la personne à protéger, car elle peut continuer d'effectuer les actes de gestion de ses biens. Certains auteurs s'interrogent sur l'éventualité d'ajouter un mandat de protection future supplétif au régime primaire du fait de « la force particulièrement affirmée de l'engagement qui est consubstantiel au mariage [induisant] un lien très particulier basé sur la confiance mutuelle »⁷⁵⁸. Le contrat de mariage pourrait alors servir à aménager le mandat au gré de la volonté des époux⁷⁵⁹.

326. La préservation de la capacité. – Le droit des majeurs protégés, qui semble en matière patrimonial le plus attentatoire à la volonté individuelle, permet pourtant une adaptation de la mesure par le juge en fonction de chaque situation. En effet, à côté de la sphère de liberté toujours laissée aux majeurs protégés, le juge peut augmenter la liste des actes que le majeur protégé peut faire seul. Cette possibilité résulte notamment de l'article 471 du Code civil pour la curatelle, qui dispose que « à tout moment, le juge peut (...) énumérer certains actes que la personne en curatelle a la capacité de faire seule » ; l'article 473, alinéa 2, du même Code le prévoit, dans des termes similaires, pour la personne en tutelle.

327. L'individu sans protection sociale. – Le système qui semble se dessiner, entre diminution de l'intervention judiciaire et promotion de la volonté individuelle, paraît conduire à laisser l'individu bien seul face à sa protection. Cette appréciation de l'évolution des acteurs est partagée par la doctrine qui considère que « déjudiciariser, ce n'est pas seulement changer les acteurs, ce n'est pas simplement remplacer mécaniquement le juge par le notaire ; c'est aussi

⁷⁵⁵ L. LEVENEUR, « Intérêts et limites du mandat de protection future », art. préc., p. 576.

⁷⁵⁶ N. PETERKA, « Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui », *JCP N* n° 29, 19 juil. 2013, 1190.

⁷⁵⁷ 106^e Congrès des notaires de France, Couple, Patrimoine, Les défis de la vie à 2, Bordeaux, 2010, p. 536.

⁷⁵⁸ J.-F. SAGAUT, « Et si le mandat de protection future intégrait le régime primaire en devenant un effet du mariage ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p.753.

⁷⁵⁹ V. *infra* n° 926.

souvent promouvoir substantiellement le jeu des volontés privées, ce qui implique un relâchement du contrôle social et un renforcement de la liberté individuelle »⁷⁶⁰. Cette transformation des acteurs participe pleinement de la métamorphose de la protection des biens. En effet, « si l'homme était libéré des liens qui l'opprimaient, il ne bénéficiait plus de la protection que lui assurait son intégration à une communauté. L'individualisme avait rendu l'homme autonome, mais celui-ci ne devait plus compter que sur lui-même pour se protéger »⁷⁶¹. Ainsi, « [l]e citoyen est devenu dans notre nouveau modèle démocratique son propre juge »⁷⁶², notamment par le jeu du règlement amiable des différends, par la déjudiciarisation du divorce et du changement de régime matrimonial. Cette privatisation de la protection n'est pas sans risque, notamment eu égard à « l'abus d'une position dominante »⁷⁶³ qu'un membre de la famille pourrait avoir sur un autre. En effet, les liens familiaux sont propices aux pressions psychologiques, à la crainte révérencielle ou encore à une position dominante d'un de ses membres sur les autres que l'absence de juge ne peut plus prendre en compte.

328. L'exclusion des parents de la gestion de certains biens. – L'article 384 du Code civil prévoit la possibilité pour une personne léguant ou donnant des biens à un mineur de les soustraire de l'administration légale des parents⁷⁶⁴. Cette disqualification des parents ou d'un parent, par le léguant ou le donateur montre que sa volonté est supérieure au principe de gestion des parents des biens de leurs enfants. En effet, la personne effectuant une libéralité au profit de l'enfant, peut, en application de ses pouvoirs de propriétaire disqualifier la famille au bénéfice d'une gestion par un tiers.

B. La disqualification de la famille pour une gestion des biens par les tiers

329. La disqualification de la famille en tant que protecteur des biens de ses membres résulte tant de la déchéance judiciaire du protecteur (1) que de la renonciation familiale à la protection (2).

⁷⁶⁰ C. PÉRÈS, « La déjudiciarisation du droit des personnes (...) », art. préc.

⁷⁶¹ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, p.6.

⁷⁶² Institut des hautes études sur la justice, *La prudence et l'autorité, L'office du juge au XXI^e siècle*, *op. cit.*, pp. 29-30.

⁷⁶³ P. DELMAS-GOYON, « Le juge du 21^{ème} siècle », Un citoyen acteur, une équipe de justice, Rapport à Madame la garde des Sceaux, ministre de la justice, déc. 2013, p. 107.

⁷⁶⁴ V. *supra* n° 298.

1. *La déchéance judiciaire du protecteur*

330. La déchéance du protecteur organisée par le droit. – La déchéance de la famille dans la protection des biens de ses membres résulte essentiellement du constat de la défaillance de ses membres à assurer la protection. Certes, les mesures de déchéance de la personne chargée de la protection ne sont pas toujours spécifiques à la déchéance de la famille, celles-ci s'appliquant également aux protecteurs tiers par rapport à la famille. Cependant, le Code civil instaurant un privilège à la protection familiale, la déchéance a vocation à s'appliquer au premier chef à la famille. Il est vrai que la disqualification d'un membre de la famille n'a pas vocation à soustraire la protection à la famille, celle-ci pouvant être assumée par un autre membre de la famille. De plus, le tiers peut également être un proche de la famille ce qui limite la portée de la disqualification familiale. Cependant, cette disqualification peut entraîner la mise en place d'une protection extrafamiliale. Cette possibilité est renforcée, eu égard au resserrement des liens familiaux autour d'une famille nucléarisée⁷⁶⁵. Une telle déchéance est organisée à l'égard du protecteur en droit des majeurs protégés. En matière d'administration légale, la disqualification des parents dans la gestion des biens de leur enfant, n'est qu'une conséquence de la privation de l'autorité parentale ou de l'exercice de l'autorité parentale.

331. La déchéance du protecteur familial dans les mesures de protection du majeur. – L'article 417 du Code civil permet au juge de « dessaisir [les personnes chargées de la protection] de leur mission en cas de manquement caractérisé dans l'exercice de celle-ci ». Le manquement peut résulter de la gestion des biens du majeur. Par exemple, si le protecteur refuse de remettre son compte annuel de gestion⁷⁶⁶. Cette déchéance peut alors conduire à la désignation d'un nouveau tuteur ou curateur, hors du cercle familial. Les articles 483, 4^o et 494-11, 2^o, respectivement relatifs au mandat de protection future et à l'habilitation familiale, sont plus singuliers encore puisqu'ils prévoient la fin de la mesure de protection, prononcée par le juge, lorsque son exécution « est de nature à porter atteinte aux intérêts » de la personne protégée. En effet, il existe un *intuitu personae* renforcé entre le protecteur et la personne protégée⁷⁶⁷ qui justifie la fin de la mesure en cas de défaillance de la personne chargée de la protection. Tel est le cas lorsqu'une épouse ne préserve pas les intérêts patrimoniaux de son

⁷⁶⁵ V. *infra* n° 352.

⁷⁶⁶ Civ. 1^{re}, 13 déc. 1994, n° 93-13.826 ; *RTD* civ. 1995. 327, obs. HAUSER ; *Defrénois* 1995. 734, obs. MASSIP. Il est à noter que dans cette espèce, la déchéance du protecteur familial a conduit le juge des tutelles à confier la protection à un tiers. Ainsi, la déchéance d'un membre de la famille fait bien peser le risque d'une éviction de la famille de la protection.

⁷⁶⁷ En raison de la désignation du protecteur par le majeur protégé en matière de mandat de protection future ou de son caractère strictement familial dans l'habilitation familiale.

époux dans le cadre d'un mandat de protection future comme a pu le juger la Cour de cassation⁷⁶⁸. Dans cette espèce, l'épouse avait établi un inventaire lacunaire et tardif des biens. Par ailleurs, sa gestion révélait des opérations bancaires injustifiées portant sur des sommes importantes et avait conduit à un redressement fiscal. En matière d'habilitation familiale, le juge a pu mettre fin à l'habilitation en raison des dépassements de pouvoir de la personne habilitée⁷⁶⁹.

332. La confiance judiciaire limitée en la famille du majeur protégé ? – S'il a été fait état d'une confiance législative renforcée en la famille, il semblerait que la mise en pratique de cette confiance soit plus difficile. En effet, malgré les incitations législatives renouvelées à la priorité familiale en 2007, la Cour des comptes a établi que « l'intention du législateur de 2007 ne s'est pas traduite dans les faits »⁷⁷⁰, moins de 50% des mesures ayant été confiées à la famille⁷⁷¹. Dans un rapport de 2016, la Cour des comptes considère que le décalage entre l'objectif de priorité familiale et le nombre de mesures effectivement confiées à la famille « tient à l'absence de soutien effectif aux tuteurs familiaux »⁷⁷². Par ailleurs, il est possible de considérer que cette défiance à désigner un membre de la famille comme protecteur peut s'avérer légitime. Sans considération de la situation de fait qui peut caractériser la mise à l'écart de la famille, certaines législations étrangères ne retiennent pas le principe de priorité familiale. Ainsi, certains États fédérés des États-Unis d'Amérique n'appliquent pas ce principe de priorité familiale car « le tuteur choisi doit être indépendant et impartial et agir dans le meilleur intérêt du majeur »⁷⁷³. Ainsi, l'intérêt du majeur peut conduire à écarter la famille, lorsque cette dernière n'est pas en mesure d'assurer convenablement la mesure⁷⁷⁴, ce qui entraîne la désignation d'un mandataire judiciaire à la protection des majeurs⁷⁷⁵.

⁷⁶⁸ Civ. 1^{re}, 17 avril 2019, n° 18-14.250 ; *D.* 2019. 555, obs. LEROYER ; *AJ fam* 2019. 414, obs. MONTOURCY. Dans cette affaire, la fin du mandat de protection future avait conduit les juges à ouvrir une mesure de curatelle renforcée. Si l'épouse a été désignée curatrice à la personne, un curateur aux biens extérieur à la famille avait également été désigné.

⁷⁶⁹ TI Caen, jugement juge des tutelles, 10 oct. 2017, n° 17/A/00663 ; *LPA* 25 avr. 2018, n° 83, p. 13, note RAOUL- CORMEIL. *Idem* dans cette affaire, le juge, après avoir mis fin à la mesure d'habilitation familiale, a confié la mesure de tutelle à une personne hors du cercle familial.

⁷⁷⁰ Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs, Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, sept. 2016, p. 41.

⁷⁷¹ *Ibidem*.

⁷⁷² *Ibidem*.

⁷⁷³ M. MERCAT-BRUN, « Le rôle variable de la famille dans la protection des majeurs aux États-Unis », in K. LEFEUVRE et S. MOISDON-CHATAIGNER, (dir.), *Protéger les majeurs vulnérables, Quelle place pour les familles ?*, Presses de l'EHESP, 2015, p.113.

⁷⁷⁴ « La distance affective entre le majeur et la personne chargée de la protection favorise l'élaboration d'un projet de vie dépassionnée », in F. MARCHANDIER, « Majeur protégé », préc. n° 120.

⁷⁷⁵ V. par ex. Civ. 1^{re}, 9 nov. 2011, n° 10-23.019, *D.* 2012. 2699, obs. NOGUÉRO et PLAZY. Dans cette affaire la Cour de cassation a confié la gestion patrimoniale à un tiers.

333. Ainsi, en droit des majeurs protégés, le retrait de la famille des mesures de protection peut être caractérisé par la défaillance familiale dans la gestion des biens de la personne protégée. *A contrario*, en matière d'administration légale, le retrait de la gestion parentale est une conséquence du constat de la défaillance de la protection de la personne.

334. La déchéance des parents de la gestion des biens de leur enfant. – Le chapitre consacré à l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant dans le Code civil, ne prévoit pas de cas de retrait de la gestion des biens aux parents. En effet, seul le chapitre portant sur l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant prévoit des causes de retrait total ou partiel de l'autorité parentale ou de retrait de l'exercice de l'autorité parentale permettant, par ricochet, de soustraire l'administration des biens de l'enfant aux parents. L'article 382 du Code civil prévoyant que l'administration légale appartient aux parents qui exercent l'autorité parentale, il est logique que le retrait de l'administration légale soit la conséquence du retrait de l'exercice de l'autorité parentale, *a fortiori* de la titularité de l'autorité parentale⁷⁷⁶. Il est cependant possible de regretter que la mauvaise gestion des biens ne puisse pas être une cause de déchéance de l'administration légale. C'est toujours une défaillance relativement à la personne de l'enfant qui entraîne un retrait de la gestion des biens par les parents. L'article 379 du Code civil prévoit, à ce titre, que le retrait total de l'autorité parentale porte de plein droit notamment sur les attributs patrimoniaux se rattachant à l'autorité parentale. Si les deux parents se retrouvent dans une telle situation, l'enfant est, par préférence confié à un autre membre de la famille, qui sera nommé en qualité de tuteur. Cependant, en cas de vacance de la tutelle, l'enfant sera confié à l'aide sociale à l'enfance, sa protection, et partant celle de ses biens, sortiront alors du giron de la famille. De plus, la famille peut également souhaiter ne pas être en charge de la protection.

2. La renonciation familiale à la protection

335. Si la loi accorde un privilège à la famille pour assurer la protection des biens de ses membres, la famille peut refuser d'exercer cette mission.

336. Le refus de la famille d'assurer une mesure de protection. – En droit français, la famille n'est pas toujours obligée d'assurer la protection de ses membres, *a fortiori* la protection des biens de ses membres. Tel est le cas pour la protection des majeurs, la famille n'est jamais

⁷⁷⁶ Pour les cas de retrait de l'exercice ou de la titularité de l'autorité parentale voir les articles 373, 378, 378-1, 379-1 et 381-2 du Code civil. L'article 377 du Code civil prévoit également la possibilité pour les parents de déléguer leur autorité parentale.

obligée d'assumer la charge de la protection et peut toujours refuser d'assurer la mission de protection sans justification à apporter. Ainsi, si la désignation, faite par une personne, d'un membre de la famille pour assurer les fonctions de curateur ou de tuteur s'impose au juge, elle n'empêche pas la personne désignée de refuser la charge, selon les termes de l'article 448 du Code civil. En effet, le législateur a choisi d'instaurer une liberté pour la famille d'assumer ou non la protection de ses membres majeurs. L'obligation d'assurer la charge de la mesure ne serait pas à l'avantage du majeur. Il y aurait un risque de négligence de la part de la famille⁷⁷⁷. Pourtant, tel est le cas en matière de protection des biens de l'enfant.

337. En matière d'autorité parentale, les parents ne peuvent, par principe, renoncer à leur autorité parentale conformément à l'article 376 du Code civil. Cependant, les parents peuvent déléguer, en tout ou partie, l'exercice de l'autorité parentale, en application de l'article 377 du Code civil. Contrairement aux mesures de protection des majeurs, la délégation n'est pas de droit. Ainsi, la demande de délégation de l'exercice de l'autorité parentale peut être refusée, même en cas de conflit familial, s'il n'est pas démontré que la délégation est dans l'intérêt des enfants⁷⁷⁸. Pareillement, « il n'apparaît pas que l'intérêt de l'enfant commande la délégation de l'autorité parentale sollicitée par les parents qui ont confié leur enfant de trois ans à la grand-mère paternelle alors qu'ils vivent ensemble et ont un autre enfant commun »⁷⁷⁹. Ainsi, les parents « ne peuvent renoncer à leurs obligations parentales selon leur convenance »⁷⁸⁰. Le renoncement à l'autorité parentale, et, partant, à la mission de protection des biens de l'enfant, ne peut être dicté que par l'intérêt de l'enfant. Cependant, le souhait des parents de se soustraire de leurs obligations peut laisser présager le désintérêt dont ils feront preuve dans la gestion des biens de leurs enfants.

⁷⁷⁷ Sur les inconvénients d'imposer à la famille la charge d'une mesure de protection, v. B. GRAEFF, « Le choix du protecteur des majeurs vulnérables : quelles pratiques au Brésil ? », in K. LEFEUVRE et S. MOISDON-CHATAIGNER, (dir.), *op. cit.*, p.109.

⁷⁷⁸ TGI Versailles, JAF, 6 avril 2004, *Dr. fam.* 2004, comm. 199, obs. MURAT.

⁷⁷⁹ C. POMART-NOMDÉDÉO, note sous CA Saint-Denis, 20 mars 2007 (RG no06/01228), LPA n°110, 3 juin 2009, p.7.

⁷⁸⁰ *Ibidem.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

338. L'articulation des acteurs de la protection. – La protection des biens en droit de la famille est marquée par une pérennité des acteurs. Les métamorphoses se manifestent dans le rôle que chaque acteur joue dans la protection et dans l'articulation des acteurs entre eux. La privatisation des acteurs n'empêche pas le maintien d'un contrôle étatique de la protection.

339. Privatisation des acteurs. – Les métamorphoses s'orientent vers une privatisation des acteurs de la protection des biens. En effet, le recul des interventionnismes législatif et judiciaire conduit à laisser une place importante à la famille. Les membres de la famille sont à la fois plus libres de gérer et transmettre leurs biens et ont, également, une place privilégiée dans la protection des biens des autres membres de la famille. Toutefois, la famille n'est pas laissée sans accompagnement dans la protection de ses biens. Le notaire est aux côtés des familles pour assurer la légalité des actes et les conseiller. Celui-ci est un acteur privilégié de la déjudiciarisation du droit patrimonial de la famille.

340. Cette privatisation ne se fait toutefois pas sans prendre en compte la légitimité des acteurs de substitution à intervenir dans la protection des biens. La manière de concevoir la légitimité des acteurs a évolué. Elle ne se conçoit plus au prisme de l'autorité, qu'il s'agisse de celle du législateur ou du père de famille, mais davantage au regard de la qualité de propriétaire ou des liens d'affection existant entre les membres de la famille. Cette évolution découle de la volonté d'assurer l'égalité et de promouvoir le consensus au sein des familles. Cette volonté d'asseoir le consensus au sein de la famille conduit nécessairement à privilégier le recours au juge lorsque la concorde est rompue entre les membres de la famille. Le recul des acteurs étatiques s'accompagne d'une crainte pour la pérennité de la protection des biens, qui doit être atténuée par le contrôle mis en place.

341. Le contrôle. – Si les contrôles se font plus rares, ceux-ci demeurent à trois égards. D'abord, le législateur confie davantage de missions aux notaires en matière de protection des biens. Ensuite, le juge demeure un acteur de protection important bien que son intervention soit

en recul. Enfin, le législateur continue d'être prescripteur de certains comportements. Ainsi, si le principe de la liberté d'action familiale semble posé par le législateur, cette liberté est encadrée. La famille peut être écartée de la protection lorsqu'elle n'assure pas convenablement son rôle.

CONCLUSION DU TITRE 1

342. L'existence des métamorphoses. – Les évolutions des outils et des acteurs de la protection des biens en droit de la famille permettent de considérer qu'il existe des métamorphoses en la matière. Ces évolutions ne sont pas toujours franches. Cependant, il existe bel et bien un décalage entre la philosophie législative telle que construite en 1804 et la philosophie législative contemporaine résultant de plus de deux-cents ans d'évolution du droit. Ainsi, la philosophie législative de 1804 est en net déclin, ce qui se traduit dans la législation par une valorisation de la volonté des membres de la famille.

343. Le déclin de la philosophie législative du paternalisme juridique. – Chacun des traits caractéristiques de la philosophie législative de 1804 a connu un renouvellement, qu'il s'agisse des outils ou des acteurs de la protection. D'abord, les interdits ne sont plus l'outil saillant de la protection contemporaine. La libéralisation de la protection, par le recours au juge puis par le recours à la volonté, a contribué à changer en profondeur la manière de concevoir la protection des biens. Ensuite, le système de protection est moins hiérarchique. En effet, l'égalité entre les membres du couple marié a permis une horizontalisation de la protection des biens au sein de la famille. De même, le législateur est moins prescripteur, ce qui laisse davantage de souplesse dans la gestion et la transmission des biens. Enfin, l'idée de conservation des biens dans la famille n'est plus directrice, ce que traduit le mouvement de libéralisation de la protection. Il est possible de considérer qu'en 1804, le législateur permettait une expression de la volonté familiale par le biais du mari et père. Il s'agissait d'une logique de protection descendante qui, partant du législateur, autorisait une expression limitée de la volonté. Désormais, le système de protection semble se construire autour de la volonté des membres de la famille. La logique est donc inversée, elle semble davantage remontante. En effet, l'expression de la volonté des membres de la famille semble largement favorisée. Ce n'est qu'à titre subsidiaire que le législateur intervient pour prescrire un comportement.

344. La valorisation de la volonté. – La volonté des membres de la famille semble constituer le point central du système de protection contemporain. En effet, la valorisation de la volonté des membres de la famille s’incarne à la fois dans la manière de concevoir les outils de protection mais également dans l’importance qui leur est accordée en tant qu’acteurs de la protection. Le législateur met à la disposition des membres de la famille un panel d’outils dont elle peut se saisir pour établir une stratégie de protection de biens de ses membres, au regard de sa situation particulière. La volonté et la diligence des membres de la famille sont donc déterminantes pour la protection des biens. Lorsque les intérêts de plusieurs membres sont en jeu, le consensus familial est recherché afin d’accroître l’acceptation des stratégies patrimoniales mises en place. De plus, la famille constitue un acteur privilégié de la protection des biens de ses membres. Là encore, ce rôle prépondérant permet aux membres de la famille de mettre en œuvre une stratégie de protection des biens.

345. Le système de protection des biens se construit autour de la volonté des familles. Les acteurs étatiques interviennent soit pour pallier l’absence de consensus familial, soit pour des actes dangereux pour les biens, soit pour protéger les biens contre les autres membres de la famille ou les tiers. Ainsi, l’intervention des acteurs étatiques se veut subsidiaire.

346. Pour comprendre les évolutions à l’œuvre, il est nécessaire de déterminer ce qui les influence. En effet, l’étude des facteurs des évolutions permettra de mieux saisir la pluralité des manifestations des métamorphoses de la protection.

TITRE 2

LES FACTEURS DES MÉTAMORPHOSES

347. Déterminer les facteurs. – Le déclin de la philosophie classique de la protection des biens en droit de la famille résulte d'une pluralité de facteurs. Cette diversité de causes des métamorphoses explique à la fois la disparité des manifestations des métamorphoses, mais également la difficulté à comprendre la philosophie législative contemporaine.

348. Comprendre les manifestations. – L'étude des facteurs des métamorphoses permet de comprendre les manifestations des métamorphoses. Cela permet d'expliquer l'existence d'un mouvement de libéralisation des outils de protection et une tendance législative à confier la protection des biens à la famille. Le caractère épars des manifestations se conçoit à la lumière des adaptations du droit que le législateur doit mettre en place au regard des réalités de la société contemporaine. Le droit de la famille est un droit particulièrement affecté par la réalité des données sociologiques. En effet, les évolutions des liens qui parcourent les membres de la famille, l'internationalisation des familles, l'individualisation de la société, le changement de nature des biens compris dans les patrimoines conduisent le législateur à adapter le droit en conséquence. Par ailleurs, les modifications que connaissent les autres branches du droit ont des conséquences sur le droit de la famille. Aussi, lorsque le droit de la famille se contractualise, l'influence du droit des contrats est nécessairement accrue. La diversité de ces facteurs et leur traduction juridique conduisent à troubler la lecture de la philosophie législative contemporaine en matière de protection des biens en droit de la famille.

349. Comprendre la philosophie législative. – La logique du système de protection est difficile à percevoir au regard des facteurs des métamorphoses. Ces derniers constituent pourtant une clef de lecture. Ils permettent d'appréhender le phénomène des métamorphoses, préalable nécessaire à la compréhension du système de protection mis en place par le législateur et, partant, de la philosophie législative contemporaine.

350. Pluralité de facteurs. – Si une pluralité d'influences a déjà pu être soulignée, celles-ci peuvent être regroupées en deux axes majeurs. D'une part, les métamorphoses découlent de la manière de concevoir la famille. Ainsi, l'influence de la conception de la famille est une des causes des métamorphoses (**Chapitre 1**). D'autre part, les métamorphoses de la protection des biens procèdent des changements des autres branches du droit. Les manifestations des métamorphoses sont donc la conséquence d'évolutions extérieures au droit de la famille (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

L'INFLUENCE DE LA CONCEPTION DE LA FAMILLE

351. Évolutions sociologiques et évolutions juridiques. – Les mutations du droit de la famille « correspondent à un brusque tournant de la morale sociale et individuelle, qui induit une métamorphose des mœurs dont prennent acte le législateur et le juge. Le droit s'aligne sur des faits qu'il ne peut ou ne veut endiguer »⁷⁸¹. Le droit contemporain de la famille suit donc les évolutions sociales de la famille. Ces changements entraînent des modifications des contours de la notion de famille qui influent sur le droit. Il s'agira d'étudier si ces évolutions des contours de la famille ont également une influence en droit patrimonial de la famille, et plus spécifiquement sur la protection des biens de la famille.

352. Le lien familial⁷⁸². – Depuis l'adoption du Code civil, les contours de la famille et les liens que ses membres entretiennent ont largement évolué. D'abord, la famille se nucléarise, elle se resserre autour des relations conjugales et des relations entre ascendants et descendants⁷⁸³. La famille n'est également plus réduite à la famille légitime et par le sang, les familles sont prises en compte dans leur diversité. Ensuite, il y a une poussée de l'individualisme en matière familiale qui ne semble pas remettre totalement en cause les relations de solidarité entre les membres de la famille⁷⁸⁴. De plus, la hiérarchisation des relations familiales tend à laisser place à plus d'égalité⁷⁸⁵. Enfin, certaines évolutions sont spécifiques à l'âge des membres de la famille : les frontières entre l'enfant et l'adulte sont plus poreuses, le vieillissement de la population fait naître de nouveaux enjeux pour les personnes âgées⁷⁸⁶. C'est

⁷⁸¹ P. CATALA, *op. cit.*, pp. 272-273.

⁷⁸² I. MARIA et M. FARGE, (dir.), *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Institut Universitaire Varenne, 2014.

⁷⁸³ C. BONVALET et É. LELIÈVRE, « De la famille à l'entourage, Questionner les contours d'une institution », *Mouvements, La découverte*, n° 82, 2015/2, pp. 90-91

⁷⁸⁴ E. DESCHAVANNE et P.-H. TAVOILLOT, *op. cit.*, p. 259.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 431.

⁷⁸⁶ V. *ibid.*, p. 144.

au prisme de ces évolutions sociales et de leur prise en compte par le législateur que seront abordées les évolutions de la définition de la famille et leurs influences sur la protection des biens.

353. Plan. – De ces premières constatations, il est possible de s'intéresser à l'influence de la conception du couple (**Section 1**), puis d'envisager l'influence de la conception des autres membres de la famille (**Section 2**).

SECTION 1

L'INFLUENCE DE LA CONCEPTION DU COUPLE

354. Évolutions du couple. – La conception du couple a une influence particulière sur la manière de protéger les biens en droit de la famille. D'abord, en 1804, seul le lien créé par le mariage permet de donner au couple des droits relativement à leurs biens. Ainsi, la famille légitime était la seule reconnue par le droit. Désormais, le droit prend en compte la diversité des modes de conjugalité. Ensuite, si, en 1804, le lien de sang est privilégié au lien d'alliance, le conjoint bénéficie dorénavant d'une place toute particulière en droit de la famille. Ces évolutions, qui redéfinissent le couple, entraînent des modifications sur la protection des biens au sein de la famille.

355. La redéfinition du couple conduit à une évolution de la législation. La nouvelle manière d'appréhender le couple se retrouve pendant la vie de famille (§1). Par ailleurs, la place du conjoint dans les successions modifie l'approche de la protection des biens en droit de la famille (§2).

§ 1 LA REDÉFINITION DU COUPLE PENDANT LA VIE DE FAMILLE

356. La redéfinition du couple pendant la vie de famille résulte du changement de la façon de concevoir les relations du couple (A), mais également de la prise en compte de la diversité des structures du couple (B).

A. La conception des relations du couple

357. En matière patrimoniale, le couple s'est libéré de l'influence familiale. Cette indépendance lui a permis de mieux exprimer sa volonté relativement à l'organisation de ses biens (1). Par ailleurs, la nature des relations entre les membres du couple a évolué (2).

1. *L'indépendance du couple face à la famille*

358. L'indépendance du couple face à la famille. – Le couple a obtenu une certaine autonomie dans la détermination de ses relations patrimoniales. Cette autonomisation du couple par rapport à la famille a conduit, d'une part, à modifier la pratique de la détermination des règles applicables aux biens du couple, d'autre part, à des évolutions de la législation. L'autonomie du couple se retrouve tant à l'encontre des ascendants que des descendants. De plus, la législation réduit parfois la notion de famille à celle de couple.

359. Indépendance réalisée contre les ascendants. – D'abord, l'indépendance du couple face aux ascendants a conduit à une modification de la pratique des régimes matrimoniaux. Le contrat de mariage n'est plus perçu comme un pacte entre les familles des époux. Les parents ne sont désormais que peu souvent parties au contrat de mariage, si ce n'est pour faire bénéficier le couple d'une libéralité. Aussi, les époux déterminent librement l'organisation de leurs futures relations patrimoniales et instaurent des mécanismes de protection de leurs biens conformément à leur seule volonté.

360. Indépendance relative contre les descendants. – Le couple s'est également autonomisé par rapport au reste de la famille, notamment par rapport aux enfants, ce qui a conduit à des évolutions législatives. L'influence de l'autonomie du couple est, par exemple, tangible dans le changement de régime matrimonial. En effet, la déjudiciarisation du changement de régime matrimonial conduit à ce que la conformité du changement à l'intérêt de la famille soit vérifiée par les époux eux-mêmes. Ainsi, le couple aura tendance à considérer le changement de régime matrimonial conforme à l'intérêt de la famille lorsqu'il est en réalité conforme à l'intérêt du couple. Dans la continuité de ce raisonnement, certains auteurs ont pu

proposer de supprimer l'intervention des enfants dans le cadre de la procédure de changement de régime matrimonial : « les enfants n'ont aucun droit actuel sur les biens appartenant à leurs parents. Requérir leur consentement serait superfétatoire et dangereux »⁷⁸⁷. Cependant, ce n'est pas la voie qui a été empruntée par les différentes réformes du changement de régime matrimonial. L'article 1397 du Code civil permet toujours aux enfants majeurs de contester le changement de régime matrimonial des parents et en présence d'enfants mineurs, le notaire peut saisir le juge en cas de risque grave pour leur patrimoine. L'indépendance à l'égard des enfants est donc relative bien qu'en expansion.

361. La famille réduite au couple. – Certaines institutions du régime primaire impératif, conçues comme protectrices des intérêts patrimoniaux de la famille ne sont en réalité protectrices que du seul intérêt des époux. Tel est le cas de la protection du logement de la famille. En effet, seuls les époux ont qualité à agir pour remettre en cause la vente qui contrevient aux dispositions de l'article 215, alinéa 3, du Code civil. Plus encore, l'époux doit démontrer un intérêt actuel et personnel à agir⁷⁸⁸, et non pas un intérêt familial à agir. Cela montre bien que la protection du logement est davantage conjugale que familiale. La reconquête, par le seul couple, de ses intérêts patrimoniaux, à l'exclusion de l'intervention des autres membres de la famille et du juge, conduit à s'interroger sur les relations au sein du couple.

2. La nature des relations au sein du couple

362. Les relations au sein du couple oscillent entre expressions des sentiments et jeux de pouvoirs. Partant, la prise en compte des sentiments ne doit pas masquer les inégalités de pouvoirs au sein du couple.

363. L'influence des sentiments⁷⁸⁹. – Si les travaux préparatoires du Code civil font mention de l'affection entre les époux, le traitement des sentiments au sein du couple a connu des évolutions qui ont, elles-mêmes, influencé la manière d'appréhender certains mécanismes du droit patrimonial. L'influence de la prise en compte des sentiments s'illustre parfaitement dans les évolutions qu'a connues le mécanisme des donations entre époux. Le droit coutumier avait instauré la prohibition des donations entre époux, « [c]ette règle avait surtout pour fondement le principe de la conservation des biens dans les familles, (...) on aurait porté atteinte à ce

⁷⁸⁷ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, la documentation française, coll. Rapports officiels, 1999, p.164.

⁷⁸⁸ Voir en ce sens Civ. 1^{re}, 3 mars 2010, n° 08-13.500, Bull. 2010, I, n° 53 ; *AJ fam.* 2010. 187, obs. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2010. 305, obs. HAUSER ; *RTD civ.* 2010. 365, obs. VAREILLE ; *D.* 2010. 1608, obs. MAUGER-VIELPEAU.

⁷⁸⁹ Pour une étude complète v. A. BETHERY DE LA BROUSSE, *Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI^e – XXI^e siècles)*, LGDJ, Bibli. d'hist. du droit, 2011.

principe, en autorisant les donations entre époux, puisque les deux époux appartiennent le plus souvent à deux familles différentes. Subsidiairement on ajoutait, pour justifier la prohibition, que l'affection entre époux doit être désintéressée »⁷⁹⁰. Le droit coutumier entendait donc dissocier l'affection au sein du couple des considérations patrimoniales qu'il implique. Le législateur de 1804 a autorisé, quant à lui, les donations entre époux tout en optant pour la libre révocabilité de ces donations. Il se fondait notamment sur la méfiance vis-à-vis des sentiments, qui peuvent guider la générosité du donateur à l'égard de son conjoint. En effet, l'une des raisons justifiant cette méfiance à l'égard des libéralités entre époux est la passion qui peut conduire un conjoint à se déposséder, à déposséder la famille de sang, en particulier au regard de la possibilité des conjoints de divorcer. Ainsi, les travaux préparatoires du Code civil font état de la « [r]évocabilité des donations faites pendant le mariage pour qu'un époux qui aurait tout donné ne soit pas exposé au mépris et à l'abandon ; pour ne pas introduire entre les époux, qui se doivent toute leur affection, des vues d'intérêt et de séduction »⁷⁹¹.

364. C'est en 2004 que la dérogation au principe de l'irrévocabilité des donations a été supprimée. Bien que les travaux préparatoires de la loi de 2004 ne fassent pas mention de la prise en compte des sentiments au sein du couple, des travaux en sciences sociales soulignent le rôle significatif qu'occupent désormais les liens amoureux au sein du couple : « il est indéniable que notre société a conduit depuis des décennies déjà, mais avec une particulière accélération depuis un peu plus de trente ans à présent (...), à mettre l'accent sur l'amour, notamment dans le domaine de la conjugalité. Incontestablement aussi, ce n'était pas le cas dans nos sociétés antérieures, au XIXe siècle par exemple, sans entrer ici dans les détails ni dans les différences socialement observables. D'une manière générale, on ne semblait guère accorder d'importance, à cette époque, à cette dimension des sentiments, de l'amour et du désir. Elle paraissait accessoire ; du moins n'était-elle pas essentielle »⁷⁹². Il est dès lors possible de penser que la reconsidération de la place du conjoint dans le droit, et la moindre méfiance à son égard, découlent de la place plus importante prise par les sentiments au sein du couple. La famille s'est alors progressivement resserrée autour du couple. Cette prise en compte croissante du conjoint provient, en effet, de la nucléarisation de la famille. Cette dernière se traduit par

⁷⁹⁰ G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1896, p.838.

⁷⁹¹ F. JAUBERT, *Rapport fait, au nom de la section de législation, sur le projet de loi du titre du Code civil concernant les donations et les testaments*, Tribunal, séance du 9 floréal an XI (29 avril 1803), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 620.

⁷⁹² J.-C. QUENTEL, « Transformations familiales et fondements anthropologiques », in D. COUM, *La famille change-t-elle ?*, Eres, 2006, p. 69.

une attention plus grande portée au couple et à ses enfants, donc à l'alliance, et corollairement par une diminution de la prise en compte de la famille de sang étendue. Si les sentiments ne semblent pas fonder directement la réforme de 2004 – contrairement aux références explicites qui sont faites dans les travaux préparatoires du Code civil, malgré la méfiance à l'égard des passions –, il est pour autant envisageable de penser que le renforcement des sentiments amoureux entre les conjoints est une source de l'évolution législative. De plus, le fait que le changement intervienne à l'occasion d'une réforme du divorce est particulièrement significatif. Une partie de la crainte des rédacteurs du Code civil est motivée par la possibilité que le bien sorte de la famille et qu'il entre dans une autre par le biais du divorce et du remariage. Finalement, en rendant la donation entre époux irrévocable entre les conjoints, le législateur renforce la libéralité faite sous l'empire des sentiments et condamne l'attitude consistant à révoquer les donations faites lorsque les sentiments se sont érodés. Ainsi, le conjoint est assuré de la propriété du bien reçu, ce qui permet de préserver ses intérêts patrimoniaux même si les sentiments conjugaux changent. Il n'y a pas lieu de nier que les influences prépondérantes de la réforme sont la sécurité juridique devant être accordée à l'époux donataire ou la situation défavorable dans laquelle était le conjoint par rapport aux autres formes de conjugalité. Cependant, la part accordée aux sentiments dans le couple est implicitement reconnue et source de l'évolution des mécanismes du droit patrimonial de la famille.

365. Ce constat de la reconnaissance implicite des sentiments comme cause des évolutions se retrouve également dans les débats menés lors de l'adoption du pacte civil de solidarité. Certains rapports font état de la volonté de construire un statut juridique, notamment, pour les couples homosexuels. Ce statut doit dépasser la simple logique patrimoniale et doit permettre de reconnaître « leur volonté de construire durablement une vie commune »⁷⁹³ – bien qu'il n'y ait pas de référence à l'affection entre les partenaires comme c'est le cas dans les travaux préparatoires du Code civil pour les époux⁷⁹⁴. Ce renforcement du lien entre les membres du couple s'accompagne d'une évolution dans la protection des biens en ce que la recherche de la protection, contre le lien d'alliance, n'est plus aussi déterminante qu'elle a pu l'être en 1804. Ces exemples montrent la volonté implicite du législateur de donner des conséquences

⁷⁹³ J.-P. MICHEL, *Rapport n° 1482 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat, relative au mariage, au concubinage et aux liens de solidarité*, A.N., 24 mars 1999, p. 7.

⁷⁹⁴ Il est intéressant de constater que, plus les sentiments occupent une place importante dans le couple, moins le législateur y fait référence.

juridiques à aux sentiments qu'expriment les membres du couple. Toutefois, il ne faut pas que la prise en compte des sentiments conduise à oublier l'existence d'inégalités de pouvoirs.

366. Des inégalités de pouvoir au sein du couple – En 1804, les inégalités de pouvoir au sein du couple résident dans la volonté de conférer un chef à la famille. Ainsi, Portalis affirmait que « [c]haque famille doit avoir son gouvernement. Le mari, le père en a toujours été réputé le chef »⁷⁹⁵. L'égalité juridique au sein du couple, introduite par les réformes de 1965 et 1985, n'a, cependant, pas gommé les inégalités de pouvoirs qui demeurent. L'égalité entre les époux, rendue possible par « l'indépendance de la femme »⁷⁹⁶ et la « restriction des pouvoirs du mari »⁷⁹⁷, ne résorbe pas toutes les inégalités de pouvoirs au sein du couple. La volonté de donner aux époux le pouvoir sur l'organisation patrimoniale ne doit pas être réalisée sans prendre en compte les influences qu'un membre du couple peut avoir sur l'autre. Ainsi, « peut-on, sans naïveté, admettre le postulat selon lequel l'égalité réelle et non pas seulement formelle, régnerait au sein des familles ? »⁷⁹⁸. Si un des époux impose à l'autre des décisions sur l'organisation et le devenir des biens du couple, il faut que le droit tienne compte de ces situations pour assurer la protection des biens au sein du couple conformément aux intérêts du couple et non pas à l'intérêt individuel de l'un de ses membres. Le droit a, certes, mis en place des mécanismes pour éviter les décisions unilatérales sur les biens les plus importants, mais *quid* des jeux de pouvoirs au sein du couple ? Certains auteurs parlent du « pouvoir factuel » que l'un des cocontractants peut exercer sur l'autre partie, en raison de ses « facultés biologiques, physiques et psychiques, [de son] pouvoir économique »⁷⁹⁹. Ainsi, les inégalités de qualités qui existent chez chaque personne se répercutent dans les décisions du couple⁸⁰⁰. Si la crainte de l'influence des sentiments, présente chez les rédacteurs du Code civil, est moins prégnante, le risque de l'influence d'un époux sur l'autre n'a pas disparu. La prise de pouvoir potentiel d'un époux sur l'autre est accentuée par la déjudiciarisation. En effet, le juge n'est plus aussi souvent sollicité pour s'assurer de l'équilibre des conventions entre les époux⁸⁰¹. Ce constat est d'autant plus vrai, qu'« il faut bien admettre que le droit commun des contrats a fait

⁷⁹⁵ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours et rapports sur le Code civil*, op. cit., p.104.

⁷⁹⁶ J. Foyer, *Présentation du projet de loi portant réforme des régimes matrimoniaux*, Sénat, 17 mars 1965, p. 5.

⁷⁹⁷ *Ibidem*.

⁷⁹⁸ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.* 2016 p.773.

⁷⁹⁹ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 408, 2004, p. 334.

⁸⁰⁰ Il peut paraître étonnant que le droit civil ne prenne pas plus en compte cette réalité. En effet, le droit pénal prend en compte les spécificités des liens familiaux qui peuvent, au sein du couple, faire naître des situations d'emprise d'un époux sur l'autre : « l'existence d'une situation d'emprise exercée sur la victime par la personne mise en cause, notamment en cas d'infraction commise au sein du couple relevant de l'art. 132-80 c. pén. », voir L. MARY, « Actualité en droit pénal de la famille », *AJ fam.* 2021, p. 6.

⁸⁰¹ V. *supra* n° 227 s.

la démonstration de son incapacité à réguler les rapports de parties d'inégale puissance ; le droit du travail, de la consommation, de la concurrence, se sont développés sur ce constat que "le contrat peut être un instrument d'oppression des faibles par les forts" »⁸⁰². La référence au droit de la consommation n'est pas sans intérêt. Avec la déjudiciarisation, le droit de la famille adopte des mécanismes du droit de la consommation⁸⁰³. Ces mécanismes permettent de limiter les disparités de pouvoir au sein du couple, comme ils le font déjà dans les relations contractuelles. Il existe donc bien une tension entre pouvoir et sentiments qui influe sur la conception du droit de la famille et, donc, de la protection des biens.

367. Le renouveau de la nature des relations au sein du couple s'accompagne de la mise en place, par le législateur, d'une diversité des structures du couple.

B. La diversité des structures du couple

368. La question de la diversité des structures du couple a notamment été posée lorsque le législateur a souhaité prendre en compte l'organisation patrimoniale du couple homosexuel.

369. La prise en compte du couple homosexuel et ses influences sur les modes de conjugalité. – La reconnaissance sociale du couple homosexuel a conduit le législateur à leur reconnaître la qualité de concubin, mais également à instaurer le pacte civil de solidarité. Avant de s'intéresser aux conséquences sur la protection des biens que ces évolutions ont induites, il convient de déterminer, dans cette partie consacrée à l'influence de la définition de la famille, si un couple de partenaires ou de concubins peut être qualifié de famille.

370. Les concubins et les partenaires, une famille ? – Certains auteurs avancent l'idée selon laquelle « [s]i la famille existe en dehors du mariage, elle est en ce cas dissociée du couple, que le droit traite isolément, sans prendre en compte directement une dimension familiale, alors que le mariage structure la famille à partir du couple marié, dans les textes mêmes du Code civil »⁸⁰⁴, la famille ne serait créée que par l'arrivée du premier enfant⁸⁰⁵. Ces réflexions aboutissent à la conclusion que le concubinage et le pacte civil de solidarité « ne sont ni l'un ni l'autre des structures juridiques familiales »⁸⁰⁶. Cette conception se retrouve dans certains rapports commandés par la Chancellerie sur le sujet de la mise en place d'une nouvelle structure juridique du couple. En effet, le rapport de la Mission Droit et Justice entendait insérer les

⁸⁰² S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, art. préc.

⁸⁰³ Tel est le cas des délais de réflexion en matière de divorce. V. *infra* n° 593.

⁸⁰⁴ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, p. 635.

⁸⁰⁵ *Ibidem.*

⁸⁰⁶ *Ibidem.*

articles relatifs au pacte d'intérêt commun dans le Livre III du Code civil entre le titre relatif aux sociétés et celui sur l'indivision⁸⁰⁷. Ce positionnement au sein du Code aurait révélé la volonté de faire du pacte civil de solidarité un contrat purement patrimonial, contrairement au mariage qui fait famille. Cependant, certains travaux de l'Assemblée Nationale permettent de rendre compte de la logique voulue pour le pacte civil de solidarité n'est pas que uniquement « patrimonial et successoral »⁸⁰⁸. De plus, le fait qu'*in fine* les mesures relatives au PACS se soient retrouvées après celles du mariage, et les rapprochements entre le régime primaire impératif du couple marié et les dispositions relatives au PACS plaident pour la volonté de faire du PACS une véritable institution familiale. D'autres auteurs se sont interrogés, lors de la réforme du PACS en 2006, sur la pertinence de garder l'indivision comme un des régimes du PACS. Ils réfléchissaient à l'instauration d'« une communauté d'acquêts, quitte à en fixer le périmètre sur d'autres bases que celle des époux mariés sans contrat »⁸⁰⁹. Ce choix aurait eu pour intérêt de soumettre les biens des partenaires à des outils plus spécifiques du droit de la famille. Certes, le législateur n'a pas opté pour ce régime car le PACS « ne doit pas mordre sur le mariage, tout en se distinguant de l'union libre »⁸¹⁰. Toutefois, ces questionnements vont dans le sens d'une conception appréhendant les partenaires comme une famille même en l'absence d'enfant. Pour les concubins, la question est peut-être plus délicate en l'absence d'enfant commun. Néanmoins, le traitement des allocations familiales qui tend à refuser certaines allocations en raison du concubinage de la personne demandant le bénéfice de l'allocation semble démontrer que le concubinage forme également un lieu de solidarité financière qui témoigne de l'existence d'une famille. Par ailleurs, le concubinage est défini par l'article 515- 8 du Code civil qui se trouve dans la continuité du mariage et du pacte de solidarité civil. Si aucun régime juridique n'est prévu par le Code civil, cela n'empêche pas la jurisprudence d'assortir ce mode de conjugalité de certains effets de droit⁸¹¹. Ainsi, il est possible de penser que ces différentes évolutions sociales, législatives, et jurisprudentielles, concernant les modes de conjugalité, indiquent que les partenaires et les concubins forment une famille. Il est alors nécessaire d'envisager l'influence de ces évolutions de la définition de la famille sur la manière de protéger les biens du couple.

⁸⁰⁷ J. HAUSER, *Rapport de la mission de recherche « Droit et Justice » sur le Pacte d'intérêt commun*, 1998, p. 3.

⁸⁰⁸ J.-P. MICHEL, *Rapport n° 1482 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat, relative au mariage, au concubinage et aux liens de solidarité*, A. N., 24 mars 1999, p. 7.

⁸⁰⁹ M. NICOD, « Le droit patrimonial des couples et la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* n° 24, 17 juin 2016, 1203.

⁸¹⁰ *Ibidem*.

⁸¹¹ V. Civ. 1^{re}, 7 fév. 2018, n° 17-13.979 ; D. 2018, 1104, obs. LEMOULAND et VIGNEAU.

371. Les conséquences sur la diversification des modes de conjugalité. – La diversification des modes de conjugalité a eu deux effets. Premièrement, elle a conduit à l’instauration de régimes différenciés pour chaque mode de conjugalité, établissant des régimes propres avec des outils d’autant plus spécifiques que le mode de conjugalité est organisé par le droit. Secondement, elle a rendu nécessaire l’articulation entre ces différents modes de conjugalité.

372. D’une part, la diversification des modes de conjugalité a eu pour conséquence de mettre à la disposition des couples des outils différents de gestion de leurs biens. S’il a déjà été abordé que le Code civil a, dès son origine, mis en place des mécanismes spécifiques pour la gestion des biens du couple marié⁸¹², il convient de s’interroger sur les évolutions de la protection des biens avec la diversification des modes de conjugalité. Les concubins n’ont, quant à eux, à leur disposition que des régimes de protection hors du droit de la famille afin de « se constituer un patrimoine commun »⁸¹³. Ces outils sont l’indivision, la clause de tontine, les sociétés civiles⁸¹⁴. Ces dispositifs étaient alors les seuls dont pouvaient bénéficier les couples de même sexe, avant l’instauration du PACS et du mariage. Le PACS a permis de créer un régime juridique qui traite plus globalement la situation patrimoniale des partenaires pendant la durée du pacte. Il a permis à des couples ne pouvant pas – ou ne voulant pas – accéder au mariage de structurer leurs relations patrimoniales. Peu d’outils spécifiques au droit de la famille ont été mis à la disposition du couple pacsé, si ce n’est le régime de l’indivision des acquêts. Dans ce régime, les biens acquis « ensemble ou séparément, à compter de l’enregistrement »⁸¹⁵ de la convention tombent en indivision. L’évolution de la définition de la famille a donc bien eu une influence sur la protection des biens de la famille. Elle a permis aux partenaires, donc au couple homosexuel, de se doter d’un régime permettant de mettre en commun leurs intérêts patrimoniaux et de bénéficier de la règle protectrice, bien que contraignante, de l’unanimité lors de la gestion de leurs biens⁸¹⁶.

373. D’autre part, la pluralité des modes de conjugalité, ainsi instaurée, a nécessité une adaptation des différents outils de protection et a entraîné une nécessaire rénovation du droit patrimonial de la famille. En effet, certaines dispositions applicables aux époux étaient plus défavorables que pour les autres modalités de vie en couple. Il en va notamment ainsi de la libre

⁸¹² V. *supra*. n° 87 s. et 259.

⁸¹³ P. GÉLARD, *Rapport n° 258, fait au nom de la commission des lois, sur la proposition de loi relative au pacte civil de solidarité*, 10 mars 1999, p. 12

⁸¹⁴ *Ibidem*.

⁸¹⁵ C. civ., art. 515-5-1.

⁸¹⁶ V. *supra*. n° 132.

révocabilité des donations entre époux, uniquement applicable en cas de mariage, qui était en défaveur de l'époux-donataire. Celui-ci n'était jamais véritablement certain de sa propriété dans la mesure où le donateur pouvait révoquer *ad nutum* la donation qu'il avait consentie. Effectivement, « il paraissait difficilement admissible que les donations entre concubins ou Pacsés soient irrévocables et pas celles entre personnes mariées »⁸¹⁷.

374. Ainsi, la prise en compte du couple homosexuel par le législateur a permis de diversifier les modes de conjugalité et, partant, les modalités de protection des biens. L'ensemble de ces modalités est désormais ouvert à tous les modes de conjugalité.

375. La redéfinition du couple, à l'occasion du décès de l'un des époux, a également eu une influence sur la protection des biens.

§ 2 L'INFLUENCE DE LA PLACE DU CONJOINT DANS LES SUCCESSIONS

376. L'évolution de la prise en compte du couple en droit des successions. – L'évolution de la place du conjoint au sein de la famille a eu une forte influence sur le droit des successions, ce qui a conduit à une transformation de la manière d'envisager la protection des biens en droit de la famille. En effet, la meilleure prise en compte du conjoint survivant dans la succession de son époux participe au déclin de la philosophie législative classique en matière de protection des biens. Dans cette dernière, la transmission des biens au conjoint était pensée comme une sortie des biens de la famille. Désormais, « [l]e législateur (...) se montre très favorable au mariage... lorsqu'il a pris fin »⁸¹⁸. Exclu de la succession en 1804, le conjoint survivant obtient une place de choix dans la succession de son défunt conjoint. Il y a donc bien une redéfinition des contours de la famille en ce que le conjoint obtient une place privilégiée dans les successions. De plus, la nature des droits successoraux accordés au conjoint survivant permet de comprendre les évolutions de la philosophie législative en matière de protection des biens. Ainsi, la place du conjoint survivant dans la succession de son époux (A) et la nature des droits qui lui sont accordés (B) traduisent le changement de philosophie législative de protection des biens.

⁸¹⁷ P. GÉLARD, *Rapport n° 120, fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif au divorce*, Sénat, séance du 17 déc. 2003, p. 133

⁸¹⁸ Ph. LÉVY, « Les transformations du droit familial français depuis le milieu du XXe siècle », in *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 667.

A. L'évolution de la place du conjoint survivant

377. La place du conjoint survivant : 1804 – 2006. – Le Code civil de 1804 accorde une place résiduelle au conjoint qui ne peut hériter qu'en l'absence de toute famille au degré successible. Au fil des réformes, de 1891 à 2006, le conjoint survivant acquiert une place toujours plus favorable dans la succession de son défunt conjoint. La place du conjoint survivant illustre la manière dont est appréhendée la famille. Plus le conjoint survivant prime la famille de sang, plus sa place au sein de la famille est importante, ce qui contribue à redessiner les contours de la famille. En matière de protection des biens, cette évolution de la place du conjoint survivant révèle le changement de philosophie du législateur. En effet, l'accroissement de la place du conjoint survivant s'analyse en une rupture avec la conservation des biens dans la famille, telle que pensée en 1804. Il y a donc bien un déclin de la philosophie législative classique. L'essor de la prise en compte du conjoint traduit la volonté d'insuffler une nouvelle philosophie en matière de protection des biens.

378. Le Code civil de 1804 : quasi exclusion du conjoint. – En 1804, le conjoint survivant possède une place très défavorable dans la succession *ab intestat* du défunt. En effet, il ne succède qu'à défaut de parent jusqu'au douzième degré⁸¹⁹. Son sort est, cependant, plus favorable que celui réservé par le projet de Code civil qui prévoyait initialement, en son article 767, que « lorsque le défunt n'a laissé aucun parent, la succession est déferée pour le tout à son époux survivant ». Le défunt aurait dû être exempt de tout parent, à quelque degré que ce soit, pour que son conjoint puisse lui succéder. Le Tribunal d'appel de Montpellier, dans les observations relatives au projet de Code civil, fait remarquer que « les époux, tenant à l'autre de si près, étant même censés ne faire qu'un, ne devraient pas être exclus de leurs successions respectives par une longue série de parents éloignés, qui, bien loin d'avoir eu part à l'affection du défunt, n'en ont pas même été connus »⁸²⁰. Les rapporteurs proposent alors de « fixer le degré de parenté appelé à succéder, afin que l'époux puisse enfin succéder à l'époux, à l'exclusion des parents non compris dans le degré »⁸²¹. Si les rapporteurs précisent que « l'époux devrait toujours être appelé à la succession »⁸²², la part qu'il est susceptible de recevoir devrait varier « suivant la proximité ou l'éloignement des autres parents »⁸²³ appelés à la succession. Il

⁸¹⁹ C. civ., art. 755 et 767, en vigueur en 1804.

⁸²⁰ PERDRIX, ALBAREL et RIBES, *Observations du tribunal d'appel séant à Montpellier*, in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. IV, pp. 439 – 440.

⁸²¹ *Ibid.*, p. 440.

⁸²² *Ibidem.*

⁸²³ *Ibidem.*

est permis de déduire de ces constatations une défaveur du conjoint dans le rang des personnes appelées à succéder. L'affection entre les conjoints ne suffit pas à justifier une sortie des biens de la famille de sang. Si le Code civil, dans sa rédaction adoptée, est plus favorable au conjoint que le projet initial, « les chances de voir une telle succession s'ouvrir n'en demeurent pas moins minimes »⁸²⁴, voire « illusoire »⁸²⁵. Cette place octroyée au conjoint survivant lui est accordée « plutôt que d'appeler le fisc »⁸²⁶. Cette déconsidération est due au fait que le conjoint n'appartient pas réellement à la famille qu'il crée par les liens du mariage. En effet, « quelque étroit fût le lien qui l'unissait avec le défunt, [le conjoint survivant] appartient à une famille étrangère »⁸²⁷. Les droits résiduels du conjoint survivant illustrent la philosophie législative classique fondée sur la conservation des biens, en nature, dans la famille de sang.

379. Loi du 9 mars 1891⁸²⁸ : successeur irrégulier. – Au regard de l'affection que se portent les époux et considérant que l'ordre des héritiers présume les affections du défunt, une réforme intégrant le conjoint successible était nécessaire⁸²⁹. L'innovation de la loi du 9 mars 1891 tient aux droits accordés au conjoint survivant en présence d'héritiers successibles. Le conjoint obtient un droit d'usufruit. Toutefois, lorsqu'il est en concurrence avec la famille de sang, le conjoint survivant n'acquiert pas la qualité d'héritier, il est un successeur irrégulier⁸³⁰. *A fortiori*, il n'obtient pas la qualité de réservataire, le défunt peut alors l'exhérer. Cependant, ce statut de successeur irrégulier rassure dans la mesure où le législateur considère « plus convenable que la loi elle-même assure le sort du conjoint survivant, [plutôt que] les époux soient toujours obligés de prévoir leurs décès respectifs dans le contrat même qui préside à leur union et sur lequel se fonde une famille nouvelle »⁸³¹. Ainsi, la possibilité d'inclure le conjoint dans une succession testamentaire est jugée insuffisante. La volonté de faire du conjoint un successeur légal rend compte de la place progressivement acquise au sein de la famille.

⁸²⁴ J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 1550.

⁸²⁵ Ch. DEFRÉNOIS, *Droits d'hérédité entre époux, Commentaire pratique de la Loi du 9 mars 1891*, Administration du répertoire général pratique du notariat, 4^e éd., 1894, p. 9.

⁸²⁶ J.-J. SIMÉON, *Discours prononcé devant le Corps législatif*, 29 germinal ans XI (19 avril 1803), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 233.

⁸²⁷ *Ibid.*, p. 232.

⁸²⁸ L. du 9 mars 1891 qui modifie les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé (art. 767 et 205 du code civil), J.O. n° 68, 10 mars 1891, p. 1141.

⁸²⁹ Ch. DEFRÉNOIS, *op. cit.*, p. 9.

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 18.

⁸³¹ J. DELSOL, *Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi ayant pour objet de modifier les droits de l'époux survivant sur la succession de son conjoint prédécédé*, Sénat, séance du 20 février 1877, J.O. 4 mars 1877, p. 1666.

380. Loi du 31 décembre 1917⁸³² : la réduction du degré de successibilité favorable au conjoint survivant. – À l’occasion d’une réforme des droits de mutations à titre gratuit, le législateur a réduit le degré de successibilité au sixième degré. Cette modification a eu des conséquences sur la place accordée au conjoint survivant dans la succession de son époux prédécédé. En effet, le conjoint a vocation à hériter plus souvent. Le projet de loi prévoyait initialement de limiter au quatrième degré la successibilité, à l’exception des descendants des frères et sœurs. Certains députés ont considéré que cette évolution « porte une atteinte assez grave à la famille »⁸³³. Ils interrogent alors les limites de la famille, notamment sur le fait de savoir si les cousins issus de germains « ne sont pas des parents au sens réel du mot, au sens de l’affection, au sens de l’intimité familiale »⁸³⁴. Ils dénoncent l’exclusion de la famille de sang au profit du conjoint survivant en ces termes : « dans tous les cas où il n’y aura pas de testament, c’est le conjoint qui recueillera la succession à défaut d’héritiers. (...) Le seul résultat obtenu sera donc de faire passer cette hérédité d’une famille à l’autre »⁸³⁵. Le résultat est bien celui naguère craint par les opposants à la loi : le conjoint acquiert une place de plus en plus privilégiée dans la succession de son époux prédécédé, ce qui engendre un recul de la conservation des biens dans la famille de sang. Néanmoins, une limite est instaurée par la loi à l’alinéa 2, de l’article 755 modifié, « les parents collatéraux succèdent jusqu’au douzième degré, lorsque le défunt n’était pas capable de tester et n’était pas frappé d’interdiction légale ». Cette restriction s’explique par la crainte que le conjoint hérite en contrariété avec la volonté du *de cuius*. Elle constitue une faveur à la famille de sang. Toutefois, cette loi pose les prémices de l’idée selon laquelle le conjoint, en tant que membre de la famille, peut primer des parents de sang à un degré proche.

381. Loi du 29 avril 1925⁸³⁶ : conjoint survivant et collatéraux privilégiés. – Une loi du 29 avril 1925 porte modification de l’article 767 du Code civil relatif à l’usufruit du conjoint survivant. Le but de la loi est d’accorder une place plus importante encore au conjoint survivant « lorsque le défunt ne laisse ni ascendants, ni descendants, ni frères ni sœurs ou descendants de

⁸³² L. du 31 déc. 1917 portant : 1° ouverture, au titre du budget ordinaire des services civils de l’exercice 1918, de crédits provisoires applicables aux mois de janvier, de février et de mars 1918 ; 2° autorisation de percevoir, pendant les mêmes mois, les impôts et revenus publics, J.O. n° 1, 1^{er} janv. 1918, p. 9, spéc. art. 17, p. 11.

⁸³³ J. DENAIS, *Discussion du projet de loi portant : 1° ouverture au titre du budget ordinaire des services civils de l’exercice 1918 de crédits provisoires applicables au mois de janvier, de février et de mars 1918 ; 2° autorisation de percevoir, pendant les mêmes mois, les impôts et revenus publics, première séance du 21 décembre 1917*, J.O. déb. Parl., p. 3429.

⁸³⁴ *Ibidem*.

⁸³⁵ J. LEROLLE, *Discussion du projet de loi portant : 1° ouverture au titre du budget ordinaire des services civils de l’exercice (...), préc.*, p. 3431.

⁸³⁶ L. du 29 avr. 1925 modifiant l’article 767 du code civil relatif à l’usufruit du conjoint survivant, J.O. n° 102, 1^{er} mai 1925, p. 4182.

frères et sœurs ». Le conjoint obtient, dans une telle configuration, l'ensemble de l'usufruit de la succession. Ainsi, les collatéraux ordinaires, susceptibles d'hériter, obtiennent, jusqu'au décès du conjoint survivant, la simple nue-propriété de la succession. Le conjoint conserve son cadre de vie. Il est davantage intégré dans la succession de son défunt conjoint, comme si la cessation du lien de mariage par décès ne faisait plus perdre le lien de famille à l'égard du conjoint survivant.

382. Loi du 3 décembre 1930⁸³⁷ : l'assimilation à un parent. – La loi du 3 décembre 1930 conduit à une avancée de la place du conjoint survivant dans la succession de son conjoint prédécédé. L'article 755 du Code civil, issu de cette loi, prévoit qu'« à défaut de parents au degré successible dans une ligne et de conjoint contre lequel il n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée, les parents de l'autre ligne succèdent pour le tout ». Ainsi, lorsque le conjoint prédécédé ne laisse des parents que dans une seule ligne, paternelle ou maternelle, et son conjoint survivant, ce dernier va primer les parents de la ligne restante. Il est alors possible de considérer que « celui-ci est assimilé à un parent ; il tient lieu d'héritier de sang »⁸³⁸. Le vocabulaire qui qualifie le conjoint survivant dans la succession de l'époux prédécédé change. Il est désormais assimilé à un parent, ce qui montre la place nouvelle que le conjoint acquiert au sein de la famille. « C'est donc par l'utilisation du mécanisme de la fente que le conjoint est promu »⁸³⁹. Certains auteurs critiquent la place accordée au conjoint survivant par rapport à celle des parents. En effet, ils regrettent que les ascendants soient « moins bien traités à l'égard du conjoint survivant que le frère ou la sœur du conjoint (...) que les neveux ou nièces »⁸⁴⁰. En effet, conformément à l'article 752 du Code civil, applicable depuis 1804, en l'absence de père et mère, le frère ou la sœur héritent de la totalité de la succession. La place accordée au conjoint survivant, concurremment à celle des parents de l'une des lignes, est donc révélatrice du nouveau statut que le législateur entend donner au conjoint. La prise en compte des sentiments qui se nouent entre les conjoints est également perceptible et fait, d'ailleurs, l'objet de critiques⁸⁴¹. Là encore, c'est un recul important de l'idée de conservation des biens au sein de la famille de sang.

⁸³⁷ L. du 3 déc. 1930 relative aux droits successoraux de l'époux survivant, J.O. n° 291, 12 déc. 1930, p. 13578.

⁸³⁸ L. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 464.

⁸³⁹ M. GRIMALDI, *Droit des successions, op. cit.*, p. 140.

⁸⁴⁰ H. CAPITANT, « La loi du 3 décembre 1930 relative aux droits successoraux du conjoint survivant », *D. H.*, 1931, Chron., p. 5.

⁸⁴¹ H. CAPITANT reproche au législateur son « impulsion sentimentale insuffisamment contrôlée », in H. CAPITANT, art. préc.

383. Loi du 26 mars 1957⁸⁴². – La loi du 26 mars 1957 permet au conjoint d’obtenir une meilleure place au sein de la famille. Le conjoint survivant va désormais primer l’ensemble des collatéraux ordinaires. Il obtient l’ensemble de la succession lorsque le défunt ne laisse que des collatéraux ordinaires, ou la moitié lorsque l’une des deux lignes du défunt ne comporte que des collatéraux ordinaires conformément à l’article 767, rénové, du Code civil⁸⁴³.

384. Loi du 3 décembre 2001⁸⁴⁴ : le concours entre alliance et famille de sang. – Si une proposition de loi de 1891 envisageait de donner au conjoint survivant « un rang meilleur de successibilité, en le faisant concourir à la propriété avec les héritiers légitimes au-delà du sixième degré, au lieu de le laisser reléguer au dernier rang après tous les parents jusqu’au douzième degré et après les enfants naturels »⁸⁴⁵, cette idée avait été abandonnée. C’est seulement en 2001 que le rang du conjoint héritier a véritablement été promu puisqu’il désormais prétendre à la propriété des biens héréditaires. Le législateur a entendu « donner au conjoint survivant des droits qui reflètent la place qu’il occupe dans la vie du défunt. [La proposition de loi] repose sur une logique affective »⁸⁴⁶. Pour ce faire, le législateur a consacré la loi du 3 décembre 2001 à la question des droits du conjoint survivant. Les motifs de la loi exposent clairement cette volonté de mise en conformité du Code civil avec la réalité sociologique de la place du conjoint au sein de la famille : « élaborées à une époque où l’objectif était d’éviter le démantèlement de la propriété foncière, ces dispositions du code civil ne reflètent manifestement pas la place que notre société octroie aujourd’hui au couple, autour duquel se resserre la cellule familiale, et donc au conjoint »⁸⁴⁷. Il est perceptible que les questions de propriété et de conservation des biens dans la famille de sang deviennent accessoires par rapport à la volonté de maintenir le cadre de vie du conjoint survivant. Le sénat établit de manière limpide le lien entre définition de la famille et protection des biens en affirmant que la « dévolution légale limitée ne [correspond] plus à la place du conjoint dans la

⁸⁴² L. n° 57-379 du 26 mars 1957 modifiant les articles 733, 753, 754 et 767 du code civil en ce qui concerne les successions collatérales, J.O. n° 73, 27 mars 1957, p. 3205.

⁸⁴³ Il est à noter que la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation marque, toutefois, un recul de la place du conjoint survivant en posant l’égalité des filiations en droit des successions. Cependant, ce mouvement contraire ne change pas la philosophie générale de promotion du conjoint survivant dans la famille. En effet, la réforme n’est pas pensée comme un recul de la place du conjoint, mais comme une promotion des enfants naturels. V. L. n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, J.O. n°3, 5 janv. 1972, p. 145.

⁸⁴⁴ L. n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 préc.

⁸⁴⁵ J. DELSOL, *Rapport fait au nom de la commission (...)*, préc., p. 1665.

⁸⁴⁶ A. VIDALIES, *Rapport, n° 2910, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République, sur la proposition de Loi (n° 2867), relative aux droits du conjoint survivant*, A.N., 1^{er} fév. 2001, p. 15.

⁸⁴⁷ A. VIDALIES et alii, *Exposé des motifs de la proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant*, n° 2867, A.N., 17 janvier 2001.

famille »⁸⁴⁸. Le conjoint survivant vient désormais en concours avec les descendants du défunt, communs ou non⁸⁴⁹, avec les pères et mères⁸⁵⁰. En leur absence, il bénéficie de l'ensemble de la succession. Partant, il prime les collatéraux, frères et sœurs inclus⁸⁵¹, et les ascendants dits ordinaires. Cette préférence, du conjoint sur les collatéraux privilégiés, est justifiée par le fait que « les liens entre frères et sœurs peuvent parfois se distendre »⁸⁵² et que les biens du défunt sont davantage « acquis durant le mariage »⁸⁵³. Les biens ont donc un lien plus fort avec la famille nucléaire qu'avec la famille de sang même proche. Ainsi, en matière successorale, la loi de 2001 marque la fin de la protection des biens de la famille au sens de conservation des biens dans la famille de sang. Pour autant, toute protection des biens n'est pas abandonnée, et ce, pour deux raisons. D'une part, les biens demeurent dans la famille, mais la famille nucléaire, la protection des biens suit donc bien les évolutions de la définition de la famille ; d'autre part, le législateur instaure des correctifs pour éviter que les biens de la famille ne sortent trop aisément de la famille de sang par le biais du droit de retour des collatéraux privilégiés⁸⁵⁴.

385. Cette loi accorde également au conjoint le statut d'héritier réservataire en l'absence de descendant et d'ascendant. Cela signifie, qu'au-delà des affections présumées du défunt, il y a une réelle volonté d'assurer au conjoint survivant une place dans la succession de son époux, en empêchant ce dernier d'exhérer son conjoint. Cette position est adoptée dès l'origine dans les travaux de l'Assemblée Nationale. En effet, les travaux préparatoires révèlent qu'il relève de la logique même de la loi de conférer une telle qualité au conjoint survivant « dès lors qu'il devient héritier de premier rang »⁸⁵⁵. *A contrario*, les travaux du Sénat se révèlent plus réticents à une telle hypothèse. Le Sénat considère qu'il « ne convient pas de passer d'une situation où le conjoint était exclu par la famille par le sang à une situation où il exclurait lui-même cette famille »⁸⁵⁶, ajoutant « qu'il ne faut pas exagérer ou encourager outre mesure l'incontestable déclin de la famille de sang »⁸⁵⁷. La position sénatoriale défendue s'inscrit dès dans la

⁸⁴⁸ N. ABOUT, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée Nationale, relative aux droits du conjoint survivant, et sur la proposition de loi visant à améliorer les droits et les conditions d'existence des conjoints survivants et à instaurer dans le Code civil une égalité successorale entre les enfants légitimes et les enfants naturels ou adultérins*, Sénat, 13 juin 2001, p. 10.

⁸⁴⁹ C. civ., art. 757, issu de la loi du 3 décembre 2001, préc.

⁸⁵⁰ C. civ., art. 757-1, issu de la loi du 3 décembre 2001, préc.

⁸⁵¹ C. civ., art. 757-2, issu de la loi du 3 décembre 2001, préc.

⁸⁵² A. VIDALIES, *Rapport, n° 2910, fait au nom de la commission des lois (...)*, préc., p. 16.

⁸⁵³ *Ibid.*, p. 10

⁸⁵⁴ V. *infra* n° 616.

⁸⁵⁵ A. VIDALIES, *Rapport, n° 2910, fait au nom de la commission des lois (...)*, préc., p. 18.

⁸⁵⁶ N. ABOUT, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles (...)*, préc., p. 30.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 30.

philosophie classique de la protection des biens de la famille en limitant le transfert des biens du défunt au profit de son conjoint, alors que l'Assemblée nationale s'attache davantage à la protection de la personne du conjoint, protection qui s'opère par les biens⁸⁵⁸. Il est possible de considérer que la conception de l'Assemblée nationale est une vision renouvelée de la protection des biens en ce qu'elle vise avant tout à protéger l'utilité des biens et la personne du conjoint.

386. Loi du 23 juin 2006. – Cette place prépondérante du conjoint survivant, dans la succession de son conjoint prédécédé, est renforcée par la loi du 23 juin 2006 qui supprime la réserve des ascendants. Désormais, seuls les descendants et le conjoint successible disposent de cette qualité. L'influence de la redéfinition de la famille, qui privilégie les liens de famille au sein de la famille nucléaire, a conduit à refuser la qualité de réservataire aux parents du défunt. Au-delà du bénéfice d'une telle qualité, le conjoint est un héritier réservataire en présence d'ascendants privilégiés. La promotion du conjoint dans la succession de son époux s'accompagne d'une évolution de la nature des droits accordés au conjoint.

B. L'évolution de la nature des droits du conjoint survivant

387. Une double évolution. – Les droits du conjoint survivant dans la succession *ab intestat* de son époux prédécédé ont connu une double évolution. Dans un premier temps, le législateur a voulu accorder des droits réels au conjoint survivant. En effet, les droits octroyés par le Code civil, dans sa version initiale, étaient essentiellement théoriques. Dans un second temps, bénéficiant initialement d'un droit d'usufruit limité, le conjoint survivant a acquis la possibilité d'obtenir des droits en pleine propriété. Cette évolution s'inscrit dans le processus des métamorphoses de la philosophie législative en matière de protection des biens en droit de la famille. En effet, elle marque le déclin de la conservation des biens, en nature, dans la famille de sang.

388. Code civil de 1804 : un droit de propriété théorique. – Le Code civil accorde un droit de propriété au conjoint survivant lorsque le défunt n'a aucun parent jusqu'au douzième degré. Ce droit de propriété est donc hautement théorique car il est bien rare que le défunt n'ait aucun parent susceptible de primer son conjoint survivant. Confronté à cette réalité, le législateur a tout d'abord concédé, au conjoint survivant, des droits en usufruit.

⁸⁵⁸ Sur les critiques de la réserve héréditaire du conjoint v. *infra* n° 715.

389. Loi du 9 mars 1891 : un droit en usufruit. – L'étendue des droits en usufruit accordés au conjoint survivant est fonction de la qualité des parents survivants. Le conjoint bénéficie du quart de la succession en usufruit lorsque les héritiers sont les enfants issus du mariage, d'une part d'enfant le moins prenant lorsque le défunt laisse un enfant d'un précédent mariage ou de la moitié en présence d'ascendants ou de collatéraux, conformément aux alinéas 3 à 5, de l'article 767 issu de la présente loi. L'assiette du calcul de l'usufruit, dont peut bénéficier le conjoint, est étendue. En effet, aux biens existants au décès « seront réunis fictivement ceux dont il aurait disposé, soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire au profit de successibles, sans dispense de rapport »⁸⁵⁹. Cependant, l'assiette sur laquelle l'usufruit est susceptible de s'exercer est, quant à elle, réduite. L'usufruit ne doit porter atteinte ni à la réserve, qui doit s'exercer libre de charge, ni au droit de retour. L'usufruit ne porte pas, non plus, sur les biens dont le défunt a disposé par acte entre vifs ou à cause de mort. L'assiette sur laquelle s'exerce l'usufruit peut être moindre que les droits théoriques du conjoint. Ce dernier sera, alors, privé du bénéfice de la différence⁸⁶⁰. L'attribution d'une part de la succession en usufruit met à la charge du conjoint les obligations du droit commun afférentes à l'usufruitier. Ainsi, par application de l'article 618 du Code civil, l'usufruit prend fin lorsque le conjoint commet des dégradations sur le fonds, objet de son usufruit, ou le laisse dépérir faute d'entretien. Les héritiers peuvent également demander une conversion de l'usufruit en rente viagère afin de « recouvrer la pleine disposition des biens composant l'hérédité et fait ainsi disparaître des entraves que la multiplicité des usufruits pourrait apporter à la libre circulation des biens et à leur bonne exploitation »⁸⁶¹. La possibilité de la conversion de l'usufruit en rente poursuit l'objectif de protection des biens soumis à l'usufruit. En effet, « la scission [que l'usufruit] implique dans la propriété des biens héréditaires est économiquement mauvaise, surtout si l'on admet, avec l'opinion dominante, que nul n'est tenu, pendant la durée de l'usufruit, de procéder aux grosses réparations »⁸⁶². La réforme entend protéger les biens eux-mêmes.

390. De plus, l'article 767 du Code civil prévoit en son dernier alinéa qu'« en cas de remariage, l'usufruit du conjoint cesse s'il existe des enfants ». Cette dernière condition montre que la grande considération à l'égard du lien d'alliance ne peut se concevoir que lorsque le conjoint ne cherche pas à constituer une autre famille en se remariant. Cela dénote la volonté

⁸⁵⁹ C. civ., art. 767, al.6, issu de la L. du 9 mars 1891.

⁸⁶⁰ Ch. DEFRENOIS, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 39.

⁸⁶² L. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 471.

de ne pas permettre aux tiers de bénéficier des avantages issus de la famille et l'intention de protéger les enfants nus-propriétaires du premier lit.

391. Il ressort de cette législation un triple objectif relativement à la protection des biens : d'abord, une intention de préserver une partie des utilités du patrimoine du défunt en faveur du conjoint survivant – qui s'analyse en une protection de la personne par les biens ; ensuite, une protection des biens contre d'éventuels abus que l'usufruitier ferait de sa jouissance ; et enfin, une sauvegarde des biens, eux-mêmes, pour la famille du défunt – d'un côté, l'usufruit ne peut porter sur la réserve successorale, de l'autre, l'usufruit cesse en cas de remariage. L'objectif du législateur est de « concilier l'exigence, moins vive mais persistante, de conservation des biens dans la famille, et la revendication, nouvelle et insistante, d'une vocation successorale pour le conjoint survivant »⁸⁶³. En effet, l'exigence de maintien des biens dans la famille reste importante, comme l'illustrent les propos du rapporteur de la loi. Ce dernier doit justifier que l'octroi de l'usufruit au conjoint survivant n'emporte « aucune atteinte du point de vue de la propriété et de la dévolution définitive des biens dans la famille »⁸⁶⁴, et de poursuivre, « est-il bon que la pensée des époux soit constamment assiégée par des préoccupations d'avenir, et n'est-il pas préférable que la paix morale des familles trouve dans la loi sa source et sa sécurité ? »⁸⁶⁵.

392. Par ailleurs, le législateur octroie au conjoint survivant ces nouveaux droits successoraux en présumant le soin apporté aux biens du vivant de son conjoint. En effet, « l'époux survivant a presque toujours contribué, soit par son travail, ou tout au moins par son économie, à conserver et même augmenter la fortune du prédécédé »⁸⁶⁶. L'objectif de conservation des biens dans la famille de sang et les craintes de négligences sur le bien détenu en usufruit cèdent devant la réalité de la bonne conservation du bien par le conjoint avant le décès de son époux, celle-ci n'ayant pas de raison de s'arrêter à la mort de l'époux. L'objectif de protection des biens plaident alors pour l'octroi de l'usufruit au conjoint survivant. Le législateur entend concilier « des buts qui paraissent contradictoires : d'une part, on laisse les biens dans chaque famille ; d'autre part, on assure au conjoint survivant les ressources qui lui permettront de continuer à peu près le genre de vie d'autrefois »⁸⁶⁷. Cependant, le bénéfice de ce droit, présumé de la volonté du défunt, peut être retiré par une volonté clairement exprimée

⁸⁶³ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, op. cit., p. 139.

⁸⁶⁴ J. DELSOL, *Rapport fait au nom de la commission (...)*, préc., p. 1666.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, p. 1667

⁸⁶⁶ *Ibidem.*

⁸⁶⁷ L. JOSSERAND, op. cit., p. 463.

par le *de cuius*⁸⁶⁸. Les droits du conjoint survivant en usufruit ont été, par la suite, étendus par la loi du 29 avril 1925. Celle-ci accorde l'usufruit de la totalité de la succession lorsque le défunt ne laisse pour lui succéder que des collatéraux ordinaires. En effet, le législateur a considéré qu'il « manque un échelon entre la moitié en usufruit (...) et la totalité en propriété (...). Cet échelon serait logiquement l'usufruit de la totalité de la succession »⁸⁶⁹. Les modifications de la place du conjoint survivant dans la hiérarchie familiale ont conduit le législateur à lui attribuer une part de la succession en pleine propriété.

393. Loi du 3 décembre 1930 : des droits en pleine propriété. – La loi du 3 décembre 1930 permet au conjoint survivant d'hériter de la moitié de la succession du conjoint prédécédé en pleine propriété lorsque le conjoint prédécédé ne laisse des parents que dans une seule ligne. La loi insère un alinéa 2 à l'article 767 qui dispose que « lorsque le défunt ne laisse comme héritiers que des parents au degré successible dans l'une des deux lignes, paternelle ou maternelle, la part de la succession qui aurait été attribuée aux parents de l'autre ligne est dévolue au conjoint ». Cette évolution offre la possibilité au conjoint survivant d'hériter en pleine propriété alors même qu'il existe des parents au degré successibles. En matière de protection des biens, l'évolution est intéressante car elle montre une utilisation renouvelée de la fente. « Le regain de vitalité et d'actualité conféré à la règle de la fente est d'autant plus inattendu qu'il aboutit à lui faire jouer un rôle diamétralement opposé à celui qui lui été attribué dans notre ancien droit : bien loin d'assurer la conservation des biens dans les familles, cette règle tend, dans sa nouvelle application, à les en faire sortir, puisqu'elle les fait passer d'un conjoint à l'autre »⁸⁷⁰. Ainsi, la protection des biens, conçue comme le maintien des biens dans la famille de sang, est en recul. Les commentateurs de cette loi critiquent tout de même le manque de prise en compte de « l'intérêt de souvenir »⁸⁷¹ attaché aux biens de la famille.

394. Loi du 3 décembre 2001 : extension des droits en pleine propriété – Depuis la loi du 3 décembre 2001, le conjoint survivant peut hériter en pleine propriété peu importe les héritiers avec lesquels ils se trouvent en concours. Seule la quotité, à laquelle il a le droit, varie. En présence de descendants communs, le conjoint survivant peut, à son libre choix, bénéficier du quart en pleine propriété ou de la totalité des biens du défunt en usufruit. Il est à noter qu'en présence d'enfants non communs au couple, le conjoint survivant hérite nécessairement du

⁸⁶⁸ J. DELSOL, *Rapport fait au nom de la commission (...)*, préc., p. 1668.

⁸⁶⁹ J. JAEGER, *Rapport sur la loi modifiant l'art. 767 du C. civ., relatif à l'usufruit du conjoint survivant*, du 28 fév. 1924, J.O., doc. parl., A. N., mai 1924, p. 407, in *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, IVe partie, Sirey, 1925, p. 1913.

⁸⁷⁰ L. JOSSERAND (L.), *op. cit.*, p. 464.

⁸⁷¹ H. CAPITANT, art. préc.

quart en pleine propriété. De ce fait, dans une telle configuration familiale, et en l'absence de descendants communs au couple, les biens sortent de la famille d'origine afin d'être attribués aux seuls héritiers du conjoint survivant. Cette solution, contraire à la protection des biens, au sens de la conservation des biens dans la famille de sang, a été rendue nécessaire à la fois par les risques de mésentente entre beaux-parents et beaux-enfants⁸⁷², mais aussi en raison du risque que fait naître un tel usufruit sur la préservation du bien⁸⁷³. Il s'agit d'une réelle rupture dans la philosophie législative de la protection des biens. En présence du père et de la mère du défunt, le conjoint obtient la moitié de la succession en pleine propriété ; les trois quarts s'il ne reste qu'un seul des parents. En l'absence de tels héritiers, le conjoint survivant recueille l'ensemble des biens du défunt en pleine propriété. Sur le fondement de ce principe, le législateur a instauré des mécanismes correctifs dans le but d'éviter la sortie certaine des biens de la famille au bénéfice d'une autre. En effet, le législateur a entendu garantir *a minima* la conservation des biens dans la famille lorsque le conjoint évince les collatéraux privilégiés. L'article 757-3 du Code civil prévoit que « les biens que le défunt avait reçus [de ses parents⁸⁷⁴] par succession ou donation et qui se retrouvent en nature dans la succession sont (...) dévolus pour moitié aux frères et sœurs du défunt ou à leurs descendants, eux-mêmes descendants du ou des parents prédécédés à l'origine de la transmission »⁸⁷⁵. La philosophie classique de la protection des biens de la famille, conçue comme le maintien des biens dans la famille de sang, perdure de manière résiduelle. Cela conduit à une liquidation distributive des biens en fonction de leur origine, famille de sang ou acquisition durant le mariage, pour qu'ils soient transmis à la famille la plus idoine, famille de sang ou famille d'alliance. Certains auteurs ont pu signaler que « [c]ela signifie que l'on ne raisonne plus en partant de la qualité d'héritier pour se demander à quoi a droit cet héritier mais de la consistance de la succession pour s'interroger sur le point de savoir qui a des droits dessus. Ce même raisonnement est désormais suivi à propos du conjoint survivant car ce sont, en définitive, ses besoins qui déterminent ses droits. Ainsi d'un droit des héritiers *sur* l'héritage, on en vient à un droit des héritiers à l'héritage »⁸⁷⁶. Toutefois, ce ne sont

⁸⁷² N. ABOUT, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles (...)*, préc., p. 30.

⁸⁷³ La crainte porte sur le risque que ni l'usufruitier, ni le nu-propriétaire n'entretienne le bien, entraînant une diminution de sa valeur.

⁸⁷⁴ La loi du 23 juin 2006 modifie cet article pour remplacer le « eux », renvoyant aux père et mère, par « ascendants », v. L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, préc.

⁸⁷⁵ Article 757-3 du Code civil issu de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins. V. A. VIDALIES et J.-J. HYEST, *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins*, 13 nov. 2011, p. 4.

⁸⁷⁶ B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : dispositions politiques. Le droit des successions, entre droits de l'homme et droit civil », *Dr. fam.* 2002, chron. 3.

pas uniquement les besoins du conjoint survivant qui sont pris en compte. L'origine des biens est également prise en considération. Il est évident que le législateur a entendu assurer une protection de la personne du conjoint survivant, en lui préservant son cadre de vie. La protection personnelle va de pair avec la protection patrimoniale.

395. Loi du 23 juin 2006. – La suppression de la réserve des ascendants s'accompagne du bénéfice d'un droit de retour légal pour les biens qu'ils ont donnés au défunt. Le législateur tient encore à distinguer la répartition des biens en prenant en compte leur origine⁸⁷⁷, toujours dans le but de concilier les objectifs de conservation des biens dans la famille et de conformer le droit aux évolutions sociologiques relatives à la place du conjoint successible. Si la protection au sens de conservation des biens dans la famille de sang s'est amoindrie, la protection des biens de la famille est désormais effective au sein de la famille nucléaire. Cependant, cette protection est moins envisagée comme une préservation des biens au sein de la famille mais essentiellement comme une protection de la personne du conjoint par le biais des biens de la famille. La philosophie de la protection des biens a donc bel et bien mutée.

396. Les évolutions sociologiques de la conception du couple ont donc joué un rôle significatif sur la manière de concevoir la protection des biens de la famille. La promotion du conjoint, particulièrement dans le droit des successions, participe au déclin de la protection au sens de conservation des biens dans la famille de sang. Il s'agit désormais d'appréhender l'influence de la redéfinition des autres membres de la famille sur la protection des biens.

SECTION 2

L'INFLUENCE DE LA CONCEPTION DES AUTRES MEMBRES DE LA FAMILLE

397. Si les contours de la famille ont été redéfinis, les membres en son sein le sont également. Ces redéfinitions ont pour conséquences des modifications dans la manière de concevoir la protection des biens en droit de la famille. La difficulté résulte de la diversité des modes de redéfinition : tantôt la place que les membres occupent au sein de la famille est modifiée, tantôt ce sont les contours même de leur définition qui évoluent. Au titre des membres de la famille

⁸⁷⁷ S. HUYGHE, *Rapport présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n° 2427, portant réforme des successions et des libéralités*, A. N., 8 février 2006, p. 39.

affectés par ce mouvement de redéfinition, il est possible de citer les ascendants, les descendants, mais également les collatéraux.

398. D'abord, les collatéraux ne feront pas l'objet d'une étude complète car leur place au sein de la famille se dessine en creux de la redéfinition de la place des autres membres de la famille, qu'il s'agisse du conjoint, des ascendants ou des descendants.

399. Ensuite, les changements autour de la place des descendants dans la famille, particulièrement en leur qualité d'enfant, conduisent le législateur à modifier la législation afin de faire correspondre le droit aux évolutions sociales. Ces modifications techniques participent au changement de la philosophie législative.

400. Enfin, les ascendants ont, eux aussi, une place différente au sein de la famille, notamment au regard du vieillissement de la population. La notion de grand-âge, qui se développe, entraîne un processus d'adaptation de la législation à ces nouveaux enjeux.

401. Ainsi, il est possible d'envisager la redéfinition de la place de l'enfant au sein de sa famille (§1), mais également la nouvelle perception des ascendants (§2).

§ 1 LA REDÉFINITION DE LA PLACE DE L'ENFANT

402. Précision terminologique : l'enfant. – Le terme « enfant » revêt différentes acceptions. Il peut correspondre à un rapport d'âge ou bien à un rapport de filiation. Lorsqu'il est considéré dans un rapport d'âge, l'« enfant » peut renvoyer à « la première période de la vie humaine, de la naissance à l'adolescence »⁸⁷⁸. Toutefois, cette conception n'est pas celle retenue en droit par la Convention de New York sur les droits de l'enfant⁸⁷⁹. Ladite convention fixe la limite de l'enfance à l'âge de dix-huit ans, sauf lorsque la majorité est acquise avant cette date⁸⁸⁰. L'enfant au sens de la convention, correspond donc, en droit français, au mineur. C'est cette acception qui est retenue pour l'analyse de l'enfant dans son rapport d'âge. Dans la conception filiale, seul le critère de parenté importe, sans considération de l'âge de l'enfant. Ces deux conceptions de l'enfant ont, dans leur évolution, une influence sur la protection des

⁸⁷⁸ CNRTL, V° « Enfant ».

⁸⁷⁹ *Convention relative aux droits de l'enfant*, New York, 20 nov. 1989, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, n° 27531, p. 3.

⁸⁸⁰ *Convention relative aux droits de l'enfant*, préc., art. premier

biens en droit de la famille. Il conviendra alors d'envisager la redéfinition de la place de l'enfant mineur dans sa relation avec ses parents (A) puis celle de l'enfant héritier (B).

A. La redéfinition de la place de l'enfant mineur dans sa relation avec ses parents

403. L'enfant mineur bénéficie d'un système de protection de ses biens. En effet, son statut de mineur rend nécessaire l'intervention de ses parents dans la gestion de ses biens. Cependant, la manière de concevoir la protection a évolué en fonction de la place de l'enfant au sein de la famille. Il y a eu un passage progressif d'une protection due au mineur en raison de sa faiblesse à une volonté de faire participer l'enfant à la prise de décision sur ses biens. Ainsi, à la protection des biens s'est substituée une logique davantage fondée sur la qualité de propriétaire du mineur. Deux conceptions de la protection s'opposent alors. Selon la conception classique, ou hiérarchique, il faut prendre en compte la faiblesse de l'enfant, ce qui conduit à faire prévaloir la volonté des parents pour optimiser la protection des biens (1). L'approche contemporaine, ou horizontale, resserre, quant à elle, la protection autour de l'enfant, conséquemment à la revalorisation de la place de l'enfant (2).

1. La conception hiérarchique de la protection : l'enfant sujet de la protection

404. Lors de l'adoption du Code civil, la gestion des biens du mineur, lorsqu'il n'est pas émancipé, est soumise à la volonté de son père (a). L'émancipation ne permet pas non plus au mineur d'acquérir une totale liberté dans la gestion de ses biens : la liberté est limitée (b).

a. L'enfant mineur non émancipé : une protection paternelle assurée

405. La protection nécessaire des enfants. – G. CORNU rappelle que « [c]hacun sait que l'incapacité civile des mineurs, reconnaissance légale de leur état de faiblesse naturelle, est l'effet d'une politique de protection et non d'une quelconque gérontocratie. L'incapable n'est pas la victime d'une brimade, d'un sacrifice de l'individu à la société, mais le bénéficiaire d'une mesure qui rétablit en sa faveur un équilibre de forces que la nature n'a pas encore réalisé »⁸⁸¹. Si la protection des enfants semble nécessaire, elle ne se manifeste pas de la même manière selon l'âge de l'enfant. Les travaux préparatoires du Code civil laissent apparaître une distinction fondée sur l'âge de l'enfant. Avant l'adolescence, l'enfant semble requérir une protection bienveillante, tandis que seule la menace paraît à même d'assurer la protection de

⁸⁸¹ G. CORNU, « L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. II., Dalloz & Sirey, 1961, p. 15.

l'adolescent. Il est intéressant de souligner que cette conception duale de l'enfant n'entraîne, pourtant, pas de distinction au sein de la législation.

406. Une protection bienveillante avant l'adolescence. – L'enfant pré-adolescent requiert une protection particulière en raison de sa condition naturelle. Les travaux préparatoires du Code civil font effectivement état de la « faiblesse des enfants »⁸⁸². Certains auteurs ont pu écrire que « la nature veut que, dans ce premier âge celui de l'enfance le père et la mère aient sur leurs enfants une puissance entière qui est toute de défense et de protection »⁸⁸³. Ces enfants, « nous pouvons les laisser sans regret sur le sein de leur mère, dans les bras de leur père, au milieu des parents, des amis qui couvrent leur berceau de fleurs, et qui promettent à leur vie entière la protection bienveillante de la famille, et celle plus précieuse encore de la société »⁸⁸⁴. La faiblesse de l'enfant semble justifier la protection bienveillante de sa famille, principalement de ses parents. Cependant, l'« enfant », auquel renvoient ces écrits, est bien l'enfant qui n'a pas encore atteint l'âge de l'adolescence. Lorsque l'enfant grandit, le champ lexical de la bienveillance laisse place à des discours emplis d'autorité.

407. Une protection autoritaire à partir de l'adolescence. – Le vocabulaire utilisé pour décrire les rapports entre les parents et les enfants à partir de l'adolescence change radicalement. La protection doit se faire au moyen d'une « main ferme »⁸⁸⁵, l'enfant devant subir des « peines »⁸⁸⁶ patrimoniales s'il ne respecte pas l'obéissance due à ses parents. Cette conception justifie que les parents puissent priver un de leurs enfants de la quotité disponible en matière successorale, ainsi l'enfant « ne secouera pas le joug de l'obéissance »⁸⁸⁷. Ces exemples révèlent les rapports de hiérarchie que connaît la relation entre les parents et les enfants. La protection s'articule à la menace : ici menace d'exhérédation de la part disponible. Ces mesures soutiennent l'idée selon laquelle « la reconstruction de la famille devait s'accomplir selon le principe d'autorité »⁸⁸⁸.

⁸⁸² THIBAudeau, *Discussion du conseil d'État, séance du 4 nivose an X (25 déc. 1801*, in P.-A. FENET, op. cit., t. X, pp. 344-345.

⁸⁸³ P.-F. RÉAL, *Présentation au Corps Législatif, séance du 23 ventose an XI*, in P.-A. FENET, op. cit., t. X, p. 511.

⁸⁸⁴ H. DUVEYRIER, *Discours prononcé le 2 germinal an XI, devant le Corps Législatif*, in P.-A. FENET, op. cit., t. X, p. 231.

⁸⁸⁵ P.-F. RÉAL, *Présentation au Corps Législatif, séance du 23 ventose an XI*, in P.-A. FENET, op. cit., t. X, p. 511.

⁸⁸⁶ J. MALEVILLE, *Discussion du conseil d'État, séance du 26 frimaire an X (17 déc. 1801*, in P.-A. FENET, op. cit., t. X, pp. 481-482.

⁸⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸⁸ A. DESRAYAUD, « Le père dans le Code civil, un magistrat domestique », *Napoleonica, La revue, La fondation Napoléon*, 2012/2, n° 14, p. 5.

408. Une traduction juridique identique quant aux biens de l'enfant. – Ces deux approches de l'âge de l'enfant ne s'accompagnent pas de distinction dans la traduction juridique. En effet, que la protection soit requise en raison de la faiblesse de l'enfant ou afin de protéger l'adolescent contre lui-même, le père a, par principe, l'administration des biens de son enfant. L'autorité du père se justifie tantôt par l'impossibilité naturelle de l'enfant de procéder seul à la gestion de ses biens, tantôt par la volonté de protéger l'enfant contre ses propres agissements. L'article 389 du Code civil de 1804 indique clairement que la protection résulte de la volonté du père. La rédaction de l'article montre que l'enfant n'est pas au centre du dispositif de protection, cela permet de déduire que c'est une protection des biens qui est recherchée en priorité, plus que de l'intérêt de l'enfant. La protection des biens contre les agissements de l'enfant est acquise pendant toute sa minorité.

409. La permanence de la protection des biens de l'enfant. – Malgré les aménagements contemporains⁸⁸⁹, la protection des biens du mineur demeure. D'abord, les fondements de la nécessité de protéger l'enfant en raison de sa faiblesse ne sont pas remis en cause. G. CORNU affirmait que « le mineur est protégé (...) à cause de l'infirmité présumé de son esprit et il doit l'être bien au-delà de l'apparition du discernement, jusqu'à l'âge où l'homme peut être réputé avoir une suffisante fermeté de jugement »⁸⁹⁰. Des travaux récents en philosophie s'interrogent sur les nouveaux enjeux de l'enfance sans remettre en cause la faiblesse de l'enfance : « comment être libre, tout en étant petit, faible et dépendant ? Tel est le problème de l'enfance »⁸⁹¹. Dans la lignée de la pensée de G. CORNU, les philosophes mettent en exergue l'inexpérience de l'adolescent et concluent que « [l]'œuvre du temps est donc nécessaire pour approcher la majorité authentique »⁸⁹². Par ailleurs, la réactualisation des débats sur l'extension de la quotité disponible, certes traitée sous l'angle de la liberté du testateur, s'inscrit dans cette dynamique de pouvoir des parents sur leurs enfants dans le cadre patrimonial⁸⁹³. Cette conception de la protection des biens de l'enfant se retrouve également dans le régime juridique de l'émancipation telle que prévue par le Code civil de 1804.

⁸⁸⁹ V. *infra* n° 418 s.

⁸⁹⁰ G. CORNU (G.), art. préc., p. 17

⁸⁹¹ E. DESCHAVANNE et P.-H. TAVOILLOT, *op. cit.*, p. 144.

⁸⁹² *ibid.*, p. 383.

⁸⁹³ Sur les discussions autour de la réserve héréditaire et de la quotité disponible, v. *infra* n° 711.

b. *L'enfant mineur émancipé : une liberté limitée*

410. Une protection maintenue. – La protection des biens de l'enfant mineur même émancipé, ne cesse pas entièrement. La question patrimoniale est au cœur du dispositif de l'émancipation dans le Code civil de 1804 : « mais quoique l'émancipation qui nous occupe doive aussi produire l'effet de mettre l'enfant qui en sera l'objet hors de l'autorité de ses père et mère c'est surtout l'effet qu'elle doit avoir relativement aux biens de cet enfant que nous sommes appelés à considérer »⁸⁹⁴. En premier lieu, le mineur émancipé ne peut pas effectuer seul l'ensemble des actes qu'un majeur peut réaliser. En second lieu, des mécanismes ont été introduits afin de mettre un terme à l'émancipation en cas de mauvaise gestion, par le mineur, de ses biens.

411. Les restrictions quant aux actes pouvant être accomplis. – Les restrictions quant aux actes pouvant être accomplis par le mineur émancipé montrent que les biens du mineur nécessitent une protection particulière. Il n'y a pas d'équivalence entre la minorité et la majorité. Ces restrictions concernent les actes les plus graves, comme, par exemple, les baux de plus de neuf ans conformément à l'article 481 du Code civil. De même, les actes de disposition sont soumis aux mêmes formalités⁸⁹⁵ que celles prescrites pour le mineur non-émancipé en vertu de l'article 484, du même Code. De plus, les emprunts nécessitent une autorisation du conseil de famille et une homologation du tribunal civil par application de l'article 483 du Code civil. Au-delà de ces restrictions à la pleine capacité du mineur émancipé, l'émancipation n'est pas définitive.

412. La fin de l'émancipation. – L'émancipation est réversible. En effet, si les obligations contractées par le mineur émancipé nécessitent d'être réduites pour excès, comme le permet l'article 484 du Code civil, le mineur sera « privé du bénéfice de l'émancipation, laquelle lui sera retirée »⁸⁹⁶. Cette privation est conçue comme une « juste punition du désordre et des dissipations »⁸⁹⁷. C'est donc bien la considération de protection des biens qui guide le législateur. Le mineur ne sort pas entièrement du giron de sa famille, spécialement de ses parents s'ils sont toujours vivants. En effet, son émancipation se réalise sous le regard de sa famille. C'est pourquoi, « il ne conviendrait pas de lui laisser une administration dans laquelle

⁸⁹⁴ LEROY, *Discours prononcé devant le Corps législatif*, séance du 5 germinal an XI (26 mars 1803), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X, p. 677.

⁸⁹⁵ Une autorisation du conseil de famille ne peut « être accordée que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident », aux termes de l'article 457 du Code civil de 1804.

⁸⁹⁶ C. civ., art. 485, en vigueur en 1804.

⁸⁹⁷ LEROY, *Discours prononcé devant le Corps législatif*, séance du 5 germinal an XI (26 mars 1803), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X, p. 679.

il aurait si mal répondu à l'attente de sa famille »⁸⁹⁸. Le champ lexical de la menace réapparaît lorsque le mineur émancipé n'assure pas une protection efficace de ses biens : « ce sera un stage dans lequel chacun craindra de malverser »⁸⁹⁹. Face à cette construction hiérarchique de la protection des biens de l'enfant s'est développée une conception plus horizontale de la protection.

2. *La conception horizontale de la protection : la qualité de propriétaire de l'enfant*

413. Regards de philosophes, sociologues et psychologues. – La conception horizontale de la protection des biens de l'enfant est née de la pensée selon laquelle l'enfant est une personne comme les autres et a vocation à l'égalité et à la liberté. Les travaux contemporains de philosophie montrent cette évolution dans la manière de concevoir l'enfant. Ils ont ainsi pu avancer que « [l]'idée rousseauiste que, dans la vie, aucun âge n'est secondaire, semble s'être radicalisée en revendication d'égalité pour tous les âges, et surtout pour ceux qui semblait avoir été, jusqu'alors, iniquement opprimés par la maturité : l'enfant, la jeunesse »⁹⁰⁰. Les réflexions autour de l'enfant se font désormais « en termes d'accès progressif à la liberté »⁹⁰¹, plutôt qu'« en termes de dépendance »⁹⁰². Finalement, les réflexions actuelles sont centrées sur les droits que le mineur peut conquérir bien qu'il ne soit pas encore adulte « parce qu'il est déjà une liberté ou une individualité en gestation, porteur de droits »⁹⁰³. Parallèlement à ses considérations philosophiques, les données sociologiques tendent également à montrer que l'enfant a progressivement acquis une place nouvelle au sein de la famille. En effet, les sociologues considèrent que les « rapports sociaux d'âge ont connu deux évolutions majeures au cours du XXe siècle : entre les enfants et leurs parents, les relations sont devenues plus affectives ; entre les enfants et les adultes en général, elles sont devenues plus égalitaires »⁹⁰⁴. Les sociologues pointent donc l'accroissement de l'égalité dans les relations entre enfants et adultes, donc avec les parents. En outre, ils soutiennent que le lien affectif a pris une place de plus en plus importante dans la relation parents-enfants. Ces conceptions philosophiques et sociologiques trouvent des traductions juridiques. L'amour que les parents portent à leur enfant se retrouve dans la prescription faite par le législateur d'agir dans l'intérêt de l'enfant ; alors

⁸⁹⁸ Th. BERLIER, *Présentation de la nouvelle rédaction du projet de loi sur la minorité, la tutelle et l'émancipation devant le Conseil d'État*, séance du 6 brumaire an XI (28 oct. 1802), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X, p. 595.

⁸⁹⁹ *Ibidem.*

⁹⁰⁰ E. DESCHAVANNE et P.-H. TAVOILLOT, *op. cit.*, pp. 178 et 179.

⁹⁰¹ A. RENAUT, *La libération des enfants, Contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, Bayard, Calmann-Lévy, 2002, pp. 115-116.

⁹⁰² *Ibidem.*

⁹⁰³ *Ibid.*, pp. 113-114.

⁹⁰⁴ M. COURT, *Sociologie des enfants*, La Découverte, coll. Repères, 2017, p. 22.

que la liberté croissante de l'enfant trouve un écho dans la prise en compte de sa volonté. Certains psychologues se montrent sceptiques face à la place trop centrale que l'enfant peut prendre dans la famille : « l'enfant n'est pas celui qui constitue la famille, il n'est pas au centre de la famille »⁹⁰⁵. L'ensemble de ces considérations sur l'enfant par les sciences humaines et sociales semble plaider pour une protection qui prend mieux en compte l'enfant, sans pour autant en faire le centre de toutes les considérations.

414. Traduction juridique. – La conception horizontale de la protection semble davantage prendre en compte la qualité de propriétaire du mineur. L'intérêt de l'enfant conduit les parents à agir conformément à une conception abstraite de l'intérêt supposé de leur enfant. La prise en compte de cet intérêt est nécessaire pour assurer une protection des biens du mineur (a). Il semblerait désormais qu'un courant doctrinal opte pour une philosophie se fondant sur la volonté du mineur. Toutefois, cette expansion de la volonté du mineur semble inutile en matière patrimoniale (b).

a. La prise en compte nécessaire de l'intérêt de l'enfant

415. L'intérêt de l'enfant : une finalité source de protection. – La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la gestion de ses biens est une nouveauté de la loi du 5 mars 2007 portant réforme des majeurs protégés. Cette finalité de la gestion des biens a été reprise par l'Ordonnance de 2015⁹⁰⁶. Cette Ordonnance a modifié l'article 385 du Code civil, qui prévoit désormais que la gestion des biens doit être faite « dans le seul intérêt du mineur ». Le changement de paradigme est flagrant. La gestion des biens n'est plus laissée aux soins du « bon père de famille »⁹⁰⁷, centrée sur les parents, mais elle est conduite par l'intérêt de l'enfant, et donc centrée autour de lui. Si « le droit civil des mineurs a été profondément modifié, au gré des réformes du droit de la famille, durant la seconde moitié du XXe siècle, notamment dans le sens d'une meilleure prise en compte de l'intérêt de l'enfant »⁹⁰⁸, la matière patrimoniale a mis plus de temps à se conformer à cette nouvelle philosophie. La finalité de la gestion des biens du mineur devient, certes, son propre intérêt, néanmoins, la gestion est conservée, par principe, à ses parents. Comme l'affirme J. HAUSER, « l'intérêt de l'enfant a bercé de ses illusions les années 1960-1980, mais c'était l'intérêt de l'enfant, fut-il majeur, décidé par les autres, le père,

⁹⁰⁵ S. GIAMPINO, « Propos sur la parentalité d'aujourd'hui », in D. COUM, op. cit., p. 34.

⁹⁰⁶ Ord. n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, préc.

⁹⁰⁷ Expression présente à l'article 450 du Code civil dans sa version de 1804, conservée par la Loi n°64-1230 du 14 décembre 1964, préc.

⁹⁰⁸ Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 3^e éd., 2021, p. 17.

la mère, les juges, les juristes, etc. dans la détermination duquel il a peu de rôle »⁹⁰⁹. Il apparaît alors que, dans un système fondé sur l'intérêt de l'enfant, l'enfant est un « sujet passif »⁹¹⁰ dans la gestion de ses biens. Il est possible de penser que c'est la place nouvelle de l'enfant au sein de sa famille, telle que décrite par les philosophes et sociologues, qui a conduit à recentrer la protection des biens autour de l'enfant. La gestion réalisée par le « le bon père de famille » pouvait conduire à faire prévaloir des intérêts concurrents à celui de l'enfant, tels l'intérêt des parents ou plus largement celui de la famille. Pour éviter que d'autres intérêts ne viennent heurter l'intérêt de l'enfant, le législateur a introduit le recours à l'administration *ad hoc*. Un administrateur prend alors en charge la réalisation d'actes déterminés dont le conflit d'intérêts, avec les parents, pourrait porter atteinte à l'intérêt de l'enfant. Cette règle nouvelle constitue une « règle majeure du droit des mineurs »⁹¹¹. Cette conception de la gestion de biens du mineur a, elle-même, subi des évolutions. En effet, même si cette approche conduit, de prime abord, à ne faire intervenir que les parents, l'enfant a obtenu une place dans ce système.

416. La participation de l'enfant mineur. – L'enfant est amené à participer à la détermination de son intérêt, comme le soulignent certains auteurs en précisant que « [l]a détermination de l'intérêt de l'enfant, si elle est susceptible de faire l'objet de différentes appréciations divergentes, doit tenir compte de l'avis de l'enfant sur son propre intérêt »⁹¹². Cette possibilité laissée à l'enfant de participer à la prise de décision concernant ses intérêts peut être qualifiée de « droit participatif »⁹¹³ car elle permet « au mineur de participer à l'élaboration des décisions qui le concerne »⁹¹⁴. Cette nouvelle perception s'inscrit parfaitement dans les évolutions sociologiques et philosophiques concernant l'enfant : la discussion entre l'enfant et ses parents, administrateurs légaux, instaure une relation plus égalitaire et est l'expression d'une plus grande prise en compte de la volonté de l'enfant, sans doute issue de l'accroissement des relations affectives.

417. Le seul intérêt du mineur. – L'intérêt de l'enfant peut être parasité par des intérêts concurrents à l'occasion de la gestion de ses biens. Ainsi, les intérêts des parents et de la famille ne devraient pas avoir d'influence. Certains auteurs relèvent, néanmoins, que « la confusion évidente entre intérêt de l'enfant, intérêts des parents et plus largement l'intérêt de la famille

⁹⁰⁹ J. HAUSER, « La filiation et la loi du 8 janvier 1993 », in *Autour de l'enfant*, Actes du colloque du 6 mai 1993, Centre de droit de la famille et Université Jean Moulin- Lyon III, p. 29.

⁹¹⁰ A. GOUTTENOIRE, « Le statut juridique de l'enfant », *RLDC* 2011, supplément au n ° 87, p. 39

⁹¹¹ Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^e éd., 2014, p. 62.

⁹¹² *Ibid.*, p. 79.

⁹¹³ Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, 3^e éd., p. 971.

⁹¹⁴ Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, 2^e éd., p. 92.

conduit à se demander si la représentation de l'enfant par ses parents est une véritable représentation »⁹¹⁵. Il s'ensuit que, pour la gestion du patrimoine du mineur, une conception familiale demeure. Toutefois, il est envisageable qu'au fur et à mesure que l'enfant avance en âge, sa participation accrue dans la détermination de son intérêt détache d'autant son intérêt propre de celui de ses parents. La difficulté peut alors résider dans l'effectivité de cette participation : soit l'enfant se désintéresse de cette gestion, soit il n'a pas un plein accès à celle-ci, ou encore ses parents ne suivent qu'avec peu d'attention ses recommandations. Cependant, le fait que la volonté de l'enfant ne soit pas respectée ne signifie pas que son intérêt soit mis au ban. La détermination de l'intérêt de l'enfant par les parents relève également de la mission de protection qu'ils ont à son égard. *A contrario*, la prise en compte systématique de la seule volonté de l'enfant peut limiter la protection de ses biens. En effet, « les droits de l'enfant s'inscrivent dans ce qui leur donne sens : l'enfant n'est pas un adulte ; il est un être en devenir qui sera lui-même adulte un jour. Il est une personne à part entière, mais son statut d'enfant tient au sens que la société donne à la différence entre l'adulte et l'enfant, entre les parents et leurs enfants »⁹¹⁶. Si la volonté de l'enfant devait primer, sans considération de son intérêt, il n'est plus question de regarder si tel ou tel acte entraîne un danger pour sa situation patrimoniale. Pourtant, cette approche de la volonté de l'enfant semble aujourd'hui de plus en plus présente et disqualifie la considération de l'intérêt de l'enfant.

b. L'expansion inutile de la volonté du mineur

418. La volonté du mineur. – La prise en compte de la volonté de l'enfant conduit nécessairement à un recul de la protection de ses biens, au sens de protection hiérarchique. Cette nouvelle place de l'enfant s'inscrit en rupture avec la philosophie classique de la protection. Il faudrait « que cesse ce paternalisme abusif qui, sous couleur du respect de l'intérêt de l'enfant, protège les adultes contre lui »⁹¹⁷. Ainsi, la prise en compte de la volonté de l'enfant, en tant que propriétaire, serait plus conforme à la protection de ses intérêts, notamment patrimoniaux. Deux cas se dessinent : le cas où le mineur exprime sa volonté, celle-ci pouvant être contraire à celle de ses parents, un tiers départiteur intervient pour trancher le conflit ou le cas de le mineur qui prend seul ses décisions. Dans le premier, cas la protection demeure, la volonté de

⁹¹⁵ A. GOUTTENOIRE, « Le statut juridique de l'enfant », art. préc.

⁹¹⁶ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille, Proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice*, La documentation française, 1999, p. 17.

⁹¹⁷ J. RUBELLIN-DEVICHI, « Regards sur quelques incohérences en matière de droit de l'enfance », D. 2001, p. 1323.

l'enfant est prise en compte mais n'est pas décisive. Cette hypothèse marque simplement un relâchement de la protection parentale et de l'intérêt de l'enfant, donc de la protection des biens de l'enfant. Dans le second cas, la protection cesse car la volonté du mineur est décisive. Cette seconde éventualité correspond au cas de l'émancipation, mais la réflexion contemporaine autour de la prémajorité tend à l'accroître.

419. La prise en compte de la parole de l'enfant en matière patrimoniale. – L'article 371-1 du Code civil⁹¹⁸, dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, prévoit que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ». Cet article trouve sa place dans le chapitre premier, du neuvième titre du livre premier du Code civil, intitulé « De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ». À défaut d'une telle précision dans le second chapitre, l'association de l'enfant aux décisions qui le concernent ne semblerait pas recouvrir la matière patrimoniale. Cependant, l'article 388-1 du Code civil⁹¹⁹ prévoit de manière plus générale que « dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut (...) être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet ». Cet article conduit à associer l'enfant aux décisions qui le concernent lorsque le juge est saisi en matière patrimoniale. Or, l'intervention du juge des contentieux de la protection est requise pour autoriser les parents à effectuer les actes les plus dangereux sur le patrimoine de l'enfant, notamment la vente de gré à gré. L'enfant pourra alors exprimer devant le juge sa volonté s'il est discernant⁹²⁰. Toutefois, cette volonté n'est pas décisive. En effet, c'est au juge que reviendra la tâche d'autoriser ou non l'acte projeté conformément à l'intérêt de l'enfant. En conséquence, la protection des biens de l'enfant reste effective car il ne s'agit que d'une participation non décisive. La protection des biens du mineur s'efface davantage lorsque l'enfant prend effectivement les décisions concernant ses biens.

420. La nouvelle émancipation. – La loi du 14 décembre 1964 a profondément réformé l'émancipation. Désormais, le mineur émancipé est considéré comme « capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile », selon les termes de l'article 481 du Code civil⁹²¹.

⁹¹⁸ L. n° 2002-305 du 4 mars 2002, préc.

⁹¹⁹ Instauré par la Loi n° 93-22 du 8 janv. 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, J.O. n°7, 9 janv. 1993, pp. 498-499.

⁹²⁰ L'âge du mineur n'est pas suffisant pour exclure le discernement, Civ. 1^{re}, 18 mars 2015, n° 14-11.392 ; *D.* 2015. 1919, obs. BONFILS et GOUTTENOIRE ; *D.* 2016. 674, obs. DOUCHY-LOUDOT ; *RTD civ.* 2015. 352, obs. HAUSER ; *AJ fam.* 2015, obs. THOURET.

⁹²¹ Devenu C. civ., art. 413-6, depuis la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc.

Ainsi, « le mineur émancipé cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère »⁹²². Ces nouvelles dispositions relatives à l'émancipation ont « considérablement élargi la capacité du mineur émancipé puisqu'[elles l'ont] alignée sur celle du majeur »⁹²³. Si « l'un des soucis des auteurs de la loi a été de mieux assurer la protection des intérêts du mineur et de permettre une gestion plus souple et finalement plus efficace de ses biens »⁹²⁴, la protection des biens du mineur paraît cesser dans une telle configuration. En effet, la gestion des biens est laissée à la seule volonté du mineur émancipé, ce qui ne permet pas de considérer qu'une protection des biens subsiste. Ceci est d'autant plus vrai que la mauvaise gestion des biens, par le mineur émancipé, ne permet plus de mettre un terme à l'émancipation. Toutefois, le relâchement de la protection ne se pose que pour les mineurs de plus de 16 ans, âge auquel l'émancipation est permise. En outre, l'émancipation reste conditionnée, en dehors du cas du mariage, à l'existence de « justes motifs » comme le prévoit l'article 413-2 du Code civil⁹²⁵. Ces restrictions d'accès à l'émancipation semblent bienvenues car le fléchissement de la protection des biens est limité aux mineurs approchant la majorité et à des cas restreints. Cependant, certains auteurs ont réfléchi à étendre la capacité des mineurs non émancipés, ce qui a des conséquences sur la manière d'envisager la protection des biens des enfants mineurs.

421. Réflexion contemporaine sur la « prémajorité »⁹²⁶. – La protection à l'orée de la majorité est-elle injustifiée ? C'est ce que semblent affirmer des réflexions récentes. Les auteurs soutiennent qu'il est nécessaire qu'une réforme intervienne afin d'accorder la pleine capacité aux mineurs. L'âge⁹²⁷ varie selon les écrits : treize ans pour les uns⁹²⁸, quinze pour les autres⁹²⁹, ou encore seize ans⁹³⁰. Ils partent du postulat selon lequel l'incapacité du mineur posée par le

⁹²² C. civ., art. 482, issu de la L. n° 64-1230, du 14 déc. 1964, préc ; devenu C. civ., art. 413-7 depuis la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc.

⁹²³ J. STOUFFLET, « L'activité juridique du mineur non émancipé », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre VOIRIN*, LGDJ, 1966, p. 782.

⁹²⁴ *Ibidem*.

⁹²⁵ Anciennement C. civ., art. 477, issu de la L. n° 64-1230, du 14 déc. 1964, préc.

⁹²⁶ F. GISSER, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP N* n° 5, 1^{er} fév. 1985, 100138.

⁹²⁷ À noter que tous les auteurs reconnaissent la nécessité de fixer un seuil d'âge car à défaut il y aurait trop d'incertitude, notamment si le discernement était retenu à la place d'un seuil. Pour les majeurs protégés, il n'y a aucune difficulté à se passer du seuil d'âge, bien au contraire, c'est l'établissement d'un seuil qui serait considéré comme inapproprié. Concernant le mineur, la logique de promotion de sa volonté voudrait, sans doute, que le discernement de l'enfant soit retenu car il s'agirait d'une meilleure prise en compte des particularités de chaque enfant. Cela irait dans le sens d'une individualisation. Toutefois, ce refus de retenir le discernement pour le mineur marque une distinction fondamentale de conception entre minorité et majeur protégé.

⁹²⁸ J. ROQUE, « La prémajorité », *Dr. fam.* n° 4, avril 2009, étu. 20.

⁹²⁹ F. GISSER, art. préc.

⁹³⁰ E. ALFANDARI, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. MONEGER, P. VERDIER et P.-Y. VERKINDT, *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la convention internationale sur les droits de l'enfant, Rapport au secrétaire d'état à la Famille, aux Personnes âgées et aux rapatriés*, La documentation française, 1993, p. 52.

Code civil de 1804 résulte de la volonté du législateur « de protéger le mineur contre lui-même, de l'empêcher de dilapider sa fortune, de préserver son patrimoine »⁹³¹. Toutefois, ils considèrent que le mineur ayant un patrimoine est une situation rare. La rareté devrait alors faire obstacle à la protection. Le législateur semble leur donner raison, en matière d'administration légale notamment, la rareté des abus de l'administrateur unique ayant conduit à une extension de ses prérogatives. Par ailleurs, si le postulat de départ est celui des prérogatives patrimoniales, les développements subséquents s'orientent essentiellement vers les questions extrapatrimoniales (matière médicale, consentement au mariage, liberté de religion...). Ils abordent la possibilité accordée au mineur de plus de seize ans, par l'article 904 du Code civil, de « disposer de la moitié de la quotité disponible »⁹³² en la tenant pour preuve que le mineur « peut également gérer son patrimoine »⁹³³. Il faut tout de même préciser que la gestion du patrimoine est très limitée. En effet, l'article 904 du Code civil pose une double limite : limite quant aux actes pouvant être effectués, seulement par testament ; limite quant aux biens, uniquement la moitié du disponible. Il est donc difficile de conclure à la gestion du patrimoine par le mineur. Cela est d'autant plus le cas que la capacité de tester, lorsqu'elle porte sur une part réduite du patrimoine, n'entraîne pas de risque patrimonial actuel pour le mineur. De plus, admettre la pleine capacité du « prémajeur » en matière patrimoniale, tout en constatant qu'il n'a aucun bien, conduit à priver de la protection nécessaire ceux qui, même dans des rares cas, ont des biens. Cela mène également à ne confier aucun droit effectif au mineur car, en l'absence de bien, ces nouvelles prérogatives seraient dénuées d'effet. L'article 904 du Code civil « prive les enfants de la joie de donner que pour mieux les sauver des folles générosités de leur âge et des calculs intéressés de l'entourage »⁹³⁴. Le terme « protection » semble revêtir un caractère péjoratif, comme s'il était révélateur d'une certaine oppression en l'associant au pouvoir que le père avait jadis sur lui. Cependant, le droit actuel, ayant recours à la notion d'intérêt de l'enfant, concilie la nécessité de protection avec la réduction de l'arbitraire du pouvoir des parents.

422. De surcroît, les auteurs appuient leur propos en comparant le droit civil au droit pénal⁹³⁵ : le mineur étant responsable pénalement dès l'âge de treize ans, il devrait dès lors avoir la pleine capacité juridique par effet de miroir. Les auteurs passent sous silence les adaptations du droit

⁹³¹ F. GISSER, art. préc.

⁹³² J. ROQUE, art. préc.

⁹³³ *Ibidem*.

⁹³⁴ G. CORNU, art. préc., p. 22.

⁹³⁵ J. ROQUE, art. préc.

pénal à l'âge du mineur, notamment en matière de sanction. Le mineur n'est soumis aux peines encourues par les majeurs qu'à partir de l'âge de seize ans et à titre exceptionnel, « compte tenu des circonstances de l'espèce et de la personnalité du mineur ainsi que de sa situation »⁹³⁶. Il semble que ce soit plutôt à cet âge que l'enfant est reconnu comme pleinement l'égal de l'adulte. En outre, cette reconnaissance n'est pas générale et abstraite, mais doit être au contraire particulière et circonstanciée. En matière civile, cette reconnaissance de la capacité du mineur, particulière et circonstanciée, s'incarne dans la possibilité pour le mineur d'obtenir l'émancipation. Il existe par ailleurs un cas, comme le relève la doctrine, dans lequel un mineur peut gérer une partie de son patrimoine : le mineur salarié.

423. Il est tout à fait possible de concevoir que le mineur soit libre de gérer les revenus de son propre travail⁹³⁷, tout en maintenant une protection sur les biens qu'il a pu recevoir par successions ou libéralités⁹³⁸. Ce que les auteurs appellent des « capacités d'exception »⁹³⁹ ont le mérite de permettre au mineur d'affirmer les choix sur sa personne, de lui permettre d'acquérir de l'expérience sur la scène patrimoniale tout en maintenant une protection sur ses biens. Toutefois, ces réflexions participent à l'avancée d'une philosophie selon laquelle la protection n'est plus nécessaire, celle-ci ne pouvant justifier l'absence de liberté. D'autres auteurs considèrent encore qu'il faut « imaginer d'autres systèmes que l'incapacité »⁹⁴⁰. Ainsi, le mineur de seize à dix-huit ans serait « seul habilité à exercer ses droits et libertés patrimoniaux »⁹⁴¹. Les auteurs du rapport admettent que le mineur, même âgé de plus de seize ans, doit bénéficier d'une protection particulière qu'ils souhaitent « identique à celle du majeur sous curatelle »⁹⁴². Le mineur de plus de seize ans bénéficierait d'une double protection patrimoniale : « les actes graves demeureraient interdits au mineur, et, même pour les actes qu'il aurait la capacité d'accomplir, l'action en rescision [le] protégerait en cas de lésion, et l'action en réduction en cas d'excès »⁹⁴³. Il est possible de constater que le traitement des biens

⁹³⁶ CJPM, art. L. 121-7, issu de l'Ord. n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs. La même philosophie résultait de l'article 33 de l'Ord. n° 45-174, 2 fév. 1945, relative à l'enfance délinquante. Celui-ci entraîne la modification de l'article 67 du Code pénal qui permet d'écarter l'excuse de minorité pour les mineurs âgés de plus de 16 ans, J.O. 4 fév. 1945, p. 534. En ce sens, v. également E. ALFANDARI, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. MONEGER, P. VERDIER et P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*, p. 45.

⁹³⁷ V. Y. FAVIER, « La nécessaire protection des revenus du travail de l'enfant », *AJ fam.* 2006, p. 147.

⁹³⁸ Là encore, il est nécessaire de mettre à part les présents d'usage. En effet, « le principe même de l'argent de poche implique pour l'enfant la pleine propriété et a pour corollaire sa libre disposition », v. F. FAVIER, « La constitution du patrimoine du mineur par les libéralités », *AJ fam.* 2002, p. 360. V. également sur la question, N. PETERKA, *Les dons manuels*, LGDJ, 2001, p. 62 et s.

⁹³⁹ J. ROQUE, art. préc.

⁹⁴⁰ E. ALFANDARI, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. MONEGER, P. VERDIER et P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 47.

⁹⁴² E. ALFANDARI, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. MONEGER, P. VERDIER et P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*, p. 53.

⁹⁴³ *Ibidem.*

de l'enfant nécessite, à tout âge, une protection particulière. Ces réflexions ne sont concevables que s'il est admis que la place de l'enfant dans la famille a changé, passant d'un être faible soumis à la protection de ses parents, à une place plus égalitaire avec ses parents. Le fait que tous reconnaissent qu'une protection particulière reste indispensable, peu importe sa forme, montre que la minorité reste conçue comme un âge de la vie à protéger, notamment du point de vue patrimonial. G. CORNU rappelait à cet égard que « l'égalité civile n'exclut pas toutes les discriminations fondées sur l'âge et si l'on conçoit qu'elle condamne les distinctions arbitraires et en particulier le privilège d'ânesse, elle recommande plutôt des discriminations naturelles propres à rétablir un équilibre rompu par la faiblesse de l'âge »⁹⁴⁴.

424. Il ne faudrait pas « [refuser de] voir la jeunesse et sa fragilité consubstantielle »⁹⁴⁵. Certains psychologues contestent également cette assimilation trop prononcée entre enfant et adulte, « notons simplement que les promoteurs de "l'individu" établissent, *de facto*, une équivalence ontologique entre l'enfant et l'adulte, les deux étant, indifféremment, des individus. Voilà qui pose pour le moins question ! »⁹⁴⁶. La matière juridique n'échappe pas à ces questionnements, une plus grande indifférenciation semble se dessiner en doctrine entre mineur et majeur. Nécessairement, l'analogie empêche de penser la protection car cette dernière n'est plus légitime si l'enfant est assimilé à l'adulte, puisqu'il devrait être considéré comme un propriétaire apte à gérer ses biens.

425. Sur les actes de la vie courante. – Il faut accorder à l'enfant certaines prérogatives pour lui permettre d'entrer progressivement dans la majorité. Cette liberté accordée à l'enfant doit s'étendre en priorité dans la sphère extrapatrimoniale car finalement les choix qui guident la personne sont les plus intimes et donc les plus étroitement liés à l'individualité de l'enfant. Cette distinction nécessaire entre actes patrimoniaux et actes personnels est relevée par G. CORNU⁹⁴⁷, qui considère que « telles qu'elles sont, les discriminations légales existantes sont bien suffisantes »⁹⁴⁸. Ainsi, en matière patrimoniale, notamment au regard du patrimoine que l'enfant a pu recevoir par succession ou libéralité, il ne semble pas utile d'ouvrir trop largement ses prérogatives. Il convient, à cet égard, de préserver les ressources de l'enfant lorsqu'elles lui parviennent de sa famille.

⁹⁴⁴ G. CORNU (G.), art. préc., p. 12.

⁹⁴⁵ H. LÉCUYER, « Rapport de synthèse », *Droit et patrimoine*, n° 301, 1^{er} avril 2020.

⁹⁴⁶ D. COUM, « La démocratie familiale est-elle un progrès... pour l'enfant ? », in D. COUM, *op. cit.*, p. 128.

⁹⁴⁷ G. CORNU (G.), art. préc., pp. 22-24

⁹⁴⁸ *Ibidem*.

426. Par ailleurs, le mineur est apte à effectuer les actes de la vie courante. Cette catégorie volontairement imprécise permet au juge d'adapter la liste des actes que le mineur est capable d'effectuer en fonction de son degré de maturité. S'il existe un risque d'arbitraire du juge et d'insécurité juridique à l'égard des cocontractants, il n'est pas possible de nier que cette manière de procéder est conforme aux deux lignes directrices du droit des enfants : l'intérêt supérieur de l'enfant et son individualisation. L'intervention du juge permet de toujours statuer conformément à l'intérêt de l'enfant. Ainsi la catégorie des « actes de la vie courante » permet de concilier intérêt de l'enfant et liberté⁹⁴⁹. De plus, le juge peut effectuer une interprétation plus concrète de la validité de l'acte au regard de l'âge et de la personne de l'enfant. Cette individualisation du raisonnement permet également de concilier la protection due à l'enfant et sa liberté. L'enfant a donc, avant même que la capacité juridique lui soit pleinement reconnue, une sphère d'intervention assez large, qui semble suffisante à l'acquisition progressive de sa liberté sur la scène juridique. Cette « capacité reconnue au mineur ne met nullement en péril son patrimoine. Si, en effet, elle lui procure, juridiquement, le moyen de conclure de nombreux contrats en toute indépendance, cette indépendance est, économiquement, limitée par l'interdiction qui lui est faite d'engager ses biens. Il ne peut contracter qu'au comptant à l'aide des fonds mis ou laissé à sa disposition »⁹⁵⁰. Ce faible risque patrimonial fait partie de la protection due à l'enfant⁹⁵¹. Il ressort que la protection de l'enfant dans toutes ses dimensions, *a fortiori* dans sa dimension patrimoniale, est un devoir des adultes, au premier chef des parents. « L'issue n'est donc pas ici de surmonter une oppression au nom des droits fondamentaux faisant apparaître cette situation de faiblesse comme inhumaine, mais bel et bien de grandir et, pour cela, d'obtenir l'aide que les adultes peuvent apporter, à condition qu'ils respectent ce que sont à cet égard leurs obligations »⁹⁵². Au regard du droit positif et de l'articulation des différentes prérogatives accordées au mineur – émancipation, réalisation des actes de la vie courante –, il ne semble pas nécessaire de poursuivre l'extension de la capacité du mineur en matière patrimoniale. Le mineur trouve dans les mécanismes existants la possibilité soit d'accéder progressivement à la majorité – réalisation des actes de la vie courante, possibilité de participer aux décisions patrimoniales qui le concerne – soit d'y accéder par anticipation – émancipation. Ainsi, l'expansion de la prise en compte de sa volonté semble inutile en matière patrimoniale au regard de la protection qui lui est due.

⁹⁴⁹ Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, 3^e éd., p. 284.

⁹⁵⁰ J. STOUFFLET, art. préc., pp. 795-796.

⁹⁵¹ A. RENAUT, *op. cit.*, p. 368.

⁹⁵² *Ibidem*, p. 370.

427. Si les évolutions des relations entre les enfants mineurs et leurs parents conduisent à modifier les conceptions législatives de la protection des biens du mineur, tel est également le cas de la redéfinition des contours de l'enfant héritier.

B. La redéfinition de la place de l'enfant héritier

428. **Quelle prise en compte de l'enfant-héritier ?** – Le lien qui unit les parents à leurs enfants est un « lien transgénérationnel à une durée illimitée »⁹⁵³. En droit, il s'illustre dans la vocation successorale des enfants, qui sont perçus comme des continuateurs de la personne du défunt. Cette vocation héréditaire des enfants a connu de nombreuses évolutions depuis l'élaboration du Code civil. En 1804, tous les enfants n'avaient pas la même vocation à hériter de leurs parents. En effet, il existait une hiérarchisation des vocations successorales en fonction du lien qui unissait les enfants à leurs parents. Distinction était faite entre les enfants légitimes, les enfants simplement naturels, les enfants adultérins et les enfants incestueux. Cette distinction visait à protéger la famille légitime, notamment en lui réservant la part la plus importante des biens des parents. La conservation des biens dans la famille légitime était assurée par la catégorisation des filiations (1). Progressivement, le législateur a entendu traiter d'une manière similaire l'ensemble des enfants sans considération de la nature de leur filiation, entraînant un déclin de la conservation des biens dans la famille légitime (2).

1. La conservation des biens dans la famille légitime par la catégorisation des filiations

429. En 1804, le Code civil distingue la nature des liens de filiation et en tire des conséquences sur le plan successoral. Ces mesures tendent à protéger les biens en les maintenant dans la famille légitime (a), les enfants naturels se trouvent alors largement exclus de la succession de leurs parents (b).

a. Le maintien des biens dans la famille légitime

430. **Une finalité : la protection des biens de la famille légitime.** – Les descendants, au premier chef les enfants, font partie du premier ordre des héritiers du défunt. Cependant, seuls les enfants légitimes peuvent pleinement hériter de leurs parents car ils sont les seuls, en 1804, à être considérés comme faisant pleinement partie de la famille, contrairement aux enfants naturels qui sont rejetés de celle-ci, même lorsqu'ils sont reconnus⁹⁵⁴. Ainsi, si certains enfants

⁹⁵³ S. GIAMPINO, art. préc., in D. COUM, *op. cit.*, p. 37.

⁹⁵⁴ H. DUVEYRIER, *Discours prononcé le 2 germinal an XI, devant le Corps Législatif*, in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X, p. 236.

naturels obtiennent des droits sur les biens issus de la famille légitime, ceux-ci sont conditionnés et restreints. En effet, « le faire participer sous une mesure restreinte aux biens patrimoniaux sur lesquels la famille a seule le droit de compte, paraît une atteinte portée aux prérogatives de la légitimité »⁹⁵⁵. Ainsi, les biens de la famille doivent rester en son sein, plus précisément dans le giron de la famille légitime. Comme affirmé par certains auteurs, « la force et la vitalité de la famille légitime qui sert de base à l'ordre social veulent que les biens qui ont été amassés d'une génération à une autre soient transmis et conservés au profit de ceux dont la naissance par le mariage a constitué les membres permanents de la famille. Qu'est donc l'enfant naturel par rapport à la famille ? un étranger »⁹⁵⁶.

431. Les enfants bénéficiant de la protection des biens de la famille légitime. – La catégorie des enfants légitimes comporte des distinctions en son sein. Les enfants légitimes sont, avant tout, les enfants nés dans le mariage. S'ajoutent aussi les « enfans légitimés par mariage subséquent », c'est-à-dire « les enfans, dont le mariage n'a point honoré la naissance, mais que le mariage peut ensuite recouvrer et rétablir sous son empire comme dans ses privilèges »⁹⁵⁷. Enfin, les enfants adoptés sont également assimilés aux enfants légitimes puisque « [l']intérêt général ne sera pas blessé [par l'adoption], car le mariage se trouvera suffisamment protégé par le refus que la loi fera au célibataire d'user de l'adoption, et par les précautions qu'elle prendra pour garantir les droits des enfans légitimes »⁹⁵⁸. Ces enfants légitimes peuvent prétendre pleinement aux biens de leur famille, car ils en sont les continuateurs.

432. Un traitement uniforme des enfants légitimes par le Code civil de 1804. – Dans le Code civil de 1804, les enfants légitimes sont tous traités uniformément dans leur qualité d'héritier. Le Code ne distingue pas en fonction du genre, du rang des naissances, ni même s'ils sont issus de mariages différents⁹⁵⁹. Les travaux préparatoires du Code civil mettent en évidence qu'« il n'y a rien de plus recommandable que l'égalité de partage entre les enfans (...). Cette égalité entre les enfans est un droit de la nature elle-même, et cependant, combien de nos

⁹⁵⁵ H. MICHEL-DANSAC, *Des modifications apportées par la loi du 25 mars 1896 aux droits successoraux des enfans naturels reconnus*, Thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1898, pp. 1-2.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 142.

⁹⁵⁷ H. DUVEYRIER, *Discours prononcé le 2 germinal an XI (...)*, préc., in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X., p. 232.

⁹⁵⁸ J.-E.-M. PORTALIS, *Discussion du conseil d'État, séance du 6 frimaire an X (27 nov. 1801)*, in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X., pp. 263-264.

⁹⁵⁹ J.-J. SIMÉON, *Discours prononcé devant le Corps législatif, 29 germinal ans XI (19 avril 1803)*, in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, pp. 226-227.

coutumes l'avaient violé ! »⁹⁶⁰. Les distinctions opérées par l'ancien droit sont fermement rejetées : « en examinant la distinction qu'elles établissaient entre les mâles et les filles, entre les aînés et les puînés, on serait tenté de croire qu'elles ne regardaient pas les filles comme des enfans légitimes, et qu'elles doutaient de la légitimité des puînés »⁹⁶¹. Ainsi, la promotion du mariage et les influences de la Révolution française conduisent à traiter de manière uniforme l'ensemble des enfans légitimes. Toutefois, le bénéfice de cette stricte égalité n'est accordé que par la loi⁹⁶² ; la volonté du *de cuius* peut, dans les limites de la quotité disponible, déroger à cette égalité. La conservation des biens dans les familles justifie, simplement, que chaque enfant légitime peut obtenir une part de ces biens⁹⁶³.

b. Les enfans naturels dans le Code civil de 1804

433. L'abandon des acquis révolutionnaires. – L'héritage de la Révolution avait conduit à l'égalité des droits successoraux des enfans légitimes et naturels⁹⁶⁴. Toutefois, cette égalité totale n'est pas reprise par le Code civil de 1804 qui a hiérarchisé les filiations et en a tiré les conséquences en matière successorale, afin d'assurer la conservation des biens dans la famille légitime.

434. La catégorisation des enfans naturels. – Les enfans naturels ne forment pas une catégorie homogène. Il faut distinguer en son sein les enfans dits « simplement naturels », c'est-à-dire ceux qui ne sont pas nés pendant le mariage, des enfans adultérins et incestueux. Ces distinctions se dégagent des travaux préparatoires du Code civil, qui différencie « deux classes d'enfans naturels : dans la première, les enfans naturels simples, nés de personnes libres, *ex soluto et solutâ* ; dans la seconde, les adultérins et les incestueux »⁹⁶⁵. Les enfans naturels, décrits comme des « enfans malheureux »⁹⁶⁶, sont déconsidérés car « ils ne trouvent aucune place dans la famille »⁹⁶⁷. Ainsi, c'est bien la considération de la place de l'enfant, en tant qu'héritier, dans sa famille qui influe sur la protection des biens à l'égard de la famille légitime.

⁹⁶⁰ G.-A. CHABOT DE L'ALLIER, Rapport à l'assemblée générale du Tribunal, 26 germinal an XI (16 avril 1803), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 181.

⁹⁶¹ *Ibidem*.

⁹⁶² *Ibid.*, p. 185

⁹⁶³ J.-J. SIMÉON, *Discours prononcé devant le Corps législatif (...)*, préc., in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 237.

⁹⁶⁴ G.-A. CHABOT DE L'ALLIER, Rapport à l'assemblée générale du Tribunal, (...), préc., in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 193

⁹⁶⁵ H. DUVEYRIER, *Discours prononcé le 2 germinal an XI (...)*, préc., in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X, p. 237.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 231.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, p. 236.

435. La succession irrégulière au bénéfice des enfants simplement naturels. – L'article 756 du projet de Code civil présenté devant le Conseil d'État prévoit que « [l]es enfants naturels n'ont qu'une créance sur les biens de leurs père ou mère décédés ; la loi ne la leur accorde que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. La loi ne leur accorde aucun droit sur les biens des parens de leurs père ou mère »⁹⁶⁸. L'emploi du mot « créance » semble mettre en exergue la volonté de ne pas lui accorder une emprise sur les biens du défunt. Pourtant, l'article suivant poursuit en évoquant le « droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père ou mère »⁹⁶⁹. À cet égard, JOLLIVET voit une « contradiction » entre les deux articles, dans la mesure où le second « semble donner une part héréditaire à l'enfant naturel »⁹⁷⁰. Le Consul CAMBACÉRÈS « désirait qu'on évitât le mot créance ; qu'on se bornât à déclarer que les enfants naturels ne sont pas héritiers ; mais que la loi leur accordât un droit sur les biens de leur père »⁹⁷¹. C'est la rédaction qui sera retenue, l'article 576 définitif disposant que « les enfans naturels ne sont point héritiers ; la loi ne leur accorde de droits sur les biens de leur père ou mère décédés que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. Elle ne leur accorde aucun droit sur les biens des parens de leur père ou mère ». L'enfant naturel possède donc des droits sur les biens de son auteur. Les droits de l'enfant naturel sont variables en fonction des membres de la famille que laisse le défunt. « Si le père ou la mère a laissé des descendans légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime : il est de la moitié lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendans, mais bien des ascendans ou des frères ou sœurs ; il est des trois quarts lorsque les père ou mère ne laissent ni descendans ni ascendans, ni frères ni sœurs »⁹⁷². Le projet, envisagé initialement, accorde une part plus importante aux enfants naturels en présence de frères ou sœurs, à savoir les trois quarts. Cependant, MALEVILLE considère que « les trois quarts de la portion héréditaire sont trop pour les enfans naturels lorsqu'ils sont en concurrence avec les frères et sœurs du défunt »⁹⁷³. CAMBACÉRÈS propose « de ne donner aux enfans naturels que la moitié de la portion héréditaire quand il existe des frères et sœurs du défunt »⁹⁷⁴. Le législateur souhaite limiter la part de l'enfant naturel, pour qu'il n'exclue pas, plus que de raison, la famille légitime. De plus, la part de l'enfant naturel ne

⁹⁶⁸ Art. 756 du projet de Code civil présenté devant le Conseil d'État in P.-A. FENET, op. cit., t. XII, p. 27.

⁹⁶⁹ Art. 757 du projet de Code civil présenté devant le Conseil d'État, in P.-A. FENET, op. cit., t. XII, p. 27.

⁹⁷⁰ J.-B.-M. JOLLIVET, *Discussion du conseil d'État, séance du 2 nivôse an XI (23 déc. 1802)*, in P.-A. FENET, op. cit., t. XII, p. 28.

⁹⁷¹ J.-J.-R CAMBACÉRÈS, *Discussion du conseil d'État, séance du 2 nivôse an XI (23 déc. 1802)*, in P.-A. FENET, op. cit., t. XII, p. 29.

⁹⁷² C. civ., art. 757, en vigueur en 1804.

⁹⁷³ J. MALEVILLE, *Discussion du conseil d'État, séance du 2 nivôse an XI (23 déc. 1802)*, in P.-A. FENET, op. cit., t. XII, p. 29.

⁹⁷⁴ J.-J.-R CAMBACÉRÈS, *Discussion du conseil d'État, séance du 2 nivôse an XI (23 déc. 1802)*, in P.-A. FENET, op. cit., t. XII, p. 29.

se calcule que sur les biens existants. En effet, « ce n'est (...) que sur les successions [que la loi] fixe leurs droits ; mais ce qui est donné n'en fait plus partie »⁹⁷⁵. Les enfants naturels peuvent, à l'instar du conjoint survivant, recueillir l'ensemble de la succession lorsque le défunt ne laisse aucun parent au degré successible⁹⁷⁶, ce qui, comme vu précédemment, est illusoire. Mais là encore, « ils ne sont jamais membres de la famille légitime. Ce n'est qu'à défaut de famille, et parce qu'elle est éteinte, que les biens de leurs père et mère seulement leur sont déferés comme par déshérence »⁹⁷⁷. Le législateur entend marquer, par un vocabulaire fort, que les enfants naturels ne seront jamais considérés comme un membre de la famille, « ils sont hors de la famille : mais le sang de leur père et de leur mère coule dans leurs veines ; ce sont les droits du sang que le Code leur adjuge »⁹⁷⁸. Là est toute l'ambivalence du Code civil, qui jongle entre famille de sang et famille légitime. Concernant les droits du conjoint survivant, le législateur fait primer la famille de sang ; alors que la famille légitime prime l'enfant naturel. Si les travaux préparatoires font état d'une réelle volonté d'accorder aux enfants naturels une part des biens de leur auteur, cette part est limitée pour éviter que les biens ne sortent de la famille légitime, seule famille réellement effective. Ainsi, les contours de la famille de 1804 sont doublement limités par le sang et la légitimité. Il faut préciser que les droits de l'enfant naturel ne lui sont accordés qu'à la condition qu'il soit reconnu par son parent naturel⁹⁷⁹. La volonté de protéger les biens de la famille légitime est manifeste. Les enfants naturels ont une part réduite sur les biens de leurs père et mère. « Cette mesure concilie parfaitement les droits de la nature avec ce qu'exigent les bonnes mœurs, la faveur due au mariage, et les droits des familles »⁹⁸⁰. De plus, cette part se cantonne strictement aux biens des père et mère, ils n'héritent pas des parents au sens large. S'ils n'ont aucun droit sur la succession de leurs grands-parents c'est « parce qu'ils ne sont pas de la famille »⁹⁸¹. En conclusion, « si la nature réclame

⁹⁷⁵ J. MALLEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. deuxième, 3^e éd., 1822 p. 201.

⁹⁷⁶ C. civ., art. 758, en vigueur en 1804.

⁹⁷⁷ G.-A. CHABOT DE L'ALLIER, *Rapport à l'assemblée générale du Tribunal (...)*, préc., in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 196

⁹⁷⁸ J.-J. SIMÉON, *Discours prononcé devant le Corps législatif (...)*, préc., in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 230.

⁹⁷⁹ J.-B. TREILHARD, *Présentation au corps législatif et exposé des motifs du titre des Succession du projet de Code civil*, séance du 19 germinal an XI (9 avr. 1803), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p.150.

⁹⁸⁰ G.-A. CHABOT DE L'ALLIER, *Rapport à l'assemblée générale du Tribunal (...)*, préc., in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 194

⁹⁸¹ J. MALLEVILLE, *op. cit.*, p. 205. En ce sens, J. DEFERMON a pu préciser qu'« il est impossible d'admettre qu'un père puisse donner à ses enfans naturels le droit de faire partie de sa famille », in J. DEFERMON *Discussion du conseil d'État, séance du 2 nivôse an XI (23 déc. 1802)*, in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 32.

pour [les enfants naturels] une portion du patrimoine paternel, l'ordre social s'oppose à ce qu'ils reçoivent dans les mêmes proportions et au même titre que les enfants légitimes »⁹⁸².

436. En outre, « l'enfant naturel ou ses descendants sont tenus d'imputer sur ce qu'ils ont droit de prétendre, tout ce qu'ils ont reçu du père ou de la mère dont la succession est ouverte (...). Cette disposition est pour les parents légitimes une garantie que les enfants naturels n'auront pas plus que ce que la loi ne permet de leur donner »⁹⁸³. Cette limitation des droits successoraux des enfants naturels fait l'objet d'un complément dans le titre des libéralités. En effet, l'article 908 du Code civil de 1804 prévoit que « les enfants naturels ne pourront, par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au-delà de ce qui leur est accordé au titre *des Successions* ». Cette disposition est considérée nécessaire « pour honorer, pour encourager les mariages »⁹⁸⁴. La volonté du père de famille est contrainte puisque son autorité dans la distribution de ses biens semble se limiter au cadre familial légitime et de sang, duquel l'enfant naturel ne fait pas partie.

437. Le retour des biens issus de la famille légitime au décès de l'enfant naturel. – La protection des biens de la famille légitime s'illustre également lors du décès de l'enfant naturel. Les parents de celui-ci peuvent hériter de leur enfant naturel prédécédé, si ce dernier n'a pas de postérité. Certaines critiques se sont élevées en ce que ces dispositions conduisaient à admettre que l'enfant naturel pouvait être regardé comme faisant partie de la famille⁹⁸⁵. Plus encore, l'article 766 du Code civil prévoit qu'en cas « de prédécès des père et mère de l'enfant naturel, les biens qu'il en avait reçus, passent aux frères ou sœurs légitimes, s'ils se retrouvent en nature dans la succession : les actions en reprise, s'il en existe, ou le prix de ces biens aliénés, s'il est encore dû, retournent également aux frères et sœurs légitimes ». Ainsi, les frères et sœurs légitimes ont vocation à retrouver les biens obtenus par l'enfant naturel si ce dernier décède sans laisser de postérité. Les droits accordés par le Code civil de 1804 à l'enfant naturel se conjuguent toujours avec la volonté de réserver, le plus possible, les biens du défunt à sa famille légitime. Si ces dispositions participent à la protection des biens de la famille légitime, elles sont essentiellement adoptées pour que le fisc ne recueille pas trop facilement les successions

⁹⁸² J.-B. TREILHARD, *Présentation au corps législatif (...)*, préc., in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 149

⁹⁸³ G.-A. CHABOT DE L'ALLIER, *Rapport à l'assemblée générale du Tribunat (...)*, préc., in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 194

⁹⁸⁴ F. JAUBERT (F.), *Rapport fait, au nom de la section de législation (...)*, préc., in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 582.

⁹⁸⁵ J. MALLEVILLE, *op. cit.*, pp. 212-213

des enfants naturels⁹⁸⁶. Seuls les biens que l'enfant naturel avaient obtenu du père ou de la mère naturels doivent retourner aux frères et sœur légitimes car « le surplus [des biens de l'enfant naturel] ne peut également appartenir aux enfans légitimes, parce qu'il ne peut y avoir entre eux et les enfans naturels de successibilité : ils ne sont pas membres de la même famille »⁹⁸⁷. Tous les enfants naturels ne bénéficient pas de la faveur limitée du Code civil.

438. L'exclusion des enfants adultérins et incestueux de la succession de leurs auteurs. – Les enfants naturels, dits adultérins ou incestueux, sont privés de tout droit sur les biens de leurs parents. Ils peuvent seulement obtenir des aliments, encore que ceux-ci soient conditionnés. L'atteinte à l'institution du mariage et à l'intérêt général est ici trop forte pour que ces enfants puissent bénéficier d'une part, même minime, des biens de leur père ou de leur mère.

439. Sous l'impulsion des évolutions de la place accordée à l'enfant naturel dans la famille, place qui se manifeste en droit par l'égalité des filiations, la protection des biens au bénéfice de la famille légitime tend à diminuer.

2. Le déclin de la conservation des biens dans la famille légitime par l'égalité des filiations

440. L'égalité progressive des filiations. – Il émane des travaux préparatoires du Code civil que les enfants naturels « sont des victimes innocentes de la faute de leurs parents »⁹⁸⁸. C'est ce postulat qui justifie l'octroi de droits à ces enfants en 1804, et qui justifie la progressive évolution des droits successoraux des enfants naturels. Cependant, l'évolution n'est pas uniforme pour toutes les catégories d'enfants naturels. Si les enfants simplement naturels et les enfants adultérins voient leur statut progressivement assimilé à celui des enfants légitimes, ce qui conduira à la disparition de la distinction entre naturel et légitime, le régime des enfants incestueux reste dérogatoire. Toutefois, la prise en compte des enfants naturels dans le droit des successions conduit nécessairement à un déclin de la conservation des biens de la famille légitime et participe à l'évolution de la philosophie législative.

⁹⁸⁶ En ce sens v. J.-B. TREILHARD, *Présentation au corps législatif (...)*, préc., in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, pp. 32- 33 ; J. MALLEVILLE, *op. cit.*, pp. 212-213.

⁹⁸⁷ G.-A. CHABOT DE L'ALLIER, *Rapport à l'assemblée générale du Tribunal (...)*, préc., in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 195

⁹⁸⁸ F.-J.-J. BIGOT-PRÉAMENEU, *Présentation au corps législatif et exposé des motifs séance du 20 ventôse an XI (11 ars 1803)*, in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. X, p. 153.

441. L'enfant simplement naturel. – En 1896, le Code civil est modifié concernant la succession des enfants naturels⁹⁸⁹. Les droits des enfants simplement naturels dans la succession de leurs père et mère sont renforcés à plusieurs égards : ils obtiennent la qualité d'héritier⁹⁹⁰ réservataire⁹⁹¹, leurs droits dans la succession de leurs père et mère sont augmentés⁹⁹², les parents peuvent désormais leur léguer la quotité disponible⁹⁹³, enfin la législation fiscale les assimile aux enfants légitimes dans la perception des droits de mutation⁹⁹⁴. Si le droit fiscal assimile ces deux catégories d'enfants, le droit civil se refuse encore de leur octroyer les mêmes droits. Ainsi, « la famille eût été, en effet, compromise dans sa base, et profondément troublée dans son existence, si on avait placé sur la même ligne les enfants légitimes et les enfants naturels et que l'on eût donné aux uns et aux autres des droits égaux en quotité »⁹⁹⁵. Néanmoins, la possibilité laissée aux parents de disposer par voie testamentaire en faveur des enfants naturels, leur permet de lui accorder « la portion de la part héréditaire que la loi lui enlevait à titre d'enfant naturel »⁹⁹⁶. De cette manière, la loi modifie la place de l'enfant naturel en le faisant entrer dans la famille⁹⁹⁷. Malgré cette entrée de l'enfant naturel dans la famille, il faudra attendre la loi du 3 janvier 1972⁹⁹⁸ pour que l'égalité des filiations soit reconnue. L'article 334 du Code civil, issu de la loi de 1972, prévoit que « l'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère », l'article ajoute qu'« il entre dans la famille de son auteur ». Cette introduction dans la famille conduit le législateur à modifier les dispositions successorales. En effet, l'article 757, modifié, du Code civil dispose que « l'enfant naturel a, en général, dans la succession de ses père et mère et autres ascendants, ainsi que de ses frères et sœurs et autres collatéraux, les mêmes droits qu'un enfant légitime ». Ainsi, l'entrée de l'enfant naturel dans la famille lui permet de devenir héritier de l'ensemble des membres de la famille et d'obtenir le droit à la même quotité dans ses successions que les enfants légitimes. L'enfant simplement naturel est pleinement assimilé aux enfants légitimes. Ces derniers ne bénéficient donc plus de la protection patrimoniale que leur

⁹⁸⁹ L. du 25 mars 1896 relative aux droits des enfants naturels dans la succession de leurs père et mère, J.O. 28 mars 1896, n° 87, pp. 1733 -1734.

⁹⁹⁰ C. civ., art. 756, issu de la L. du 25 mars 1896, préc.

⁹⁹¹ C. civ., art. 913, issu de la L. du 25 mars 1896, préc. Il est à noter que la présente loi ne fait que formaliser la solution. En effet, « la doctrine et la jurisprudence n'avait pas hésité à proclamer que l'enfant naturel avait une réserve », in A. VIGIÉ, *Loi du 25 mars 1896 sur les droits des enfants naturels dans la succession des parents qui les ont reconnus et sur la dévolution de la succession des enfants naturels*, Librairie Cotillon, 1896, p. 16.

⁹⁹² C. civ., art. 758 à 760, issus de la L. du 25 mars 1896, préc.

⁹⁹³ C. civ., art. 908, issu de la L. du 25 mars 1896, préc.

⁹⁹⁴ Art. 53 de la loi de 28 avril et 4 mai 1816, modifiée par la loi du 25 mars 1896.

⁹⁹⁵ A. VIGIÉ (A.), *op. cit.*, p. 7.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, p. 12.

⁹⁹⁷ En ce sens, v. H. MICHEL-DANSAC, *op. cit.*, p. 135.

⁹⁹⁸ L. n° 72-3 du 3 janvier 1972, préc.

octroyait le Code civil de 1804. À cet égard, la protection des biens, au sens de conservation des biens dans la famille légitime, a reculée sous l'effet des modifications des contours de la famille. Le même constat peut être fait concernant la promotion des droits de l'enfant adultérin.

442. L'enfant adultérin. – La situation des enfants adultérins s'est améliorée avec la loi du 3 janvier 1972. Les enfants adultérins ne sont plus exclus de la succession de leurs auteurs. Désormais, les enfants ne doivent pas être punis des fautes commises par leurs parents⁹⁹⁹. Les auteurs font état d'« une certaine sensibilité (...) pour le sort précaire et la condition plus isolée de l'enfant naturel »¹⁰⁰⁰ adultérin. La question des sentiments réapparaît dans l'évolution de la protection des biens de la famille. Les sentiments proviennent, cette fois-ci, moins de la famille, elle-même, que du législateur. Cependant, ils ne sont pas pleinement assimilés aux enfants légitimes. En effet, la part qui leur est accordée est réduite de moitié par rapport à celle d'un enfant légitime lorsqu'il existe. L'article 760 du Code civil précise que « la fraction dont sa part héréditaire est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du mariage auquel l'adultère a porté atteinte ». Une faveur est donc faite à la famille légitime qui ne doit pas subir, dans de trop grandes proportions, l'adultère commis par leur auteur. La volonté de transmission des biens de la famille dans la seule famille légitime est encore pregnante dans une telle configuration. Toutefois, « si les enfants légitimes ne sont pas issus du mariage au cours duquel a été conçu l'enfant adultérin, celui-ci aura une vocation successorale identique à celle de ses frères et sœurs »¹⁰⁰¹. Cette constatation est renforcée par certains articles issus de la présente loi. Ainsi, l'article 763-1 du Code civil prévoit que si un complément de part est dû à l'enfant adultérin lors de l'ouverture de la succession de son auteur, alors qu'une attribution de biens lui a déjà été consenti du vivant du défunt, il lui « est fourni en argent ou en nature, au gré des autres héritiers », donc des héritiers légitimes. Ces derniers peuvent opter pour l'attribution d'une somme d'argent plutôt que de provoquer la sortie d'un bien de la famille légitime. Dans le même esprit, l'article 761 du Code civil permet au conjoint survivant ou aux enfants issus du mariage de demander « que certains biens de la succession leur soient attribués par préférence », sans que les enfants adultérins ne puissent « s'opposer à cette attribution préférentielle ». Là encore, une faveur est faite aux enfants légitimes concernant l'attribution en nature des biens issus de la famille légitime. Finalement, « on peut penser qu'après avoir ressenti une pitié de principe pour l'enfant naturel, le législateur a éprouvé de la commisération pour l'enfant

⁹⁹⁹ En ce sens, v. B. VAREILLE, « Étude critique de l'article 760 du code civil », *RTD civ.* 1991, p.475.

¹⁰⁰⁰ F.-X. TESTU, note ss. Civ. 1^{re}, 26 avr. 1988, Bull. civ. I, n° 118, *JCP* 1989, II, 21246.

¹⁰⁰¹ J. MASSIP, « Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille », *Defrénois* 1990, art. 34682, p. 149.

légitime et le conjoint qui voit l'enfant adultérin approcher pour réclamer (...) une part du patrimoine de son auteur »¹⁰⁰².

443. Toutefois, ce régime inégalitaire à l'égard des enfants adultérins a soulevé des critiques au sein de la doctrine. Considérant que « l'égalité a toujours été une notion absolue. (...) Tout invite à donner le pas au principe absolu en ménageant des parts successorales équivalentes à des enfants de lits différents qui, les uns issus du foyer outragé, les autres étrangers à ce dernier, ne s'en trouvent pas moins, entre eux, en semblable situation »¹⁰⁰³. C'est avec la loi du 3 décembre 2001¹⁰⁰⁴ que l'égalité successorale devient parfaite entre enfants naturels adultérins et légitimes¹⁰⁰⁵. Le terme même d'« enfant adultérin » est supprimé de la législation. L'article 733 du Code civil, issu de la loi de 2001, affirme clairement que « la loi ne distingue pas entre la filiation légitime et la filiation naturelle pour déterminer les parents appelés à succéder ». Cette affirmation est renforcée par l'article 735 qui prévoit que « les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère ou autres ascendants, sans distinction de sexe, ni de primogéniture, même s'ils sont issus d'unions différentes ». L'égalité est donc assurée entre tous les enfants sans distinction. M. GRIMALDI note, notamment, que, désormais, l'article 735 du Code civil « proclame l'égalité entre les enfants issus, non plus "de différents mariage", mais "de différentes unions" »¹⁰⁰⁶. Partant, la conservation des biens dans la famille légitime ne dirige plus la philosophie législative contemporaine. L'influence de la redéfinition de la famille, qui supprime la protection des biens au sein de la famille légitime, ne bénéficie pas aux enfants incestueux.

444. Une inégalité persistante : l'enfant incestueux. – Il convient de rappeler que l'enfant incestueux est mieux pris en compte, qu'il ne l'était avant, par la loi du 3 janvier 1972. En effet, l'article 334-10 du Code civil, issu de cette loi, permet d'établir la filiation à l'égard d'un des deux parents lorsque l'enfant est issu d'un inceste en ligne directe ou entre frère et sœur. Ainsi, l'enfant incestueux, qui ne pouvait obtenir que des aliments sous l'égide du droit antérieur, peut désormais hériter du parent avec lequel son lien de filiation est établi. Cette législation montre que la place accordée à l'enfant incestueux au sein de sa famille a évolué. Les droits successoraux de l'enfant incestueux se déduisent de l'article 756 du Code civil, issu de la loi de 1972, qui prévoit que « la filiation naturelle ne crée de droits successoraux qu'autant qu'elle est

¹⁰⁰² F.-X. TESTU, note ss. Civ. 1^{re}, 26 avr. 1988, n° 86-13.650, préc.

¹⁰⁰³ B. VAREILLE, « Étude critique de l'article 760 (...) », art. préc.

¹⁰⁰⁴ L. n° 2001-1135 du 3 déc. 2001, préc.

¹⁰⁰⁵ Sur l'influence du droit de la Convention européenne des droits de l'homme v. *infra* n° 519 s.

¹⁰⁰⁶ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, op. cit., p. 106.

légalement établie ». Or, seul un lien de filiation peut être établi pour les enfants incestueux issus d'un inceste entre ascendants et descendants ou entre frère et sœur. Ce rattachement unique ne permet pas à l'enfant incestueux de bénéficier de l'égalité successorale acquise par les enfants adultérins en 2001. L'ordonnance de 2005¹⁰⁰⁷, portant réforme de la filiation, n'a pas remis en cause le principe du rattachement unique. L'article 310-2 du Code civil prévoit que « s'il existe entre le père et la mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit ». Toutefois, une partie de la doctrine contemporaine s'est opposée à la persistance de cette inégalité de traitement. Certains auteurs appellent à ce que tous les enfants soient égaux¹⁰⁰⁸. Les justifications sont les mêmes : ne pas punir « ces enfants (...) pour une faute qu'ils n'ont pas commise »¹⁰⁰⁹. Il serait possible d'accorder à l'enfant la faculté de faire établir sa filiation à l'égard de l'autre parent¹⁰¹⁰, ou d'admettre les effets patrimoniaux sans reconnaissance de la filiation. Finalement, « l'intérêt (patrimonial) de l'enfant ne devrait-il pas prévaloir ? ». Cette évolution devra sans doute advenir pour mettre en conformité le droit successoral avec les prescriptions de non-discrimination de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰¹¹.

445. Les beaux-enfants. – La suppression de l'article 1100 du Code civil a permis au *de cuius* de disposer en faveur de leurs beaux-enfants. Cette suppression s'inscrit dans la reconsidération de la place de l'enfant au sein de la famille recomposée¹⁰¹². La protection des biens de la famille, dite traditionnelle, est encore une fois moins présente. Là encore, c'est bien la modification des contours de la famille qui a conduit à la prise en compte, par le droit, de cette nouvelle donnée sociologique.

446. La manière de concevoir l'enfant, dans ses relations avec ses parents, en tant que mineur ou héritier contribue au recul de la philosophie législative classique. Tel est également le cas de la redéfinition des ascendants.

¹⁰⁰⁷ Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, J.O. n° 156, 6 juil. 2005, texte n° 19.

¹⁰⁰⁸ D. GUÉVEL, « Des enfants moins égaux que les autres... », *D.* 2018, p. 65.

¹⁰⁰⁹ *Ibidem.*

¹⁰¹⁰ *Ibidem.*

¹⁰¹¹ V. *infra* n° 519 s.

¹⁰¹² V. notamment M. NICOD, « Vingt ans d'évolution de la législation applicable aux successions et aux libéralités », *Dr. fam.* n° 12, déc. 2016, doss. 53.

§ 2 LA NOUVELLE PERCEPTION DES ASCENDANTS

447. L'intérêt contemporain du législateur à l'égard des ascendants tient essentiellement à l'allongement de la vie humaine. Le vieillissement de la population nécessite de s'interroger sur les liens qu'entretiennent les ascendants âgés avec leurs descendants. Si la perspective de transmission des biens est un sujet de préoccupation essentiel des personnes qui avancent en âge, il faut, tout de même, que ces personnes se ménagent les moyens de leur subsistance. Ainsi, les préoccupations familiales doivent se concilier avec les nécessités personnelles. La représentation est une technique, du droit positif, qui permet d'assurer la protection des majeurs en situation de vulnérabilité. Cependant, cette technique est désormais critiquée sous l'influence des droits de l'homme. Là encore, c'est la prise en compte de la personne de l'ascendant âgé qui prime les préoccupations familiales. Toutefois, il faut rappeler que les personnes qui entrent dans le grand-âge ne font pas nécessairement l'objet d'une mesure de protection.

448. Il convient donc d'envisager distinctement la protection des biens des ascendants non protégés, c'est-à-dire ne bénéficiant pas forcément d'une mesure de protection (A) et la protection des biens des ascendants représentés (B).

A. La protection des biens des ascendants non protégés

449. Le vieillissement de la population a vu augmenter au sein des familles la présence de personnes fortement âgées, et avec elle, la naissance de nouveaux enjeux en matière de protection des biens. Il est alors nécessaire de concilier transmissions intrafamiliales et préservation des moyens de subsistance de la personne âgée qui devra assumer des frais liés à son âge. Cette tension qui existe entre transmission et conservation des biens influe sur la philosophie de la protection des biens. Ainsi, l'augmentation de la durée de vie nécessite d'anticiper la venue des situations de vulnérabilité (1). Par ailleurs, dans les relations que les personnes âgées entretiennent avec les tiers, le législateur souhaite maintenir une protection des biens au bénéfice de la famille, en limitant les situations de captation des biens. Ces situations naissent notamment lorsqu'un tiers aidant intervient auprès de la personne âgée. Un essor de la protection des biens du majeur en situation de vulnérabilité contre les tiers aidants est constatable (2).

1. La protection individuelle des personnes âgées vulnérables par l'anticipation

450. La délimitation des contours du grand-âge permet de comprendre les nouveaux enjeux en matière de protection des biens. En effet, la protection mise en place doit tenir compte des

nécessités individuelles de la personne âgée (a). En outre, la transmission des biens entre grands-parents et petits-enfants constitue un risque pour la personne âgée (b).

a. *Les moyens nécessaires des personnes âgées*

451. Les personnes âgées doivent conserver les moyens d’assumer les dépenses qui seront liées à leur avancée en âge. Il convient d’aborder les raisons qui doivent conduire à la conservation de ces moyens, puis leurs conséquences en matière de protection des biens.

452. Une cause : le vieillissement de la population. – Le vieillissement de la population est le facteur qui conduit à s’interroger sur la manière d’appréhender le grand-âge par le droit. Il y a effectivement une forte augmentation de la population âgée de plus de 75 ans au niveau mondial¹⁰¹³. Ce phénomène se retrouve en France. En 2020, les plus de 75 ans représentaient 9,6% de la population, alors qu’ils ne représentaient que 3,4% en 1946¹⁰¹⁴. Il convient de préciser que ce phénomène va s’accroître par « l’entrée dans le Grand Âge (80-85 ans ou plus) de cette première génération du *baby-boom* »¹⁰¹⁵.

453. Détermination du grand-âge. – Il résulte de l’analyse des sources citées précédemment que l’âge pris en compte pour comptabiliser les personnes qui entrent dans le grand-âge n’est pas le même. Il est soit fait référence à l’âge de 65 ans¹⁰¹⁶, soit à celui de 75 ans¹⁰¹⁷, ou encore à une fourchette de 80-85 ans¹⁰¹⁸. Cependant, cette démarche de catégorisation par âge n’est pas reprise en droit. En effet, « si la dépendance augmente en valeur absolue (...) la dépendance des personnes âgées tend aussi à être moins générale, plus tardive et moins durable »¹⁰¹⁹. Il faut alors se demander si l’âge doit être pris en compte, et le cas échéant quel âge devrait être retenu. Si « 18 ans est, en France, l’âge légal pour entrer dans l’état adulte. Y a-t-il un âge pour en sortir ? »¹⁰²⁰. La dépendance des personnes âgées n’intervenant pas au même âge et de manière uniforme, il n’est pas souhaitable de fixer un âge juridique séparant deux catégories de personnes au sein des majeurs, ce qui aurait des effets sur la protection des biens. Une fois « la

¹⁰¹³ Voir ONU, Department of economic and social affairs, Population division, *World population ageing 2019, 2020*, réf. ST/ESA/SER.A/444, pp. 2 – 3.

¹⁰¹⁴ INSEE, « Population par âge », in *Tableaux de l’économie française*, coll. INSEE Référence, fév. 2020, p. 25.

¹⁰¹⁵ A. PARANT, « Les enjeux du vieillissement de la population », *Revue française d’administration publique*, n° 113, 2005, p. 84.

¹⁰¹⁶ L’Organisation des Nations Unies définit ainsi le “Old-age dependency ratio: Number of persons aged 65 or over per 100 persons of working age 20-64”, in ONU, Department of economic and social affairs, Population division, *op. cit.*, p. 52.

¹⁰¹⁷ Dans ses statistiques de répartition de la population par tranche d’âges, l’INSEE distingue les plus de 75 ans au sein des personnes ayant 65 ans et plus ; in INSEE, « Population par âge », art. préc., p. 25.

¹⁰¹⁸ A. PARANT, art. préc.

¹⁰¹⁹ E. DESCHAVANNE et P.-H.TAVOILLOT, *op. cit.*, p. 503.

¹⁰²⁰ B. PUIJALON et J. TRINCAZ, *Le droit de vieillir*, Fayard, 2000, p.208.

bureaucratie des seuils »¹⁰²¹ écartée, puisque « inadaptée comme mesure de gouvernement »¹⁰²², d'autres critères peuvent être pertinents. Le critère traditionnel de l'altération des facultés reste le critère primordial de la différenciation des statuts juridiques entre les majeurs. Pourtant, un nouveau vocabulaire tend à se développer autour de la vieillesse, tel que les notions de dépendance¹⁰²³, de grand-âge¹⁰²⁴, de vulnérabilité¹⁰²⁵ ou encore de fragilité¹⁰²⁶.

454. L'altération des facultés. – La question de l'altération des facultés mentales est un point essentiel de la protection des majeurs. Ce critère est détaché de toute notion d'âge. Ainsi le majeur qui présente une altération de ses facultés peut, à tout âge, faire l'objet d'une mesure de protection. Toutefois, la dégradation des facultés liées à l'âge conduit à la prise en compte du grand-âge, notamment par la mise en place d'une gradation des mesures de protection en fonction de la dégradation des facultés des personnes âgées. *A contrario*, il faut noter que la personne, qui détient l'ensemble de ses facultés, conserve, sans considération de son âge, l'ensemble de ses droits et de sa capacité d'agir sur ses biens. En effet, « même s'il est très âgé, malade, infirme, ou en état de dépendance : le tout est que ses facultés ne soient pas

¹⁰²¹ E. DESCHAVANNE et P.-H.TAVOILLOT, *op. cit.*, p. 443.

¹⁰²² E. DESCHAVANNE et P.-H.TAVOILLOT, *op. cit.*, p. 443.

¹⁰²³ Pour une utilisation du terme, v. par ex. A. LARDEUX, *Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales sur la proposition de loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée*, Sénat, 25 fév. 2003, p. 15 ; G. COLOMBIER, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de loi portant modification de la loi n° 2001-647 du 20 juillet 2011 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie*, A. N., 6 mars 2003, p. 14 ; M. IBORRA, F. KHATTABI et alii, *Proposition de loi visant à agir pour préserver l'autonomie et garantir les choix de vie de nos aînés*, A. N., 15 juin 2021, p. 2 ; J. HUILLIER, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement*, A. N., 16 juil. 2015, p. 29 ; Annexe 2 à l'article 2, L. n° 2015-1776 du 28 déc. 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, J.O. n° 301, 29 déc. 2015, texte n° 1.

¹⁰²⁴ Pour une utilisation du terme, v. par ex. M. IBORRA (M.), F. KHATTABI (F.) et alii, *Proposition de loi visant à agir pour préserver l'autonomie (...)*, préc., p. 2 ; D. LIBAULT, *Concertation Grand âge et autonomie*, Ministère des solidarités et de la santé, mars 2019 ; Annexe 2 à l'article 2, L. n° 2015-1776 du 28 déc. 2015, préc. ; J. HUILLIER, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales (...)*, préc., p. 38 ; M. PINVILLE, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement*, A. N., 17 juil. 2014, p. 53 ; A. MARC, Question écrite n° 26300, J.O. Sénat 20 janv. 2022, p. 304.

¹⁰²⁵ Pour une utilisation du terme, v. par ex. M. PINVILLE, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales (...)*, préc., p. 210 ; G. ROCHE et G. LABAZÉE, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement*, Sénat, 4 mars 2015, p. 103 ; J. HUILLIER, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales (...)*, préc., p. 11 ; Annexe 2 à l'article 2, L. n° 2015-1776 du 28 déc. 2015, préc.

¹⁰²⁶ Pour une utilisation du terme, v. par ex. M. PINVILLE, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales (...)*, préc., p. 11 ; G. ROCHE et G. LABAZÉE, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales (...)*, préc., p. 31 ; J. HUILLIER, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales (...)*, préc., p. 72 ; Annexe 2 à l'article 2, L. n° 2015-1776 du 28 déc. 2015, préc.

altérées »¹⁰²⁷. L'altération des facultés n'est, toutefois, pas la seule cause de la protection des personnes âgées. Leur dépendance et leur fragilité sont aussi prises en compte.

455. La dépendance. – La dépendance peut être définie comme la « situation d'une personne qui en raison d'un déficit anatomique ou d'un trouble physiologique ne peut remplir des fonctions, effectuer des gestes essentiels à la vie quotidienne sans le concours d'autres personnes ou le recours à une prothèse, un remède, etc. ... »¹⁰²⁸. Cette dépendance est due à une « perte d'autonomie », c'est-à-dire à une « impossibilité pour une personne d'effectuer certains actes de la vie courante, dans son environnement habituel »¹⁰²⁹. Cette dépendance nécessite alors l'intervention de professionnels, notamment des professionnels de la santé, plus généralement des professions dites du *care*.

456. La fragilité. – La fragilité doit être comprise comme « une réalité en soi, [qui] se manifeste à un certain stade du processus de vieillissement, et [qui] est distincte de la dépendance »¹⁰³⁰. En effet, « la fragilité ne résulte pas d'une cause simple, mais de l'effet combiné de plusieurs phénomènes. Leur conséquence est décrite comme une perte de ressources, une vulnérabilité accrue, une perte de résilience, une rupture de l'équilibre entre l'individu et son environnement »¹⁰³¹.

457. Les conséquences sur la protection des biens. – La prise de conscience du vieillissement de la population, de la faiblesse qui s'accroît avec l'avancée de l'âge sans pour autant que l'altération des facultés puisse être caractérisée, et de la dépendance des personnes âgées a conduit le droit à s'adapter. Il est nécessaire de conjuguer la transmission familiale du patrimoine avec la préservation des intérêts personnels de la personne âgée. En effet, il ne faut pas que la personne âgée se dépouille de ses biens par transmission de manière trop anticipée afin de prendre en compte les moyens dont elle aura besoin si une situation de dépendance apparaît – aide à domicile, admission en établissement. Il faut en particulier que les grands-parents concilient transmission à l'égard de leurs petits-enfants et nécessité de conserver les moyens de leur subsistance.

¹⁰²⁷ Ph. MALAURIE, N. PETERKA, *Droit des personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 11^e éd., 2020, p. 333.

¹⁰²⁸ Arrêté ministériel du 13 mars 1985 relatif à l'enrichissement du vocabulaire relatif aux personnes âgées, à la retraite et au vieillissement, annexe.

¹⁰²⁹ *Ibidem*.

¹⁰³⁰ C. LALIVE D'EPINAY et S. CAVALLI, *Le quatrième âge ou la dernière étape de la vie*, Presses polytechniques et universitaires romandes, Le savoir suisse, 2013, p.27.

¹⁰³¹ *Ibid.*, pp.27-28.

b. *Les risques de la transmission entre grands-parents et petits-enfants*

458. Une définition de l'anticipation. – L'anticipation est le fait de « réaliser une action avant le moment attendu ou prévu »¹⁰³². Le vocable désigne également « un mouvement de la pensée qui se représente d'avance un événement et en imagine le cours »¹⁰³³. L'anticipation consiste donc à se projeter dans le futur, à prévoir les situations qui peuvent advenir, afin de déterminer les actes qu'il convient d'effectuer dans le présent. S'il est vrai que le droit patrimonial de la famille est consubstantiel à l'anticipation¹⁰³⁴, il est des actes qui permettent tout particulièrement l'anticipation. Il s'agit notamment des actes effectués à un moment durant lequel la personne n'est pas vulnérable, en prévision du temps où elle le deviendra. Les actes peuvent alors être considérés d'anticipation lorsqu'ils ont vocation à prendre en compte les spécificités d'une famille donnée, afin que la transmission des biens ne se fasse pas entre parents et enfants¹⁰³⁵, mais entre grands-parents et petits-enfants.

459. Les relations entre grands-parents et petits-enfants. – Malgré la nucléarisation de la famille¹⁰³⁶, les relations entre les grands-parents et les petits-enfants demeurent significatives¹⁰³⁷. Selon les sociologues, les relations entre grands-parents et petits-enfants ne sont, toutefois, pas uniformes. En effet, deux courants peuvent être observés : celui du rapprochement affectif¹⁰³⁸ et celui de l'éloignement¹⁰³⁹. C'est, sans surprise, dans le premier cas que les transmissions patrimoniales sont les plus intenses. Les transmissions de biens font ressortir un « enjeu plus strictement affectif, mémoriel »¹⁰⁴⁰. Dans le second cas, les transmissions existent également, mais c'est la « valeur marchande » qui est le moteur principal de la transmission¹⁰⁴¹. La relation s'analyse donc davantage sous le prisme de la solidarité que du conflit de générations¹⁰⁴², spécialement dans la première configuration. D'autres sociologues avancent que « les bons aïeux symbolisent ainsi l'aspiration à un système familial fondé davantage sur l'affection que sur le principe d'autorité, et le souci d'un plus grand égalitarisme

¹⁰³² CNRTL, V° « Anticipation ».

¹⁰³³ M. GRIMALDI, « Les crises patrimoniales : la difficulté d'anticiper », *Gaz. Pal.*, 05 avril 2016, p. 15.

¹⁰³⁴ *Ibidem*.

¹⁰³⁵ La relation a été envisagée auparavant, v. *supra* n° 147.

¹⁰³⁶ M. MINARD, « Mutations de la famille ? Mutations de la société ? Mutations de la psychiatrie ? », *Sud/Nord, folies et cultures*, Eres, 2019/1, n° 28, p. 18.

¹⁰³⁷ S. GIAMPINO (S.), art. préc., in D. COUM, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰³⁸ B. MORTAIN, « Des grands-parents aux petits enfants : trois générations face à la transmission des objets », *Recherches et Prévisions*, n° 71, 2003, p. 51.

¹⁰³⁹ *Ibid.*, p. 53.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, p. 52.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, p. 53.

¹⁰⁴² E. DESCHAVANNE et P.-H. TAVOILLOT, *op. cit.*, p. 15.

familial »¹⁰⁴³. Des dynamiques semblables se retrouvent dans les relations entre grands-parents et petits-enfants et celles entre les parents et leurs enfants¹⁰⁴⁴. La place des grands-parents dans la relation avec leurs petits-enfants a donc bien une influence sur la transmission du patrimoine et sur les enjeux de sa protection. Il s'agira d'observer l'articulation des enjeux d'anticipation et de protection.

460. L'utilisation de la transmission intergénérationnelle. – L'utilisation de la transmission transgénérationnelle est issue de plusieurs facteurs. Cette volonté de transmettre ses biens à ses petits-enfants plutôt qu'à ses enfants provient de l'intensification des relations entre les grands-parents et leurs petits-enfants et le vieillissement de la population. En effet, il paraît parfois plus opportun de faire hériter les petits-enfants par rapport aux enfants, ces derniers pouvant être déjà avancés en âge¹⁰⁴⁵. L'opération peut également être plus favorable fiscalement car les droits de successions sur les biens en cause ne seront payés qu'une seule fois. Il faut, tout de même, nuancer le propos, en rappelant « la priorité des enfants sur les petits-enfants »¹⁰⁴⁶ en matière de transmission des biens dans le cadre familial. Toutefois, cette transmission anticipée du patrimoine comporte des risques pour la personne âgée.

461. Les risques de l'anticipation. – Le risque principal de l'anticipation de la transmission des biens entre générations est la précarité dans laquelle peut se retrouver la personne âgée, son patrimoine ne lui permettant plus de subvenir à ses dépenses, notamment celles liées à sa dépendance. Il est vrai que plus l'âge avance, moins le risque est important car « l'anticipation est plus facile »¹⁰⁴⁷. Néanmoins, il reste plus prudent de prendre en compte les risques d'une dégradation de la situation de la personne âgée. « Ainsi, toute donation devrait être conditionnée à la réalisation d'un véritable "test de résistance" du patrimoine détenue à des hypothèses extrêmes de survie »¹⁰⁴⁸. Les libéralités transgénérationnelles¹⁰⁴⁹ ne seront pas évoquées dans la perspective d'allier transmission et protection particulière du grand-âge. Lorsque les biens de la personne âgée sont transmis de son vivant, il existe des mécanismes qui permettent de lui

¹⁰⁴³ V. GOURDON, « Aux sources de la grand-parentalité gâteau (XVIIIe-XIXe siècles), [Deux siècles de représentation politique et sociale des grands-parents] », *Recherches et Prévisions*, n° 71, 2003, p.68

¹⁰⁴⁴ V. *supra* n° 413.

¹⁰⁴⁵ « Sur le plan patrimonial, l'allongement de la durée de vie tend (...), à retarder les transmissions, dont la portée se trouve en quelque sorte déplacée vers les générations suivantes : l'âge moyen des héritiers varie de 42 ans à 50 ans », in B. MORTAIN, art. préc., p. 46.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, p. 53.

¹⁰⁴⁷ M. GRIMALDI, « Les crises patrimoniales (...) », art. préc.

¹⁰⁴⁸ P. BAILLOT, « Les évolutions annoncées par la démographie dans le conseil patrimonial », *JCP N* n° 48, 2 déc. 2016, 1328.

¹⁰⁴⁹ Sur la question v. *supra* n° 147.

assurer une protection matérielle par le biais de la solidarité familiale. Il est, par exemple, envisageable de prévoir une donation avec charge de soins.

462. L'expression des solidarités familiales : la donation avec charge de soin. – Des sociologues ont mis en lumière le fait que dans la relation entre grands-parents et petits-enfants, le don pouvait servir à l'établissement des petits-enfants ou encore servir à les récompenser des services rendus¹⁰⁵⁰. Il serait possible de sécuriser cette relation de solidarité en prévoyant des donations avec charge. En effet, ce mécanisme permet au donateur d'être assuré qu'il obtiendra les soins pour le temps de sa dépendance et le donataire d'obtenir par avance la récompense de son investissement – récompense plus certaine que la figure de la libéralité rémunératoire qui est obtenue *a posteriori*. Si certains auteurs alertent des risques de « la tentation de vouloir contractualiser à l'excès les rapports familiaux »¹⁰⁵¹, cette technique permet de limiter les risques pour la personne âgée de se retrouver sans bien et sans aide au moment de sa dépendance. Il est vrai que la charge de soin peut être lourde pour le donataire, mais la donation peut lui permettre d'obtenir un bien à un âge qui permet son établissement dans la vie. De plus, il a déjà été vu que la personne plus jeune aura une tendance accrue à faire fructifier le bien reçu ou au moins à en maintenir intacte sa substance, ce qui permet d'éviter la dégradation des biens et de maintenir leur valeur¹⁰⁵². Ainsi, cette figure de libéralité allie protection des biens et protection de la personne. Il est, tout de même, à noter que cette forme de libéralité, qui promeut la solidarité intrafamiliale, n'est pas fiscalement très avantageuse, car les droits de mutations à titre gratuit seront dus sur la valeur du bien transmis, sans déduction de l'importance de la charge¹⁰⁵³. Au niveau civil, le mécanisme reste intéressant. La Cour de cassation a pu décider que « seul l'émolument net procuré par la libéralité doit être compris dans la masse de calcul de la réserve »¹⁰⁵⁴. De cette façon, faite à un petit-enfant, la libéralité encoure moins le risque de réduction pour atteinte à la réserve des enfants. Dans le même sens, l'idée envisagée par certains notaires concernant la possibilité de convertir la soulte, qui peut être due dans le cadre d'une donation-partage, en charge de soin¹⁰⁵⁵ peut être intéressante. La donation avec charge

¹⁰⁵⁰ B. MORTAIN, art. préc., p. 46., p. 56.

¹⁰⁵¹ G. CRÉMONT et H. LENOUEL, « La donation avec charges, alternative patrimoniale à la constitution de revenus pour une personne vulnérable », *Deffrénois* n° 7, 15 avr. 2006, p. 541.

¹⁰⁵² V. *supra* n° 144.

¹⁰⁵³ En ce sens voir, G. CRÉMONT, H. LENOUEL et F. LOUSTALET, « La transmission à titre gratuit du patrimoine d'une personne vulnérable », *LPA* n° 94, p.53.

¹⁰⁵⁴ Civ. 1^{re}, 11 oct. 2017, n° 16-21.692, Bull. civ.2010, I, n° 210 ; *Gaz. Pal.* 27 mars 2018. 58, note DUPIRE ; *Deffrénois* 26 avr 2018. 40, note GAUDEMET ; *LEFP* 1^{er} fév. 2018. 6, note PÉTRONI-MAUDIÈRE ; *AJ fam.* 2017. 657, note LEVILLAIN ; *D.* act. 30 oct. 2017. note LOUIS-CAPORAL.

¹⁰⁵⁵ G. CRÉMONT, H. LENOUEL et F. LOUSTALET, art. préc.

de soin permet une véritable dynamique familiale des solidarités et permet un transfert de biens au moment le plus favorable pour chaque membre de la famille.

463. Si la dynamique des solidarités familiales permet de concilier transmission des biens et protection de la personne âgée, donc une protection personnelle, la protection des biens des personnes âgées à l'égard des tiers aidants reste familiale.

2. La protection familiale des biens contre les tiers aidants

464. Le recours au corps médical. – Le vieillissement de la population conduit à une intensification des relations avec le corps médical et plus largement avec l'ensemble des métiers du *care*. Le rapport nouveau aux soignants et aux aidants, extérieurs à la famille, amène à se poser la question de la nature de leurs relations. Certains, considèrent qu'« [i]l n'y a plus de médecin mais un père, je dirai même un père caricaturalement paternel. De même, il n'y a plus d'infirmières, mais des mères ou une mère collective constituée par l'équipe »¹⁰⁵⁶. Le vocabulaire employé semble annoncer une relation de forte proximité. Cette approche est contredite par certains psychologues qui considèrent que les soignants ne peuvent être assimilés à une nouvelle famille pour les personnes âgées¹⁰⁵⁷. Il semblerait, au regard des interdits posés en droit des libéralités, que le législateur ait adopté cette seconde conception en droit patrimonial. En effet, interdiction est faite de gratifier les membres du corps médical qui ont soigné la dernière maladie. Le législateur a entendu soustraire de la relation aidants-aidé les possibilités de transmettre une part de ses biens à titre de gratification, rendant la relation plus saine car dépourvue d'attente pécuniaire. La protection des biens dans un tel cadre concerne essentiellement deux points : les interdictions de recevoir à titre gratuit et les particularités de l'acquisition à titre onéreux. Ces règles constituent ce que certains nomment « le droit gérontologique »¹⁰⁵⁸.

465. Les interdictions de recevoir à titre gratuit de l'article 909 du Code civil. – Dès les origines du Code civil, le législateur a entendu limiter la capacité de recevoir à titre gratuit de certains professionnels. Ainsi, il s'agissait de « surveiller d'une manière particulière les dispositions qui seraient faites par un individu, malade de la maladie dont il meurt, en faveur

¹⁰⁵⁶ P. BALVET, cité par B. PUIJALON et J. TRINCAZ, *op. cit.*, p.211.

¹⁰⁵⁷ F. REXAND-GALAIS, « Les soignants : une nouvelle famille ? », in d'A. VINAY, (dir.), *La famille aux différents âges de la vie, approche clinique et développementale*, Dunod, 2017, p. 222.

¹⁰⁵⁸ V. S. FERRE-ANDRE, « Introduction au droit "gérontologique" », *Defrénois*, 30 janvier 2009, n°2, p.121 ; P. A. GIRARD, « Les interdits fondés sur la présomption de captation », *Defrénois*, 30 août 2017, n°15-16, p. 887.

des personnes qui étaient présumées avoir le plus d'empire sur son esprit »¹⁰⁵⁹. Ces professions correspondent aux docteurs en médecine ou en chirurgie, aux officiers de santé et aux pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt – mais également aux ministres du culte – selon la rédaction de l'article 909 du Code civil. Il est craint que ces professionnels, ou ceux qui s'en revendiqueraient¹⁰⁶⁰, ne captent les biens devant légitimement revenir à la famille. Cet article est utilement complété par l'article 911 du Code civil qui prévoit la nullité des libéralités déguisées en contrats onéreux ou faites à personnes interposées, à savoir « les pères et mères, les enfans et descendants, et l'époux de la personne incapable ». La libéralité faite à personnes interposées est nulle « sans que les héritiers aient besoin de faire aucune autre preuve ; cette présomption légale est assez justifiée par le lien qui unirait le donataire à l'incapable »¹⁰⁶¹. La loi du 5 mars 2007 a « généralis[é] cette présomption [de suggestion et de captation] à l'ensemble des professionnels et auxiliaires médicaux, et l'étend aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Pour ceux-ci, l'incapacité jouera (...) quelle que soit la date de la libéralité et non pas seulement pour les libéralités consenties pendant la durée de la mesure de protection »¹⁰⁶², reprise est faite de l'interdiction au profit des professionnels de la pharmacie. Cette extension des interdits a pour vocation de « prévenir l'abus de l'état de faiblesse des personnes protégées »¹⁰⁶³ à l'égard des acteurs du soin et de la protection des majeurs qui prennent une part de plus en plus importante dans la vie des personnes âgées. La loi de 2007 a aussi supprimé la notion de traitement de la maladie pour la remplacer par celle de soins, formulation qui semble plus vaste¹⁰⁶⁴. Cependant, la Cour de cassation avait déjà retenu une analyse étendue des « traitements » dans une décision rendue sous l'empire du droit antérieur à la loi de 2007 ; considérant que l'interdiction s'applique au psychiatre qui a « apporté à sa patiente un soutien accessoire au traitement purement médical mais associé à celui-ci »¹⁰⁶⁵. Ces interdictions doivent être entendues strictement. Ainsi, la Cour

¹⁰⁵⁹ F. JAUBERT (F.), *Rapport fait, au nom de la section de législation (...)*, préc., in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 583.

¹⁰⁶⁰ « [L]a loi atteindra par voie de conséquence nécessaire tous ceux qui, dépourvus d'un titre légal, oseraient néanmoins s'ingérer des fonctions de l'art de guérir », in F. JAUBERT (F.), *Rapport fait, au nom de la section de législation (...)*, préc., in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 583.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, p. 584.

¹⁰⁶² É. BLESSIG, *Rapport fait au nom de la commission des lois (...)*, préc., p. 228

¹⁰⁶³ H. DE RICHEMONT, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale, sur le projet de loi, portant réforme de la protection juridique des majeurs*, Sénat, 7 février 2007, p. 238.

¹⁰⁶⁴ En ce sens, v. P. A. GIRARD, art. préc.

¹⁰⁶⁵ Civ. 1^{re}, 4 nov. 2010, n° 07-21.303, Bull. 2010, I, n° 222 ; *D. actu.* 16 nov. 2010, obs. LAVRIC ; *JCP* 2011, n° 251, obs. LE GUIDEIC ; *JCP N* 2011, n° 1054, note MASSIP ; *Defrénois* 2011. 837, obs. MASSIP ; *Dr. fam.* 2011, n° 9, obs. BEIGNIER ; *RLDC* 2010/78, n° 4111, obs. LE GALLOU ; *RTD civ.* 2011. 163, obs. GRIMALDI ; *RGDA* 2011. 164, note KULLMANN.

de cassation a eu l'occasion de censurer un arrêt de cour d'appel qui avait étendu l'application de l'article 909 à une curatrice qui était la nièce du défunt, alors qu'elle « n'avait pas la qualité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, bien qu'elle ait exercé les fonctions de curateur »¹⁰⁶⁶. L'interdit est donc bien posé en raison de l'extériorité de l'aidant à la famille. Parallèlement aux interdictions du Code civil, se sont développées des interdictions dans la Code de la famille et de l'aide sociale, devenu Code de l'action sociale et des familles.

466. Les interdictions de recevoir à titre gratuit du Code de l'action sociale et de la famille. – Les interdictions de recevoir se sont peu à peu multipliées à l'égard des aidants hors du cadre familial. Une loi du 24 décembre 1971¹⁰⁶⁷ a introduit l'article 209 *bis* dans le Code de la famille et de l'aide sociale. Cet article « a d'ailleurs étendu l'incapacité de l'article 909 du Code civil aux personnes physiques propriétaires, administrateurs ou employés des établissements hébergeant à titre gratuit ou onéreux des mineurs, des personnes âgées, des adultes infirmes, indigents ou inadaptés socialement »¹⁰⁶⁸. Cette incapacité était plus large que celle posée à l'article 909 du Code civil. En effet, la Cour de cassation avait considéré que l'article 209 *bis* « ne [comportait] aucune référence à la dernière maladie ; (...) l'incapacité de recevoir à titre gratuit n'[était] limitée que par les exceptions prévues par l'article 909 du Code civil pour les libéralités rémunératoires ou celles faites à des parents »¹⁰⁶⁹. Ainsi, « l'article 209 bis du code de la famille devient (...) un fondement autonome de présomption de captation »¹⁰⁷⁰. Cet article, devenu l'article L.331-4 du Code de l'action sociale et des familles¹⁰⁷¹, a étendu, en 2007¹⁰⁷², l'interdiction aux bénévoles des mêmes établissements, aux associations de ces bénévoles, ainsi qu'aux personnes morales. Une nouvelle modification est intervenue par la loi du 28 décembre 2015¹⁰⁷³. Elle modifie la numérotation de l'article qui devient l'article L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles et élargit encore les personnes frappées de l'incapacité de recevoir. « La loi vise donc dorénavant expressément

¹⁰⁶⁶ Civ. 1^{re}, 17oct. 2018, n° 16-24.331, Bull. civ. 2018, I, p.340 ; D. 2019. 682, note RAOUL-CORMEIL ; D. 2019. 1412, obs. LEMOULAND et NOGUÉRO ; *Dr. fam.* 2018. comm. 287, obs. MARIA.

¹⁰⁶⁷ L. n°71-1050, du 24 déc. 1971, modifiant les titres II et V du code de la famille et de l'aide sociale et relative au régime des établissements recevant des mineurs, des personnes âgées, des infirmes, des indigents valides et des personnes accueillies en vue de leur réadaptation sociale, J.O. 28 déc. 1971, p. 12795 et s., spéc. p. 12797.

¹⁰⁶⁸ E. FORTIS, « La lutte contre l'abus de dépendance des personnes âgées », *RDSS* 1992, p. 481.

¹⁰⁶⁹ Civ. 1^{re}, 20 mars 1990, 88-16.454, Bull. civ. I 1990, n° 67, p. 49 ; *Defrénois* 30 nov. 1990, n° 4912, p. 1301, note MASSIP.

¹⁰⁷⁰ S. HENNION-MOREAU, « Les incapacités de défiance à l'égard du personnel des établissements sociaux », *RDSS* 1992, p. 342.

¹⁰⁷¹ Ord. 2000-1249 du 21 déc. 2000, J.O. du 23 déc. 2000, p. 38544, ratifiée par la loi n° 2002-2 du 2 janv. 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, J.O. 3 janv. 2002, texte n° 2.

¹⁰⁷² L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc..

¹⁰⁷³ L. n° 2015-1776 du 28 déc. 2015, préc.

toutes les personnes physiques, quels que soient les modes d'intermédiation entre la personne vulnérable et la personne aidante »¹⁰⁷⁴. Notamment, la mention de l'article L. 7231-1, 2° du Code du travail conduit à étendre l'incapacité de recevoir aux services d'aide à la personne à domicile, celle de l'article L. 7221-1 du Code du travail pour les employés de maison et enfin l'article L. 441-1 du Code de l'action sociale et des familles pour les accueillants familiaux soumis à agrément. Ces interdictions sont néanmoins limitées à la période de l'accompagnement. L'article, ainsi rénové, perd l'interdiction qui avait été faite à l'égard des personnes morales en 2007. Cependant, l'ensemble de ces interdits n'est pas absolu, le Code civil établissant la liste des limites à ces prohibitions.

467. Les limites aux interdictions de recevoir. – Les limites aux interdictions de recevoir à titre gratuit sont prévues par l'article 909 du Code civil. Ces limites s'appliquent également pour les interdictions posées à l'article L. 116-4 du Code de l'action sociale et de la famille par jeu de renvoi à l'article 909. Premièrement, les dispositions rémunératoires sont autorisées si elles sont « faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ». Secondement, les dispositions à titre gratuit sont permises s'il existe un lien de « parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritier en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même du nombre de ces héritiers ». Cette dernière limite semble tout à fait logique au regard de la protection des biens de la famille. En effet, c'est la captation des biens de la famille par les tiers qui est craint. Ainsi, la crainte n'existe plus lorsque l'aidant fait lui-même partie de la famille.

468. Réflexions sur les interdictions de recevoir à titre gratuit. – L'ensemble du maillage de l'aide à la personne est privé de la capacité de recevoir par le législateur : les personnes du corps médical au sens large intervenant lors de la dernière maladie de la personne, les professionnels hébergeant des personnes âgées et les professionnels intervenant à domicile. Cette extension du domaine des interdictions est à contre-courant du reste de la protection des biens en droit de la famille¹⁰⁷⁵. En effet, cette question particulière tend à un durcissement des interdits contrairement au reste de la matière¹⁰⁷⁶. De cette manière, le législateur veut préserver les biens au sein de la famille grâce aux incapacités de recevoir à titre gratuit, même si cela semble contraire à la philosophie de liberté qu'il insuffle dans le reste du droit des libéralités et

¹⁰⁷⁴ P. A. GIRARD, art. préc.

¹⁰⁷⁵ En ce sens, v. M. NICOD, « Liberté de disposer de la personne âgée et lutte contre les captations d'héritage », *Dr. fam.* n°10, oct. 2016, doss. 36.

¹⁰⁷⁶ V. *supra* n° 96.

à la promotion de la volonté de la personne. Ce hiatus complexifie la lecture de la philosophie législative contemporaine.

469. La difficulté réside dans l'articulation de la protection et des libertés individuelles de la personne âgée, qui ne fait pas nécessairement l'objet d'une mesure de protection. Ainsi, « [p]our protéger les personnes, la législation glisse, sensiblement, de la limitation à la liberté de disposer vers une interdiction générale de recevoir pour les accompagnants »¹⁰⁷⁷. Face à ce constat, le législateur ne « fait-il pas de la vulnérabilité et du grand âge une incapacité qui ne dirait pas son nom ? »¹⁰⁷⁸. Le législateur semble affirmer sa volonté de « renforcer la protection tant de la personne âgée que de son patrimoine »¹⁰⁷⁹. Il est, tout de même, possible de se demander si ce sont réellement les intérêts des personnes âgées qui sont protégés par ses dispositions ou plutôt les intérêts de la famille. En effet, au-delà de la protection des biens de la personne âgée, c'est toute la famille qui bénéficie de la conservation des biens en son sein. La famille est donc préservée du risque de captation. Au regard de la présentation du dispositif, il apparaît un certain équilibre entre protection et droits de la personne âgée. Les articles 909 du Code civil et L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles prévoient de nombreuses conditions qui viennent encadrer les interdictions. Pour autant, une partie de la doctrine s'est montrée réservée à l'égard de ces interdictions ; notamment en affirmant qu'il « faudra bien un jour ou l'autre déclarer close la liste des suspects frappés de l'interdiction légale, sans quoi le législateur sera conduit à faire du grand âge une incapacité qui ne dira pas son nom »¹⁰⁸⁰. Le Conseil constitutionnel en censurant comme inconstitutionnelles les dispositions de l'article L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles, qui prévoient l'incapacité de recevoir des aidants à domicile et des employés de maison¹⁰⁸¹, semble avoir pris position dans le débat. Si certains voient en cette censure un recul de « la discrimination institutionnalisée en 2015 »¹⁰⁸², il est important de rappeler que « cette interdiction de recevoir à titre gratuit a été instaurée par le législateur en raison des risques de pression que ces majeurs vulnérables risquent de subir à raison d'un patrimoine qui aiguise souvent bien des appétits »¹⁰⁸³. Certes, la capacité des personnes âgées, pourtant non protégée, est restreinte, mais uniquement le temps de l'aide, et

¹⁰⁷⁷ P. A. GIRARD, art. préc.

¹⁰⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁹ Civ. 1^{re}, 4 nov. 2010, n° 07-21.303, préc.

¹⁰⁸⁰ M. NICOD, « Liberté de disposer de la personne âgée (...) », art. préc.

¹⁰⁸¹ Cons. Constit., 12 mars 2021, n° 2020-888, QPC ; *D.* act. 25 mars 2021, note COTTET ; *AJ fam.* 2021. 231 comm. CASEY ; *AJ fam.* 2021. 247, POLLET ; *JCP N*, 26 mars 2021, act. 339, PETERKA ; *JCP N*, 19 fév 2021. 1114, comm. MOISDON-CHATAIGNER et PETERKA.

¹⁰⁸² D. POLLET, « Quand le Conseil constitutionnel dénonce la discrimination par l'âge », *AJ fam.* 2021, p. 230.

¹⁰⁸³ J. CASEY, « Des réalités de terrain oubliées », *AJ Fam.* 2021, p. 231.

en considération d'une réalité de la fragilité de ces personnes¹⁰⁸⁴. De plus, les aidants effectuent un travail à l'égard de la personne âgée, travail rémunéré, et ne devraient escompter d'autres gains. L'absence de lien *a priori* entre l'aidant et l'aidé plaide pour le maintien de la prohibition car le travail réalisé ne devrait pas recevoir de contribution autre que sa rémunération au regard de l'éthique de la relation. C'est en réalité toujours la même question qui se pose, celle de l'articulation entre protection et volonté. Or, l'influence du Comité onusien des personnes handicapées promeut également la volonté¹⁰⁸⁵. De nouvelles évolutions sont à prévoir sur cette question¹⁰⁸⁶. Des alternatives, plus conformes au respect de la volonté de la personne âgée, doivent être envisagées afin de ne pas subir à nouveau la censure du Conseil constitutionnel. Il serait, par exemple, possible de soumettre la disposition à titre gratuit à autorisation préalable du juge ou d'instaurer une présomption simple de captation. D'autres auteurs ont envisagé « au pénal, l'abus de faiblesse ; au civil, les vices du consentement, l'insanité d'esprit, la période suspecte de l'article 464 du Code civil »¹⁰⁸⁷. Il n'est à pas douter que la promotion de la liberté réduira encore à l'avenir les contours d'une protection qui a mis si longtemps à se former depuis 1804. Dans cette même ligne de protection, le législateur a entrepris de limiter les actes à titre onéreux passés par les personnes âgées avec les professionnels du secteur.

470. Les particularités des actes à titre onéreux. – La loi du 3 janvier 1968¹⁰⁸⁸ a instauré, à l'article 1125-1 du Code civil, une interdiction pour « quiconque exerce une fonction ou occupe un emploi dans un établissement hébergeant des personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques de se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne admise dans l'établissement, non plus que de prendre à bail le logement occupé par cette personne avant son admission dans l'établissement ». Ces actes sont également prohibés lorsqu'ils sont faits par personnes interposées, c'est-à-dire par le conjoint, les ascendants et les descendants des personnes susmentionnées. Toutefois, la prohibition n'est pas absolue car il est permis de se faire autoriser en justice pour passer lesdits actes. Cette possibilité n'est pas surprenante, car le risque encouru par le patrimoine de la personne âgée est moins grand dans un contrat à titre onéreux, d'autant plus lorsque le juge intervient. L'autorisation est la seule limite à cet article, contrairement à l'article 909 du Code civil, il n'y a aucune

¹⁰⁸⁴ Sur le risque de captation v. notamment, Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n° 12-25.160, Bull. civ. I, n° 193 ; *Defrénois* flash 14 oct. 2013, p. 7 ; *Defrénois* 15 juill. 2014, 764, obs. VAREILLE. ; *JCP G* 2013, 1167, note JEAN ; *RTD civ.* 2014, p. 86, obs. HAUSER. ; *Dr. fam*2013, comm. 154, MARIA et comm. 166, BEIGNIER.

¹⁰⁸⁵ V. *infra* n° 474.

¹⁰⁸⁶ V. *infra* n° 948 s.

¹⁰⁸⁷ M. NICOD, « Liberté de disposer de la personne âgée (...) », art. préc.

¹⁰⁸⁸ L. n° 68-5 du 3 janv. 1968, préc.

dérogation en raison de la parenté entre l'aidant et l'aidé¹⁰⁸⁹. Depuis l'Ordonnance du 10 février 2016, cet article se retrouve à l'article L. 116-4, II. du Code de l'action sociale et des familles. Si les mêmes actes sont interdits, la liste des personnes concernées par l'interdiction est calquée sur le I. de l'article L. 116-4 du même Code et la liste des personnes interposées inclut le partenaire d'un pacte civil de solidarité et le concubin.

471. Ainsi, l'héritier du majeur vulnérable est mieux protégé des risques de captation des biens de la famille¹⁰⁹⁰. Au-delà de la protection du seul majeur, une protection plus familiale du patrimoine du majeur, qui s'approche de la fin de sa vie, se dessine. Elle contribue à troubler la philosophie législative contemporaine. Cependant, cette rigueur dans la restriction de la volonté du majeur tend à s'assouplir lorsque le majeur fait l'objet d'une mesure de protection fondée sur le mécanisme de la représentation.

B. La protection des biens des ascendants représentés

472. Avec l'avancée en âge, les mesures de protection des majeurs trouvent une vocation plus importante à s'appliquer. En effet, plus la personne avance en âge, plus elle risque de voir ses facultés altérées. L'importance de l'altération risque de conduire à la mise en place d'une mesure de protection fondée sur la représentation. Or, le mécanisme de la représentation, comme outil de protection des biens des majeurs, est remis en question (1), sa suppression semble, tout de même, difficilement envisageable (2).

1. La représentation en question

473. Un mécanisme classique de protection. – La représentation est un mécanisme classique de protection des majeurs, particulièrement en raison de l'altération de leurs facultés mentales¹⁰⁹¹. Il ne s'agit pas d'analyser les rapports entre la personne protégée et sa famille¹⁰⁹², mais d'interroger le mécanisme de la représentation comme technique de protection au regard de la manière dont est appréhendée la personne âgée. Plus précisément, il faut se demander si la représentation est un mécanisme de protection dépassé, en raison de l'impossibilité apparente de concilier la protection des biens de la personne protégée avec l'expression de sa volonté. PORTALIS a déjà énoncé clairement les raisons qui conduisent à assurer la protection des

¹⁰⁸⁹ En ce sens, v. Civ. 1^{re}, 12 juin 1990, D. 1991. 405, note MASSIP.

¹⁰⁹⁰ Une distinction est faite entre le majeur protégé, faisant l'objet d'une mesure dite de protection, et le majeur vulnérable, qui ne fait pas nécessairement l'objet d'une telle mesure. Est-ce une réelle protection de l'héritier ou une protection en raison de la situation particulière du majeur ? V. L. LEVENEUR et S. LEVENEUR, *op. cit.*, p. 545.

¹⁰⁹¹ V. *supra* n° 92 s.

¹⁰⁹² V. *supra* n° 276 s.

majeurs : « [l]es majeurs sont quelques fois privés de l'usage de leur raison. Il faut alors que la loi les protège contre eux-mêmes. On les interdit, on les prive de la liberté pour leur conserver l'existence »¹⁰⁹³. Ainsi, le Code civil de 1804 « les soumet à un "assujettissement protecteur" »¹⁰⁹⁴. Cet assujettissement des personnes vulnérables, dans leur propre intérêt, est remis en cause, notamment en matière patrimoniale car « [l]e patrimoine est un élément primordial de la liberté de la personne »¹⁰⁹⁵.

474. La représentation, un mécanisme de protection dépassé ? – La représentation peut apparaître dépassée au regard de l'incompatibilité avec certains textes internationaux et, plus largement, avec les droits de l'homme¹⁰⁹⁶. En effet, la volonté de protéger le patrimoine du majeur, pour qu'il puisse être transmis à sa famille¹⁰⁹⁷, semble avoir laissé la place à une exaltation de sa volonté, ce qui passe par l'indépendance de la notion de protection vis-à-vis de l'incapacité et donc de la représentation¹⁰⁹⁸. Divers textes ont vu le jour pour promouvoir la liberté de la personne âgée, notamment lorsqu'elle est en situation de dépendance. Par exemple, la Charte des droits et libertés de la personne âgée en situation de handicap ou de dépendance prévoit en son article 5 que « toute personne âgée en situation de handicap ou de dépendance doit pouvoir garder la maîtrise de son patrimoine et de ses revenus »¹⁰⁹⁹. Cependant, l'article 13 dispose que « toute personne en situation de vulnérabilité doit voir protéger ses biens et sa personne »¹¹⁰⁰. Il faut alors nécessairement se demander comment concilier d'un côté la libre maîtrise du patrimoine et de l'autre la protection de celui-ci. Il semblerait que la représentation ne respecte pas ce double objectif. Si elle permet, effectivement, une protection des biens, elle en soustrait la maîtrise à la personne représentée. Cette conception est partagée par le Comité des droits des personnes handicapées des Nations unies qui affirme que « la conception du handicap axée sur les droits de l'homme suppose le passage d'un système de prise de décisions substitutive à un système de prise de décisions assistée »¹¹⁰¹. Pour se conformer à cette recommandation, la France devrait abandonner les régimes de protection fondés sur la

¹⁰⁹³ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours et rapports sur le Code civil, op. cit.*, p.106.

¹⁰⁹⁴ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales (...)*, première série, 3^e éd., *op. cit.*, p. 158.

¹⁰⁹⁵ A. DE MARTEL, « La loi du 3 janvier 1968, perspectives d'une réforme, préserver la spécificité des mesures de protection du Code civil », in M. SASSIER, Th. FOSSIER, H. NOGUES et G. BROVELLI, (dir.), *L'avenir des tutelles*, Dunod, 2000, p. 39.

¹⁰⁹⁶ V. *infra* n° 501.

¹⁰⁹⁷ V. *supra* n° 277.

¹⁰⁹⁸ Ph. MALAURIE, « La réforme de la protection juridique des majeurs », *Deffrénois*, n°8, 30 avril 2007, p. 557.

¹⁰⁹⁹ Charte des droits et libertés de la personne âgée en situation de handicap ou de dépendance, version révisée 2007, point n°5.

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, point n°13.

¹¹⁰¹ Comité des droits des personnes handicapées, Observation générale n° 1 (2014), Onzième session, 31 mars-11 avril 2014, CRPD/C/GC/1, p. 1.

représentation – tutelle, curatelle renforcée, habilitation familiale prévoyant la représentation – , peu importe l'état de la personne à protéger, et ne recourir qu'aux mesures de protection qui requièrent l'assistance – curatelle, habilitation familiale avec assistance de la personne vulnérable. Le Comité identifie la difficulté majeure de la représentation : « toute décision prise par ce tiers est fondée sur ce que l'on considère comme "l'intérêt supérieur" objectif de la personne concernée, et non sur sa volonté et ses préférences »¹¹⁰². Certains philosophes ont pu abonder dans un sens similaire en rappelant que « [l]a société peut offrir et même imposer à l'individu des considérations pour aider son jugement, des exhortations pour fortifier sa volonté, mais il en reste le juge suprême. Il peut se tromper, malgré les conseils et les avertissements ; mais c'est un moindre mal que de laisser les autres le contraindre, au sujet de ce qu'ils estiment son bien »¹¹⁰³. Toutefois, la difficulté du recours à la notion d'« intérêt » réside dans la multiplicité des intérêts qu'il est possible de faire prévaloir¹¹⁰⁴, dans le possible conflit d'intérêts entre la personne chargée de la protection et la personne protégée. Ainsi, l'intérêt de la famille peut parasiter l'intérêt du majeur protégé¹¹⁰⁵. Les comportements peuvent être intéressés en ce sens que les biens conservés auront vocation à être transmis. Ce n'est pas, en soi, choquant que la famille tente de conserver les biens à transmettre. Ce qui pourrait davantage être choquant serait qu'un seul enfant tente de s'approprier une partie des biens ou que les décisions prises soient manifestement contraires aux intérêts du majeur. Certains auteurs se sont inscrits radicalement en faux de cette conception : « la Convention et la littérature juridique et pseudo-juridique, spécialement celle qui nous arrive du monde anglo-saxon, ont installé une pensée "politiquement correcte" dans laquelle le simple fait de parler de protection est une incorrection car il implique une discrimination : il ne faut pas protéger, il faut accompagner (...). Comme le tuteur n'accompagne pas mais se substitue à la prise de décision, on conclut, dans un étalage de simplisme, qu'il est incompatible avec la Convention »¹¹⁰⁶. L'analyse semble des plus pertinentes. De plus, la prescription du Comité semble nier la cause des mesures de protection fondées sur la représentation. En effet, si la mesure de représentation est mise en place, c'est justement car la personne protégée n'est plus en mesure de pourvoir à ses intérêts puisqu'il

¹¹⁰² *Ibid.*, p. 7.

¹¹⁰³ J. S. MILL, *La liberté*, trad. de l'anglais par DUPONT-WHITE, Guillaumin, 1864, pp. 231-232

¹¹⁰⁴ E. PECQUEUR, A. CARON-DEGLISE 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, p. 958.

¹¹⁰⁵ M.-T. CARTON, « Le point de vue de l'UNAPEI », in K. LEFEUVRE et S. MOISDON-CHATAIGNER, (dir.), *op. cit.*, p.68.

¹¹⁰⁶ J. HAUSER, « Majeurs protégés : difficile équilibre entre volonté et protection », *RTD Civ.*, 2017, p.356.

n'est plus en mesure d'exprimer sa volonté. En réalité, deux craintes sont sous-jacentes à ces débats : la crainte de la déshumanisation et la crainte de l'infantilisation.

475. La crainte de la déshumanisation. – Une des causes de la contestation de l'utilisation de la représentation, comme technique de protection des biens, est la crainte qu'elle n'aboutisse à une déshumanisation de la personne protégée. Il est vrai que retirer à la personne sa capacité d'agir sur ses biens, même pour la protéger, peut laisser penser que la personne n'est plus une personne pleine et entière. Certains philosophes ont, d'ailleurs, mis en lumière cette crainte : « il y a une angoisse très profonde d'assister, pour soi ou pour ses proches, à une déshumanisation annoncée. (...) Ce qui effraie le plus c'est que des êtres chers – parents, grands-parents – perdent progressivement leur statut de personne et que nul ne les reconnaisse plus comme tel »¹¹⁰⁷. Ce qui est en cause, c'est la dignité même de la personne¹¹⁰⁸ qui se trouve privée de sa capacité d'agir sur ses propres biens. Il ne faut pas nier la force de ces arguments, mais s'appliquent-ils encore lorsque l'impossibilité d'exprimer une volonté est constatée médicalement ? Il est permis d'en douter. *A contrario*, « la vraie dignité de la personne »¹¹⁰⁹ nécessite qu'une protection soit effectivement mise en place¹¹¹⁰. Il faut simplement que cette mesure soit proportionnée et nécessaire. Le législateur doit alors répondre à la question « de savoir comment continuer d'être humain en dépit des pertes irrémédiables »¹¹¹¹. Cette crainte de déshumanisation s'accompagne de la crainte de l'infantilisation.

476. La crainte de l'infantilisation. – La crainte de l'infantilisation s'incarne dans le fait que le majeur protégé sort de la catégorie des adultes pleinement capables¹¹¹². Elle se matérialise juridiquement par le retrait de la capacité du majeur, qui est alors représenté par un protecteur sur la scène juridique. Dans la sphère sociale, c'est « [l]'expression populaire "retomber en enfance" [qui] marque une régression »¹¹¹³ et qui est mal vécue. S'il ne faut pas tomber dans l'écueil d'assimiler le majeur protégé à un mineur¹¹¹⁴, il ne faut pas, non plus, tomber dans l'écueil inverse en considérant que ce majeur ne mérite aucune protection. Cette crainte de l'infantilisation résulte de la législation du Code civil de 1804, qui assimilait l'interdit

¹¹⁰⁷ E. DESCHAVANNE et P.-H. TAVOILLOT, *op. cit.*, p. 505.

¹¹⁰⁸ A. ZIELINSKI, « De l'autonomie rêvée à l'attention aux capacités », *Gérontologie et société* 2009, n°131, p.20.

¹¹⁰⁹ P. LAGRANGE, « L'état des personnes. Les personnes vulnérables », in L. BURGORGUE-LARSEN, (dir.), *La France face à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2005, p. 223.

¹¹¹⁰ S. FERRE-ANDRE, art. préc.

¹¹¹¹ E. DESCHAVANNE et P.-H. TAVOILLOT, *op. cit.*, p. 144.

¹¹¹² B. PUIJALON et J. TRINCAZ, *op. cit.*, p.208.

¹¹¹³ *Ibidem*.

¹¹¹⁴ J. HAUSER, « Les difficultés de la recodification : les personnes », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, pp. 214-215.

au mineur, par le biais de l'article 509 du Code civil prévoyant que « l'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens : les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits ». La loi du 3 janvier 1968 a abandonné cette assimilation du majeur protégé au mineur, tout en opérant un renvoi, pour ce qui est des règles applicables au majeur en tutelle, aux règles de la tutelle des mineurs. La réforme de 2007 a participé à l'autonomisation de la tutelle des majeurs, même si certains articles de la tutelle des majeurs continuent à renvoyer à celle des mineurs. En effet, la loi du 5 mars 2007 a instauré un titre XII autonome prévoyant les règles de la gestion du patrimoine des mineurs et du majeur en tutelle. Si les mêmes règles sont applicables, le fait de ne plus vouloir procéder par renvoi dénote, tout de même, d'un changement d'idéologie. De plus, le majeur en tutelle a acquis des droits dans la sphère patrimoniale qui restent interdits au mineur¹¹¹⁵. Au regard de la législation actuelle, le majeur ne semble donc pas assimilé au mineur. Les craintes de l'infantilisation ne sont plus réellement fondées. Le majeur est simplement représenté lorsqu'il est dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté. Il est dès lors nécessaire de concilier protection et volonté du majeur protégé et, partant, de conserver un objectif de protection des biens dans la nouvelle philosophie législative. Cependant, cette conciliation pourrait être différente en matières personnelle et patrimoniale.

477. Distinguer le patrimonial et le personnel. – Le rapport entre protection des biens et protection de la personne est particulièrement intéressant en matière de protection des majeurs. En effet, un véritable changement d'idéologie renouvelle la philosophie législative en matière de protection des biens. Le Code civil de 1804 prévoyait une protection des biens des incapables majeurs. Cette protection n'était pas tant tournée vers la personne frappée de l'incapacité que vers ses successibles. En effet, la transmission des biens emprunts du lien de famille justifiait leur protection. Il était craint que ce majeur aliéné ne dilapide les biens destinés à ses héritiers. La loi de 1968, puis celle de 2007, ont radicalement changé de philosophie. Deux éléments le montrent. Premièrement, la protection de la personne vient se joindre aux mécanismes de protection des biens. Secondement, l'intérêt du majeur à protéger doit gouverner la gestion des biens par le protecteur – curateur et tuteur – et non plus celui de ses successibles. La philosophie gouvernant la protection des biens du majeur protégé subit un nouveau bouleversement depuis

¹¹¹⁵ Notamment en matière de libéralités, le majeur en tutelle peut être autorisé par le juge à faire une donation en étant simplement assisté de son tuteur, selon l'article 476 du Code civil. Le même article prévoit que le majeur en tutelle peut, avec l'autorisation du juge, faire un testament, son tuteur ne pouvant ni l'assister ni le représenter. Pour le testament voir, M. NICOD, « Règles de fond des testaments : notion et capacité », in M. Grimaldi (dir.), *Droit patrimonial de la famille, op.cit.*, p. 1043 et s., n° 322.50 et s. ; pour les donations voir, J. BOISSON, « Règles de fond des donations : parties au contrat », in M. GRIMALDI (dir.), *op. cit.*, p. 898 et s., n° 312.211 et s..

2014, sous l'influence du Comité des droits des personnes handicapées. En effet, selon le Comité, la gestion des biens ne doit plus être réalisée dans l'intérêt du majeur protégé mais conformément à sa volonté. La recherche de l'intérêt du majeur découle d'une conception trop paternaliste et infantilisante de la protection. La protection de la personne, par le prisme de la préservation de sa volonté, semble avoir pris le pas sur toute autre considération de protection des biens. Un glissement de la protection des biens vers la protection de la personne s'opère. La technique de la représentation, dite technique de « décision substitutive », est dénoncée par le Comité comme étant contraire à la dignité du majeur vulnérable, celui-ci ne devant plus être frappé d'incapacité. Ainsi, il semblerait que le droit s'oriente vers une absence de spécificité de la protection des biens du majeur protégé en lien avec la famille. Ce relâchement de la protection des biens, dans une perspective familiale, se fonde sur une protection des majeurs resserrée autour de leur individualité, sur la prise en compte de leur volonté contre leur intérêt supposé, qu'il soit apprécié *in abstracto* ou *in concreto*, sur la préservation de leur autonomie et de leur droit au « risque » dans la prise de décision concernant leurs biens. Le renouvellement de la philosophie dans la protection des biens des majeurs protégés semble donc entier. Il conduit à exclure les biens du majeur protégé du système de protection des biens en droit de la famille tout du moins dans son approche de protection contre les agissements du majeur propriétaire. En effet, les mécanismes de protection de ses biens ne semblent plus avoir d'attache avec la famille. Toutefois, la suppression totale de la représentation semble difficile.

2. La suppression difficile de la représentation

478. La suppression des régimes de protection fondés sur la représentation. – La suppression pure et simple de la représentation semble difficile dans le cadre de la protection des personnes majeures. Il faut admettre que cette solution n'est pas impossible car certains États ont fait le choix de la suppression des régimes de protection fondés sur la représentation, pour ne conserver que des régimes d'assistance¹¹¹⁶. Toutefois, la difficulté de sonder la volonté de la personne protégée rend la mesure de protection hasardeuse. Il semble que la question ne devrait pas être celle de savoir s'il convient de modifier notre droit pour le mettre en conformité avec les nouvelles prescriptions internationales, mais plutôt de questionner la pratique de notre droit qui conduit à la mise en place trop fréquente des mesures de protection fondées sur la représentation.

¹¹¹⁶ Tel est, par exemple, le cas de l'Allemagne, v. Th. VERHEYDE, « La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français », *JCP N* n° 42, 22 oct. 1993, 101290.

479. La suppression de la représentation : l'exemple allemand. – Le législateur allemand a fait le choix d'adopter une mesure unique fondée sur l'assistance. L'intervention en matière patrimoniale de l'assistant ne se fait que lorsque l'assisté « met gravement en danger (...) son patrimoine »¹¹¹⁷. Le droit allemand met l'accent sur la prépondérance de la volonté de la personne protégée en affirmant que « l'intérêt de la personne assistée [s'incarne dans] le fait de rendre sa vie conforme à ses désirs et à ses représentations propres »¹¹¹⁸. Cette prise en compte accrue de la volonté de la personne protégée semble louable, mais les manifestations de sa volonté peuvent complexifier la mise en œuvre de la mesure.

480. Le respect ardu d'une volonté nébuleuse et fugace. – La volonté peut être définie comme l'« aptitude à comprendre la portée d'un acte (...) et à se décider »¹¹¹⁹. Cette définition juridique se rapproche d'une définition du langage courant selon laquelle la volonté « se caractérise par la fermeté et la constance »¹¹²⁰. Cependant, les capacités de l'adulte sain d'esprit à avoir une volonté ferme et constante sont remises en cause en droit. Cette reconnaissance de la faiblesse de la volonté s'illustre notamment par la mise en place de délais de rétractation et délais de réflexion, qui permettent au majeur pleinement capable de changer d'avis. Dans un tel contexte juridique, il semble dès lors difficile de reconnaître au majeur protégé, dont l'aliénation d'esprit a été caractérisée par le corps médical, une fermeté et une constance dans sa prise de décision. Ainsi, si la seule volonté du majeur protégé doit guider l'action d'un protecteur, comment celui-ci pourrait-il agir ? Deux hypothèses sont envisageables. La première serait que le protecteur se conforme strictement à la volonté de la personne qu'il protège. Dans un tel cas, la mesure de protection serait illusoire car elle pourrait être paralysée par des « manifestations contraires de volonté dans un laps de temps réduit »¹¹²¹. Une démarche de protection d'un majeur vulnérable peut-elle « exiger de lui que tout ce qu'il exprime soit purement rationnel et raisonnable »¹¹²² ? Pour autant, dans une telle démarche, l'appréciation de l'opportunité de l'opération par le protecteur n'est pas requise. C'est finalement la notion même de protection qui est remise en cause. La seconde hypothèse serait que la volonté de la personne protégée n'est pas assez ferme – est-ce reprochable lorsque le droit doute de la fermeté du majeur non protégé ? – pour qu'elle puisse effectivement être suivie¹¹²³. L'objectif du

¹¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹¹⁹ G. CORNU, V° « Volonté », in *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1084.

¹¹²⁰ CNRTL, V° « Volonté ».

¹¹²¹ I. MARIA, « Intérêt versus volonté : le premier l'emporte largement, même devant la Cour EDH », *Dr. fam.* n° 5, Mai 2017, comm. 110.

¹¹²² A. ZIELINSKI, art. préc.

¹¹²³ I. MARIA, « Intérêt versus volonté (...) », art. préc.

respect de la volonté du majeur serait alors manqué. Lorsque la volonté du majeur devient trop nébuleuse, il serait peut-être possible pour le protecteur de se référer à des directives anticipées, mais là encore, « l'effort d'anticipation avant la perte des facultés, ne devrait pas rigidifier une préférence du passé devenue inadaptée dans le présent »¹¹²⁴. La voie du suivi strict de la volonté des personnes protégées ne semble pas celle qui doit être suivie. La Commission nationale consultative des droits de l'homme reconnaît que « s'il semble évident que la volonté de la personne – même très vulnérable – doit primer, celle-ci ne peut être considérée comme un absolu, dans la mesure où elle s'inscrit dans un contexte familial, social, économique et institutionnel que l'on ne peut négliger »¹¹²⁵. Face à cette tension, il est nécessaire de s'interroger sur une voie médiane qui permet de prendre en compte la volonté de la personne – et partant, ses droits et libertés¹¹²⁶ –, tout en optant pour une prise de décision substituée lorsque la volonté de la personne ne peut plus être prise en compte.

481. La nécessité d'un maintien résiduel de la représentation. – La représentation doit être maintenue dans divers cas. Le Défenseur des droits a reconnu la nécessité de maintenir la représentation lorsque « la personne est dans l'incapacité totale d'exprimer sa volonté ou ses préférences »¹¹²⁷, tout en affirmant que, dans un tel cas, les décisions doivent être prises en se référant à une « interprétation optimale de la volonté et des préférences de la personne »¹¹²⁸. L'interprétation optimale de la volonté et des préférences de la personne semble pour le moins difficile à mettre en place. L'objet même de la tutelle est d'instaurer une protection pour une personne qui n'est pas capable d'exprimer sa volonté et qui ne peut, de ce fait, agir par elle-même¹¹²⁹. Ainsi, il semblerait que l'ouverture d'une mesure de tutelle soit conditionnée par l'incapacité totale de la personne d'exprimer sa volonté. Ce raisonnement doit sans doute être nuancé, notamment avec la loi du 23 mars 2019¹¹³⁰ qui a permis au majeur protégé sous tutelle de se marier seul et sans autorisation préalable¹¹³¹. Cela constitue une illustration de la reconnaissance par le législateur que le majeur, même sous tutelle, est capable d'exprimer sa

¹¹²⁴ D. NOGUERO, « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées », *RDSS*, 2016, p. 964.

¹¹²⁵ Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, 16 avril 2015, p.20.

¹¹²⁶ H. FULCHIRON, « L'accompagnement des personnes majeures vulnérables entre nécessité juridique et exigence éthique », *Dr. fam.*, mars 2017, dossier 17.

¹¹²⁷ Défenseur des droits, *Rapport sur la protection juridique des majeurs vulnérables*, septembre 2016, p. 16.

¹¹²⁸ *Ibidem*.

¹¹²⁹ Une telle conclusion résulte de la lecture combinée des articles 425 et 440 du Code civil.

¹¹³⁰ L. n° 2019-222 du 23 mars 2019, préc.

¹¹³¹ C. civ., art. 460.

volonté¹¹³². Cependant, même si le majeur en tutelle n'est pas dans l'impossibilité totale d'exprimer une volonté, la représentation peut sembler nécessaire lorsque le majeur protégé ne souhaite pas prendre un acte, pourtant, indispensable à la préservation de ses intérêts et de ses biens. En effet, faut-il permettre l'acceptation pure et simple d'une succession dont le passif excède largement l'actif si tel est le souhait de la personne protégée ? Il ne faut pas oublier que la volonté du majeur peut être sous influence et mettre en danger sa situation patrimoniale¹¹³³. Il est des cas où la raison conduit à limiter la volonté de la personne vulnérable. La suppression de la représentation entraînerait un affaiblissement de la protection des personnes les plus vulnérables. Ne faudrait-il pas mieux mettre en place une meilleure application des principes de nécessité, de proportionnalité et de subsidiarité ? La pratique ne semble pas appliquer rigoureusement ces principes¹¹³⁴. Il s'ensuit une limitation trop importante des prérogatives des majeurs capables d'exprimer leur volonté.

482. La pratique du droit de la représentation. – Deux problèmes peuvent survenir dans la pratique : premièrement, la légitimité du mécanisme de représentation peut être plus facilement remise en cause lorsque le protecteur n'est pas choisi par la personne protégée¹¹³⁵ ; secondement, la difficulté peut émaner du non-respect des principes de nécessité et de subsidiarité lors de l'ouverture d'une mesure de protection. Concernant la désignation du protecteur, des outils sont mis en place en vue de permettre la désignation anticipée par les personnes pour le temps où ces dernières ne seront plus aptes à exprimer leur volonté ; c'est notamment possible dans le cadre mandat de protection future. Si de telles désignations étaient faites, la difficulté serait atténuée. Plus généralement, lors de l'ouverture d'une mesure de protection, le juge doit entendre le majeur, qui fera l'objet de la protection, et peut, à cette occasion, indiquer la personne qu'il souhaiterait voir endosser le rôle de protecteur¹¹³⁶. La difficulté pratique réside dans le fait que l'audition du majeur, qui va faire l'objet de la mesure, n'est pas toujours effectuée. En effet, le médecin rédigeant le certificat circonstancié peut indiquer que l'audition n'est pas réalisable en raison de l'impossibilité pour le majeur de

¹¹³² Cependant, la même loi a ménagé, à l'article 1399 du Code civil, la possibilité pour le tuteur de se faire autoriser « à conclure [seul] une convention matrimoniale, en vue de préserver les intérêts de la personne protégée ». Une distinction est donc bien établie entre droit personnel et droit patrimonial.

¹¹³³ En ce sens v. notamment, I. MARIA, « Les majeurs protégés surendettés », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2012, pp. 115 à 124.

¹¹³⁴ En ce sens v. M. BAUDEL, « Repenser la protection des majeurs protégés au regard de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », *Dr. fam.*, n°4, avril 2018, étude 8.

¹¹³⁵ Sur cette crainte, v. Défenseur des droits, *Rapport (...)*, préc., p. 16.

¹¹³⁶ Article 449 al. 3 du Code civil

s'exprimer¹¹³⁷. Dans ces conditions, le juge peut, par décision motivée et après consultation de l'avis dudit médecin, décider « qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'audition » selon les termes de l'article 432 du Code civil. Cependant, le majeur n'est parfois pas auditionné alors que sa situation particulière ne l'empêcherait pas de s'exprimer¹¹³⁸. Dans de telles circonstances, il est certain que la mesure porte atteinte aux droits de la personne protégée. Toutefois, le problème est donc bien un problème de pratiques et non un problème de contenu de la loi. L'article 432 du Code civil prévoit également que « le juge statue, la personne entendue ou appelée » ; il faut comprendre que si la personne protégée ne comparait pas, le juge peut tout de même statuer¹¹³⁹. Ce raisonnement a été confirmé par la Cour de cassation¹¹⁴⁰. Ces subtilités rédactionnelles, qui permettent de ne pas empêcher la poursuite d'un dossier, permettent de comprendre le mouvement qui semble encourager à une meilleure prise en compte de la volonté des personnes.

483. Quant au choix de la mesure à ouvrir, « le Défenseur des droits constate, qu'en pratique, les principes de nécessité, de proportionnalité et de subsidiarité ne sont pas respectés et que la plupart des majeurs placés sous un régime de protection juridique relèvent aujourd'hui d'une mesure de tutelle (53%) et se trouvent ainsi privés de capacité juridique »¹¹⁴¹. Cette étude menée par le Défenseur des droits confirme que le problème réside moins dans le mécanisme de représentation lui-même que dans son utilisation trop fréquente. En conclusion, les principes posés par le droit français semblent respectueux des droits des personnes vulnérables, mais la pratique ne semble pas les appliquer avec assez de rigueur. Toutefois, la tâche du juge, tenu entre l'avis médical et les réquisitions du demandeur à l'ouverture de la mesure de protection, est délicate.

484. La technique de la représentation, bien que nécessaire, ne semble plus se fondre dans la philosophie législative contemporaine.

¹¹³⁷ C. civ., art. 432.

¹¹³⁸ En ce sens, v. F. FRESNEL, « Le contentieux de l'ouverture d'une mesure de protection », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *op. cit.*, pp. 29- 31.

¹¹³⁹ I. MARIA, « Protection judiciaire : sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, habilitation familiale », in P. MURAT (dir.) *Droit de la famille*, Dalloz Action, 8^e éd., 2020-2021, pp. 1433-1434, n° 335-35

¹¹⁴⁰ Civ. 1^{re}, 30 avr. 2014, n° 13-15.527 ; *AJ fam.* 2014. 375, obs. VERHEYDE ; ou encore, Civ. 1^{re}, 9 juill. 2014, n° 13-20.077, Bull. 2014, I, n° 132 ; *AJ fam.* 2014. 503, obs. VERHEYDE ; *Dr. fam.* 2014. comm. 149, obs. MARIA ; *D.* 2014. 2259 ; *Dr. et patr.* 2014, n° 242, p. 97, obs. FULCHIRON ; *RLDC* 2014, n° 120, p. 47, obs. DUCROCQ-PAUWELS ; *RTD civ.* 2014. 868, obs. HAUSER.

¹¹⁴¹ Défenseur des droits, Rapport (...), préc., p. 16.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

485. Évolutions sociologiques, évolutions juridiques. – Les évolutions sociologiques de la place que les membres de la famille occupent en son sein contribuent à faire évoluer la manière de concevoir la protection des biens en droit de la famille. Le mouvement d'égalité dans les relations familiales – égalité des époux, égalités des filiations, égalités des âges – conduit à mieux prendre en compte les individualités de chaque membre de la famille et aboutit ainsi à une promotion de la liberté de chacun, se traduisant par la prise en compte de leur volonté. L'égalité au sein de la famille contribue à faire évoluer la philosophie législative, dans la mesure où l'égalité implique une horizontalisation des relations familiales qui ne correspond pas au paternalisme juridique ayant cours en 1804.

486. Recul de la philosophie législative classique. – Les métamorphoses de la conception de la famille ont pour conséquences un net recul de la philosophie classique de la protection des biens. En effet, la promotion de la conservation des biens au sein de la famille légitime et de sang n'est plus. Il n'y a désormais plus de privilège accordé à la famille légitime. Au contraire, une indifférenciation entre familles légitime et naturelle voit le jour. Très marquée pour les filiations, elle l'est également, dans une certaine mesure, entre les modes de conjugalité. Certes, les droits acquis par les différents modes de conjugalité ne sont pas les mêmes. Toutefois, il n'existe pas de préférence législative pour le mariage. La famille de sang et lignagère n'a plus les faveurs du législateur. La promotion du conjoint, en particulier au moment de la succession de son époux prédécédé, contribue véritablement à un recul de la prise en compte de la famille de sang, surtout des collatéraux, mais aussi des ascendants. Le lien d'alliance a largement obtenu les faveurs du législateur. Ce dernier a adapté la protection des biens à la nucléarisation de la famille, ce qui a conduit à un recul de la philosophie législative classique comprise comme la conservation des biens dans la famille.

487. Tensions entre protection et volonté. – L'approche que le législateur entend promouvoir au titre de la protection des biens est difficile à entrevoir pour deux raisons : premièrement, des mouvements législatifs contraires semblent se dessiner ; secondement, la

promotion de la volonté semble, dans une certaine mesure, faire obstacle à l'idée de protection. Cette approche du droit patrimonial de la famille suscite nécessairement une diminution de la prise en compte de l'intérêt familial afin de promouvoir l'intérêt individuel. Les intérêts des membres de la famille qui ne sont pas propriétaires des biens en cause tendent à être minorés. Tel est le cas de l'implication des ascendants dans la détermination du régime matrimonial, des parents sur les biens de leurs enfants ou encore du protecteur familial sur les biens du majeur protégé.

488. Par ailleurs, la confusion des âges de la vie – mineur, adulte, personne âgée – affecte le fait même de penser la protection. En effet, le principe est que l'individu est capable, libre d'agir sur son patrimoine. Or, il est permis de douter que le mineur et le majeur non discernant le soient réellement. Dans un tel cas, il n'est plus permis de mettre en place des outils de protection, car la protection ne se justifie pas. La prise en compte des droits et libertés des membres de la famille se conjugue mal avec la protection. Il semble que le législateur accorde une attention particulière au maintien du cadre de vie des membres de la famille, du conjoint et de la personne âgée, en leur ménageant les moyens de leur subsistance.

489. Les évolutions de la conception de la famille conduisent donc à changer profondément la philosophie législative telle que pensée en 1804. Toutefois, ces évolutions ne sont pas les seules à influencer la philosophie législative contemporaine. Tel est également le cas des évolutions extérieures au droit de la famille.

Chapitre 2

L'INFLUENCE DES ÉVOLUTIONS EXTÉRIEURES AU DROIT DE LA FAMILLE

490. Le droit patrimonial de la famille n'évolue pas de manière isolée. En effet, il n'est pas imperméable aux évolutions des autres branches du droit. Cette porosité résulte de l'influence que les outils extérieurs au droit de la famille ont sur lui, mais également des philosophies de ces autres branches du droit.

491. Influence des outils. – D'abord, des outils de protection inconnus du droit de la famille influencent la manière de protéger les biens en droit de la famille. Tel est notamment le cas du *trust* qui a influencé la création de la fiducie en droit français, celle-ci pouvant être utilisée comme une technique de protection des biens. Tel est encore le cas de l'utilisation récente, en droit de la famille, des mécanismes protecteurs issus du droit de la consommation. L'importation de ces mécanismes résulte de la volonté de contractualiser la protection des biens en droit.

492. Influence des philosophies. – Ensuite, le droit de la famille est influencé par les philosophies des autres branches du droit. La contractualisation, la prise en compte de la volonté du propriétaire, l'individualisation en matière de protection des biens sont autant de logiques provenant d'autres disciplines juridiques – en particulier, les droits de l'homme, le droit international privé, le droit des contrats et le droit des biens.

493. Influence internationale, influence interne. – Au regard des échanges qui se créent entre les branches du droit en matière d'outils et d'idées, il apparaît que la protection des biens en droit de la famille est influencée tant par la sphère internationale que par la sphère interne. Le droit de la protection des biens de la famille n'est plus indifférent aux influences internationales. En effet, le droit de la famille, comme le reste de la législation interne, est en contact avec des ordres juridiques extérieurs. Toutefois, l'influence internationale reste limitée en matière de protection des biens en droit de la famille (**Section 1**). Par ailleurs, les évolutions

du droit interne exercent également une influence sur le droit de la famille. En effet, le droit patrimonial de la famille, qui se situe aux confins du droit des biens, des contrats et de la famille, n'évolue pas de manière isolée. Ainsi, l'influence des autres branches du droit interne sur la protection des biens en droit de la famille est avérée. (**Section 2**).

SECTION 1

L'INFLUENCE INTERNATIONALE MESURÉE

494. L'influence internationale sur la protection des biens de la famille prend deux formes distinctes. Premièrement, la protection est désormais influencée par les droits de l'homme dont le contenu est largement diffusé par des ordres juridiques internationaux ou régionaux. Bien que mesurée, l'influence des droits de l'homme sur la protection des biens est certaine (§1). Secondement, les relations interpersonnelles s'internationalisent. Il est de plus en plus courant que la situation juridique des familles comporte un ou plusieurs éléments d'extranéité, tels qu'un bien sis à l'étranger ou qu'une différence de nationalité entre les membres d'un couple. Cette présence croissante d'éléments d'extranéité dans les relations familiales conduit nécessairement à des rencontres entre le droit français et des législations étrangères. Ainsi, l'internationalisation des situations familiales possède une influence sur la manière de protéger les biens (§2).

§ 1 L'INFLUENCE DES DROITS DE L'HOMME

495. Bien que la pénétration de la protection des biens par les droits de l'homme soit certaine, il convient de déterminer qu'elle est la part réelle de leur influence sur la manière dont les biens sont protégés en droit interne. Les systèmes juridiques dont le droit interne s'inspire le plus sont ceux du droit onusien (A) et celui de la Convention européenne des droits de l'homme (B).

A. L'influence du droit onusien des droits de l'homme

496. Au détour des questions relatives à l'évolution des définitions de la place des membres de la famille, il a été vu que des instruments internationaux pouvaient intervenir, notamment, sur la place de l'enfant¹¹⁴², sur la perception de la personne âgée dépendante¹¹⁴³. Ces conceptions, dont le contenu se distingue des conceptions françaises, conduisent à modifier sensiblement le droit interne. L'analyse se limitera aux deux conventions internationales, déjà citées, que sont la Convention relative aux droits de l'enfant¹¹⁴⁴ et la Convention relative aux personnes handicapées¹¹⁴⁵. Trois raisons expliquent ce cantonnement. D'abord, ces conventions sont susceptibles d'avoir une force juridique contraignante, en ce qu'elles ne se veulent pas simplement déclaratoires¹¹⁴⁶. Ensuite, ces conventions sont dotées d'un comité chargé d'assurer le suivi de leur mise en application, leur influence ne se limite donc pas au seul texte de la Convention. Enfin, et surtout, elles abordent des points de droit susceptibles d'influer sur la protection des biens. Il s'agit alors de savoir si ces instruments exercent une influence sur le contenu de la législation en matière de protection des biens de la famille (1) et s'il est possible de les invoquer devant le juge français (2).

1. L'influence des conventions internationales sur la législation

497. Les conventions internationales ont initialement eu une portée assez limitée sur la législation française abordant la protection des biens (a), mais cette influence a tendance à s'accroître (b)

a. L'influence initialement limitée des conventions internationales sur la législation

498. Une influence limitée¹¹⁴⁷. – Dans les relations entre la France et les comités internationaux chargés du suivi de l'application des conventions, il semblerait que la France soit relativement active dans la mise en conformité de sa législation avec les principes posés par les conventions. En effet, dans les différents rapports établis par la France, la législation

¹¹⁴² V. *supra* n° 402.

¹¹⁴³ V. *supra* n° 474.

¹¹⁴⁴ Convention relative aux droits de l'enfant, 20 nov. 1989, préc.

¹¹⁴⁵ Convention relative aux droits des personnes handicapées, New York, 13 déc. 2006, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 2515, n° 44910, p. 3.

¹¹⁴⁶ Notamment, en matière de droit de l'enfant, la Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant de 1924 et la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 sont purement déclaratoires. Il a pu être rappelé dans le cadre de l'Assemblée Nationale que « le caractère déclaratoire de ces textes les privait de tout caractère contraignant », in P. BLOCHE, (présid.), et V. PÉCRESSE, (rapp.), *Rapport n° 2832 fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants*, t. 1 rapport, A.N., 25 janv. 2006, p. 52.

¹¹⁴⁷ V. *contra*, Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, 3^e éd., p. 34.

semble tendre vers la conformité avec les textes internationaux. Cependant, il est possible de douter de la présentation faite dans les rapports. L'influence des conventions ne semble pas si directe, les travaux préparatoires des lois font très peu état de ces textes internationaux.

499. Influence affichée mais relative. – Dans son rapport initial, transmis au Comité des droits de l'homme dans le cadre de la Convention relative aux droits de l'enfant, la France fait état de « mesures prises par anticipation »¹¹⁴⁸. Il est possible de se demander si les mesures prises par anticipation sont réellement influencées par la Convention postérieure. Le rapport indique, par exemple, que « le droit à l'expression reconnu par la Convention au mineur donne à la notion d'intérêt de l'enfant une nouvelle dimension, non que l'enfant soit juge de son intérêt, mais la juridiction aura ainsi un éclairage supplémentaire, grâce au point de vue exprimé par le mineur, pour rechercher là où réside l'intérêt de l'enfant »¹¹⁴⁹. Il semble que le législateur français soit plus enclin à se conformer à la Convention lorsqu'il a déjà amorcé une évolution de sa législation. Il ne fait alors que des modifications à la marge sans procéder à de réelles métamorphoses de son droit. Ce doute est renforcé par la présentation des « mesures nouvelles allant dans le sens de la reconnaissance du droit d'expression de l'enfant et du renforcement de son statut juridique personnel »¹¹⁵⁰. En effet, si le rapport fait mention de la loi du 8 janvier 1993, et notamment du droit de l'enfant à être entendu dans les procédures judiciaires qui le concerne¹¹⁵¹, le rapport du Sénat¹¹⁵² sur ladite loi ne fait aucune mention de la Convention. Certes, l'article du Code civil se conforme à l'article 12 de la Convention, mais il est difficile de vérifier son influence directe lorsque les travaux préparatoires de la loi ne l'évoquent pas. Le rapport français indique pourtant que le droit de l'enfant à être entendu en justice fait partie des mesures constituant « l'apport majeur de la Convention pour notre pays »¹¹⁵³. L'influence peut également être remise en cause à l'égard du deuxième rapport qui inclut, dans « les mesures prises par la France pour aligner sa législation et ses politiques sur les dispositions de la Convention depuis le dernier rapport »¹¹⁵⁴, la loi du 3 décembre 2001 sur l'égalité successorale des enfants adultérins. À n'en pas douter, le changement de législation résulte davantage de la

¹¹⁴⁸ Rapport initial de la France devant être soumis aux Comité des droits de l'homme en application de l'article 44 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CRC/C/3/Add.15), 8 avril 1993, p. 13.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 28.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 16.

¹¹⁵¹ C. civ., art. 388-1. Sur l'influence de cette prérogative sur la protection des biens voir *supra*. n° 419.

¹¹⁵² L. DEJOIE, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'administration générale*, Sénat, 2 déc. 1992, pp. 118-120.

¹¹⁵³ Rapport initial de la France (...), préc., p. 16.

¹¹⁵⁴ Deuxième rapport périodique de la France devant être soumis aux Comité des droits de l'enfant en application de l'article 44 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CRC/C/65/Add.26), 1^{er} août 2002, p. 5.

condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Mazurek*¹¹⁵⁵, que de la volonté de se conformer à la Convention relative aux droits de l'enfant. Pour preuve, les rapports parlementaires de la loi de 2001 mentionnent la condamnation par la France, alors qu'aucune mention n'est faite de la Convention internationale sur les droits de l'enfant. Cependant, les rapports sur la loi ratifiant l'Ordonnance du 4 juillet 2005¹¹⁵⁶, portant réforme de la filiation, font mention de la Convention de New York sur les droits de l'enfant. Ce constat renforce l'idée selon laquelle la prise en compte de la Convention se fait lorsque les réformes législatives nationales sont déjà amorcées dans le sens de la conformité. Ainsi, l'affirmation de la France selon laquelle « [l]e Gouvernement français a, conformément aux recommandations du Comité (§ 19 et 20), pris de nouvelles mesures afin de combattre de manière plus effective toute forme de discrimination et rendre plus conforme sa législation à la Convention »¹¹⁵⁷, notamment en abandonnant la distinction entre filiation légitime et naturelle, semble galvaudée. Si le Comité se satisfait de « [l]'adoption (...) de nombreux textes législatifs et réglementaires par l'État partie »¹¹⁵⁸, sur les questions relatives aux droits de l'enfant, il n'en demeure pas moins qu'il existe des divergences d'interprétation entre le Comité et le législateur français, ce dernier ne se conformant pas entièrement à l'ensemble des standards prévus par les conventions.

500. Le refus persistant d'une conformité totale aux conventions – Les recommandations faites par le Comité des droits des enfants ne se retrouvent pas toujours dans les, pourtant nombreuses, modifications de législation. Cette abstention peut s'analyser en une divergence de point de vue sur les questions abordées par les conventions internationales ou par l'absence de volonté de conférer des effets de droit à des recommandations. À titre d'exemple, il est possible de citer la vision du droit à l'expression de l'enfant dans les procédures qui le concerne. Le Comité des droits des enfants reproche à la France « le fait que dans la pratique l'interprétation de la législation et la définition de l'enfant "capable de discernement" laissent le champ à la possibilité de dénier à un enfant ce droit ou de le conditionner à la propre demande de l'enfant, ce qui risque d'entraîner une discrimination »¹¹⁵⁹ et l'invite à « faciliter la participation de l'enfant pour toutes questions l'intéressant, conformément à l'article 12 de la

¹¹⁵⁵ V. *infra* n° 521.

¹¹⁵⁶ L. n° 2009-61, du 16 janv. 2009, ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, J.O. 18 janv. 2009, texte n° 1.

¹¹⁵⁷ Troisième et quatrième rapports périodiques de la France devant être soumis aux Comité des droits de l'enfant en application de l'article 44 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CRC/C/FRA/4), 11 sept. 2007, p. 29.

¹¹⁵⁸ Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les États parties, Observations finales : France (CRC/C/5/Add. 240), 30 juin 2004, p. 2.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 5.

Convention, en tant que droit dont l'enfant est informé et non à titre de simple possibilité »¹¹⁶⁰. Les États doivent notamment « présumer qu'un enfant a la capacité de se forger une opinion propre et reconnaître qu'il a le droit de l'exprimer »¹¹⁶¹. Pourtant, cette recommandation n'a pas été suivie d'un plein effet. Le Défenseur des droits a appelé, de manière répétée¹¹⁶², à une modification de l'article 388-1 du Code civil pour qu'il soit en conformité avec les prescriptions de la Convention. Le législateur n'a pas encore entendu adopter un tel changement. Une telle mesure est, de plus difficile, à admettre en droit patrimonial. En effet, le Comité admet, tout de même, que l'enfant « doit être doté d'un discernement suffisant pour être capable de se forger de manière adéquate sa propre opinion sur la question »¹¹⁶³. Or, certaines questions patrimoniales peuvent être difficilement compréhensibles pour des enfants même avancés en âge. Est-il possible de considérer qu'un enfant puisse se forger une opinion sur la vente d'actions qu'il a reçues en héritage ? De même, le Comité considère que l'enfant devrait être consulté pour l'ensemble des décisions qui le concernent même indirectement, notamment sur le choix du logement¹¹⁶⁴. Ainsi, la protection du logement de la famille prévue dans le régime primaire impératif des couples mariés contrevient à la Convention relative aux droits de l'enfant, puisque les enfants du couple n'ont aucun droit d'opposition à la vente du logement de la famille lorsque les époux souhaitent tous deux le vendre. Pour une mise en conformité avec la Convention, il faudrait que la protection du logement de la famille soit réellement familiale et que chaque membre de la famille vivant dans le logement puisse faire valoir, devant le juge, un droit d'opposition au projet de vente.

501. Concernant la Convention relative aux personnes handicapées, l'exemple le plus marquant de refus de mise en conformité concerne la suppression des mesures de protection fondées sur une prise de décision substitutive. Les majeurs protégés sont considérés comme des personnes handicapées au sens de cette Convention. À ce titre, les États parties doivent respecter les prescriptions de la convention dans le cadre des régimes de protection des majeurs. Le cinquième paragraphe de l'article 12 de la Convention garantit « le droit qu'ont les personnes handicapées (...) de posséder des biens ou d'en hériter, de contrôler leurs finances ». À cet

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 6.

¹¹⁶¹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, *Le droit de l'enfant d'être entendu*, Cinquante et unième session, 20 juil. 2009, p. 7.

¹¹⁶² En ce sens, Défenseur des droits, *Rapport 2013 consacré aux droits de l'enfant, L'enfant et sa parole en justice*, 2013, spéc. p. 7 ; Défenseur des droits, *Rapport du défenseur des droits au Comité des droits de l'enfant des nations unies*, 27 février 2015, p. 16 ; Défenseur des droits, *Prendre en compte la parole de l'enfant : un droit pour l'enfant, un devoir pour l'adulte*, nov. 2020, p. 16.

¹¹⁶³ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12 (...), préc., p. 8.

¹¹⁶⁴ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), 29 mai 2013, p. 4.

égard, le Comité des droits des personnes handicapées considère que l'« approche, consistant à dénier aux personnes handicapées la capacité juridique en matière financière, doit être remplacée par un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique, conformément au paragraphe 3 de l'article 12 »¹¹⁶⁵. Il a alors enjoint la France de l'informer des « mesures prises pour abroger toutes les dispositions légales autorisant la privation de la capacité juridique en raison d'un handicap, notamment celles qui figurent dans le Code civil, (...) pour remplacer les régimes de prise de décisions au nom d'autrui par des régimes de prise de décisions assistée »¹¹⁶⁶. Il s'agit d'un véritable appel à la suppression de la tutelle et de l'habilitation familiale fondée sur la représentation¹¹⁶⁷. De plus, il faudrait que le législateur renonce à la notion d'intérêt de la personne protégée pour la remplacer par celle d'« interprétation optimale de la volonté et des préférences »¹¹⁶⁸. Ces dispositions sont soutenues par le Défenseur des droits¹¹⁶⁹. Cependant, aucune démarche législative n'a conduit à la suppression de ces régimes¹¹⁷⁰.

502. Les causes de l'influence limitée. – Au-delà des conventions au sens strict, c'est-à-dire des articles des conventions, plusieurs instruments sont émis par les comités rattachés à ces conventions. Les comités formulent des observations générales, des recommandations et des constatations. Cependant, ces instruments interprétatifs des conventions ne sont pas reconnus comme ayant une force de contrainte par l'ordre juridique interne¹¹⁷¹. C'est pourquoi le

¹¹⁶⁵ Comité des droits des personnes handicapées, Observation générale n° 1 sur l'article 12, Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité (CRPD/C/GC/1), 19 mai 2014, p. 6. Ce vœux a été rappelé postérieurement, v. Comité des droits des personnes handicapées, Observation générale n° 7 sur la participation des personnes handicapées, y compris des enfants handicapés, par l'intermédiaire des organisation qui les représentent, à la mise en œuvre de la Convention et au suivi de son application (CRPD/C/GC/7), 9 nov. 2018, p. 17

¹¹⁶⁶ Comité des droits des personnes handicapées, Liste des points concernant le rapport initial de la France (CRPD/C/FRA/Q/1), 30 oct. 2019, p. 3.

¹¹⁶⁷ Comité des droits des personnes handicapées, Observation générale n° 1 sur l'article 12, Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité (CRPD/C/GC/1), 19 mai 2014, p. 7.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 6.

¹¹⁶⁹ Défenseur des droits, *Avis n° 18-22, audition par les rapporteurs de la commission des loi du Sénat sur le projet de loi n° 463 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice*, 27 sept. 2018, pp. 26-27 ; Défenseur des droits, *Avis n° 18-26, audition par les rapporteurs de la commission des lois l'Assemblée nationale sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice*, 31 oct. 2018, p. 30 ; Défenseur des droits, *Avis n° 19-10, audition de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur les droits fondamentaux des majeurs protégés*, 10 janv. 2019, p. 4 ; Défenseur des droits, *Rapport sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH)*, juil. 2020, p. 33. V. également un rapport rendu au Défenseur des droits, M. BLATMAN, *L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport au défenseur des droits*, déc. 2016, p.177.

¹¹⁷⁰ Sur la nécessité d'un maintien, v. *supra* n° 481. Sur le réaménagement des mesures de protection v. *infra* n° 986 s.

¹¹⁷¹ En ce sens v. Y. KERBRAT, « Comités des droits de l'homme et autres comités mis en place par les conventions de protection des droits de l'homme des Nations Unies », *J.-Cl.*, 1^{er} avril 2015, n° 29 ; D. NOGUÉRO, « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations unies relative aux droits des

législateur français n'est pas tenu de conformer sa législation aux différentes recommandations émises par les comités à son égard¹¹⁷², ni aux observations générales, ou encore aux constatations faites dans le cadre de la procédure de plainte¹¹⁷³. Seule la convention est contraignante pour les États. Toutefois, comme leur interprétation, par les organes dédiés, n'est pas contraignante, l'influence de ces conventions s'en trouve limitée. La mise en conformité est généralement progressive et plus en accord avec la tradition juridique des États membres.

503. Malgré ces réticences idéologiques et une contrainte juridique faible, l'influence des conventions internationales progresse en matière patrimoniale.

b. L'influence progressive des conventions internationales sur la législation

504. L'influence progressive. – L'influence des conventions internationales sur la législation, en matière de protection des biens dans le cadre familial, se manifeste à plusieurs égards. Le Défenseur des droits est un relais important des conventions internationales au niveau national. L'influence se retrouve également dans les références, plus fréquentes ces dernières années, au sein des rapports parlementaires de la conformité aux conventions. De plus, les conventions internationales trouvent à s'appliquer en France par l'utilisation qui en est faite par la Cour européenne des droits de l'homme. Cependant, malgré cette influence grandissante, il existe encore des freins à la pleine mise en œuvre des conventions internationales : les difficultés de lisibilité de l'articulation de certaines recommandations des comités et le refus persistant du législateur français de s'éloigner radicalement de la philosophie législative qu'il a mise en place.

505. Le relais du Défenseur des droits. – Le Défenseur des droits est un relais national de l'application des différentes conventions internationales. En effet, contrairement aux rapports parlementaires qui font peu référence aux conventions, les rapports du Défenseur des droits se font en bonne partie à l'aune des engagements internationaux de la France. Il effectue tant des rapports thématiques sur les questions qui influencent la protection des biens, qu'il émet des avis, sur autosaisine ou saisine parlementaire, sur les projets ou propositions de lois envisagés.

personnes handicapées », *RDSS* 2016, p. 964 ; Défenseur des droits, rapport sur la protection juridique des majeurs vulnérables, préc., p. 16.

¹¹⁷² V. notamment, Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, 3^e éd., p. 28.

¹¹⁷³ En ce sens, v., P. BLOCHE, (présid.), et V. PÉCRESSE, (rapp.), *Rapport n° 2832 (...)*, préc. p. 54 ; Rép. Min. Europe et des affaires étrangères, J.O., Sénat, 31 janv. 2019, p. 571.

Ce relais national des obligations internationales de la France contribue à l'influence que les conventions peuvent avoir sur la législation, notamment en matière de protection des biens¹¹⁷⁴.

506. Les références aux conventions dans les travaux parlementaires. – En partie sous l'influence du Défenseur des droits, les travaux préparatoires des réformes les plus récentes font mention des conventions internationales. Ainsi, le rapport du Sénat sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice fait référence à la Convention relative aux droits des personnes handicapées¹¹⁷⁵. La nouveauté de cette référence réside dans le fait que la Convention est citée dans une réforme ayant des implications patrimoniales directes¹¹⁷⁶. En effet, la Convention est citée à l'appui de la modification du régime de l'habilitation familiale fondée sur l'assistance.

507. L'application indirecte par le biais de la CEDH. – La législation française en matière patrimoniale évolue sous l'influence des condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. Tel a été le cas en matière successorale dans l'arrêt *Mazurek*¹¹⁷⁷. Or, la Cour européenne des droits de l'homme utilise la convention internationale pour faire évoluer son propre droit¹¹⁷⁸. Ainsi, l'influence des conventions internationales sur la législation française pourrait être médiée par le biais de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour a, à plusieurs reprises, fait référence, dans sa jurisprudence, à la Convention relative aux droits de l'enfant et à la Convention relative aux droits des personnes handicapées¹¹⁷⁹. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas l'organe chargé de l'application des conventions onusiennes. Toutefois, elle utilise le droit onusien pour interpréter sa propre Convention. Ainsi, il est possible à l'avenir que la France puisse être

¹¹⁷⁴ Par exemple, sur la question de l'ouverture de l'habilitation familiale à la technique de l'assistance, v. Défenseur des droits, *Avis n° 18-22, audition par les rapporteurs de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi n° 463 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice*, 27 sept. 2018, p. 25.

¹¹⁷⁵ F.-N. BUFFET et Y. DÉTRAIGNE, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur le projet de loi (procédure accélérée) de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et sur le projet de loi organique (procédure accélérée) relatif au renforcement de l'organisation des juridictions*, Sénat, 3 oct. 2018, p. 140.

¹¹⁷⁶ Sur l'absence de référence des conventions internationales dans les réformes des successions de 2001 et 2006, v. *supra* n° 499.

¹¹⁷⁷ CEDH, 1^{er} fév. 2000, *Mazurek c. France*, Req. n° 34406/97 ; D. 2000. 332, note THIERRY ; *ibid.* 626, chron. VAREILLE ; RDSS 2000. 607, obs. MONÉGER ; RTD civ. 2000. 311, obs. HAUSER ; *ibid.* 429, obs. MARGUÉNAUD ; *ibid.* 601, obs. PATARIN ; GAJC, 12^e éd., 2007, n° 99.

¹¹⁷⁸ V. en particulier, CEDH, *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 nov. 2008, Req. 34503/97, spéc. § 65 à 86. Pour un commentaire de cet arrêt v. J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux », D. 2009, p. 739.

¹¹⁷⁹ Pour la Convention relative aux droits des personnes handicapées, voir, CEDH, *Glaisen c. Suisse*, 25 juin 2019, Req. n° 40477/13, spéc. § 47 ; CEDH, *Çam c. Turquie*, Req. 51500/08, 23 fév. 2016, spéc. § 38, § 53 et § 65. Pour la Convention relative aux droits de l'enfant, voir, CEDH, *Pini et autres c. Roumanie*, Req. 78028/01 et 78030/01, 22 juin 2004, spéc. § 100, § 132 et § 139.

condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour une violation de la Convention européenne des droits de l'homme interprétée à la lumière des conventions internationales¹¹⁸⁰.

508. L'illisibilité des recommandations des comités. – Les recommandations faites par les comités ne sont pas toujours très lisibles lorsqu'il s'agit de les articuler les unes avec les autres. Ce manque de lisibilité est palpable sur la question des enfants de familles monoparentales. En effet, d'une part, le Comité des droits des enfants souhaite que les enfants des familles monoparentales ne subissent pas de discrimination¹¹⁸¹, de l'autre, il rappelle que « l'intérêt de l'enfant peut être en contradiction avec l'objectif d'égalité des droits des parents »¹¹⁸². Ces intérêts, qui peuvent sembler distincts, sont susceptibles d'entrer en conflit. Cette contradiction doit alors se résoudre en donnant un poids prépondérant à l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹⁸³. La lisibilité n'étant pas aisée, il est possible de se demander si l'Ordonnance de 2015¹¹⁸⁴, qui a unifié les régimes d'administration légale, est conforme à la Convention relative aux droits de l'enfant. En effet, si la modification législative a mis un terme à la différence de traitement à l'encontre des familles monoparentales, elle a conduit à amoindrir la protection des enfants issus de telles familles¹¹⁸⁵. Il apparaît que l'ordonnance, en réduisant le recours au juge dans les familles monoparentales, favorise davantage le droit égal des parents que l'intérêt supérieur de l'enfant. Les recommandations émises par le Comité semblent donc rencontrer des difficultés de transcription en droit interne, pour le moins en matière patrimoniale.

509. Des difficultés apparaissent également concernant la Convention des droits des personnes handicapées. Le Défenseur des droits met en lumière le mécanisme du mandat de protection future car il « permet de s'assurer de la prise en compte de[s] volontés [du majeur protégé] lorsque l'expression d'un avis ou d'un consentement sera devenue difficile ou impossible. Devenu inapte à pourvoir seul à ses intérêts, le majeur bénéficiera des conditions de vie qu'il a choisies et qui respectent sa volonté »¹¹⁸⁶. Cependant, est-ce réellement la philosophie de la Convention ? D'abord, la référence à l'intérêt du majeur ne semble pas conforme. Ensuite, il n'est pas certain que la philosophie de la Convention, telle qu'interprétée par le Comité, soit de fonder l'entière protection sur des volontés passées. Il semblerait au

¹¹⁸⁰ Défenseur des droits, Rapport sur la protection juridique des majeurs vulnérables, préc., p. 14.

¹¹⁸¹ Comité des droits de l'enfant, Liste des points concernant le cinquième rapport périodique de la France, (CRC/C/FRA/Q/5), 23 juillet 2015, pp. 1-2.

¹¹⁸² Défenseur des droits, *Avis n° 14-06, sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant*, 2 juin 2014, p. 2.

¹¹⁸³ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14 (...), préc., p. 6.

¹¹⁸⁴ Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015, préc.

¹¹⁸⁵ V. *supra* n° 270.

¹¹⁸⁶ Défenseur des droits, Rapport sur la protection juridique des majeurs vulnérables, préc., p. 21.

contraire qu'il souhaite prendre en compte les volontés les plus actuelles du majeur. Enfin, si le majeur est complètement inapte à pourvoir seul à ses intérêts, il est difficile de concevoir qu'il conserve sa capacité concurremment au mandataire. Par ailleurs, le Défenseur des droits reconnaît que « [l]a diminution ou la perte du patrimoine peut avoir de graves conséquences sur les conditions de vie du majeur protégé »¹¹⁸⁷. Toutefois, comment engager une protection efficace des biens du majeur si elle ne peut se faire qu'en conseil, sans préjudice de la volonté du majeur ? Il n'est même pas certain qu'il soit possible d'engager la responsabilité des professionnels intervenant dans les actes litigieux s'il est prouvé qu'ils ont suivi la volonté du majeur et que les conseils nécessaires lui ont été délivrés.

510. Un dernier exemple permet d'illustrer la complexité de l'articulation des droits personnels et patrimoniaux. En effet, la reconnaissance de la possibilité pour le majeur protégé de donner seul son consentement à mariage, sans autorisation préalable, a nécessairement des implications au niveau patrimonial. Le Défenseur des droits affirme sur la question de « la protection des intérêts patrimoniaux du majeur protégé, [qu']il appartient au curateur, au conseil de famille ou au juge de l'accompagner dans le choix d'un régime matrimonial adapté »¹¹⁸⁸. Ces recommandations ont été suivies par le législateur, l'alinéa premier de l'article 1399 prévoit désormais que « le majeur en tutelle ou en curatelle ne peut passer de conventions matrimoniales sans être assisté, dans le contrat, par son tuteur ou son curateur », à peine de nullité de la convention. L'article 1399, alinéa 3, du Code civil prévoit quant à lui que « la personne en charge de la mesure de protection peut saisir le juge pour être autorisée à conclure seule une convention matrimoniale, en vue de préserver les intérêts de la personne protégée ». Cependant, le Défenseur des droits semble oublier que l'adoption du contrat de mariage nécessite l'accord des deux époux. Ainsi, pour que l'alinéa premier trouve à s'appliquer, il faut que le majeur protégé et son conjoint veuillent conclure une telle convention ; dans le cadre de l'alinéa 3, il faudra que le conjoint consente au contrat dont le protecteur demande la réalisation. La protection des intérêts patrimoniaux du majeur qui découlent du mariage semble ainsi difficile à respecter en l'absence de collaboration du conjoint¹¹⁸⁹.

511. Si l'influence du droit onusien sur la législation française est assez limitée, il semblerait que le juge français ait plus de facilités à recourir à ces instruments.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 37.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 42.

¹¹⁸⁹ É. PECQUEUR, « Sort des majeurs protégés dans la réforme », *AJ Fam.* 2019, p. 266.

2. *L'influence des conventions internationales sur le juge*

512. La notion d'applicabilité directe. – L'influence d'une convention internationale peut également découler de l'applicabilité directe de la convention devant le juge. L'applicabilité directe permet à un justiciable d'invoquer directement le bénéfice des dispositions de la convention sans qu'il soit nécessaire qu'une loi interne intègre leur contenu dans une loi.

513. Les critères de l'applicabilité directe. – L'ordre juridique interne établit des critères qui permettent de considérer que les dispositions d'une convention internationale peuvent être invoquées directement devant le juge interne. Pour ce faire, il faut que les dispositions de la convention créent « des droits en faveur des justiciables »¹¹⁹⁰, encore que « les stipulations [soient] jugées suffisamment précises, claires et inconditionnelles »¹¹⁹¹ et qu'elles « ne nécessitent pas de mesures nationales de mise en œuvre »¹¹⁹². Le juge interne est le seul à pouvoir déterminer si une disposition d'une convention réunit les critères de l'applicabilité directe¹¹⁹³. Cette démarche de vérification par le juge interne de l'applicabilité directe des dispositions contrevient à l'idée des comités qui considèrent les conventions comme directement applicables dans leur totalité¹¹⁹⁴.

514. L'applicabilité directe des articles de la Convention relative aux droits de l'enfant. – La Cour de cassation a initialement refusé de reconnaître l'applicabilité directe des articles de la Convention relative aux droits de l'enfant¹¹⁹⁵. Ce n'est qu'à partir de 2005 que la Cour de cassation a admis l'applicabilité directe de certains de ces articles. Notamment, elle a considéré l'article 3-1, relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant, et l'article 12-2, relatif au droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures judiciaires, comme étant d'application

¹¹⁹⁰ Réponses écrites du gouvernement de la France à la liste des points à traiter (CRC/C/FRA/Q/4) établie par le Comité des droits de l'enfant à l'occasion de l'examen des troisième et quatrième rapports périodiques de la France (CRC/C/FRA/Q/4/Add. 1), 21 avril 2009, p. 3.

¹¹⁹¹ *Ibid.*, p. 3 ; dans le même sens, v. Cinquième rapport périodique de la France devant être soumis au Comité des droits de l'enfant en application de l'article 44 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CRC/C/FRA/5), 28 janv. 2015, p. 5.

¹¹⁹² Rapport initial soumis par la France en application de l'article 25 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées au Comité des droits des personnes handicapées (CRPD/C/FRA/1), 8 mai 2016, p. 4.

¹¹⁹³ Troisième et quatrième rapports périodiques de la France (...), préc., p. 6 ; Cinquième rapport périodique de la France (...), préc., p. 5.

¹¹⁹⁴ Par exemple, concernant la Convention relative aux droits de l'enfant, v. Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les États parties, Observations finales : France (CRC/C/FRA/CO/5), 23 février 2016, p. 2 ; Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les États parties, Observations finales : France, (CRC/C/FRA/CO/4), 22 juin 2009, p. 3.

¹¹⁹⁵ Troisième et quatrième rapports périodiques de la France (...), préc., p. 6. Pour le refus de l'application des articles 3 et 12 de la Convention, voir, Civ. 1^{re}. 10 mars 1993, n° 91-11.310, Bull. civ. I, n° 103 ; *D.* 1993. 361. note MASSIP ; *RTD civ.* 1993. 341, obs. HAUSER ; *RDSS* 1993. 533, note MONÉGER.

directe¹¹⁹⁶. Ce revirement participe à la revalorisation de la place de l'enfant au sein de sa famille, notamment dans ses relations avec ses parents¹¹⁹⁷. Bien que les décisions ne soient pas rendues en matière patrimoniale, il est certain que ces articles pourraient être invoqués dans le cadre d'un litige relatif à l'administration légale des biens de l'enfant ou encore dans le cadre d'une succession échue à un enfant mineur¹¹⁹⁸.

515. L'applicabilité directe de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. – La Convention relative aux droits des personnes handicapées est entrée en vigueur le 20 mars 2010. Le recul concernant l'applicabilité directe de ses dispositions est donc moindre que celui de la Convention relative aux droits de l'enfant. La Cour de cassation n'a pas encore précisé les articles pouvant être considérés comme d'application directe. Dans son rapport transmis au Comité des droits des personnes handicapées, la France a fait savoir que l'applicabilité directe d'une disposition doit être décidée par le juge interne, conformément aux critères susmentionnés¹¹⁹⁹. Ainsi, il est « malaisé de savoir d'emblée si tel ou tel article d'une Convention des Nations unies peut être considéré comme pourvu ou non d'effet direct en droit interne »¹²⁰⁰. Un rapport commandé par le Défenseur des droits à M. BLATMAN éclaire sur l'éventuelle applicabilité directe des dispositions de la convention¹²⁰¹. Le rapport émet, notamment, des doutes sur la possibilité de considérer que l'article 12, §2, relatif à la capacité juridique, est d'application directe¹²⁰². Cette conclusion rassure pour le maintien des régimes de protection des majeurs fondés sur la représentation. De la même manière, l'article 12, § 4, relatif au respect des volontés et préférences en lieu et place de l'intérêt, et l'article 12, § 5, ayant plus particulièrement attiré aux rapports du majeur avec ses biens, ne seraient pas d'applicabilité directe¹²⁰³.

¹¹⁹⁶ Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-20.613, Bull. civ. I, n° 212 ; *RDSS* 2005. 814 obs. NEIRINCK ; *D.* 2005. 1909, note ÉGÉA ; *RTD civ.* 2005, note REMY-CORLAY. Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-16.336, Bull. civ. I, n° 211 ; *Rev. crit. DIP* 2005. 679, note BUREAU ; *D.* 2005. 2125, note LEMOULAND ; *JCP* 2005. IV. 2481 ; *RTD civ.* 2005. 583, obs. HAUSER. Civ. 1^{re}, 13 juil. 2005, n° 05-10.519 et 05-10.521, Bull. civ. I, n° 334, p. 276 ; *RTD civ.* 2005. 763, obs. HAUSER ; *D.* 2006. 1778, note JAULT-SESEKE et PIGACHE.. Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n° 04-16.942, Bull. civ. I, n° 245, p. 207 ; *Rev. crit. DIP* 2005. 679, note BUREAU ; *RTD civ.* 2005, note REMY-CORLAY ; *D.* 2005. 2790, note BOULANGER. Civ. 1^{re}, 22 nov. 2005, n° 03-17.912, Bull. civ. I, n° 434, p. 364 ; *RTD civ.* 2006. 101, obs. HAUSER ; *RDSS* 2006. 349, note BRUGGEMAN ; *D.* 2006. 554, note BOULANGER.

¹¹⁹⁷ V. *supra* n° 413.

¹¹⁹⁸ L'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant pourrait notamment être invoqué par un enfant issu d'un inceste, rendant impossible l'établissement des deux filiations, qui se voit privé de la succession du parent qui n'est pas juridiquement reconnu comme tel. Sur l'intérêt supérieur de l'enfant incestueux en matière de succession, v. *supra*, n° 444.

¹¹⁹⁹ Rapport initial soumis par la France en application de l'article 25 (...), préc., p. 4.

¹²⁰⁰ M. BLATMAN, *op. cit.*, p. 119.

¹²⁰¹ V. *ibid.*, pp. 207 – 374.

¹²⁰² *Ibid.*, pp. 264-265.

¹²⁰³ *Ibid.*, pp. 268-269.

516. Les conséquences en matière de protection des biens. – Il semblerait que l'applicabilité directe des articles 3 et 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant puisse avoir des effets en matière patrimoniale, puisqu'ils peuvent être directement invoqués par les justiciables. Tel ne devrait pas être le cas pour les articles de la Convention relative aux droits des personnes handicapées qui peuvent influencer sur la protection des biens dans le cadre familial. Dans ce dernier cas, il semblerait que la Convention ne puisse faire évoluer la protection des biens que par sa prise en compte par le législateur lors de l'élaboration de la loi. Cependant, il est possible de se demander si les prévisions du rapport ne sont pas, à terme, illusoire. En effet, la Convention relative aux droits des personnes handicapées pourrait connaître le même destin que celle relative aux droits de l'enfant. Cette dernière, longtemps écartée par le juge, est désormais, en partie, applicable directement. Dans un tel cas, une révolution législative deviendrait nécessaire. En effet, la gestion des biens dans le régime de tutelle et d'habilitation familiale usant du mécanisme de la représentation pourrait être écartée par le juge. L'abus de ce système pourrait conduire les créanciers des personnes sous tutelle à demander le bénéfice de l'article 12 de la Convention pour écarter la nullité d'un acte passé par le seul tuteur, alors qu'il n'en avait pas le pouvoir, sous prétexte que le contrat était conforme à sa volonté et à ses préférences. De plus, comme il a été vu, ces articles pourraient trouver application par le biais de la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci influençant aussi la protection des biens dans le cadre de la famille¹²⁰⁴.

B. L'influence de la CEDH

517. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme. – La prise en compte des droits de l'homme « à l'intérieur du droit français constitue une révolution culturelle majeure, comparable à celle qu'avait été en son temps le Code civil de 1804 »¹²⁰⁵. La Cour européenne des droits de l'homme élabore un droit matériel en matière de protection des biens dans le cadre familial (1). Il conviendra de déterminer l'influence qu'a ce droit sur le droit interne (2).

1. La construction d'un droit matériel

518. En matière de protection des biens, la Cour européenne des droits de l'homme construit sa jurisprudence autour de deux approches : celle, principale, de la non-discrimination (a) et celle, plus discrète, de la protection du domicile (b).

¹²⁰⁴ V. *supra* n° 507.

¹²⁰⁵ Ph. MALAURIE, « La convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *JCP N* n° 49, 6 déc. 2002, 1678.

a. *L'approche principale : la non-discrimination*

519. La non-discrimination. – La non-discrimination est le fait de ne pas traiter distinctement des situations dans lesquelles les protagonistes sont considérés comme étant dans une situation identique¹²⁰⁶. La particularité de cette approche est que la non-discrimination s'analyse au regard d'un autre droit protégé par la Convention européenne des droits de l'homme¹²⁰⁷. Les articles, auxquels la Cour européenne a recours en matière patrimoniale, sont l'article 8, relatif à la vie privée et familiale, et l'article premier du protocole n° 1, relatif à la propriété. L'apport essentiel de la Cour européenne des droits de l'homme réside dans sa jurisprudence relative à la non-discrimination des enfants naturels et adultérins. L'étude de la jurisprudence de la Cour relative à la discrimination des couples homosexuels dans l'accès à une organisation juridique de leurs biens ne sera pas envisagée car elle n'a pas donné lieu à une condamnation de la France en raison de la mise en place du PACS, puis de l'extension du mariage aux couples homosexuels¹²⁰⁸.

520. Le principe de non-discrimination en matière successorale : l'arrêt *Marckx*. – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la non-discrimination des enfants naturels en matière successorale est particulièrement riche. La Cour s'est, d'abord, prononcée dans une affaire *Marckx contre Belgique*¹²⁰⁹, afin de déterminer si un État pouvait prévoir des droits successoraux restreints pour un enfant naturel, par rapport à un enfant légitime¹²¹⁰. Dans cet arrêt, la Cour reconnaît la tradition juridique de distinction des enfants selon la nature de leur filiation et les conséquences dans le domaine patrimonial, qu'il a pu exister dans les législations des États membres¹²¹¹. Cependant, la Cour affirme que la Convention doit être interprétée « à la lumière des conditions d'aujourd'hui »¹²¹², interprétation évolutive et actuelle qui lui permet d'étendre la conception des notions comprises dans la Convention¹²¹³. Ainsi, cette interprétation évolutive lui permet de considérer que la vie familiale « ne comprend pas uniquement des relations de caractère social, moral ou culturel (...) ; elle

¹²⁰⁶ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Req. n° 6833/74, § 32.

¹²⁰⁷ CESDH, art. 14.

¹²⁰⁸ CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, 9 juin 2016, Req. n° 40183/07.

¹²⁰⁹ CEDH, *Marckx c. Belgique*, préc.

¹²¹⁰ La Cour européenne des droits de l'homme commence, en réalité, par vérifier l'existence d'une vie familiale entre la mère et l'enfant naturel, pour s'assurer de l'applicabilité de l'article 8 de la Convention. Ainsi, la Cour participe, à certains égards, à l'évolution de la définition de la famille, évolution qui induit des conséquences au niveau patrimonial.

¹²¹¹ CEDH, *Marckx c. Belgique*, préc., § 58.

¹²¹² *Ibidem*.

¹²¹³ A. GOUTTENOIRE et F. MARCHANDIER, « La famille dans la Convention européenne des droits de l'homme : retour sur 70 ans de jurisprudence », *Dr. fam.* n° 4, avril 2021, étu. 8.

englobe aussi des intérêts matériels »¹²¹⁴, et donc les questions successorales. La Cour conclut à la violation de l'article 14, combiné avec l'article 8, en raison de la différence de traitement faite par le droit successoral belge entre les enfants légitimes et les enfants naturels. C'est bien la discrimination entre les différentes filiations qui permet à la Cour de conclure à la violation de la Convention car elle rejette la violation du texte sur le seul fondement de l'article 8 pris isolément. La Cour admet également la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 et de l'article 14 combiné avec l'article premier du Protocole n° 1, à l'égard de la mère ; en raison de la distinction faite par la législation belge entre les mères célibataires et les femmes mariées¹²¹⁵. Cet arrêt marque le début de la construction jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme qui vise à assurer une égalité de traitement entre les enfants, sans distinction de la nature de leur filiation.

521. Le cas de la France : l'arrêt *Mazurek*. – En matière de discrimination successorale en raison de la nature de la filiation, s'est construite une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de la France. Dans l'arrêt *Mazurek* contre France¹²¹⁶, la Cour reconnaît explicitement que « la protection de la famille traditionnelle [peut] être considérée comme légitime »¹²¹⁷, mais rappelle que la Convention s'interprète « à la lumière des conditions actuelles »¹²¹⁸ et affirme l'attachement des États membres « à l'égalité en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage »¹²¹⁹. La Cour considère que si le but poursuivi peut être légitime, les solutions mises en place par la France ne sont pas proportionnées. Elle conclut à la violation de l'article premier du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14. La Cour limite ainsi drastiquement la conception française de la protection des biens dans le cadre familial, à savoir le maintien des biens dans la famille légitime. L'argument de la disproportion tient également au fait que « l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables »¹²²⁰. Les discriminations légales sur la vocation successorale en raison de la nature de la filiation sont, une nouvelle fois, condamnées par la Cour européenne ; sa jurisprudence marque son attachement au principe d'égalité des filiations. Certains auteurs considèrent que la législation française ne pouvait

¹²¹⁴ CEDH, *Marckx c. Belgique*, préc., § 52

¹²¹⁵ *Ibid.*, § 65.

¹²¹⁶ CEDH, 1^{er} fév. 2000, *Mazurek c. France*, Req. n° 34406/97 ; D. 2000. 332, note THIERRY ; *ibid.* 626, chron. VAREILLE ; RDSS 2000. 607, obs. MONÉGER ; RTD civ. 2000. 311, obs. HAUSER ; *ibid.* 429, obs. MARGUÉNAUD ; *ibid.* 601, obs. PATARIN ; GAJC, 12^e éd., 2007, n° 99.

¹²¹⁷ CEDH, *Mazurek c. France*, préc., § 50.7

¹²¹⁸ *Ibid.*, § 49.

¹²¹⁹ *Ibid.*, § 49.

¹²²⁰ *Ibid.*, § 54.

résister au principe de non-discrimination¹²²¹, mais ils ne se placent que du côté de l'enfant adultérin. L'individualisation est très marquée car il ne s'agit pas d'envisager une situation au regard de l'ensemble de la famille en cause, mais d'un individu en particulier. *A contrario*, d'autres auteurs s'interrogent sur le devenir du conjoint trompé et l'influence de la présence de l'enfant adultérin sur ses droits successoraux, en craignant une discrimination à l'égard du premier¹²²². Si le terme de discrimination à l'égard du conjoint trompé semble fort, il est vrai qu'il est toujours préférable, en droit de la famille, de raisonner au regard de l'ensemble de la famille : s'intéresser aux droits d'un de ses membres ne doit pas empêcher de regarder les conséquences sur les autres. Ainsi, l'essence individualiste des droits de l'homme est introduite dans les préoccupations patrimoniales. Cependant, « les limitations apportées à la vocation successorale ne sont pas en elles-mêmes contraires à la Convention ; elles ne le deviennent que lorsqu'elles sont discriminatoires ce qui laisse hors de portée des critiques l'institution de la quotité disponible qui relève du libre choix des parents et non d'une attribution dépendant de la filiation légitime ou naturelle »¹²²³. Sur la base des droits de l'homme, de l'égalité entre les filiations¹²²⁴, la Cour européenne a, donc, redessiné les contours de la famille en gommant les distinctions entre légitime et naturelle¹²²⁵, et a bouleversé le système de protection des biens. Bien que « [l]e statut conféré à l'enfant adultérin doit s'analyser comme une protection du conjoint et des enfants auxquels l'adultère a porté atteinte et non comme un ensemble de dispositions volontairement préjudiciables à l'enfant adultérin »¹²²⁶, la Cour européenne s'attache essentiellement au constat de l'existence de la discrimination. Certains auteurs ont vu en cet arrêt la preuve que « le droit civil des successions est (...) dominé par l'idéologie des droits de l'homme »¹²²⁷. Toutefois, les droits de l'homme ont irrigué le droit patrimonial de la famille avant même que la Cour européenne des droits de l'homme ne divise des standards en la matière. En effet, les lois dites Carbonnier, emportant notamment réforme des régimes matrimoniaux, étaient, elles aussi, porteuses d'une volonté d'égalité entre les membres du

¹²²¹ Y. FAVIER et A. TISSERAND, « L'enfant adultérin, le législateur et le juge », *LPA*, 3 mai 1995, n° 53, p. 11.

¹²²² J. THIERRY, « Droit successoraux des enfants adultérins », *D.* 2000, p. 332.

¹²²³ B. DE LAMY, « L'enfant adultérin et le droit au respect de ses biens : la Cour européenne des droits de l'homme condamne la France », *Dr. fam* n° 2, fév. 2000, comm. 33.

¹²²⁴ Certains auteurs analysent cette prise en compte de l'égalité des filiations comme l'édiction d'un véritable « standard européen de l'égalité des traitements entre enfants adultérins et enfants légitimes ou naturels », in A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, « L'incompatibilité de la réduction de la vocation successorale de l'enfant adultérin à la Convention EDH », *JCP G* n° 14, 5 avril 2000, II, 10286.

¹²²⁵ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, p. 290. L'auteure précise que « le modèle de la famille légitime serait directement mis en cause si les lois successorales venaient à décider que l'enfant adultérin est préféré au conjoint survivant, comme le serait un enfant légitime ».

¹²²⁶ A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, art. préc.

¹²²⁷ B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : dispositions politiques (...) », art. préc..

couple. L'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme, à partir de l'arrêt *Mazurek*, est simplement une nouvelle source de pénétration des droits de l'homme dans le droit patrimonial. Il est possible de remarquer dans cette affaire, contrairement à la précédente, que la Cour européenne se situe uniquement sur le terrain de l'article premier du Protocole n° 1. La Cour n'intègre pas dans son raisonnement la question de la vie familiale, alors qu'elle avait rappelé les liens étroits qu'entretiennent vie familiale et intérêts matériels dans son arrêt *Marckx*. Cette exclusion de la notion de vie familiale étonne car « il paraît un peu étrange d'affirmer que le requérant peut faire valoir le droit au respect de ses biens parce qu'il avait automatiquement acquis, du fait du décès de sa mère, des droits héréditaires sur la succession (...) or l'article 760 du Code civil n'en fait pas le propriétaire de la moitié de la succession... »¹²²⁸. La Cour distingue deux cas : le cas dans lequel la succession n'est pas encore ouverte, elle fait alors application de l'article 8, et le cas où elle l'est déjà, c'est alors l'article premier du Protocole n°1 qui est appliqué. Elle affirme également qu'il existe « une nette tendance à la disparition des discriminations à l'égard des enfants adultérins »¹²²⁹ au sein de l'espace européen. Il est vrai que la Cour soulignait déjà l'existence d'un consensus européen sur la question dans son arrêt *Marckx*. Toutefois, n'alimente-t-elle pas, elle-même, cette tendance par ses condamnations successives ? La référence à la « nette » tendance semble hors de propos lorsque la Cour contribue à l'édification de cette tendance. Dans de telles circonstances, l'utilisation du critère du consensus européen interroge.

522. Les suites de l'arrêt *Mazurek*. – À la suite de cette décision, la Cour européenne a été saisie à plusieurs reprises sur cette question par des justiciables français toujours. La Cour européenne a, de nouveau, condamné la France dans un arrêt *Merger et Cros contre France*¹²³⁰, sur le même fondement et pour les mêmes raisons. Elle précise simplement le caractère discriminatoire de « l'incapacité légale de recevoir de son père, entre vifs et pour cause de mort, plus que la moitié de la part réservataire qui lui serait revenue si elle avait été un enfant légitime »¹²³¹. Ainsi, le droit des libéralités est, logiquement, concerné par le principe de non-discrimination¹²³². Il est à noter que la condamnation a eu lieu sur le fondement de l'article 8 combiné à l'article 14. En effet, la Cour considère que l'article premier du protocole n° 1 ne

¹²²⁸ J. RUBELLIN-DEVICHI, « La réception des Conventions internationales par les juges français en droit de la famille », *JCP G* n° 5, 31 janv. 2001, doct. 293.

¹²²⁹ CEDH, *Mazurek c. France*, préc., § 52.

¹²³⁰ CEDH, 22 déc. 2004, *Merger et Cros c. France*, Req n° 68864/01.

¹²³¹ *Ibid.*, § 49.

¹²³² V. LECHEVALLIER, « Discrimination en matière de droit des successions et respect de la vie familiale », *Europe* n° 3, mars. 2005, comm. 107.

s'applique pas¹²³³ lorsque la libéralité n'a pas pu être reçue, car le bénéficiaire de cette disposition « ne vaut (...) que pour des biens actuels et ne garantit pas le droit d'en acquérir par voie de succession *ab intestat* ou de libéralités »¹²³⁴.

523. Le contentieux le plus complexe, à la suite de l'arrêt *Mazurek*, réside dans l'application dans le temps des dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001, mettant fin aux discriminations successorales touchant l'enfant adultérin. Ces dispositions prévoient que la loi de 2001 est applicable à l'ensemble des successions ouvertes lors de la publication de la loi qui n'ont pas donné lieu à un partage. L'affaire *Fabris contre France* a fait l'objet de deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme aux solutions antagonistes : un arrêt a été rendu par la cinquième section de la Cour¹²³⁵, puis un autre par la Grande chambre¹²³⁶. Dans cette affaire, un enfant adultérin souhaite remettre en cause la donation-partage conclue entre la mère et ses enfants légitimes. La Cour de cassation¹²³⁷ avait considéré que la libéralité, s'analysant en un partage, faisait obstacle à l'application immédiate de la loi de 2001 en application des dispositions transitoires. La cinquième section, de la Cour européenne des droits de l'homme, fait valoir dans son arrêt qu'il y a proportionnalité entre l'exclusion de l'application de la loi de 2001, au regard des dispositions transitoires, les droits acquis des enfants légitimes et le but de sécurité juridique¹²³⁸. La prévalence de la sécurité juridique, notamment au regard des droits acquis sur des biens, semble essentielle¹²³⁹ pour garantir la protection des biens dans le cadre familial. La solution est accueillie de manière très diverse par la doctrine française. Certains considèrent que la solution est « remarquable »¹²⁴⁰, d'autres, plus dubitatifs, admettent qu'elle est « juridiquement parfaitement fondée » tout en soulignant qu'elle « peut choquer en équité »¹²⁴¹. *A contrario*, d'autres considèrent que la solution est « bancal »¹²⁴². C'est à ces derniers que la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme donnera raison. En effet,

¹²³³ J.-P. MARGUÉNAUD, « Les prolongements sonnante et trébuchant de l'arrêt *Mazurek* », *RTD Civ.* 2005, p. 335.

¹²³⁴ CEDH, *Merger et Cros c. France*, préc., § 37.

¹²³⁵ CEDH, 5^e section, 21 juil. 2011, *Fabris c. France*, Req. n° 16574/08.

¹²³⁶ CEDH, Grande ch., 7 fév. 2013, *Fabris c. France*, Req. n° 16574/08 ; *D.* 2013. 434, obs. GALLMEISTER ; *ibid.* 1436, obs. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2013. 189, obs. LEVILLAIN ; *RTD civ.* p. 333, obs. MARGUÉNAUD ; *Dr. fam.* 2013. Focus 11, obs. LAMARCHE ; *RJPF* 2013-3/38, obs. DOUCET.

¹²³⁷ Civ. 1^{re}, 14 nov. 2007, n° 06-13.806, Bull. civ. I, n° 360 ; *D.* 2008. 133, note MBOTAINGAR ; *RTD civ.* 2008. 90, obs. HAUSER ; *RTD civ.* 2008. 337, note GRIMALDI.

¹²³⁸ CEDH, 5^e section, *Fabris c. France*, préc., § 57 et 58.

¹²³⁹ En ce sens voir, Ch. VERNIÈRES, « Droits successoraux des enfants adultérins : pas de remise en cause des dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 », *AJ fam.* 2011, p. 556.

¹²⁴⁰ C. PÉRÈS, « Le principe de sécurité juridique, dont bénéficie le contrat en matière successorale, légitime les discriminations fondées sur la naissance », *Revue des contrats* n° 1, 1^{er} janv. 2012, p. 32.

¹²⁴¹ N. FRICERO, « Le droit transitoire de la loi de 2001 est conforme à la Convention européenne », *Procédures*, n° 10, oct. 2011, comm. 305.

¹²⁴² J.-P. MARGUÉNAUD, « La Cour européenne des droits de l'homme empêtrée dans les difficultés transitoires d'application de l'arrêt *Mazurek* ou l'art européen de se tirer une balle dans le pied », *RTD Civ.* 2011, p. 732.

la Grande chambre adopte une position radicalement différente de celle de la cinquième section : « la Cour juge contestable qu'en 2007, des années après les arrêts *Marckx* et *Mazurek* précités, le juge national ait pu moduler différemment la protection de la sécurité juridique selon qu'elle était opposée à un enfant légitime ou à un enfant "adultérin" »¹²⁴³ et conclut à la violation de l'article premier du protocole n° 1 combiné avec l'article 14. En effet, l'action en réduction aurait été admise si elle avait été menée à l'initiative d'un enfant légitime¹²⁴⁴. Le principe d'égalité entre les filiations en matière successorale est réaffirmé avec force¹²⁴⁵. En une telle matière, il semble impossible d'assouplir le principe de non-discrimination, qui est appliqué de manière « inconsciente »¹²⁴⁶ aux yeux d'une partie de la doctrine. Pour le moins, la Cour « procède à une interprétation très stricte de la proportionnalité entre ce but de sécurité juridique et l'interdiction pour l'enfant né hors mariage de revendiquer sa part d'héritage »¹²⁴⁷.

524. Ce principe est réaffirmé¹²⁴⁸ dans l'arrêt *Quilichini contre France*¹²⁴⁹. Le cas de figure était un peu différent, en effet, la requérante demandait le bénéfice des dispositions de la loi du 3 décembre 2001 uniquement pour un partage intervenu en 2005, à la suite d'un partage partiel effectué en 1992. Ce « partage partiel [est] insusceptible de remise en cause »¹²⁵⁰, ce qui n'est pas le cas du partage intervenu en 2005, car « la détermination de quote-part ne vaut pas partage »¹²⁵¹. Cette réaffirmation semble faire de l'enfant adultérin « l'enfant roi »¹²⁵² de la Cour européenne des droits de l'homme. En tout état de cause, la Cour européenne lui accorde une place dans sa famille et en tire les conséquences sur le plan patrimonial en refusant toute discrimination à son égard en France, depuis l'arrêt *Mazurek*.

525. Finalement, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est claire. Tous les partages effectués après le prononcé de l'arrêt *Mazurek* doivent se conformer au

¹²⁴³ CEDH, Grande ch., *Fabris c. France*, préc., § 72.

¹²⁴⁴ J. HAUSER, « Nul ne peut invoquer sa propre négligence ou l'extraction douloureuse d'une balle dans le pied par la Grande chambre ! », *RTD Civ.* 2013, p. 358.

¹²⁴⁵ F. SUDRE, « Droits successoraux des enfants "adultérins" : zéro pointé pour la Cour de cassation », *JCP G* n° 9, 25 fév. 2013, 242.

¹²⁴⁶ M. LAMARCHE, « Dispositions transitoires, "sécurité juridique" et paix des familles versus égalité des filiations ou les retentissements dans le temps de la jurisprudence *Mazurek* : *Fabris c/ France*, Acte II », *Dr. fam.* n° 3, mars 2013, alerte 11.

¹²⁴⁷ N. FRICERO, « Non-discrimination entre enfants », *Procédures* n° 4, avril 2013, comm. 105.

¹²⁴⁸ A.-M. LEROYER, « Quand l'enfant adultérin hérite de l'État, une nouvelle fois ! », *RTD Civ.* 2019, p. 306.

¹²⁴⁹ CEDH, 14 mars 2019, *Quilichini c. France*, Req n° 38299/15 ; *D. actu.* 27 mars 2019, obs. BOISSON ; *AJ fam.* 2019. 300, obs. LEVILLAIN ; *RTD Civ.* 2019, 306, obs. LEROYER.

¹²⁵⁰ N. LEVILLAIN, « Droits successoraux de l'enfant adultérin : un accord sur la réparation des droits successoraux dans un partage à venir ne vaut pas partage au sens de l'article 25, II, 2°, de la loi du 3 décembre 2001 », *AJ Fam.* 2019, p. 300.

¹²⁵¹ *Ibidem.*

¹²⁵² J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, « L'enfant adultérin devenu enfant roi par la grâce de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP N* n° 3, 17 janv. 2020, 1020.

principe de non-discrimination des filiations en matière successorale. C'est ce que rappelle en creux l'arrêt *E.S. contre France*¹²⁵³. En effet, dans cette affaire, l'enfant adultérin « avait accepté le partage amiable »¹²⁵⁴ intervenu en 1996, soit avant l'arrêt *Mazurek*. Or, la Cour considère que « les actes ou situations juridiques antérieures au prononcé de l'arrêt de la Cour »¹²⁵⁵ n'ont pas à être remis en cause par les États parties, « cela revient à garantir la stabilité des partages réalisés en France avant le 1^{er} février 2000 »¹²⁵⁶. Il est tout de même possible de remarquer que le partage avait eu lieu en 1996, soit après « l'arrêt *Marckx* de 1979 et surtout [après] l'arrêt *Inze contre Autriche* du 28 octobre 1987 qui avait déjà stigmatisé une inégalité successorale frappant l'enfant adultérin »¹²⁵⁷. La Cour retarde ainsi l'application de sa jurisprudence à la seule condamnation de la France.

526. La jurisprudence de la Cour européenne se montre hostile à la législation française sur la vocation successorale des enfants adultérins : d'abord, sur la discrimination organisée par la loi, proprement sur la vocation successorale des enfants adultérins, puis sur l'aménagement temporel de la loi nouvelle. Ainsi, la conception française de la protection des biens au sein de la famille légitime est battue en brèche. Si cette jurisprudence est l'apport majeur de la Cour en matière de protection des biens, il est une question plus discrète et moins commentée, celle de la protection en nature des biens lors de la liquidation du régime matrimonial.

b. L'approche discrète : la protection du domicile

527. La protection du domicile. – Le domicile est un droit protégé par la Cour européenne des droits de l'homme en ce qu'il est compris dans l'article 8 de la Convention visant à protéger la vie privée et familiale. L'affaire *Zrilić contre Croatie*¹²⁵⁸ s'intéresse aux rapports entre protection du domicile et liquidation du régime matrimonial consécutive à un divorce. En effet, la liquidation du régime matrimonial des époux divorcés avait entraîné la vente sur licitation partage du logement des anciens époux. Le mari avait acquis la part de son ex-conjointe. Cette dernière reprochait aux juridictions internes de ne pas avoir partagé l'immeuble en nature et d'avoir autorisé la vente sur licitation partage, alors que le montant de sa part ne lui permettait pas d'acheter un nouveau logement¹²⁵⁹. La requérante considérait que cette décision

¹²⁵³ CEDH, 10 fév. 2009, *E.S. c. France*, Req. n° 49714/06.

¹²⁵⁴ *Ibid.*, § 1 de la solution.

¹²⁵⁵ *Ibidem*.

¹²⁵⁶ J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, art. préc.

¹²⁵⁷ *Ibidem*.

¹²⁵⁸ CEDH, *Zrilić c. Croatie*, 3 oct. 2013, Req. n° 46726/11 ; *RTD Civ.* 2013, 810, obs. MARGUÉNAUD.

¹²⁵⁹ *Ibid.*, § 51.

contrevenait à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme au regard des liens particuliers qu'elle entretenait avec le logement : elle avait participé à sa construction, l'avait habité pendant plusieurs années et continuait de l'occuper après le divorce. Si la Cour considère, dans cette affaire, qu'il n'y a pas violation de l'article 8, elle pose les critères qui lui permettraient de caractériser la violation. Ainsi, la Cour commence par vérifier si le droit au domicile est bien en jeu. Pour ce faire, elle s'appuie largement sur la participation de la requérante à la construction du logement et sur le fait qu'elle a habité le logement pendant le mariage, mais également après le divorce. Ce faisceau d'indices lui permet de qualifier les liens de la requérante avec le logement¹²⁶⁰. La Cour estime qu'il n'y a pas violation de l'article 8 lorsque le logement des époux n'est pas susceptible d'être partagé en nature, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible de créer deux logements distincts, car la construction se présente en une seule unité. Par ailleurs, la Cour considère que le fait que la requérante ne puisse pas acheter un nouveau logement avec la part qu'elle a reçue, à la suite de la licitation partage, est un argument pertinent qui doit être pris en compte dans la balance des intérêts¹²⁶¹. La prise en compte de la possibilité du rachat d'un nouveau logement a pu être qualifiée de « perspective de socialisation du droit des régimes matrimoniaux »¹²⁶². En effet, ce qui semble recherché par la Cour européenne des droits de l'homme est la protection de la personne, protection qui se matérialise par l'assurance qu'il est possible pour une personne divorcée, évincée du logement familial, d'acquiescer un nouveau bien. C'est la figure de la protection de la personne par les biens. La prise en compte du lien entre la personne et ses biens conduit « à rendre subsidiaire la vente sur licitation »¹²⁶³. Ainsi, le partage en nature semble la règle dans une telle configuration¹²⁶⁴. J. - P. MARGUÉNAUD se demande si « la promiscuité est un moindre mal que le déracinement »¹²⁶⁵. La question se doit d'être posée car la philosophie législative de la France en matière de divorce tend à se conformer à celle du *clean-break*. Celui-ci correspond à l'idée selon laquelle les époux divorcés doivent au plus vite cesser toutes relations, tant personnelles que patrimoniales, afin d'apaiser les éventuelles tensions pouvant exister au moment du démariage. Cette philosophie entre en contradiction avec la volonté de faire poursuivre la cohabitation des époux dans un même immeuble, bien que divisé. Certes, cette cohabitation suppose que le logement initial puisse être facilement partagé, pour que les anciens époux aient chacun un logement séparé,

¹²⁶⁰ *Ibid.*, § 58.

¹²⁶¹ *Ibid.*, § 69. Cependant, l'argument est écarté, en l'espèce, car la requérante ne l'avait pas soulevé devant les juridictions internes.

¹²⁶² J.-P. MARGUÉNAUD, « Alerte européenne sur le droit des régimes matrimoniaux », *RTD Civ.* 2013, p. 810.

¹²⁶³ *Ibidem.*

¹²⁶⁴ *Ibidem.*

¹²⁶⁵ *Ibidem.*

mais la promiscuité demeure, et avec elle le risque de mésentente¹²⁶⁶. G. CHAMPENOIS souligne tout de même que « cette considération sentimentale pourrait se révéler d'un grand intérêt pour le droit des régimes matrimoniaux régulièrement confrontés à des situations douloureuses lorsqu'un ex-conjoint a donné tout son temps et toute son énergie à l'amélioration d'un bien qu'il faut partager ou qui doit revenir en propre à l'autre »¹²⁶⁷. Là encore se dessine une ligne de tension entre deux tendances contradictoires.

528. Prospective sur l'étendue du champ d'application. – La décision de la Cour européenne aborde le problème de manière générale sous l'angle de la protection du domicile, le droit des régimes matrimoniaux n'est pas envisagé en tant que tel. Ainsi, si la doctrine a pu parler d'« alerte européenne sur les régimes matrimoniaux »¹²⁶⁸, il n'est pas certain que l'arrêt se limite à cette discipline. Certes, la solution trouverait à s'appliquer en cas de partage du logement commun ou indivis des ex-époux. Cependant, la même solution pourrait trouver à s'appliquer dès qu'il existe un partage et que le respect du domicile entre en jeu¹²⁶⁹. Ainsi, la solution pourrait s'étendre au partenaire de PACS qui acquiert un bien en indivision, mais également aux concubins pour les mêmes raisons. En effet, lorsque le logement est acquis en indivision, les deux membres du couple pourront faire valoir leur droit au domicile dans le partage. C'est alors l'ensemble des modes de vie en couple qui pourrait être concerné lorsque le logement de la famille fait l'objet d'une appropriation partagée.

529. Plus encore, la question pourrait se poser en droit des successions. Tel pourrait être le cas pour la succession d'un époux séparé de biens qui décède en laissant un immeuble personnel constituant le logement de la famille – ou encore lorsque le logement appartient en propre à un époux commun en biens. Le bien se trouvant dans la succession du défunt pourrait faire l'objet d'un partage entre le conjoint successible et l'enfant du défunt. Le conjoint successible, respectant son obligation de communauté de vie, et l'enfant demeurant dans le logement, pourraient tous deux invoquer leur droit au respect du domicile pour obtenir une part du logement divisible.

530. Il semblerait que l'existence d'un partage soit déterminante. Ainsi, un concubin habitant dans le logement de l'autre concubin, ne pourrait pas faire valoir son droit au logement, même si celui-ci est divisible. Dans ce dernier cas, le droit au logement du concubin non propriétaire

¹²⁶⁶ G. CHAMPENOIS, « Changement et droit des régimes matrimoniaux », *Revue de droit d'Assas* n° 10, fév. 2015, p. 129.

¹²⁶⁷ *Ibid.*, p. 128.

¹²⁶⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, « Alerte européenne (...) », art. préc.

¹²⁶⁹ G. CHAMPENOIS, « Changement et droit des régimes matrimoniaux », art. préc., p. 128.

s'opposerait à la vocation en propriété de l'héritier. Il ne semble pas que la Cour européenne, qui protège également la propriété par le biais de l'article premier du Protocole n° 1, entende que le concubin non propriétaire puisse être maintenu dans les lieux. En effet, cela forcerait le propriétaire à conclure pour le moins un bail à l'autre concubin, cela ne semble pas respecter le principe de libre gestion des biens par le propriétaire. Il se pourrait que la Cour européenne effectue une mise en balance entre le droit au respect du domicile, en prenant en compte les liens particuliers qui unissent le concubin et le logement, et le droit de propriété. La Cour pourrait, notamment, prendre en compte la participation du concubin à la construction du logement, la durée de vie dans le logement, et son caractère divisible.

531. Après avoir présenté brièvement la jurisprudence de la Cour européenne en matière de droit patrimonial de la famille, il convient de s'intéresser à l'influence que ces décisions peuvent avoir sur le droit français.

2. L'influence des arrêts sur le droit français

532. L'influence des arrêts de la Cour européenne peut être étudiée à la fois sur la jurisprudence française (a) mais également sur la législation française (b).

a. L'influence des arrêts sur la jurisprudence française

533. La position délicate du juge judiciaire français. – Il est nécessaire de s'interroger sur l'influence qu'exerce la jurisprudence de la Cour européenne sur le juge national. En effet, cette influence détermine l'application du droit et a nécessairement des conséquences sur la manière d'assurer la protection des biens. L'attitude que le juge judiciaire interne doit adopter, face à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, est délicate, notamment lorsqu'elle entre en conflit avec une loi interne. Deux réponses peuvent être apportées : soit le juge continue d'appliquer la loi interne en dépit de la jurisprudence européenne, ce qu'il fait parfois en contrariété avec la hiérarchie des normes, soit il écarte la loi nationale en faveur de la jurisprudence européenne. C'est en matière de droit des successions que la question s'est posée, précisément dans la manière d'appréhender la jurisprudence de la Cour européenne en matière d'égalité des enfants adultérins.

534. La réception du principe de non-discrimination successorale. – La détermination de l'attitude du juge français face à la jurisprudence européenne nécessite de distinguer avant et après l'arrêt *Mazurek* de la Cour européenne des droits de l'homme.

535. Avant l'arrêt *Mazurek*, le juge français ne montre aucun attachement à l'application de la jurisprudence antérieure de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est ce que révèle le rappel des faits dans l'arrêt *Mazurek* de la Cour européenne des droits de l'homme qui précise que tant les juridictions du fond que la Cour de cassation ont appliqué les articles du Code civil prévoyant une discrimination à l'égard des enfants adultérins. La Cour de cassation a notamment affirmé que « la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale dont le droit est reconnu par l'article 8 de la Conventions européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés »¹²⁷⁰. La Cour de cassation s'inscrit en faux par rapport à l'arrêt *Marckx* de la Cour européenne et applique la législation interne¹²⁷¹.

536. À la suite de l'arrêt *Mazurek*, et avant l'adoption de la loi du 3 décembre 2001, le juge a connu des litiges en matière de successions comprenant des enfants adultérins. Le juge devait alors se demander s'il fallait appliquer la jurisprudence européenne en lieu et place de la loi nationale¹²⁷². La doctrine était partagée sur l'attitude à adopter. En effet, il est possible de penser que le juge se substituerait au législateur dans la modification de la loi, laissant « le pouvoir judiciaire décomposer par touches successives une œuvre dont la maîtrise d'ensemble appartient au législateur »¹²⁷³. D'autres auteurs rappellent la prééminence des traités sur le droit interne, par application de l'article 55 de la Constitution¹²⁷⁴ et se réjouissent de la recherche d'une solution juste¹²⁷⁵. L'attitude des juges, notamment du fond¹²⁷⁶, est différente depuis l'arrêt *Mazurek*. En effet, certains juges du fond ont écarté l'application des articles litigieux du Code civil pour assurer l'égalité entre les enfants légitimes et adultérins¹²⁷⁷. Cette initiative des juges

¹²⁷⁰ Civ. 1^{re}, 25 juin 1996, n° 94-14.858, Bull. civ. I, n° 268, p. 188 ; *JCP G* 1997, I, 4021 ; *JCP G* 1997, II, 22834, note MALAURIE ; *D.* 1998, p. 453, note BRUNET ; *D.* 1997, somm. p. 275, obs. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *Defrénois* 1997, p. 310, obs. MASSIP ; *Dr. fam.* 1996, n° 26, note BEIGNIER ; *RTD civ.* 1996, p. 873, obs. HAUSER, *ibid.* 1997, p. 542, obs. Marguenaud.

¹²⁷¹ J.-P. MARGUÉNAUD, « De l'indifférence des juridictions de l'ordre judiciaire aux leçons de l'arrêt *Marckx* », *RTD Civ.* 1999, p. 497. Par ailleurs, cette attitude de la première chambre civile reflète sa position classique de non-réception des arrêts de la Cour européenne rendus à l'égard d'un autre État partie. En ce sens, v. J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 7^e éd., 2016, pp. 188- 189.

¹²⁷² J.-P. MARGUÉNAUD, « La reconnaissance de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les juges du fond ou comment expurger le droit de la famille de ses archaïsmes sans attendre le législateur », *RTD Civ.* 2000, p. 930.

¹²⁷³ P. MURAT, « L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, nouveau mode d'établissement de la filiation naturelle ? », *Dr. fam.* n° 10, oct. 2000, comm. 107.

¹²⁷⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, « La reconnaissance de l'autorité interprétative des arrêts (...) », art. préc. ; B. VAREILLE, « L'enfant de l'adultère et le juge des droits de l'homme », *D.* 2000, p. 626.

¹²⁷⁵ J.-P. CHAZAL, « Raisonnement juridique (suite) : sortir de la liturgie doctrinale », *D.* 2016, p.417.

¹²⁷⁶ TGI Montpellier 2 mai 2000 ; *Defrénois* 2000, p. 1435, note MASSIP ; *Dr. fam.*, sept. 2000, n° 99, obs. GOUTTENOIRE ; ou encore CA Pau, 28 nov. 2000 ; *Dr. fam.* n° 6, juin 2001, comm. 60, BEIGNIER ; *LPA* 27 sept. 2001, n° 193, 21, MASSIP.

¹²⁷⁷ J. MASSIP, « Réaffirmation par les juges français du principe d'égalité successorale entre enfants légitimes et adultérins », *LPA* n° 193, 27 sept. 2001, p. 21.

n'est pas toujours bien accueillie par la doctrine qui dénonce des décisions « [s]ans grande réflexion quant à [leurs] effets *patrimoniaux* »¹²⁷⁸. Une intervention législative semble la manière de procéder la plus appropriée pour écarter une disposition du Code civil, bien que considérée discriminatoire¹²⁷⁹.

537. Ainsi, « [a]ussi incitatives que soient les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme il demeure qu'elles se bornent à condamner l'État considéré et qu'elles n'édicent pas une nouvelle norme destinée à s'intégrer directement dans l'ordre juridique considéré, d'autant plus quand elles postulent une abrogation pure et simple de la loi et non pas seulement un inflexissement de son interprétation »¹²⁸⁰. Pour autant, l'application, par certains juges du fond, de la jurisprudence européenne contraire à la législation française démontre que si « *de jure*, l'autorité de la chose jugée est déniée aux arrêts de la Cour de Strasbourg, (...) elle existe *de facto* lorsque les juridictions reconnaissent même implicitement ce principe de l'autorité de la chose interprétée »¹²⁸¹. L'attitude de la Cour de cassation est ambivalente, tantôt elle semble se conformer aux prescriptions européennes, tantôt elle tente de s'en affranchir.

538. Dans un arrêt du 29 janvier 2002¹²⁸², la première chambre civile de la Cour de cassation écarte, au visa de « l'article 1527, alinéa 2 du Code civil, tel qu'il doit être interprété au regard de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 14 de cette convention », l'article 1527 du Code civil en ce que sa rédaction ne permettait pas qu'il puisse être invoqué par les enfants adultérins, ce qui crée une discrimination à leur égard. L'influence de la Cour européenne est ici complète, tant dans les articles invoqués que dans la solution adoptée¹²⁸³. Certains auteurs critiquent vivement cette solution car la loi du 3 décembre 2001, qui a modifié l'article 1527 du Code civil, n'était pas applicable en l'espèce. L'utilisation rétroactive de la loi peut laisser pantois en ce qu'elle « torpille la sécurité juridique »¹²⁸⁴. Pourtant, dans d'autres arrêts, la Cour de cassation se montre plus frileuse à appliquer les principes européens et préfère se cantonner à l'application de la loi. Tel est le cas dans ses décisions du 14 novembre 2007¹²⁸⁵, du 4 mars

¹²⁷⁸ B. BEIGNIER, « La jurisprudence de la CEDH gardienne des droits des enfants adultérins », *Dr. fam.* n° 6, juin 2001, comm. 60. Dans le même ordre d'idée, certains questionnent la pertinence de la solution, v. C. PELLETIER, « Première application de la jurisprudence Mazurek par le juge français », *D.* 2001, p. 1270.

¹²⁷⁹ C. PELLETIER, art. préc.

¹²⁸⁰ J. HAUSER, « La promotion immédiate des enfants adultérins », *RTD Civ.* 2001, p. 124.

¹²⁸¹ H. BOSSE-PLATIÈRE, « Les suites de l'arrêt Mazurek dans le droit interne français », *D.* 2001, p. 1068.

¹²⁸² Civ. 1^{re}, 29 janv. 2002, n° 99-21.134 et 99-21.135, Bull. civ. I, n° 32, p. 24 ; *D.* 2002, p. 1938, note DEVERS ; *Dr. fam.* 2002, p. 21, n° 45, obs. BEIGNIER ; *Defrénois* 2002, p. 692, obs. MASSIP.

¹²⁸³ Ph. SIMLER, « Régimes matrimoniaux », *JCP G* n° 39, 25 sept. 2002, doct. 167.

¹²⁸⁴ R. LE GUIDEDEC, « Successions et libéralités », *JCP N* n° 1, 3 janv. 2003, 1007.

¹²⁸⁵ Civ. 1^{re}, 14 nov. 2007, n° 06-13.806, préc.

2015¹²⁸⁶ et du 22 mars 2017¹²⁸⁷, dans lesquelles la Cour de cassation refuse d'appliquer la loi du 3 décembre 2001 en vertu des dispositions transitoires de cette loi. Ces solutions sont bien accueillies par une partie de la doctrine¹²⁸⁸, l'autre partie pressant les condamnations à venir par la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁸⁹. En effet, la Cour européenne a condamné les solutions retenues en 2007 et 2015, dans les arrêts *Fabris* et *Quilichini*, car l'application des dispositions transitoires entraîne le maintien d'une discrimination. L'arrêt de 22 mars 2017 pourrait lui aussi subir l'ire de la Cour européenne. Il fait prévaloir un jugement, ayant simplement déterminé les droits successoraux des héritiers avant l'arrêt *Mazurek*, sur l'égalité entre enfants légitimes et adultérins, alors que le partage a eu lieu bien après l'arrêt *Mazurek*¹²⁹⁰. La Cour européenne n'est pas sensible à l'utilisation des dispositions transitoires de la loi de 2001 : soit le partage est intervenu avant l'arrêt *Mazurek*, dans ce cas, la Cour européenne admet le principe de sécurité juridique ; soit la succession n'est pas entièrement réglée avant le prononcé de l'arrêt *Mazurek*, dans ce cas, si le partage n'est pas encore intervenu, la Cour européenne fait prévaloir le principe de non-discrimination. Dans ce second cas, la Cour « rappelle la primauté de la jurisprudence *Mazurek/Fabris* »¹²⁹¹. Si certains auteurs ont pu dire, au commencement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question de l'égalité des enfants adultérins, que « le caractère évolutif de la jurisprudence de la Cour inquiète les juges nationaux, notamment par ses incertitudes et l'insécurité juridique qu'il fait naître »¹²⁹², la jurisprudence européenne est désormais claire. Toutefois, le juge reste dans une position délicate. En effet, il ne semble pas qu'il soit de son rôle d'écarter des dispositions législatives, expression de la volonté générale¹²⁹³, pour autant il sait que la conformité au droit interne signifie une condamnation certaine devant le juge européen. Cette position est d'autant plus difficile à tenir que la Cour européenne, elle-même, invite « le juge national [à] assurer, conformément à son ordre constitutionnel et dans le respect du principe de sécurité juridique, le plein effet des normes de la Convention, telles qu'interprétées par la Cour »¹²⁹⁴. Ainsi,

¹²⁸⁶ Civ. 1^{re}, 4 mars 2015, n° 14-11.119.

¹²⁸⁷ Civ. 1^{re}, 22 mars 2017, n° 16-13.946, Bull. civ. I, n° 71, p. 84 ; *Dr. fam.* n° 6, juin 2017, comm. 137. NICOD.

¹²⁸⁸ J. HAUSER, « Les restrictions à l'application rétroactive de la nouvelle vocation successorale de l'enfant adultérin », *RTD Civ.* 2008, p. 90.

¹²⁸⁹ J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, « L'enfant adultérin devenu enfant roi (...) », *art. préc.*

¹²⁹⁰ M. NICOD, « Dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 : décision irrévocable de réparation des droits successoraux », *Dr. fam.* n° 6, juin 2017, comm. 137.

¹²⁹¹ J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, « L'enfant adultérin devenu enfant roi (...) », *art. préc.*

¹²⁹² Ph. MALAURIE, « La convention européenne des droits de l'homme (...) », *art. préc.*

¹²⁹³ C. PÉRÈS, « Le principe de sécurité juridique, (...) », *art. préc.*

¹²⁹⁴ CEDH, *Fabris c. France*, *préc.*, § 75.

l'influence de la Cour européenne sur le juge français¹²⁹⁵ est mise à jour en matière de protection des biens dans le cadre de la famille. La position délicate dans laquelle est laissé le juge judiciaire français rend nécessaire l'intervention du législateur lorsque la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est en contradiction avec la législation interne.

b. L'influence des arrêts sur la législation française

539. L'influence sur la protection des biens. – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme exerce une influence sur la législation française en matière de protection des biens dans le cadre familial. Les arrêts condamnant une disposition législative n'ont pas pour effet de la supprimer, c'est à l'État de prendre les mesures qu'il considère nécessaire¹²⁹⁶. Le législateur peut notamment décider de conformer la loi aux prescriptions européennes. L'exemple emblématique est le cas de l'arrêt *Mazurek*. En effet, à la suite de l'arrêt *Mazurek* du 1^{er} février 2000, le législateur français a adopté, le 3 décembre 2001, une loi qui permet de réinstaurer l'égalité successorale entre les enfants du défunt sans considération de la nature de leur filiation. Le législateur a, de plus, accepté la suppression du vocabulaire « naturel » et « légitime » en ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005. Les rapports parlementaires de 2001, du Sénat¹²⁹⁷ comme de l'Assemblée nationale¹²⁹⁸, font référence à la condamnation de la France pour justifier les évolutions de la législation. Cela démontre une réelle volonté de se conformer à la jurisprudence européenne¹²⁹⁹. De plus, la condamnation de la France dans l'arrêt *Mazurek* portait uniquement sur l'application de l'article 760 du Code civil¹³⁰⁰ ; or, la modification législative possédait une ampleur plus vaste en supprimant l'ensemble des dispositions discriminatoires. L'influence semble d'autant plus forte que le législateur n'est « pas

¹²⁹⁵ J.-P. MARGUÉNAUD, « *Mazurek* revigoré ou l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet des normes de la Convention telles qu'interprétées par le Cour de Strasbourg », *RTD Civ.* 2013, p. 333.

¹²⁹⁶ V. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. *Droit fondamental*, 6^e éd., 2003, p. 572 ; R. Le GUIDE, « Successions et libéralités », *JCP G* n° 49, 6 déc. 2000, doct. 278.

¹²⁹⁷ N. ABOUT (N.), *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles (...)*, Sénat, 13 juin 2001, préc., p. 20 ; J.-J. HYEST, *Rapport n° 40, fait au nom de la commissions des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins*, Sénat, 24 oct. 2001, p. 10.

¹²⁹⁸ A. VIDALIES, *Rapport, n° 2910 (...)*, préc., pp. 22 et 42-43 ; A. VIDALIES, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi, modifié par le sénat, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins t réformant le droit des successions*, A.N., 27 juin 2001, pp. 12, 37 et 41.

¹²⁹⁹ J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p.181.

¹³⁰⁰ A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, art. préc. ; J. Hauser, « La promotion immédiate des enfants adultérins », art. préc.

juridiquement contraint »¹³⁰¹ de procéder à de telles modifications. Cependant, si l'influence est incontestable, elle est imparfaite.

540. Une influence imparfaite. – L'influence de la jurisprudence européenne est imparfaite comme le démontrent les nombreuses condamnations de la France sur la question de la discrimination successorale des enfants adultérins. En effet, le législateur a entendu limiter l'effet rétroactif de la loi de 2001 en insérant, comme il le fait classiquement, des dispositions transitoires. Ces dispositions sont des mesures de sécurité juridique et visent, en l'espèce, à sécuriser les partages effectués avant l'entrée en vigueur de la loi. Cependant, l'application de ces mesures transitoires conduisait à refuser le bénéfice de cette loi pour des partages effectués après son entrée en vigueur, ce qui n'est pas conforme à la jurisprudence européenne. De plus, l'influence est imparfaite car le législateur est moins enclin à prendre en compte les décisions concernant d'autres pays, en matière patrimoniale du moins : notamment l'arrêt *Marckx*¹³⁰² et l'arrêt *Zrilić*. En effet, l'arrêt *Zrilić* n'a pas entraîné de modification de la législation. Pourtant la philosophie législative et judiciaire à l'œuvre tend vers une conception bien différente de celle prônée par cet arrêt. Peut-être que cette absence de prise en compte résulte d'un retentissement juridique moins important, notamment dans la doctrine. Ainsi, la jurisprudence européenne détient une influence aléatoire sur la législation française.

541. Une influence limitée. – L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme est aussi limitée en matière de protection des biens dans le cadre familial. Le droit patrimonial de la famille avait été réformé pour assurer l'égalité entre les femmes et les hommes, tant en matière de régimes matrimoniaux que de gestion des biens des enfants par les parents. Ainsi, « le droit des régimes matrimoniaux a su répondre à deux aspirations essentielles : l'égalité et la liberté »¹³⁰³. Il est donc conforme au principe de non-discrimination. De même, le législateur a instauré un régime d'organisation patrimoniale pour les couples homosexuels, leur permettant de bénéficier des mécanismes de protection du PACS puis du mariage.

542. Le droit international et européen des droits de l'homme possède une influence sur le droit interne en matière de protection des biens. Si cette influence est encore limitée, sa prise en compte est en continuelle expansion. Outre les droits de l'homme, l'influence internationale

¹³⁰¹ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 583.

¹³⁰² Bien que certains auteurs avancent que le législateur est de plus en plus à l'écoute des arrêts émis par la Cour européenne condamnant un autre État partie. En ce sens, v. J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, pp. 192-194.

¹³⁰³ G. CHAMPENOIS (G.), « Changement et droit des régimes matrimoniaux », *art. préc.*, p. 127.

résulte également de l'existence croissante de situations internationalisées dans les relations familiales.

§ 2 L'INFLUENCE DE L'INTERNATIONALISATION DES SITUATIONS

543. L'internationalisation des situations. – Une situation juridique est internationale lorsqu'elle présente un ou plusieurs éléments d'extranéité qui mettent en concurrence différentes lois, interne et étrangère, pour la régir. Ce phénomène touche le droit patrimonial de la famille comme d'autres branches du droit. Cette internationalisation conduit parfois à écarter la mise en œuvre de mécanismes classiques du droit patrimonial français, ce qui contribue au recul des institutions d'ordre public interne (A). Concomitamment, l'internationalisation entraîne l'émergence de nouveaux outils de gestion du patrimoine qui réorganise la protection des biens (B).

A. Le recul de l'ordre public français par l'internationalisation

544. Le recul de l'ordre public français résulte de la désignation de la loi étrangère par la mise en œuvre des règles de conflit de lois. En effet, l'ordre public français peut être écarté par l'application d'une loi étrangère (1). De plus, le choix de la loi applicable à une situation patrimoniale par les propriétaires des biens contribue également au recul de l'ordre public interne français. La volonté obtient une place prépondérante en droit international privé ce qui permet aux couples de choisir la loi qui correspond le mieux à leurs aspirations patrimoniales (2).

1. L'ordre public français écarté par la loi étrangère

545. L'ordre public interne en matière de protection des biens prohibe, ou prohibait, certains mécanismes juridiques en raison de leur dangerosité¹³⁰⁴. Les situations qui contiennent des éléments d'extranéité et qui mobilisent ainsi les mécanismes de droit international privé peuvent également être confrontées à l'ordre public dit international. Ce dernier se manifeste au travers de deux mécanismes : celui des lois de police et celui de l'exception d'ordre public international. Il se compose des règles essentielles de l'ordre public interne. Il est, à ce titre, plus restreint que l'ordre public interne. Cependant, l'ordre public international tend à ne plus retenir les dispositions de l'ordre public familial, du moins lorsque la situation ne présente pas assez de proximité avec la France. Il s'agira d'interroger l'influence du droit international privé

¹³⁰⁴ V. *supra* n° 73.

sur la protection des biens en France, au travers des actes effectués dans les relations intergénérationnelles (a) et dans les relations entre époux (b).

a. *Les relations intergénérationnelles*

546. Droit international privé et succession. – La présence d'un élément d'extranéité, dans le cadre d'une succession, peut conduire à l'application, à la succession, d'une loi étrangère qui autorise des mécanismes prohibés en droit français. Ces mécanismes instaurés en droit français dans le but d'assurer une protection des biens doivent être écartés par le juge français compétent, si une loi étrangère est applicable et que l'ordre public international ne peut être opposé. Ces situations renforcent le déclin de la protection classique des biens dans le cadre familial. Le droit international privé se trouve être un outil de relâchement de la protection classique des biens. Il est notamment possible de s'intéresser tout particulièrement à la réception en France de pactes sur succession future, mais également aux contournements de la réserve héréditaire.

547. La prohibition des pactes sur succession future. – Des pactes sur successions futures, prenant des formes non autorisées en France, peuvent être conclus en vue de régler une succession par anticipation. Il s'agit de se demander si ces pactes trouvent à s'appliquer en France. Dès avant l'application du règlement européen du 4 juillet 2012 sur les successions, certains auteurs considèrent qu'il ne devrait pas être possible pour le juge français d'opposer à ces pactes l'ordre public international dans le but de les remettre en cause, dès lors qu'ils « [ont] été valablement conclu[s] suivant la loi étrangère à laquelle les parties ont entendu se soumettre »¹³⁰⁵. Depuis le règlement européen du 4 juillet 2012, applicable par principe aux successions ouvertes à partir du 17 août 2015, l'appréhension des pactes successoraux bénéficie de dispositions uniformes au sein de l'Union européenne. Le pacte successoral est défini à l'article 3-b du règlement qui prévoit qu'il s'agit d'un « accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties au pacte ». L'article 25 dispose que la loi applicable à la recevabilité, à la validité au fond et à ses effets, est celle « qui en vertu du présent règlement aurait été applicable à la succession de cette personne si elle était décédée le jour où le pacte a été conclu », lorsque le pacte concerne la succession d'une seule personne. En vertu de l'article 21 du règlement, la loi applicable par principe est celle de la dernière résidence habituelle du défunt. Ainsi, un Français, ayant sa résidence habituelle en suisse, peut

¹³⁰⁵ M. REVILLARD, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, op. cit., p. 487-488.

conclure un pacte sur succession future prohibé valable selon le droit suisse mais prohibé par le droit français¹³⁰⁶. En effet, en raison de l'application universelle du règlement¹³⁰⁷, la loi suisse serait applicable au pacte car elle constitue la loi de la résidence habituelle du *de cuius* au moment de la conclusion du pacte. Ainsi, même si le *de cuius*, s'établit à nouveau en France pour ses derniers jours, le pacte serait valable¹³⁰⁸. Dans un tel cas, la loi successorale qui trouverait à s'appliquer serait, *in fine*, la loi française. Il est alors possible de se demander si l'ordre public international pourrait conduire à écarter le pacte. Au regard des solutions adoptées pour la réserve héréditaire¹³⁰⁹, il est possible de penser que la prohibition des pactes sur successions futures ne sera pas considérée, en toute circonstance, comme relevant de l'ordre public international. Dans le cas d'espèce, le pacte pourrait trouver à s'appliquer¹³¹⁰. Cette solution semble d'autant plus probable que la prohibition des pactes sur succession connaît de nombreuses exceptions en droit interne¹³¹¹. La protection des biens fondée sur les prohibitions, dont le recul en droit interne est déjà certain, se trouve privée d'effet par le jeu du droit international privé. Cet assouplissement provenant du droit international privé est d'autant plus préjudiciable lorsqu'il conduit à écarter l'institution de la réserve héréditaire.

548. La réserve héréditaire. – La réserve héréditaire, qui permet à chaque enfant d'obtenir une part du patrimoine de leur auteur, est remise en cause lorsqu'il existe un élément d'extranéité. Cette situation contrevient à la protection des biens dans le cadre de la famille au sens de la répartition égalitaire des biens entre les enfants et du maintien des biens dans la famille. Avant l'application du règlement européen sur les successions, la réserve héréditaire trouve à s'appliquer « sur la masse qu'elle régit »¹³¹². En effet, la loi applicable à la succession n'étant pas uniforme, ce qui est dénommé « système scissionniste français »¹³¹³, la réserve héréditaire française ne sera appliquée qu'à la masse des biens qui est régie par la loi française.

¹³⁰⁶ Sur la prohibition de tel pacte v. G. KHAIRALLAH, « La loi du 23 juin 2006 et les successions internationales », *JCP N* n° 29, 18 juil. 2008, 1244 ; M. MARTINET, « Donations-partage et immeuble à l'étranger », *JCP N* n° 48, 29 nov. 1991, 2038 ; D. COIFFARD, « La succession contractuelle en droit comparé », *Dr. et patri.* n° 127, 1^{er} juin 2004, p. 50. Sur le pacte de renonciation v. Ph. FRÉSARD, « Aperçu théorique et pratique relatif au pacte successoral en Suisse », *Dr. et patri.* n° 158, 1^{er} avr. 2007, p. 103.

¹³⁰⁷ Règl. (UE) n° 650/2012, 4 juil. 2012, art. 20.

¹³⁰⁸ *Contra*, v. M. GRIMALDI, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois*, 30 août 2012, n° 15-16, p. 755.

¹³⁰⁹ V. *infra* n° 548 s.

¹³¹⁰ Le conditionnel est de mise car certains auteurs soulignent les difficultés à anticiper la position qu'adopteront les juges. V. É.FONGARO, « Le pacte successoral à l'épreuve de la mobilité internationale », *JCP N*, 6 mai 2016, p. 1148.

¹³¹¹ V. *supra* n° 77.

¹³¹² M. REVILLARD, *op. cit.*, p. 456.

¹³¹³ *Ibidem*.

La réserve héréditaire n'est que partiellement respectée, par exemple s'il existe des biens immeubles en France, ceux-ci seront partagés dans le respect de la réserve.

549. Le règlement succession a mis en place un système unitaire qui permet de régler une succession selon une loi unique¹³¹⁴. Lorsque la loi d'un État ne connaissant pas le mécanisme de la réserve héréditaire est désignée, il faut se demander s'il est possible pour le juge d'opposer à cette législation l'ordre public international. Ainsi, la réserve héréditaire est-elle d'ordre public international ? La réserve est d'ordre public interne. Toutefois, l'ordre public n'est pas unitaire et se détermine en fonction du pan du droit envisagé. Il semblerait alors que la réserve ne soit pas d'ordre public international. Certains auteurs abondent dans un tel sens¹³¹⁵, d'autres en sens contraire¹³¹⁶. Parfois une position intermédiaire est adoptée en précisant que la réserve ne doit jouer que lorsque la situation présente une proximité particulière avec la France¹³¹⁷. La Cour de cassation a apporté des précisions sur la question. Dans deux arrêts en date du 27 septembre 2017¹³¹⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation pose le principe selon lequel : « une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels »¹³¹⁹. Cet arrêt est l'occasion, pour la Cour de cassation, d'ajouter un critère prépondérant pour savoir si la réserve doit trouver à s'appliquer, celui de l'analyse concrète de la situation des héritiers. Il faut, notamment, que les héritiers réservataires soient dans une « situation de précarité économique ou de besoin » pour que la réserve puisse être appliquée. La Cour a donc décidé de ne pas retenir automatiquement le caractère d'ordre public de la réserve. Elle a simplement instauré le correctif de l'état de

¹³¹⁴ M. REVILLARD, « Successions internationales : le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions », *Deffrénois*, 30 août 2018, n°15-16, p. 743.

¹³¹⁵ M. REVILLARD, *op. cit.*, p. 553 ; P. LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 691.

¹³¹⁶ M. GRIMALDI, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *art. préc.*

¹³¹⁷ H. FULCHIRON, « Réserve et ordre public : protection nécessaire ou protection du nécessaire ? », *Dr. et patri.*, avr. 2015, p. 59.

¹³¹⁸ Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-13.151, Bull. civ. I, n° 198 ; Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-17.198, Bull. civ. I, n° 199 ; *D.* 2017. 2185, note GUILLAUMÉ ; *AJ fam.* 2017. 595 ; *ibid.* 510, obs. BOICHÉ ; *ibid.* 598, obs. LAGARDE, MEIER-BOURDEAU, SAVOURÉ et KESSLER ; *JCP* 2017. 1236, note NOURISSAT et REVILLARD ; *JCP N* 2017. 1305, note FONGARO ; *Deffrénois* 2017, n° 22, p. 26, note GORÉ ; *RTD civ.* 2017. 833, note USUNIER ; *Dr. et patri.* 2017, note TORRICELLI-CHRIFI ; *RJPF* 2017, note GODECHOT-PATRIS et POTENTIER.

¹³¹⁹ Sur les principes essentiels du droit français, il est notamment possible d'évoquer l'égalité entre les sexes. En ce sens v. G. CERQUEIRA et G. CHOISEL, « Le retour inattendu d'un fondement moral de la réserve héréditaire », *D.* 2020, p. 2302 ; M. NICOD, « Oscillations idéologiques autour de la réserve héréditaire », *Dr. fam.* n° 3, mars 2021, repère 3. V. art. 24, L. n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, *J.O.* n° 197, 25 août 2021, texte n° 1, ayant modifié l'article 913 du Code civil.

précarité économique ou de besoin ; encore que les modalités de calcul restent à déterminer¹³²⁰. La Cour de cassation a adopté une position médiane entre l'exclusion pure et simple de la réserve et l'opposition automatique. Quoi qu'il en soit, cette solution contribue à battre en brèche le caractère d'ordre public de la réserve et, avec elle, l'idée de conservation des biens dans la famille¹³²¹. Cette protection résiduelle peut s'apparenter à l'idée de patrimoine de dignité de J. ROCHFELD¹³²², tandis que d'autres parlent d'« ordre public alimentaire »¹³²³. Le rattachement à l'une ou l'autre dépend finalement de la manière dont sera assurée la réserve dans un tel cas¹³²⁴ : sous forme d'une quote-part de la succession ou sous forme d'une créance alimentaire¹³²⁵. S'« il faut se garder d'une attitude moralisatrice face à la réserve »¹³²⁶, lorsqu'il existe un élément d'extranéité, il est nécessaire de remarquer que cette situation conduit à rompre l'égalité minimale souhaitée par le droit français entre les héritiers. Les héritiers, considérés comme réservataires par la loi française, ne sont plus assurés d'obtenir une part du patrimoine familial. Cette situation peut également aboutir à faire sortir l'intégralité des biens de la famille, tant la famille lignagère par le sang que la famille nucléaire. Certes, la réserve connaît des atteintes dans l'ordre juridique interne, mais son contournement rendu possible par le droit international privé va bien au-delà de ce qui est possible en France. En effet, si la renonciation anticipée à l'action en réduction entraîne un recul de la protection des biens par la réserve héréditaire, il est nécessaire que l'héritier donne son consentement pour renoncer à l'action en réduction¹³²⁷. *A contrario*, un français ayant sa dernière résidence habituelle au Québec pourrait exhéredier ses enfants, ou certains d'entre eux, de manière unilatérale car cette province ne connaît pas l'institution de la réserve héréditaire¹³²⁸. Il est vrai que l'exhérédation est un acte de volonté qui permet au *de cuius* d'organiser, en toute liberté, la transmission de ses biens. Cependant, cette possibilité semble mettre de côté les particularités familiales.

¹³²⁰ Sur cette question voir, É. FONGARO, « La réserve héréditaire ne relève pas, en principe, de l'ordre public international », *JCP N* 2017, p. 1305 ; C. DENEUVILLE et S. GDECHOT-PATRIS, « Le choix d'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire », *JCP N* 2018, p. 1239 ; É. FONGARO et E. NAUDIN, « Comment calculer le montant de la réserve héréditaire en cas d'atteinte à l'ordre public international ? », *JCP N* 2019, p. 1193.

¹³²¹ H. FULCHIRON (H.), « Ordre successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin », *D.* 2017, p. 2310.

¹³²² J. ROCHFELD, « Du patrimoine de dignité... », *art. préc.*

¹³²³ I. BARRIÈRE-BROUSSE, « Les incidences des arrêts du 27 septembre 2017 en droit international privé », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 24.

¹³²⁴ La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur les modalités d'exécution de cette réserve dans l'ordre public international.

¹³²⁵ Voir, É. FONGARO, « La réserve héréditaire ne relève pas (...) », *art. préc.* ; É. FONGARO et E. NAUDIN, *art. préc.*

¹³²⁶ M. REVILLARD, *Stratégie de transmission d'un patrimoine internationale, Nouvelles perspectives, Deffrénois*, 2^e éd., 2016, p. 170.

¹³²⁷ M. AZAVANT, « L'ordre public successoral », *Dr. fam.* 2013, doss. 38.

¹³²⁸ Sur les États, provinces et États fédérés ne connaissant pas la réserve héréditaire v. J.-P. DECORPS, « La réserve héréditaire en droit comparé », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 21.

D'abord, la famille est écartée de la succession, ce qui fait douter du caractère familial de cette branche du droit patrimonial. Ensuite, si l'exhérédation peut paraître plus légitime lorsque les biens sont acquis par le *de cuius* lui-même, elle ne l'est certainement pas lorsque les biens sont issus de la famille. Il est peu compréhensible qu'un membre de la famille puisse, de sa seule volonté, priver la famille des biens qui figurent en son sein. La réserve permet de corriger¹³²⁹ les prérogatives du propriétaire. En effet, elle permet d'instaurer un équilibre entre les droits du propriétaire et les spécificités familiales. Il est vrai que la prise en compte de la situation de précarité de l'héritier permet de conserver l'esprit familial des successions en instaurant un correctif de solidarité¹³³⁰. Là encore, c'est une protection de la personne par les biens qui est instaurée, mais elle ne permet pas de maintenir l'histoire patrimoniale de la famille. Ce bouleversement de l'ordre public établi, en droit français des successions, se retrouve dans les droits qui régissent les relations entre époux.

b. Les relations entre époux

550. Entre les époux, le principe de l'immutabilité du régime matrimonial a été largement remis en cause par le biais du droit international privé. Cependant, le régime primaire impératif du couple marié semble, quant à lui, jouir d'une protection particulière même en présence d'un élément d'extranéité.

551. Le changement de régime matrimonial. – L'assouplissement du principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux a été influencé par le droit international privé. Dès 1935, la Cour de cassation¹³³¹ avait considéré que si une loi étrangère était applicable au régime matrimonial des époux, le changement de régime matrimonial était permis si cette loi l'autorisait. La réforme de 1965 avait, par suite, autorisé, en droit interne, une mutabilité contrôlée des régimes matrimoniaux, l'immutabilité demeurait le principe. Cependant, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 permettait aux époux, dont la situation matrimoniale présentait un élément d'extranéité, de changer la loi applicable à leur régime matrimonial et, partant, de régime matrimonial sans passer par les modalités requises en droit français. Le législateur a par ailleurs entériné cette possibilité à l'article 1397-3 du Code civil dans une loi

¹³²⁹ Le correctif reste imparfait car le propriétaire peut vendre le bien, ce qui conduit également à sa sortie de la famille.

¹³³⁰ H. FULCHIRON, « Réserve et ordre public (...) », art. préc., *Dr. et patri.*, avr. 2015, p. 59.

¹³³¹ Req., 4 juin 1935 ; *Rev. crit* 1936. 755, BASDEVANT ; S. 1936. 377, note NIBOYET ; DP 1936. 1. 7, note SAVATIER ; *GAJDIP* n° 15. 128. comm. ANCEL, LEQUETTE.

du 28 octobre 1997¹³³². Il affirme sa volonté de soustraire à l'homologation judiciaire le changement de régime matrimonial des couples présentant un élément d'extranéité¹³³³. Cette possibilité conduisait à traiter différemment les couples franco-français et ceux présentant un élément d'extranéité. Cette différence de traitement a été un des arguments en faveur de l'assouplissement des conditions de changement du régime matrimonial par la réforme de 2006¹³³⁴. Le droit international privé est donc bien une cause des évolutions de la législation ayant trait à la protection des biens de la famille. Il participe du recul de l'ordre public français et donc de la conception de la protection fondée sur un certain paternalisme juridique. *A contrario*, les règles du régime primaire impératif bénéficient, quant à elle, d'une certaine protection par le juge français malgré la présence d'un élément d'extranéité.

552. Le régime primaire impératif. – Le régime primaire impératif établit des règles qui sont considérées comme étant d'ordre public en droit interne. Il semblerait que la faveur du juge pour le maintien des règles du régime primaire impératif en présence d'un élément d'extranéité tient notamment au fait qu'elles permettent de maintenir les solidarités familiales. Il faut alors déterminer, comme précédemment, le sort qui lui est réservé en présence d'un élément d'extranéité. Pour ce faire, il convient de distinguer les situations avant et après l'entrée en vigueur du règlement européen sur le droit des régimes matrimoniaux¹³³⁵.

553. Avant le 29 janvier 2019, la jurisprudence a pu considérer que certaines dispositions du régime primaire étaient des lois de police. Tel est le cas de multiples articles ayant trait à la protection des biens de la famille, tels que l'article 215, alinéa 3, du Code civil, mais également les articles 217, 219, 220, 220-1 et 222¹³³⁶ du même code¹³³⁷, qui sont considérés comme « d'application territoriale »¹³³⁸. La qualification de loi de police¹³³⁹ conduit les juges à

¹³³² L. n° 97-987 modifiant le code civil pour l'adapter aux stipulations de la convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et organiser la publicité du changement de régime matrimonial obtenu par application d'une loi étrangère du 28 oct. 1997, J.O. n° 252 du 29 oct. 1997.

¹³³³ L. DEJOIE, Rapport n° 324 sur le projet de loi modifiant le code civil applicable aux régimes matrimoniaux, Sénat, 23 avril 1997.

¹³³⁴ En ce sens, v. S PIÉDELIEVRE, *Les régimes matrimoniaux*, 1^{re} éd., Larcier, 2016, p. 613 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, Dalloz, 8^e éd., 2019, p. 159.

¹³³⁵ Règl. (UE) n° 2016/1103 du Conseil, 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

¹³³⁶ M. REVILLARD, *Les régimes patrimoniaux des couples en droit international privé, européen et comparé*, Defrénois, 2020, p. 19.

¹³³⁷ Sur les rapports entre ces articles et la protection des biens, v. *supra* n° 100 s.

¹³³⁸ Civ. 1^{re}, 20 oct. 1987, n° 85-18.887, Bull. civ. I, n° 275, p. 198 ; *JDI* 1988, 447, note HUET ; *Rev. crit. DIP* 1988, 540, note LEQUETTE.

¹³³⁹ Outil classique du droit international privé particulièrement utilisé en matière de régimes matrimoniaux. En ce sens, v. P. SOLODOVNIKOFF, *La notion de l'ordre public en droit international privé dans la jurisprudence française relative au droit de la famille*, thèse, Domat-Montchrétien, 1936, pp. 78 et s.

appliquer ces règles sans rechercher la loi normalement applicable à la situation¹³⁴⁰. Ainsi, la qualification de loi de police permet de maintenir la protection des biens telle que conçue en droit français lorsque le juge français est compétent. Le régime primaire impératif est spécifiquement protégé, ce qui conduit à ne pas remettre en cause la protection des biens telle que conçue en France.

554. Avec l'entrée en vigueur du règlement européen relatif aux régimes matrimoniaux, les solutions sont partiellement modifiées. L'article 215, alinéa 3, du Code civil devrait conserver son statut de loi de police. En effet, le considérant 53 du règlement européen, relatif aux lois de police, mentionne spécifiquement le cas du logement familial. Ainsi, l'application de la protection du logement familial devrait s'appliquer chaque fois que le logement familial sis en France¹³⁴¹. Il est intéressant de voir que la doctrine ne semble pas hostile au fait que la protection du logement soit érigée en loi de police¹³⁴², alors qu'elle est hostile à l'intégration de la réserve héréditaire dans l'ordre public international. La position n'est de prime abord que peu compréhensible. Pour refuser le caractère d'ordre public à la réserve héréditaire, la doctrine a notamment recours à l'atténuation du principe en droit interne. Or, la règle de la protection du logement familial trouve des atténuations en droit français lorsque le logement est détenu par le biais d'une société civile immobilière¹³⁴³. Si la solution semble satisfaisante pour la protection des biens de la famille, le caractère plus fondamental de cette protection, par rapport à celle de la réserve héréditaire, n'est pas évident à déterminer. Peut-être que la jeunesse historique du régime primaire impératif, par opposition à la réserve héréditaire, et son caractère social conduisent le juge à un plus grand attachement à son respect. Toutefois, certains auteurs doutent de la qualification de loi de police de l'article 215, alinéa 3, du Code civil¹³⁴⁴ ; malgré le considérant 53 du règlement qui prévoit pourtant que « la notion de "lois de police" devrait englober des règles à caractère impératif telles que celles relatives à la protection du logement familial ». Dans un tel cas la protection des biens de la famille serait en recul.

¹³⁴⁰ É. FONGARO, « La protection patrimoniale du couple en droit international privé », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2018, doss. 7.

¹³⁴¹ H. PÉROZ, « Incidences du règlement (UE) 2016/1103 sur le droit applicable au régime primaire en droit international privé français », *JDI* 2017, doct. 9, p. 813.

¹³⁴² En ce sens voir, H. PÉROZ, « Incidences du règlement (...) », art. préc. ; M. REVILLARD, *Les régimes patrimoniaux des couples (...), op. cit.*, pp. 131-132.

¹³⁴³ V. *supra* n° 139.

¹³⁴⁴ A. BOICHÉ, « Présentation du Règlement "régimes matrimoniaux" », *AJ fam.* 2018, p. 644.

555. Les articles 217 et 219 du Code civil devraient également pouvoir s'appliquer lorsque « la résidence habituelle en France de l'époux malade »¹³⁴⁵ peut être caractérisée, conformément à la Convention de La Haye du 13 janvier 2000. En effet, lorsque les époux ont recours à ces articles dans le but d'assurer une mesure de protection des majeurs, cette convention sur la protection internationale des adultes s'applique. Cependant, le règlement peut s'appliquer à l'article 217 du Code civil lorsqu'il est utilisé pour pallier le refus injustifié de l'époux. Dans un tel cas, il pourrait être qualifié de loi de police¹³⁴⁶. Les mesures patrimoniales du régime primaire impératif semblent constituer des valeurs importantes qui justifient leur application directe par le juge français. Est-ce une volonté de préserver l'égalité entre les époux ? Cette justification pourrait expliquer le sort réservé à la protection du logement, mais moins celui des mesures de crises dans le couple. Peut-être que la solidarité intrafamiliale justifie cette orientation. En effet, le régime primaire impératif, particulièrement les articles 215, alinéa 3, 217 et 219, esquisse un minimum de solidarité au sein du couple. Cette justification permettrait également d'articuler cette solution avec celle retenue pour la réserve héréditaire : les règles impératives du droit français jouent uniquement lorsque les solidarités familiales sont en cause.

556. La présence d'un élément d'extranéité peut conduire, par le jeu de la loi applicable, à écarter l'ordre public familial, composante du système de protection des biens de la famille. La philosophie classique de la protection des biens est donc en recul en présence d'un élément d'extranéité. Ce phénomène est renforcé par la promotion de la volonté dans la désignation de la loi applicable.

2. La promotion de la volonté

557. Le recul de la protection ? – Les différents textes du droit international privé, prévoyant les règles de désignation de la loi applicable dans les matières du droit patrimonial de la famille, promeuvent la *professio juris*, c'est-à-dire la volonté des parties dans la désignation de la loi applicable à leur situation. Ainsi, en présence d'un élément d'extranéité, il est possible de choisir la loi qui est la plus favorable à sa volonté, et d'écarter les règles parfois plus contraignantes, mais plus protectrices, du droit français. Ainsi, la protection fondée sur le système traditionnel des prohibitions semble se diluer par l'intervention du droit international privé. Cependant, les objectifs affichés d'anticipation et de prévisibilité de la loi applicable

¹³⁴⁵ M. FARGE, « Loi applicable à la protection du majeur », in P. MURAT, (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 8^e éd., 2020-2021, p. 2098.

¹³⁴⁶ En ce sens, v. H. PÉROZ, « Incidences du règlement (UE) 2016/1103 sur le droit applicable au régime primaire en droit international privé français », *JDI* 2017, doct. 9, p. 813 ; REVILLARD (M.), *Les régimes patrimoniaux des couples (...), op. cit.*, p. 132.

peuvent concourir à la protection des biens. Le droit international privé participe donc au renouvellement des fondements de la protection des biens au sein de la famille¹³⁴⁷.

558. La volonté. – Le droit interne et le droit international privé semblent avancer de concert pour promouvoir la volonté en droit patrimonial de la famille¹³⁴⁸. En droit international privé, la promotion de la volonté passe par la possibilité pour les époux de désigner la loi applicable à leur régime matrimonial et pour le *de cuius* de désigner la loi applicable à sa succession. Cette modalité de désignation de la loi applicable est traditionnelle en droit international privé¹³⁴⁹.

559. En matière successorale, « une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès »¹³⁵⁰, conformément au règlement européen sur les successions. Il s'agit là d'une solution classique en matière de successions qui était déjà permise par la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989. La promotion de la volonté a donc davantage son origine en droit international privé qu'en droit interne. Si le *de cuius* possède plusieurs nationalités, il peut librement choisir la loi de chacune de ses nationalités. Certains auteurs considèrent que « contrairement aux apparences, pour les ressortissants français, la *professio juris*, qui cantonne le disposant à sa loi nationale, contribue à préserver la réserve héréditaire »¹³⁵¹. En effet, le choix étant restreint à la nationalité, il sera impossible pour un Français de se soustraire à la règle d'ordre public. Encore faut-il que la personne ne possède pas plusieurs nationalités qui lui permettent d'élire celle qui lui convient le mieux¹³⁵². Ainsi, il est possible de se demander ce qu'il adviendrait de la succession d'un Franco-britannique résidant en France et possédant l'essentiel de son patrimoine immobilier en France, dans l'hypothèse où celui-ci opte pour la loi anglaise. Dans un tel cas, le juge opposerait certainement l'ordre public de proximité pour imposer la réserve héréditaire¹³⁵³. Si le choix de la loi applicable favorise l'anticipation successorale, l'intervention de l'ordre public international

¹³⁴⁷ Sur de telles influences entre droit international privé et droit de la famille v. J.-J. LEMOULAND, « Famille », *Rép. civ.*, sept. 2015 (act. déc. 2021), n° 231.

¹³⁴⁸ C. LISANTI, « La *professio juris* dans le règlement Successions du 4 juillet 2012 », *Gaz. Pal.* n° 166, 15 juin 2013, n° 134s0.

¹³⁴⁹ *Ibidem*. Pour le droit antérieur v. P. GANNAGÉ, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 425.

¹³⁵⁰ Règl. (UE) n° 650/2012, 4 juil. 2012, art. 22 § 1.

¹³⁵¹ C. LISANTI, art. préc.

¹³⁵² Sur le risque d'« un nationality shopping », v. J. GASTÉ et X. RICARD, « Le nouveau règlement successoral, pourquoi une *professio juris* ? », *Defrénois*, 1^{er} juin 2014, p. 38.

¹³⁵³ En faveur de cette application notamment pour limiter les fraudes, v. M. GORÉ, « La *profession juris* », *Defrénois* n° 15-16, 20 août 2012, p. 762.

peut remettre en cause ces prévisions. Toutefois, par principe, le *de cuius* pourra s'assurer que sa succession sera réglée conformément à sa seule volonté sans être soumise aux aléas du changement de résidence habituelle, ce qui assure une prévisibilité certaine. L'anticipation de la succession semble devenir un principe directeur prépondérant du droit international. Il n'est pas certain que ces objectifs de prévisibilité et d'anticipation permettent une meilleure protection des biens au sein de la famille. En revanche, ils assurent « une meilleure planification de la transmission [du] patrimoine »¹³⁵⁴. Ce qui est déterminant pour la protection des biens est moins l'anticipation que la manière dont la protection est assurée. Au-delà du droit des successions, la même règle préside en matière de régimes matrimoniaux.

560. L'article 22 du règlement régimes matrimoniaux permet aux époux de choisir la loi de la résidence habituelle de l'un des époux au moment de la conclusion de leur convention matrimoniale ou la loi de la nationalité de l'un des époux au même moment. Cette désignation de la loi applicable au régime matrimonial des époux s'inscrit également dans la continuité, car le choix de la loi était déjà permis par la Convention de La Haye du 14 mars 1978¹³⁵⁵. Ces instruments permettent de fixer la loi applicable aux biens des époux, ce qui en fait des outils de prévision et d'anticipation. Les époux peuvent, après avoir désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, opter pour un des régimes matrimoniaux que prévoit la loi choisie¹³⁵⁶ – le régime légal ou un régime conventionnel. La permanence de ses solutions montre la prééminence de la prise en compte de la volonté en droit international privé. Toutefois, comme pour les successions, cette prise en compte sera limitée par l'intervention des lois de police et de l'ordre public international. Ainsi, comme il a été vu, la protection du logement de la famille pourra être appliquée à des époux ayant pourtant opté pour la loi anglaise¹³⁵⁷. Certes, au regard de la protection des biens de la famille, cette situation peut sembler une bonne initiative. Cependant, au regard de la cohérence du régime matrimonial, le bât blesse. En effet, l'économie globale de la loi applicable à la situation des époux peut être complètement mise à mal par les interférences de la loi du for.

561. Toutefois, la volonté est contrainte par les mécanismes du droit international privé, ce qui limite la pleine expression de la volonté et laisse une place aux mécanismes de protection du droit interne. La volonté peut alors d'autant plus s'exprimer que les lois applicables au

¹³⁵⁴ M. VAN SEGGELEN et B. BASSEVILLE, « La profession juris : une institution méconnue à découvrir », *LPA* n° 74, 14 avril 2005, p. 44.

¹³⁵⁵ Cependant, les époux pouvaient désigner, en sus des lois énoncées, celle de la première résidence habituelle de l'un des époux après le mariage.

¹³⁵⁶ É. FONGARO, « La protection patrimoniale du couple (...) », art. préc.

¹³⁵⁷ V. *supra* n° 554.

régime matrimonial et à la succession d'une personne peuvent être différentes¹³⁵⁸. Cela permet « d'optimiser la protection patrimoniale de leur conjoint, de leur partenaire ou de leur concubin »¹³⁵⁹ et plus largement de l'ensemble de la famille. Elle peut également avoir l'effet inverse. Ainsi un couple, composé d'un Anglais et d'une Française, peut opter pour la loi française pour son régime matrimonial. Ce dernier est très protecteur pour le conjoint, notamment au regard du régime primaire impératif. L'Anglais pourrait choisir le droit anglais pour sa succession afin d'évincer des enfants d'un autre lit de sa succession au bénéfice de sa seule épouse française. Si les enfants du défunt ne sont pas dans une situation particulière de besoin ou de difficulté économique, la réserve héréditaire ne devrait pas jouer¹³⁶⁰. La nouvelle épouse pourrait obtenir l'ensemble des biens du défunt. Les biens passeraient alors en totalité à la famille de l'épouse, ce qui conduit à une exclusion de la protection des biens au sens classique.

562. Au-delà, de sa participation au recul de la philosophie classique de la protection des biens au sein de la famille, le droit international privé permet l'émergence de nouveaux outils de protection.

B. L'émergence de nouveaux outils de protection par l'internationalisation

563. Les influences étrangères conduites par le droit international privé. – L'application du droit international privé peut permettre l'application en France d'outils inconnus du droit français. Leur utilisation ne conduit cependant pas à leur introduction en droit français, ce qui permet de considérer que l'influence étrangère est encore limitée sur l'évolution du droit interne. L'évolution se situe davantage sur la prise en compte croissante de ces outils venus de l'étranger. Cette tendance s'illustre parfaitement avec le *trust*.

564. Le *trust*. – Le *trust* est un outil de transmission du patrimoine issu du droit anglo-saxon. Il peut être défini comme un « arrangement patrimonial à des fins multiples établi par acte entre vifs ou à cause de mort, à l'initiative d'une personne nommée constituant, dont l'objet est de placer certains biens, dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, sous le contrôle d'un intermédiaire, nommée trustee, qui est investi du pouvoir et du devoir, à charge d'en rendre compte, de gérer ou de disposer conformément à son investiture et à la loi, des biens à lui

¹³⁵⁸ É. FONGARO, « La protection patrimoniale du couple (...) », art. préc.

¹³⁵⁹ *Ibidem*.

¹³⁶⁰ C. NOURISSAT et M. REVILLARD, « Le notaire français et le règlement "succession" », *Deffrénois*, 15 oct. 2015, p. 985.

confiés, lesquels figurent à son nom sur les titres mais constituent une masse distincte qui ne fait pas partie de son patrimoine »¹³⁶¹. Il est notamment possible de transmettre à titre gratuit par son intermédiaire. Ainsi, le *trust* peut se révéler utile pour transmettre un bien à un bénéficiaire qui n'est pas en mesure de le gérer, soit en raison du bénéficiaire lui-même, soit en raison du bien. La constitution du *trust* pourrait être réalisée lorsque le bénéficiaire est un mineur ou un prodigue, ou encore lorsque le bien à transmettre est une entreprise, un portefeuille de valeurs mobilières¹³⁶². L'institution du *trust* pourrait donc constituer un outil de protection des biens en ce qu'il permettrait de transmettre la gestion des biens à une personne plus qualifiée que le bénéficiaire. Toutefois, en ce qu'il peut porter atteinte à la réserve héréditaire, le *trust* peut constituer une entorse à la protection des biens fondée sur la dévolution à la famille. Il s'agit alors de voir quelle réception est faite du *trust* en France, mais également de voir pourquoi cette institution ne pénètre pas le droit français.

565. La réception du *trust* en France. – La réception du *trust* en France dépend de la loi qui est applicable à la succession. Lorsque la loi applicable à la succession est une loi étrangère connaissant l'institution du *trust*, il pourra être appliqué en France¹³⁶³. La question est plus difficile lorsque la loi française est applicable à la succession. En effet, l'institution n'étant pas connue du droit français, la réception en France va dépendre de la qualification que va revêtir le *trust*, afin de déterminer la loi qui lui est applicable. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a pu qualifier le *trust* de contrat synallagmatique afin de lui appliquer la loi d'autonomie américaine¹³⁶⁴. Ainsi, l'application de la loi française à la succession est sans incidence. D'autres auteurs considèrent que, s'il ne contrevient pas à la réserve héréditaire, il est possible de penser qu'il peut trouver à s'appliquer¹³⁶⁵, du moins si les héritiers ne s'y opposent pas¹³⁶⁶. La réception du *trust* en France semble assez aléatoire en fonction de la qualification qui lui est accordée. De plus, l'adoption de la fiducie, en droit français, ne permet pas d'affirmer que le *trust* sera désormais mieux appliqué en France. Au contraire, la fiducie-libéralité a été expressément prohibée. L'incertitude autour de la réception du *trust* est d'autant plus forte que la France n'a pas ratifié la Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance. Le règlement succession ne change pas les solutions

¹³⁶¹ CORNU (G.), dir., V° « *Trust* », in *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., 2016, PUF, p. 1045.

¹³⁶² REVILLARD (M.), *Stratégie de transmission d'un patrimoine internationale, Nouvelles perspectives*, Defrénois, 2^e éd., 2016.

¹³⁶³ REVILLARD (M.), *Droit international privé et européen : pratique notariale, op. cit.*, pp. 496-497.

¹³⁶⁴ CA Paris, 10 janvier 1970.

¹³⁶⁵ En ce sens, v. M. REVILLARD, *Droit international privé et européen : pratique notariale, op. cit.*, 2014, p. 498.

¹³⁶⁶ *Ibidem*.

à cet égard¹³⁶⁷. Pourtant cette institution pourrait constituer un outil de protection des biens, fondé sur la volonté, et ce d'autant qu'il semble parfaitement s'insérer dans le nouveau paysage des libéralités.

566. La prohibition de la fiducie-libéralité. – Lors de l'instauration de la fiducie en France, le législateur a expressément refusé la possibilité que la fiducie puisse être utilisée comme une technique de libéralités. La fiducie-libéralité se définit comme l'« acte juridique (...) par lequel une personne, nommée fiduciaire, transfère la propriété d'un bien corporel ou incorporel à une autre personne, nommée fiduciaire, soit à titre de garantie d'une créance (...), soit en vue de réaliser une libéralité (...), soit afin de gérer le bien dans l'intérêt du fiduciaire »¹³⁶⁸. La fiducie a été instaurée en France pour favoriser la vie économique. Ce mécanisme est inspiré du *trust*¹³⁶⁹. Toutefois, la loi n'autorise que deux formes de fiducie : la fiducie-gestion et la fiducie-sûreté. Ce privilège n'a pas été étendu en matière de transmission à titre gratuit. En effet, il semblerait que les spécificités familiales et les valeurs que le législateur tente de protéger soient contraires à l'utilisation du *trust*. Certains auteurs regrettent que la fiducie-libéralité n'ait pas été autorisée au regard des spécificités de la gestion des biens par le fiduciaire, qui la distingue des autres institutions connues par le droit français¹³⁷⁰. La fiducie-libéralité aurait permis, au même titre que le *trust*, de faciliter la transmission de biens à un mineur ou à un prodigue, ou encore la transmission de biens dont la gestion peut être trop complexe pour le bénéficiaire. De plus, la fiducie-libéralité, en tant que libéralité, aurait été soumise aux règles de réduction des libéralités excessives si elle portait atteinte à la réserve. Un tel modèle aurait permis de concilier les objectifs de gestion des biens, notamment en optimisant la protection de la substance des biens, et celui de répartition du patrimoine entre les héritiers. La transmission au mineur illustre particulièrement cette conciliation. En effet, le transfert des biens dans un patrimoine distinct de celui du mineur permettrait de contourner les règles de gestion de l'administration légale. Les règles de l'administration légale nécessiteraient pour les parents de demander l'accord du juge pour la cession de valeurs mobilières¹³⁷¹. Or, la gestion de ces instruments nécessite beaucoup de réactivité et serait ainsi facilitée par le mécanisme du *trust* ou de la fiducie-libéralité. Certes, la fiducie-libéralité conduirait à contourner la protection judiciaire. Cependant, dans une telle configuration, le bien ne se trouve pas dans le patrimoine du mineur,

¹³⁶⁷ H. PÉROZ et É. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Lexis Nexis, 2^e éd., 2017, p. 318.

¹³⁶⁸ G. CORNU, V^o « Fiducie », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 1045.

¹³⁶⁹ F. TRIPET, « La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? », *Gaz. Pal.* n^o 294, 21 oct. 2006, p. 6.

¹³⁷⁰ *Ibidem*.

¹³⁷¹ I. MARIA, « Représentation et administration légale », in MURAT (P.), *op. cit.*, p. 1141.

les règles de l'administration légale ne sont donc pas remises en cause, bien qu'elles soient contournées. De plus, ce montage peut-être au bénéfice du mineur qui pourra obtenir les revenus des biens convenablement gérés par un professionnel¹³⁷² et à terme le bien lui-même. Le contournement n'est peut-être pas si grave au regard des débats qui ont eu lieu sur le point de savoir s'il fallait soumettre la cession des valeurs mobilières à l'autorisation du juge¹³⁷³. De plus, cette mesure pourrait s'inscrire dans la philosophie législative conduisant à diminuer le recours gracieux au juge.

567. La promotion de la volonté reste plus importante en droit international privé, malgré l'intervention de l'ordre public,¹³⁷⁴ qu'elle ne l'est en droit interne, ce qu'illustre parfaitement l'institution du *trust*. Le droit interne français n'a pas encore achevé – l'achèvera-t-il ? – sa mutation vers une promotion de la volonté en droit des libéralités. Cependant, le droit international privé est, à n'en pas douter, vecteur de changement en droit interne au regard de la protection des biens, en ce qu'il permet une prise en compte accrue de la volonté. Ce mouvement passe également par l'instauration d'instruments propres au droit international privé, tel que le testament international.

568. La volonté valorisée par le testament international. – L'institution du testament international, issu de la Convention de Washington du 26 octobre 1973, permet une réelle valorisation de la volonté du défunt. Le droit français prévoit quatre formes possibles pour les testaments. Le testament peut être authentique, olographe, mystique ou international. L'avantage du testament international est qu'il requiert des conditions de forme moins contraignantes que les autres types de testaments¹³⁷⁵. Ainsi, le testament international est considéré comme une forme permettant de « sauver » les dernières volontés du défunt. En effet, si le testament ne respecte pas les conditions de forme du testament authentique, tout en respectant celle du testament international, le testament sera considéré comme valable¹³⁷⁶. La volonté du défunt sera alors préservée.

¹³⁷² En effet, seuls les professionnels peuvent assurer le rôle de fiduciaire, ils doivent rendre compte et engagent leur responsabilité. V. D. LOUIS-CAPORAL, « La fiducie-libéralité, Réflexion sur une opération prohibée », *RTD Civ.* 2016, p. 49.

¹³⁷³ Certains auteurs étaient favorables à l'absence d'autorisation judiciaire dans un tel cas, il convient de préciser que l'analyse avait lieu pour l'administration légale pure et simple. En ce sens, v. A. BOUQUEMONT, « La vente des titres du mineur sous administration légale pure et simple », *Dr. et patr.* 2014, n° 237, p. 28.

¹³⁷⁴ J.-D. BREDIN, « L'évolution du trust dans la jurisprudence française », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 34-36^e année, 1973-1975, p. 153.

¹³⁷⁵ En ce sens, v. M. REVILLARD, « Testament international », *Juris.-Cl.*, 13 janv. 2015 (act. 6 juin 2019), n° 16 et s.

¹³⁷⁶ Civ. 1^{re}, 25 nov. 2015, n° 14-21.287, Bull civ.I, n° 300 ; *Dr. fam.* 2016, comm. 32, note NICOD.

569. Le droit international privé a vocation à s'appliquer dans un nombre grandissant de situations en raison de l'internationalisation de la vie de famille. L'objectif du droit international privé en matière de droit patrimonial de la famille vise à privilégier la volonté des membres de la famille quant au droit qui sera applicable à leurs biens. La prise en compte de cette volonté est source de protection car elle permet de connaître par anticipation la loi applicable aux biens et de s'assurer que les outils, utilisés pour gérer et transmettre le patrimoine, seront bel et bien appliqués. La seule limite, mais non des moindres, est que la loi choisie – ou l'outil utilisé – ne doit pas se heurter à une loi de police du *for* ou être contraire à l'ordre public international du *for*. Ces deux limites permettent d'assurer l'application minimale de la protection des biens telle que conçue en France, notamment lorsqu'il s'agit de l'expression d'une solidarité familiale. Cependant, il est possible de remettre en cause de telles limites lorsqu'en France les institutions peuvent être contournées par l'application du droit interne. *A contrario*, le recul, toujours plus important, de l'ordre public familial permet de considérer que les règles restantes sont celles qui constituent la quintessence de l'ordre public français qu'il n'est dès lors pas possible d'écarter.

570. L'influence internationale est certaine, bien qu'elle reste mesurée, contrairement à l'influence interne qui est avérée.

SECTION 2

L'INFLUENCE INTERNE AVÉRÉE

571. Le droit patrimonial de la famille n'évolue pas de manière autonome par rapport aux autres disciplines du droit civil. En effet, il existe une « dépendance à l'égard du droit du patrimoine »¹³⁷⁷ compris comme étant « celui des biens et des obligations »¹³⁷⁸. Les évolutions conjointes du droit des contrats et du droit patrimonial de la famille conduisent à reconsidérer la manière d'envisager la protection des biens en droit de la famille (§1). De même, la manière de concevoir les biens conduit à une modification des règles relatives à leur protection en droit de la famille (§2).

¹³⁷⁷ M. GRIMALDI., *Droit des successions, op. cit.*, p. 7.

¹³⁷⁸ *Ibidem*.

§ 1 L'INFLUENCE DU DROIT DES CONTRATS

572. La diminution de la protection en droit de la famille et des personnes résulte, pour partie, du fait qu'il existe, en dehors du droit de la famille, des droits protecteurs qui suffisent à protéger les biens. Tel est, notamment le cas du droit des contrats grâce à la diversité des protections qu'il permet. En effet, le droit commun des contrats prévoit divers outils qui conduisent à protéger les biens (A). Le droit des contrats s'est également diversifié et spécialisé. Le législateur a, en effet, créé de nouvelles branches du droit des contrats qui permettent d'assurer la protection des biens, tel que le droit de la consommation (B).

A. Les interactions du droit de la famille avec le droit commun des contrats

573. Au regard de la contractualisation du droit de la famille, il est possible de se demander si le droit des contrats et ses outils ne sont pas suffisants à assurer la protection des biens de la famille. S'il est vrai que le droit des contrats permet d'assurer une part de la protection (1), il se révèle insuffisant dans le cadre familial (2).

1. Une protection parcellaire

574. Le droit des contrats protecteur des biens. – Le droit des contrats propose des mécanismes juridiques permettant d'assurer une certaine protection des biens de la famille. En effet, il permet de préserver l'authenticité de la volonté et du consentement en sanctionnant l'absence de capacité et les vices du consentement. Ces mécanismes de protection peuvent être utilisés en raison de la contractualisation du droit patrimonial de la famille : d'une part, il existe des contrats structurant la matière, tels les contrats de mariage ou les donations ; d'autre part, il présente des contrats nouveaux, tels que les pactes sur successions futures, ou encore le divorce par consentement mutuel déjudiciarisé. Ainsi, il est possible de se demander si le droit des contrats n'est pas suffisant à assurer la protection des biens car « qui dit contrat, dit droit des contrats »¹³⁷⁹. Par effet de miroir, les protections issues du droit de la famille deviennent-elles superflues, ou du moins ne se justifient-elles plus avec la même force ? En effet, avec la contractualisation galopante du droit de la famille¹³⁸⁰, le droit des contrats pourrait être considéré comme suffisant pour assurer la protection des biens. En réalité, il apparaît, à l'étude des mécanismes du droit des contrats, que l'utilisation du droit des contrats, à la place du droit de la famille, conduit la protection des biens à s'éteindre. En effet, l'affaiblissement de la

¹³⁷⁹ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, art. préc.

¹³⁸⁰ V. *supra* n° 112.

protection résulte du manque de prise en compte des spécificités familiales. Le droit des contrats est, par ailleurs, le droit du respect de l'autonomie de la volonté par excellence, ce qui semble en faire le droit de protection idoine au regard de la prise en compte croissante de la volonté en droit de la famille. De plus, le droit des contrats tend à prendre en compte certaines spécificités liées à la faiblesse des membres de la famille permettant de couvrir une partie de la protection des biens à l'égard des tiers. Cette concurrence entre le droit de la famille et le droit des contrats conduit à limiter la protection des biens dans le cadre familial. Toutefois, la lésion et la théorie des vices du consentement sont des outils qui permettraient de concurrencer le droit de la famille.

575. Le recours aux vices du consentement. – La théorie des vices du consentement permet de s'assurer que le contrat n'est formé que si le consentement des parties est libre et éclairé, il ne doit pas être vicié par l'erreur, le dol ou la violence, conformément à l'article 1109 du Code civil¹³⁸¹. Cette théorie, qui s'applique à tout contrat, trouve ainsi à s'appliquer pour les contrats établis en droit patrimonial de la famille. Il est intéressant de noter que certains articles spécifiques au droit patrimonial de la famille reprennent les articles du droit des contrats. Notamment, en matière de renonciation anticipée à l'action en réduction, l'article 930 alinéa 2 du Code civil prévoit que « la renonciation est nulle (...) lorsque le consentement du renonçant a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence ». Cela ne fait-il pas double emploi avec l'article 1109 du Code civil ? Est-ce un simple rappel ou cet article revêt-il une force particulière ? Quoi qu'il en soit, comme tout contrat, la renonciation anticipée à l'action en réduction est nulle si le consentement des parties, et tout spécialement celui du renonçant, est vicié. Qu'en est-il lorsque le disposant exerce des pressions sur le renonçant ? Si le *pater familias* a perdu de son autorité, il existera toujours des enfants qui agiront selon la volonté de leurs parents, par crainte. En effet, « le rapport d'ascendance, caractérisé par une forme d'autorité naturelle, rejaillit alors qu'on le croyait disparu »¹³⁸². La violence, pour permettre la nullité du contrat, doit être à la fois d'une certaine gravité et illégitime. Or traditionnellement, la crainte révérencielle constitue une violence légitime conformément à l'article 1114 du Code civil et ne permet pas, dès lors, l'annulation du contrat. Néanmoins, cet article disparaît avec la réforme du droit des contrats, la crainte révérencielle est jugée « désuète » en la matière¹³⁸³. Cette position semble logique puisqu'« admettre que certaines [violences] soient considérées comme légitimes, c'est rompre

¹³⁸¹ Devenu, C. civ., art. 1130, issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹³⁸² J. LEPROVAUX, « Les nouveaux pactes de famille en droit des successions et des libéralités », *LPA*, n° 215, 28 oct. 2009, p. 5.

¹³⁸³ Y. GUENZOU, « La crainte révérencielle », *D.* 2010, p. 984.

avec la fonction traditionnelle des vices du consentement, à savoir protéger la partie contractante »¹³⁸⁴. Il semblerait alors que la crainte, même révériencielle, puisse permettre d'annuler le contrat si, par ailleurs, elle est d'une certaine gravité, c'est-à-dire qu'elle « inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune (...) à un mal considérable »¹³⁸⁵. Ainsi, tous les cas de crainte révériencielle ne permettront pas l'annulation du contrat. Les juges s'attacheront à vérifier *in concreto* si la violence est suffisamment caractérisée. La violence purement morale poussant le renonçant à signer peut sembler difficile à prouver, tandis que les violences physiques ou économiques seront sans doute plus faciles à démontrer. La jurisprudence admet, en effet, que la violence économique est source de nullité du contrat. L'héritier en difficulté financière qui signe une renonciation anticipée à l'action en réduction, car le disposant lui promet de l'aider s'il accepte de renoncer, pourrait faire valoir la violence économique. La protection du consentement ne semble pas s'être totalement conformée à la matière familiale. Il aurait été envisageable de prévoir expressément, dans le cadre familial, la possibilité d'annuler la renonciation en cas de crainte révériencielle, comme l'article 180 du Code civil le prévoit en matière de mariage. L'annulation du mariage forcé se comprend aisément. La même protection, en droit patrimonial, ferait sens. En effet, les biens méritent d'être revêtus d'une protection particulière. L'objectif de souplesse du règlement successoral, recherché par l'autorisation du pacte successoral, aurait tout de même été atteint. Toujours en matière de renonciation anticipée à l'action en réduction, si l'article 929 alinéa 1^{er} du Code civil prévoit la nécessaire intervention du disposant au pacte, tel n'est pas le cas du bénéficiaire. La non-intervention du bénéficiaire au contrat entraîne des conséquences quant à la possibilité de recourir aux vices du consentement. En matière de dol, il est nécessaire que celui-ci émane du cocontractant. Or, seuls le disposant et le renonçant sont parties au pacte. Le renonçant ne pourra donc pas poursuivre le bénéficiaire pour dol, à moins qu'il ne démontre que le bénéficiaire est complice du disposant. Si la preuve du dol est facilitée par la présence de manœuvres frauduleuses, il sera sans doute plus difficile de prouver la complicité du tiers et du disposant¹³⁸⁶. La protection du renonçant par le biais des vices du consentement, bien que rappelée par l'article 930 alinéa 2 du Code civil, semble plutôt limitée. La protection du renonçant semble davantage relever de la forme du contrat. L'utilisation du droit des contrats

¹³⁸⁴ *Ibidem*.

¹³⁸⁵ C. civ., art. 1140, issu de l' Ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016, J.O. n° 35, 11 fév. 2016, texte n° 26. L'actuel article 1112 du Code civil prévoit que la crainte doit être susceptible de « faire impression sur une personne raisonnable ».

¹³⁸⁶ 108^{ème} congrès des notaires de France, *La transmission*, 2012, p. 743 et 744.

comme protection des biens dans le cadre de la famille semble limitée en ce que le droit des contrats ne prend pas acte des spécificités issues des relations familiales.

576. La rescision pour lésion. – La rescision pour lésion est une nullité pour cause de lésion. L'article 1118 du Code civil de 1804 prévoit que la lésion n'a pas lieu en droit des contrats, sauf « dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes ». Cela montre que le droit des contrats sait se montrer protecteur lorsque les circonstances l'exigent, notamment lorsque le cocontractant est vulnérable. Les catégories des personnes vulnérables pouvant se prévaloir de la lésion sont adossées sur les membres de la famille considérés comme vulnérables : le mineur et les majeurs protégés. La lésion est une source de protection des biens car elle permet la remise en cause d'un acte passé en raison de « l'inégalité originaire des prestations réciproques »¹³⁸⁷, cette inégalité causant une réduction injustifiée du patrimoine du contractant lésé. La nullité prévue est une nullité relative, ce qui indique que l'objectif est la protection de l'intérêt patrimonial de la personne dont les intérêts sont lésés.

577. Le bénéfice de la rescision pour lésion. – L'action en rescision pour lésion est ouverte aux mineurs et aux majeurs protégés qui concluent un contrat qu'ils pouvaient valablement accomplir seuls. C'est la loi 3 janvier 1968¹³⁸⁸ qui a élargi le bénéfice de la rescision pour lésion à l'ensemble des personnes vulnérables, avant d'être repris par la réforme de 2007¹³⁸⁹. Les articles 435, 465, alinéa 1^{er}, 1^o et 488 du Code civil prévoient cette possibilité de rescinder les actes valablement accomplis par les majeurs pendant la durée de la mesure de protection. Il suffit de prouver que l'acte accompli est désavantageux pour le majeur, sans démontrer un véritable préjudice. La décision de rescinder une vente est prise en considération de l'utilité de l'opération, de l'importance ou de la consistance du patrimoine de la personne protégée et de la bonne foi du cocontractant. La sanction n'est donc pas automatique, d'autant que l'article 1151 du Code civil, issu de l'Ordonnance du 10 février 2016¹³⁹⁰, prévoit la possibilité pour le cocontractant, contre lequel la lésion est invoquée, de prouver l'utilité de l'opération pour le majeur protégé et l'absence de lésion afin d'éviter la nullité de l'acte. Contrairement à l'application facultative de la lésion, lorsqu'un majeur protégé fait un acte qui entre dans la compétence de son protecteur, il est nul de plein droit, la nullité est obligatoire, sans marge d'appréciation du juge ni besoin d'établir un préjudice, conformément à l'article 465, alinéa 1^{er},

¹³⁸⁷ G. Cornu, V° « Lésion », in *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 606.

¹³⁸⁸ L. n° 68-5 du 3 janv. 1968, préc.

¹³⁸⁹ L. n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc.

¹³⁹⁰ Ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016, préc.

3° en matière de tutelle et curatelle¹³⁹¹. Cependant, « le caractère systématique de son prononcé s'est considérablement émoussé »¹³⁹² en raison de l'application de l'article 1151 sus énoncé. Certes le contractant ne pourra pas toujours rapporter la preuve de l'utilité de l'opération, malgré l'absence de lésion. Cependant, les particularités du droit de la protection des biens dans le cadre familial sont partiellement gommées par l'application du droit des contrats. L'interférence du droit des contrats permet de s'interroger sur la volonté du législateur de maintenir les spécificités du droit des personnes et de la famille en matière de protection patrimoniale. En effet, atténuer les nullités de plein droit conduit à atténuer la protection des biens qui était instaurée. Ici, l'objectif poursuivi par le législateur réside davantage dans la protection des intérêts du cocontractant que dans la protection de la volonté du majeur protégé. Les évolutions du droit des contrats conduisent donc bien à une altération de la protection des biens de la famille. Cependant, cette altération peut s'analyser en un « puissant soutien à l'autonomie du mineur et du majeur protégé ainsi qu'à l'ajustement de leur protection »¹³⁹³. Il n'en demeure pas moins une évolution dans la conception de ce que doit être la protection des biens de la famille : une protection moins automatique, donc plus subjective, qui doit reposer sur une analyse du juge en cas de conflit, donc *a posteriori*. Or, cette solution entre en contradiction avec la volonté de limiter l'utilisation du temps du juge. La même analyse peut être transposée au mineur. Les articles 1305 et suivants du Code civil de 1804 prévoyaient que la simple lésion permet d'obtenir la rescision, sauf si elle résulte d'un événement imprévisible. L'article 1149 du Code civil, issu de la réforme des obligations de 2016, pose désormais le principe de la rescision pour lésion des actes passés par le mineur. Cependant, là encore, il convient d'articuler cette sanction avec l'article 1151 du Code civil, ce qui permet d'atténuer le principe. Ainsi, tantôt la protection est imparfaite en raison de l'absence de prise en compte des spécificités familiale, tantôt le droit des contrats conduit à limiter les protections instaurées par le droit de la famille.

578. De plus, le mécanisme de la lésion a vu son champ d'application réduit en droit de la famille. En effet, si la lésion continue de protéger les membres les plus vulnérables de la famille, le mécanisme est désormais écarté en matière de partage, ce qui induit que les mécanismes du droit des contrats continuent de s'adapter aux spécificités familiales.

¹³⁹¹ Th. FOSSIER, M. BAUER, E. VALAS-LENERZ, *Les tutelles, accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF éditeur, coll. *Action sociales*, 6^e éd., 2014, p.333 et s.

¹³⁹² N. PETERKA, « La lésion dans les contrats passés par les mineurs et les majeurs protégés », *AJ contrat* 2018, p. 107.

¹³⁹³ *Ibidem*.

2. *Une protection insuffisante*

579. Une mise en valeur des spécificités familiales. – Les mécanismes instaurés par le droit des contrats ne sont pas toujours adaptés aux spécificités familiales ce qui conduit le législateur à les adapter aux cas particuliers du droit de la famille. Ces spécificités de régime montrent que le droit des contrats n'est pas apte, à lui seul, à assurer la protection des biens de la famille. Bien qu'il existe une convergence plus forte entre le droit commun et le droit patrimonial de la famille, les mécanismes de droit commun sont parfois écartés au profit d'un mécanisme spécifique. Ainsi, deux tendances peuvent être observées. D'abord, lorsque les branches du droit patrimonial se rapprochent du droit des contrats, l'assimilation n'est pas totale, afin de préserver les mécanismes de protection propres au droit de la famille. Ensuite, les mécanismes du droit des contrats sont parfois aménagés pour mieux s'adapter aux particularités familiales, tel est le cas de la rescision pour lésion.

580. Une assimilation nécessairement limitée. – Certains auteurs se sont interrogés sur la « banalisation du régime matrimonial »¹³⁹⁴ notamment au regard de la place que les contrats prennent entre les époux. En effet, d'ordinaire le droit des contrats n'était pas un régime protecteur privilégié entre les membres du couple, le législateur préférant prohiber certains contrats entre époux¹³⁹⁵. La contractualisation des relations entre les membres du couple active des interrogations autour de l'utilité des protections spécifiques aux régimes matrimoniaux là où le droit des contrats pourrait désormais être appliqué. Malgré l'accroissement de la liberté contractuelle entre les époux, il existe une « persistance d'une spécificité du régime matrimonial »¹³⁹⁶. Ces spécificités sont liées au caractère familial de ce droit puisque « l'organisation patrimoniale du couple appelle des règles spécifiques dérogeant au droit commun »¹³⁹⁷. En dépit de la contractualisation du droit des régimes matrimoniaux, le droit des contrats n'est pas en mesure de répondre, à lui seul, aux problématiques comprenant une dimension familiale. Le particularisme se retrouve également en droit des libéralités, particulièrement en matière de donations. Parmi les spécificités du contrat de donation, il est permis d'évoquer l'irrévocabilité spéciale des donations. Ce principe, dérogeant au droit commun, est intéressant à double titre : il est d'abord conçu comme un outil de protection tant du donataire que du donateur, mais son intérêt réside également dans le fait qu'il soit remis en

¹³⁹⁴ G. CHAMPENOIS, « Changement et droit des régimes matrimoniaux », art. préc., p. 128.

¹³⁹⁵ Pour une étude complète v. A. TANI, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille : contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, Defrénois, Doctorat & notariat, 2020.

¹³⁹⁶ G. CHAMPENOIS, « Changement et droit des régimes matrimoniaux », art. préc., p. 128.

¹³⁹⁷ *Ibidem*.

cause par certains auteurs. Cette remise en cause illustre parfaitement la tension qui existe entre rapprochement et différenciation du droit patrimonial de la famille et du droit civil des contrats. En effet, certains auteurs ont avancé l'idée selon laquelle le principe d'irrévocabilité spéciale des donations est « un principe creux »¹³⁹⁸, dont l'utilité est désormais quasiment nulle¹³⁹⁹. S'ils reconnaissent que le principe continue d'avoir une utilité réduite en ce qu'il prohibe les clauses de dédit, qui empêche le donateur de se réserver la possibilité de revenir unilatéralement sur son don, ils plaident en faveur d'une autorisation d'une telle clause, sur le modèle du droit commun des contrats¹⁴⁰⁰. Cependant, l'admission de la libre révocabilité des donations va en sens contraire de la loi de 2004¹⁴⁰¹ qui a conduit à supprimer la libre révocabilité des donations entre époux¹⁴⁰². De plus, le principe semble bénéficier d'un regain d'intérêt au regard des nouvelles structures familiales plus fragiles. En effet, l'augmentation du nombre des divorces conduirait probablement les notaires à conseiller l'insertion d'une clause de dédit dans la donation faite à un époux, ce qui conduirait à sa remise en cause lors du divorce. De la même manière, les donations faites pendant le mariage par un époux aux enfants de son conjoint, issus d'une autre union, mais qui ont pu être élevés par lui¹⁴⁰³, pourraient également être remises en cause lors de la disparition du lien de famille entre les époux. La pérennité de la donation serait alors soumise au maintien des liens d'affection qui sont fragilisés au sein de la famille. Cette solution permettrait, certes, d'assurer la protection des biens au sens de leur conservation dans la famille. Toutefois, il ne s'agit pas là d'un objectif du législateur contemporain qui préfère assurer la sécurité juridique de l'opération et qui n'entend plus assurer la conservation des biens dans la famille. La solution serait également contraire à l'esprit du droit du divorce qui entend apaiser les relations, les tensions ne seraient que plus vives par la menace de révocation des donations. H. LÉCUYER a pu dire que « l'irrévocabilité spéciale est un élément consubstantiel à la donation »¹⁴⁰⁴, la proposition semble plus vraie encore depuis la suppression de la libre révocabilité des donations entre époux. D'autres auteurs ont pu chercher une autre voie entre le maintien de l'irrévocabilité et sa suppression pure et simple, en envisageant des solutions permettant une application distributive de l'irrévocabilité en fonction des objectifs choisis par

¹³⁹⁸ W. Dross, « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-elle ? », *RTD Civ.* 2011, p. 25.

¹³⁹⁹ *Ibidem.*

¹⁴⁰⁰ *Ibidem.*

¹⁴⁰¹ L. n° 2004-439 du 26 mai 2004, préc.

¹⁴⁰² D'aucuns s'interrogeront sur la méthode : « Serait-il vraiment maintenant de bonne méthode d'aligner le droit commun sur la règle supprimée ? », in F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 452.

¹⁴⁰³ La donation intervenant alors comme une volonté de pallier l'absence de prise en compte d'une telle recomposition familiale par le droit des successions.

¹⁴⁰⁴ H. LÉCUYER, « L'irrévocabilité spéciale des donations », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 415.

le législateur¹⁴⁰⁵. Mais, là encore, les solutions envisagées conduisent à dissocier, au moins pour partie, le droit des libéralités des solutions du droit commun des contrats. Ainsi, le droit des libéralités continuerait d'exprimer ses particularités, et l'assimilation, bien que renforcée, demeurerait partielle. Dans le même esprit, l'application des mécanismes issus du droit des contrats ne se fait pas sans aménagement, tel est le cas du mécanisme de la lésion.

581. Le recul de la rescision pour lésion en droit de la famille. – L'action en rescision pour cause de lésion tend à disparaître au regard des actes du droit patrimonial de la famille. Tantôt la sanction de la lésion est remplacée, tantôt le recours à la lésion est expressément exclu. Si elle était admise en matière de partage successoral¹⁴⁰⁶, elle a été remplacée par une action en complément de part. Le législateur, pour des questions de sécurité juridique, restreint les cas conduisant à l'annulation d'un contrat. En effet, l'action en complément de part permet d'obtenir la part due sans pour autant remettre en cause l'intégralité du partage¹⁴⁰⁷. C'est l'article 889 du Code civil, issu de la loi du 23 juin 2006, qui prévoit l'action en complément de part lorsqu'un copartageant subit une lésion de plus du quart. La lésion est toujours appréhendée par le droit successoral, mais le traitement qui en est fait est adapté aux particularités du droit patrimonial de la famille. L'absence de remise en cause du partage déjà établi permet notamment de limiter les tensions au sein de la famille à raison du partage et ainsi de préserver la paix des familles. La loi du 3 juillet 1971¹⁴⁰⁸, instaurant l'ancien article 1075- 1 du Code civil, exclut le recours à la lésion dans le cadre des partages d'ascendants. La question du recours à la lésion pouvait se poser en raison du caractère hybride de la libéralité, le législateur a décidé de l'exclure. L'actuel article 1075- 3 du Code civil, issu de la réforme de 2006, rappelle également que l'action en complément de part, nouvellement instaurée, est exclue en matière de donations-partages. La seule action possible est la réduction pour atteinte à la réserve. Seul l'empiétement sur la réserve permet de remettre en cause la donation-partage, la lésion n'a, en la matière, pas d'effet. Ainsi, au regard des actes patrimoniaux, la rescision pour lésion n'est pas la solution la plus idoine pour le législateur, qui lui préfère des sanctions plus adaptées au cadre familial.

¹⁴⁰⁵ T. GENICON, « De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriété à titre gratuit », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 311 et s.

¹⁴⁰⁶ L'ancien article 887 du Code civil, en application avant la réforme de 2006, prévoyait en effet la possibilité de demander la rescision du partage pour cause de lésion.

¹⁴⁰⁷ M. GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 (...) », art. préc.

¹⁴⁰⁸ L. n° 71-523 du 3 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du code civil relatives aux rapports à succession, à la réduction des libéralités excédant la quotité disponible et à la nullité, à la rescision pour lésion et à la réduction dans les partages d'ascendants, J.O., 4 juil. 1971, p. 6515.

582. Au-delà du droit commun des contrats, le législateur a mis en place un droit spécial qui se caractérise par son objectif de protection, tel est notamment le cas du droit de la consommation. Il est possible d’analyser les interactions de la protection des biens dans le cadre de la famille avec ce droit protecteur spécifique.

B. Les interactions du droit de la famille avec le droit de la consommation

583. Les facteurs d’évolutions divergent entre droit de la consommation et droit de la protection des biens (1). Pourtant, le droit de la consommation inspire des évolutions en matière de protection des biens. En effet, le législateur adopte des outils de protection convergents (2).

1. Des facteurs d’évolution divergents

584. L’exposé des enjeux du droit de la consommation (a) permet de comprendre dans quelle mesure la protection des biens en droit patrimonial de la famille suit le même schéma (b).

a. Les enjeux du droit de la consommation

585. Le droit de la consommation connaît une tension perpétuelle sur le degré de protection à accorder, « la variation des législations protectrices est intrinsèque à l’existence de ses législations »¹⁴⁰⁹. Certains auteurs ont mis en lumière, pour le cas du droit de la consommation, que « les droits protecteurs renoncent à certains de leurs dispositifs au nom d’un meilleur réalisme économique ou encore d’une meilleure prise en considération de l’intérêt collectif, par rapport aux intérêts individuels »¹⁴¹⁰. Ainsi, ces deux objectifs semblent être à l’origine de l’assouplissement de la législation protectrice. Par ailleurs, le constat est fait que « toute diminution des législations protectrices impératives a pour corollaire automatique l’augmentation du rôle du juge » dont « l’intervention [se fait] *a posteriori* »¹⁴¹¹. Le juge est érigé en clef de voûte d’un système de protection assoupli, dont l’intervention est postérieure à l’apparition d’un litige. Pour la doctrine, la tension se résume ainsi : « une loi protectrice claire, sécurisante, mais contraignante, ou une loi régulatrice en retrait, mais qui confère au juge un pouvoir de vigilance augmenté »¹⁴¹². Ces débats, autour des évolutions du droit de la consommation, prennent part à une réflexion plus générale sur la pertinence de leur maintien, notamment en raison de « l’excès de protection (...) en faveur des contractants présumés

¹⁴⁰⁹ L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Le droit des contrats, droit régulateur ou protecteur ? », in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre, Un droit en perpétuel mouvement*, LGDJ, p. 638.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, pp. 637-638.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, p. 638.

¹⁴¹² *Ibidem*.

vulnérables »¹⁴¹³. Il convient alors de déterminer si le droit patrimonial de la famille suit ce même schéma.

b. Application au droit patrimonial de la famille

586. Le droit de la protection des biens de la famille suit-il, à l'instar du droit de la consommation, les mêmes évolutions, à raison de sa nature de droit protecteur ? Pour répondre à cette interrogation, il est nécessaire de reprendre l'ensemble des points avancés par la doctrine.

587. La protection de personnes présumées vulnérables. – Le critère de la protection des personnes présumées vulnérables est rempli, bien qu'il nécessite des adaptations. En effet, en matière de la protection des biens, le droit tente de protéger les biens des personnes les plus vulnérables. Cependant, cette protection passe par la détermination de catégories de personnes vulnérables pour lesquelles la protection des biens est renforcée, ou contre qui le droit tente de protéger les biens. Il en va ainsi, comme il a été vu, des mineurs, des majeurs vulnérables, et au gré des époques, des femmes et des prodigues¹⁴¹⁴. L'étude a également permis de mettre en exergue le fait que la protection des biens passe également par la prohibition de certains actes considérés comme particulièrement dangereux pour les biens¹⁴¹⁵. Ces prohibitions sont assimilables, en droit de la consommation, à la prohibition de certaines clauses considérées comme abusives¹⁴¹⁶. Des préoccupations communes se dessinent autour de la protection et de ses excès. En effet, les débats actuels sur la protection des biens des majeurs vulnérables et des mineurs¹⁴¹⁷ illustrent parfaitement cette remise en cause de la légitimité de la protection. Ainsi, puisqu'il possède les mêmes caractéristiques, il est possible de considérer que le droit de la protection des biens peut être envisagé en tant que droit protecteur. Les évolutions sont-elles, pour autant, guidées par les mêmes facteurs ?

588. Le réalisme économique. – Le réalisme économique peut être érigé en facteur des évolutions de la protection des biens. En effet, la vie des entreprises guide régulièrement les modifications du droit patrimonial de la famille comme le montre l'article 1075-2 du Code civil en matière de donations-partages. La transmission anticipée du patrimoine peut également être

¹⁴¹³ *Ibid.*, p. 637.

¹⁴¹⁴ V. *supra*. respectivement, n° 403 s., 92, 87 s. et 94.

¹⁴¹⁵ V. *supra* n° 73 s.

¹⁴¹⁶ L'assimilation comporte des limites en ce que les clauses abusives ne sont pas forcément prohibées en soi, mais elles le sont parce qu'elles sont stipulées dans la relation entre un consommateur et un professionnel. Là où les prohibitions du droit patrimonial de la famille le sont *erga omnes*. En ce sens, v. J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, 3^e éd., 2019, p. 301 et s., spéc. n° 220.

¹⁴¹⁷ V. *supra* respectivement n° 474 s. et 208.

perçue comme une adaptation au réalisme économique. Le donataire qui reçoit une somme pour s'établir aura une plus grande influence sur la vie économique que le légataire déjà avancé en âge. De plus, l'anticipation permet de limiter les charges fiscales lors de la succession. Cependant, le réalisme économique ne semble pas être le facteur privilégié des métamorphoses de la protection des biens, comme il semble l'être pour les autres droits protecteurs¹⁴¹⁸. Comme il a été vu, les facteurs des évolutions du droit patrimonial de la famille sont essentiellement tournés vers une adaptation aux évolutions sociales et une prise en considération des droits de l'homme. Cette dernière conduit à invalider également, en droit de la protection des biens, le facteur subséquent de la diminution de la prise en compte de l'intérêt individuel.

589. La bascule de l'intérêt individuel à l'intérêt collectif. – Le réajustement des droits protecteurs passe par l'évolution de la frontière entre intérêt collectif et intérêt individuel. Toutefois, le mouvement en droit patrimonial est inverse. La diminution de la protection passe davantage par une minoration de l'intérêt collectif, celui de la famille, et un accroissement corollaire de l'intérêt individuel¹⁴¹⁹. En effet, c'est la prise en compte de l'intérêt de chaque membre de la famille qui conduit à réduire la prise en compte du groupe, ce qui rend moins nécessaire la protection des biens dans le cadre familial. Les facteurs des évolutions des droits protecteurs ne sont pas précisément les mêmes, en raison de la nature des droits en cause.

590. Pour autant, ils procèdent du même esprit : d'une part, un ajustement à la réalité sociale ou économique, d'autre part, un réajustement de la balance entre intérêt individuel et intérêt collectif. Ces évolutions, qui entraînent une protection amoindrie, concourent au même résultat : le renoncement aux dispositifs protecteurs.

591. Le renoncement aux dispositifs protecteurs. – Il n'est pas question ici de retracer l'ensemble des renoncements qui sont faits en droit patrimonial. Il est simplement possible de rappeler que les dispositifs protecteurs sont pareillement remis en cause en droit patrimonial de la famille, qu'il s'agisse des prohibitions ou du recours *a priori* au juge. De la même manière, ce recul des mécanismes protecteurs conduit bien, comme il a été démontré, à faire intervenir le juge *a posteriori*¹⁴²⁰.

592. Ainsi, le droit de la protection des biens en droit de la famille connaît des évolutions semblables à l'ensemble des droits protecteurs, bien que les facteurs de ces évolutions

¹⁴¹⁸ Cette distinction tient à la nature même du droit de la consommation qui peut être considéré comme un des piliers de la vie économique.

¹⁴¹⁹ V. *supra* n° 487, ou encore 521.

¹⁴²⁰ V. *supra* n° 234.

divergent. L'essence commune de ces droits conduit le législateur à adopter des outils de protection convergents.

2. *Des outils de protection convergents*

593. Des mécanismes de protection communs. – Poursuivant un même objectif de protection, il est possible de se demander si le droit de la consommation et le droit de la protection des biens possèdent des mécanismes communs. Notamment, il est intéressant d'analyser les influences réciproques qui conduiraient à l'adoption, en droit de la protection des biens, de mécanismes issus du droit de la consommation. L'objectif du droit de la consommation est de « corriger les déséquilibres qui existent à l'intérieur du contrat »¹⁴²¹. Pour atteindre cet objectif, le droit de la consommation a recours à divers outils, tels que l'information préalable du consommateur par le professionnel ou encore les délais de réflexion. Ces mécanismes ne sont pas si éloignés de certains qui sont mobilisés en droit patrimonial de la famille. En effet, de nombreux actes du droit patrimonial de la famille doivent être passés devant notaire. Ce dernier délivre les informations nécessaires. Ce rôle d'information est d'autant plus important que son absence conduit à la mise en œuvre de la responsabilité de ce professionnel. Les mêmes solutions sont retenues aux confins du droit de la consommation et des sûretés, en matière de protection de la caution personne physique. En effet, la jurisprudence a mis à la charge du cocontractant professionnel un devoir de mise en garde de la caution non avertie qui, à défaut de l'avoir réalisé, engage sa responsabilité¹⁴²².

594. Par ailleurs, le droit de la famille a pu être influencé par le droit de la consommation avec l'instauration d'un délai de réflexion en matière de divorce par consentement mutuel déjudiciarisé¹⁴²³. L'utilisation d'un formalisme renforcé, par rapport au droit commun, peut également être mise en lumière. En effet, en droit de la consommation comme en droit patrimonial de la famille, le formalisme agit comme un outil de protection.

595. Enfin, il est possible d'envisager la question de la lutte contre le surendettement en droit de la consommation. En effet, cet objectif du droit de la consommation se retrouve sous différentes formes en droit patrimonial de la famille. D'une part, le législateur a, en droit

¹⁴²¹ J. JULIEN, *op. cit.*, p. 301 et s.

¹⁴²² Telle était également la sanction du cautionnement disproportionné sous l'empire des jurisprudences Com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, Bull. civ. IV, n° 188 ; *JCP E*, 1997, II, 1007, note LEGEAIS ; *Defrénois*, 1997, 1424, obs. AYNÈS. Com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619, Bull. civ. IV, n° 136, dite Nahoum ; *D.* 2003, p. 414, note KOERING ; *JCP G* 2003, II, 10017, note PICOD ; *RTD Civ.* 2003, p. 125, obs. CROCQ ; *Defrénois*, 2003, 456, obs. PIEDELIÈVRE ; *ibid.* 2003, 411, obs. THÉRY.

¹⁴²³ C. civ., art. 229-4.

patrimonial de la famille, le souci de préserver la famille contre les actes les plus dangereux pour ses biens. D'autre part, par des influences croisées, le droit patrimonial accueille en son sein des règles particulières visant à limiter les risques financiers. Tel est le cas de l'article 1415 du Code civil, qui vise à limiter le gage des créanciers des époux lorsque le contrat est un cautionnement ou un emprunt.

596. Si le droit des contrats influence, autant qu'il accompagne, les évolutions de la protection des biens en droit de la famille. Cette dernière est également tributaire de la manière dont sont appréhendés les biens.

§ 2 L'INFLUENCE DE LA CONCEPTION DES BIENS

597. La manière de protéger les biens est fonction de la manière de les appréhender. L'évolution des biens et de leur prise en compte a conduit à une diversification du contenu des patrimoines des membres de la famille qui a rendu nécessaire l'adaptation, par le législateur, des règles de protection (A). De plus, l'origine des biens semble également prise en compte pour motiver les changements législatifs (B).

A. La diversification du contenu du patrimoine

598. Les évolutions des biens sont deux des ordres : la nature des biens contenus dans les patrimoines des membres de la famille a considérablement évolué (1), de même que le rapport que le bien entretient avec sa valeur (2).

1. La nature des biens

599. L'importance croissante des meubles dans le patrimoine (a) a conduit le législateur à introduire des règles spécifiques pour certains d'entre eux, le conduisant à créer des distinctions au sein de la catégorie des meubles (b).

a. L'importance croissante des meubles dans le patrimoine

600. D'un patrimoine immobilier vers un patrimoine diversifié. – Le Code civil de 1804 considère davantage les immeubles que les meubles. En effet, les fortunes sont essentiellement immobilières, en raison de la société agricole tournée vers la détention des terres¹⁴²⁴. D'aucuns

¹⁴²⁴ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, seconde série, *op. cit.*, p. 8.

diront que « le Code civil n'attache d'importance qu'aux immeubles »¹⁴²⁵. Toutefois, lors des travaux préparatoires du Code civil, la question des meubles a pu être discutée. En effet, certains avançaient qu'au regard de la fortune mobilière de certaines professions, il convenait d'adapter le régime matrimonial légal, notamment en instaurant une communauté d'acquêts plutôt que de meubles et d'acquêts¹⁴²⁶. Déjà en 1804, le développement du commerce et de l'industrie a conduit à l'avènement de fortunes mobilières¹⁴²⁷. Le caractère mobilier des fortunes n'a cessé de croître, en particulier, avec la prise en compte de biens « dont le Code civil, – et même le droit civil d'avant le XXe siècle, – n'avaient guère idée : les entreprises industrielles et commerciales, les cabinets de professions libérales, les exploitations agricoles et artisanales »¹⁴²⁸. La présence des immeubles dans le patrimoine des plus fortunés a diminué au profit des biens meubles de production. Le patrimoine est davantage constitué de biens en relation avec le travail¹⁴²⁹ : soit que les biens soient nécessaires au travail, soit qu'ils en soient issus. Ces biens nécessaires à l'activité économique du ménage se sont stabilisés au sein des patrimoines¹⁴³⁰. La perception des meubles au sein du patrimoine s'est alors modifiée au regard de l'accroissement de leur valeur – les meubles ne sont plus regardés au prisme de l'adage *res mobilis, res vilis* –, ce qui conduit le législateur à adapter les règles en matière patrimoniale. Les régimes matrimoniaux sont, tout particulièrement, affectés par ces modifications de conceptions.

601. La prise en compte des meubles par les régimes matrimoniaux. – En 1804, les meubles font l'objet d'une faible prise en compte par les régimes matrimoniaux. En effet, le régime légal choisi par le législateur conduit à rendre communs, sans distinction, l'ensemble des meubles lorsque les époux sont soumis au régime légal. Ainsi, sont communs les meubles existant avant le mariage, les meubles constituant des acquêts, mais également ceux échus par successions et libéralités pendant le mariage¹⁴³¹. *A contrario*, seuls les immeubles acquis par les époux pendant le mariage tombent en communauté¹⁴³², à l'exception de ceux reçus par successions ou libéralités¹⁴³³.

¹⁴²⁵ *Ibidem*.

¹⁴²⁶ J. MALLEVILLE, discussion du Conseil d'État, titre cinquième du Code civil, séance du 13 vendémiaire an XII (6 oct. 1803), in P.-A. FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. XIII, p. 549-550.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, p. 551.

¹⁴²⁸ R. SAVATIER, *op. cit.*, première série, 3^e éd., pp. 412-413.

¹⁴²⁹ R. SAVATIER, *op. cit.*, troisième série, p. 215.

¹⁴³⁰ *Ibid.*, p. 215.

¹⁴³¹ C. civ., art. 1401, 1^o, en vigueur en 1804.

¹⁴³² C. civ., art. 1401, 3^o, en vigueur en 1804.

¹⁴³³ C. civ., art. 1404, en vigueur en 1804.

602. Cependant, il serait faux de penser que le législateur de l'époque n'avait nullement pensé à la question des meubles. En effet, les discussions des travaux préparatoires du Code civil alertent sur l'importance économique des meubles dans le patrimoine de certaines personnes, à raison de leur profession. Il en va ainsi pour « les négociants, les manufacturiers, les capitalistes, les artistes, les artisans, dont toute la fortune se compose de mobilier »¹⁴³⁴. La crainte est alors toujours la même, que les biens ne passent trop aisément d'une famille à une autre. En effet, le caractère commun de ces biens, indépendamment du moment de leur acquisition, conduit l'autre époux à prétendre à la moitié de ces biens au moment de la dissolution de la communauté¹⁴³⁵. Toutefois, la communauté de meubles et d'acquêts sera préférée comme régime légal pour plusieurs raisons. D'abord, le législateur a souhaité choisir parmi les modèles existants, soit la communauté de meubles et d'acquêts de la coutume de Paris, soit le régime dotal des pays de droit écrit. Ensuite, il a considéré que les distinctions entre les catégories de meubles conduiraient à complexifier la mise en œuvre et la dissolution du régime matrimonial¹⁴³⁶. Enfin, constatant que dans la majorité des couples, l'importance des meubles était réduite, il était préférable que ce soit aux couples ayant une fortune mobilière d'opter pour un régime matrimonial prenant en compte cette particularité, plutôt qu'au régime légal de s'adapter¹⁴³⁷.

603. L'accroissement continu de l'importance des meubles a conduit le législateur à modifier le régime légal en 1965¹⁴³⁸. La communauté de meubles et d'acquêts est abandonnée au profit d'une communauté réduite aux acquêts. Les meubles présents au jour du mariage ne tombent plus en communauté, à défaut de stipulation contraire. Le régime des meubles, dont la valeur est la plus importante et qui sont essentiels à la survie économique de la famille, s'aligne sur celles des immeubles. Ainsi, la règle de la cogestion s'applique tant aux immeubles qu'aux fonds de commerce ou exploitations communes, aux droits sociaux négociables et aux meubles dont l'aliénation est soumise à publicité foncière¹⁴³⁹. La volonté du législateur de 1804 de ne pas distinguer au sein de la catégorie des meubles n'est plus. Désormais, il distribue les règles

¹⁴³⁴ J. MALLEVILLE, discussion du Conseil d'État, titre cinquième du Code civil, séance du 13 vendémiaire an XII (6 oct. 1803), in P.-A. FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. XIII, p. 549-550.

¹⁴³⁵ *Ibid.*, p. 549-550.

¹⁴³⁶ BERLIER (Th.), Présentation au corps législatif et exposé des motifs, Titre cinquième, Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux, in P.-A. FENET (P.-A.), *op. cit.*, t. XIII, p. 668.

¹⁴³⁷ *Ibid.*, p. 551-552.

¹⁴³⁸ Ch. BLANCHARD, *Droit des régimes matrimoniaux*, LexisNexis, 2021, pp. 13-14.

¹⁴³⁹ C. civ., art. 1424.

applicables aux meubles en considération de leur valeur et/ou de leur importance pour la vie de la famille.

b. Les distinctions au sein de la catégorie des meubles

604. Une multiplicité de catégories. – Le législateur établit désormais des distinctions entre les meubles quant à leur propriété, mais également quant à leur gestion.

605. Les distinctions conditionnant la propriété des meubles. – Le caractère propre ou commun des biens meubles s’aligne, en partie, sur les catégories qui présidaient en 1804 pour les immeubles. Ainsi, les meubles présents au jour du mariage sont propres à chaque époux, de même que ceux échus pendant le mariage par successions ou libéralités. Cet alignement a conduit au changement de régime matrimonial légal qui est devenu une communauté d’acquêts et non plus de meubles et d’acquêts. Les meubles acquis pendant le mariage restent, par principe, des biens communs. Cependant, ce principe souffre d’exceptions. En effet, « les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement rattachés à la personne »¹⁴⁴⁰ d’un époux sont propres même lorsqu’ils sont acquis pendant le mariage. Il en va ainsi des vêtements destinés à l’usage personnel d’un des époux, par exemple. Pareillement, les instruments de travail nécessaires à la profession d’un époux sont propres lorsqu’ils sont rattachés à un fonds de commerce ou une exploitation propre. Certains cas rendent moins aisée la qualification du bien en cause. Tel est le cas des biens supports de l’activité professionnelle d’un époux qui l’exerce conformément à un titre. Ces biens de production sont difficilement détachables de la personne de l’époux. Ils ont conduit la doctrine et le juge à opérer une distinction entre ce qui relève du titre du bien, qui est personnel à l’époux, et ce qui relève de la finance du bien, qui est commune. Cette distinction sibylline, désormais critiquée par une partie de la doctrine¹⁴⁴¹, conduit à employer, pour un même bien, des qualifications différentes, ce qui rend l’utilisation hasardeuse et peu pratique. Cette distinction a été employée pour octroyer à la communauté la valeur du bien qui, créé après le mariage, permet d’assurer la vie économique de la famille. Alors même que le bien revêt un caractère personnel, le juge n’a pas souhaité faire obstacle à l’entrée de ce bien en communauté. Cette solution s’explique par les mots de l’article 1401 du Code civil. En effet, les acquêts et les biens provenant de l’industrie des époux ont vocation

¹⁴⁴⁰ C. civ., art. 1404.

¹⁴⁴¹ G. CHABOT, « Retour sur la distinction du titre et de la finance », *Mélanges R. Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 35 ; E. NAUDIN, « Que sont les notions devenues ? Libres propos sur la distinction du titre et de la finance », *Mélanges D. R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 467.

même à intégrer la communauté. Les distinctions concernant la gestion des meubles sont plus marquées.

606. Les distinctions conditionnant la gestion des meubles. – Contrairement aux immeubles qui possèdent un traitement uniforme en droit des régimes matrimoniaux – le logement de la famille mis à part –, les biens meubles sont soumis à des catégorisations qui conditionnent leur régime. En effet, si l'article 1421, alinéa premier, du Code civil pose le principe d'une gestion concurrente des biens, plusieurs exceptions existent.

607. D'abord, l'époux qui exerce une profession séparée est, par principe, le seul qui puisse accomplir les actes d'administration et de disposition sur les biens nécessaires à celle-ci. Cependant, l'article 1424 du Code civil précise qu'il n'est pas permis pour un époux de disposer seul d'un fonds de commerce ou d'une exploitation dépendants de la communauté, de même pour les droits sociaux non négociables et les meubles soumis à publicité. Ainsi, contrairement aux immeubles, pour lesquels l'article 1424 prévoit une impossibilité pour un époux de disposer seul d'un immeuble, le législateur a entendu réserver les cas de cogestion à une partie seulement des meubles. Il est possible de constater que les meubles faisant l'objet d'une formalité de publicité, à l'instar des immeubles, suivent le même régime que ces derniers. Mais surtout, le législateur a entendu poser des règles plus rigoureuses concernant les meubles qui constituent la source des revenus du ménage, afin de leur réserver une protection renforcée. C'est la nature du meuble, sa valeur importante au sein de la communauté et son utilité pour le couple qui conduisent à distinguer cette sous-catégorie des biens de production au sein de celle des meubles.

608. Ensuite, une autre catégorie de meubles suit un régime de gestion particulière en raison de leur utilité pour le ménage : les meubles meublant du logement familial. Ceux-ci ont un régime aligné sur celui du logement familial. Ainsi, de manière déconnectée des questions de propriété, il n'est pas possible pour un époux de vendre seul de tels meubles, conformément à l'article 215, alinéa 3, du Code civil. Il s'agit ici de protéger des biens en raison de leur utilité particulière pour le ménage.

609. Cette valorisation du caractère familial des biens meubles se retrouve, en dehors des régimes matrimoniaux, pour la question des souvenirs de famille. Au regard de la diversité des meubles qui composent désormais le patrimoine des couples et de l'importance que certains revêtent, il est bienvenu que les règles de protection soient renforcées à leur égard.

610. Une catégorisation insuffisante. – Cependant, il est possible de se demander si la catégorisation est aujourd’hui suffisante au regard de la diversité des meubles. Comme a pu le remarquer le Congrès des notaires¹⁴⁴², les époux cherchent à investir, dans le cadre de leur gestion patrimoniale. Ainsi, un époux, commun en biens, qui souhaite investir dans les œuvres d’art, va se heurter, dans sa gestion, aux règles parfois trop rigides des régimes matrimoniaux. En effet, si les pièces de collection, qu’il peut souhaiter revendre dans une optique d’investissement, se trouvent dans le logement familial, il pourrait se trouver contraint par la règle de l’article 215, alinéa 3, du Code civil qui oblige les époux à agir ensemble. Aussi, si les œuvres sont, par exemple, dans une résidence secondaire, elles pourront être vendues par l’époux qui ne s’occupe pas de la gestion de la collection d’art, sans pouvoir aménager son régime matrimonial en sens contraire. En effet, l’article 222 du Code civil, prévoit que les époux sont réputés avoir le pouvoir de faire seuls l’acte de vente d’un meuble. Or, cette disposition est d’ordre public et n’est donc pas susceptible d’aménagement dans le contrat de mariage. Il est de plus peu probable que ce type de biens soit considéré comme des biens à caractère personnel, permettant de qualifier la collection de bien propre par nature même lorsqu’un seul des époux dispose des connaissances nécessaires en art pour avoir une gestion optimale de sa collection. En effet, bien que la Cour de cassation considère que les biens contenus dans une collection peuvent constituer des biens propres par nature, c’est à la condition que l’époux précise en quoi cette collection présente un caractère personnel¹⁴⁴³. Or, un tel critère sera sans doute difficile à retenir dans le cas énoncé car la volonté d’investissement pourrait conduire le juge à considérer que l’attachement¹⁴⁴⁴ n’est pas suffisant entre la collection et l’époux pour la qualifier de bien propre. L’adoption d’un régime séparatiste ne permettrait pas de régler la difficulté en l’espèce. En effet, l’article 222 du Code civil prenant place dans le régime primaire impératif des couples mariés s’appliquerait identiquement dans un tel régime. Pourtant, cette collection peut avoir une valeur importante qui pourrait justifier qu’une protection particulière s’applique pour assurer à la famille la conservation des valeurs acquises. L’appréhension des meubles est donc éclatée en droit des régimes matrimoniaux car celui-ci n’a pas totalement pris la mesure de l’augmentation de la valeur des meubles. Cependant, une catégorisation à l’extrême conduirait à réaliser les craintes du législateur de 1804 : la complexité du régime.

¹⁴⁴² 106^e congrès des notaires de France, préc., p. 273 et s.

¹⁴⁴³ Civ. 1^{re}, 3 déc. 2008, n° 07-13.937 ; *AJ fam.* 2009, p. 88, obs. HILT ; *JCP G* 2009, 140, obs. SIMLER.

¹⁴⁴⁴ Critère mis en lumière par Ph. SIMLER dans la chronique « Régimes matrimoniaux », *JCP G* n° 18, 29 avr. 2009, doct. 140.

611. Le changement de nature des biens contenu dans le patrimoine a conduit à une modification de la protection des biens dans le cadre de la famille. En effet, le législateur a mis en place des outils de gestions collectives pour les meubles nécessaires à la vie familiale ou au contraire les a exclus pour les meubles qui n'assurent pas cette fonction. La question de la valeur des biens est également déterminante. En effet, la prise en compte de la valeur des biens, de manière détachée des biens eux-mêmes, a conduit à une évolution en matière de protection.

2. La valeur des biens

612. D'une protection des biens à la protection de leur valeur – Il existe un mouvement de disjonction du bien de sa valeur. Ce mouvement s'observe en droit des régimes matrimoniaux, lorsque la théorie du titre et de la finance est utilisée. Il est également présent en droit des successions et des libéralités, lorsque le rapport et la réduction s'effectuent en valeur, ou encore lorsque la réserve héréditaire doit être respectée en valeur. Ce glissement vers une prise en compte de la valeur des biens, plutôt que du bien lui-même, est préjudiciable à plusieurs égards.

613. D'abord, il ôte aux biens familiaux leur valeur sentimentale pour ne considérer que leur valeur économique. Or, des sociologues ont montré qu'au-delà du caractère pécuniaire, il se développe entre les biens de la famille et ses membres un attachement particulier¹⁴⁴⁵ : notamment pour le logement ayant abrité la famille, ou encore pour les entreprises familiales. Les souvenirs de famille, souvent des choses ayant une valeur économique faible, bénéficient d'une reconnaissance de la valeur sentimentale attachée à l'objet en permettant à chaque héritier de les consulter, indépendamment de la question de la propriété. De plus, l'obtention d'une part de réserve en valeur conduit à priver les héritiers concernés de s'inscrire dans l'histoire de leur famille en obtenant des biens marqués « de la personnalité de leurs propriétaires »¹⁴⁴⁶. L'importance de la valeur familiale des biens se retrouve également lors de partages conflictuels. En effet, les « procès (...) sont fréquents, attestant que la mentalité de nombre d'héritiers est demeurée ancrée dans le Code civil, et que, même contre argent, ils ne se laissent pas si aisément évincer d'un bien où ils se sentent passionnément enracinés »¹⁴⁴⁷.

614. Ensuite, il ne permet pas d'instaurer une réelle égalité entre les héritiers, car la valeur d'un bien ne sera jamais égale à l'obtention du bien lui-même, notamment lorsque le bien est

¹⁴⁴⁵ Les sociologues parlent d'« une "force" ou d'un "esprit" particulier », in C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital, Comment la famille reproduit les inégalités*, La découverte, 2019, p. 67.

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 67.

¹⁴⁴⁷ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 258.

frugifère. Par ailleurs, des sociologues ont montré que l'attribution en valeur conduisait à des discriminations entre les femmes et les hommes. En effet, les hommes sont le plus souvent attributaires des biens en nature, là où les femmes prennent le plus souvent une indemnité compensatrice¹⁴⁴⁸. Le problème réside dans le fait que les indemnités sont calculées conformément à la valeur du bien en nature, valeur qui a tendance à être minorée¹⁴⁴⁹, notamment pour des raisons fiscales. La fixation de la valeur d'un bien qui n'est pas, par essence, destiné à être vendu est complexe, car sujette à une part de discrétion, ce qui renforce la critique autour de la disjonction entre le bien et sa valeur.

615. Cette disjonction peut sembler essentielle, dans son côté pratique, lorsqu'il existe peu de bien de valeur dans le patrimoine, ou lorsqu'elle permet de maintenir une entité économique dans son ensemble. Cela permet de préserver la consistance du bien et donc d'assurer une protection pour le bien. Il est également possible pour un testateur de prévoir un legs universel de ses biens à une seule personne, qu'elle soit héritière réservataire ou non, la réserve devra être respectée par le légataire uniquement en valeur. Cette disjonction est une vraie métamorphose de la protection des biens car elle marque le passage d'une protection des biens à une protection de la valeur des biens.

616. Des correctifs. – Des correctifs sont apportés en droit pour rendre sa pleine dimension au bien, tel que le droit de retour. Ce droit de retour, des frères et sœurs, ne peut s'exercer que lorsque le bien demeure effectivement en nature dans le patrimoine du défunt l'ayant reçu, conformément à l'article 757-3 du Code civil. C'est donc le bien, en lui-même, qui est protégé et non pas seulement sa valeur. Plus encore, sa valeur n'est pas réellement protégée, car si le bien ne figure plus dans le patrimoine, le droit de retour ne s'applique pas.

617. Ces évolutions, de la nature des biens et de leur valeur, s'articulent avec celle de l'origine des biens.

B. L'origine des biens

618. La modification de constitution du patrimoine. – La protection des biens dans le cadre de la famille évolue en raison du changement d'origine de ces biens. En 1804, la préoccupation du législateur en matière de protection des biens est leur maintien dans la famille, car ces biens sont essentiellement issus d'une transmission entre les générations. C'est le cas

¹⁴⁴⁸ C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *op. cit.*, pp. 53 - 66.

¹⁴⁴⁹ Sur la question des biais quant à l'évaluation des biens voir BESSIÈRE (C.) et GOLLAC (S.), *Le genre du capital, Comment la famille reproduit les inégalités*, La découverte, 2019, pp. 140 - 144.

notamment lors du mariage lorsque les parents de l'épouse constituaient un dot, ou lorsqu'ils apportaient un bien à la communauté. Ce mode de constitution du patrimoine n'est désormais plus le modèle. Cette prépondérance familiale dans la constitution du patrimoine laisse place à une constitution fondée sur le travail de l'unité familiale, donc du couple¹⁴⁵⁰. Les biens proviennent donc soit du travail effectué dans une entreprise¹⁴⁵¹, soit de l'entreprise d'un ou des membres du couple. Dans ce second cas, les biens du couple peuvent être la source même de leur travail. Il est possible d'observer que le changement de provenance des biens correspond à un changement de manière d'assurer leur protection. En effet, la provenance familiale conduisait le législateur à vouloir le maintenir au fil des transmissions au sein de la famille de laquelle il provenait. Désormais, puisque les biens sont issus du travail du couple, il est compréhensible que le législateur soit enclin à redonner plus de liberté dans la gestion de ces biens. Il peut sembler légitime qu'une personne ayant acquis des biens par sa seule force de travail puisse les gérer et les transmettre comme elle l'entend, puisque l'origine de ces biens conduit à diminuer leur essence familiale. Il convient désormais de déterminer s'il faut considérer ce travail comme personnel, afin de donner plus de liberté à chaque membre de la famille, ou s'il faut le considérer comme une expression de la solidarité familiale, et ainsi considérer que le travail doit bénéficier à l'ensemble de la cellule familiale. Dans ce second cas, il s'agit de déterminer de qui se compose la cellule familiale : du couple ou du couple et de ses enfants. Il faut trancher la question du caractère individuel ou familial des biens dans le contexte familial.

619. La prise en compte de l'origine personnelle des biens. – Ce changement a entraîné une nécessaire adaptation du droit. Cette adaptation est tardive au regard de l'évolution car celle-ci n'est intervenue que dans la seconde moitié des années 60. R. SAVATIER constatait en 1964 que le droit patrimonial de la famille ne s'était pas encore adapté, en pointant le décalage entre les articles du Code et le mode de vie des familles¹⁴⁵². Il affirmait que « les textes sont ici en retard sur la vie »¹⁴⁵³, car le droit patrimonial de la famille restait « construit sur le postulat de la fortune acquise »¹⁴⁵⁴. Cependant, c'est peu après que les réformes du droit patrimonial de la famille sont entamées, celle des régimes matrimoniaux, des majeurs protégés puis, plus tardivement, celles des successions et des libéralités. Les traductions juridiques de ce

¹⁴⁵⁰ R. SAVATIER, *op. cit.*, première série, 3^e éd., pp. 410-411.

¹⁴⁵¹ En ce sens, v. R. SAVATIER, *op. cit.*, seconde série, p. 36.

¹⁴⁵² R. SAVATIER, *op. cit.*, première série, 3^e éd., pp. 410-411.

¹⁴⁵³ R. SAVATIER, *op. cit.*, seconde série, p. 37.

¹⁴⁵⁴ R. SAVATIER, *op. cit.*, première série, 3^e éd., pp. 410-411.

changement sur la protection des biens sont palpables. Il s'illustre, par exemple, dans le changement des héritiers présomptifs du défunt. Le conjoint obtient une place privilégiée dans la succession de son époux¹⁴⁵⁵ car les biens qui constituent le patrimoine de ce dernier sont davantage issus du travail du couple. Dans un même temps, les collatéraux du défunt ont une aspiration réduite à recevoir la succession du défunt, puisque ses biens sont moins issus des transmissions familiales. Il est possible de penser que c'est dans ce même esprit que s'inscrit la renonciation à l'action en retranchement des avantages matrimoniaux. Le législateur entend toujours permettre à l'époux survivant de bénéficier des biens issus de l'industrie du couple sans que les autres héritiers, même réservataires, ne puissent remettre en cause la transmission à la mort du premier époux. Le législateur n'est, par ailleurs, plus méfiant à l'égard des donations qui pourraient entraîner la sortie des biens de la famille, car les biens possèdent moins ce caractère familial. Le fait que les biens d'une personne soient davantage issus du travail, que de la famille, fait également tomber les craintes de la dissipation de ces biens. Ceci peut justifier que la protection contre les agissements des majeurs vulnérables soit regardée d'un œil plus critique¹⁴⁵⁶. *A contrario*, il y a plus de chance que le mineur ayant des biens importants les ait reçus de sa famille, ce qui peut expliquer, en partie, le maintien d'une protection plus forte de ces biens.

620. Toutefois, lorsque les biens sont conçus au prisme du couple, ceux-ci sont perçus comme des biens familiaux. Le constat est flagrant au regard du régime primaire impératif, qui règle le sort du logement de la famille ou encore les pouvoirs sur les meubles à l'égard des tiers. Il l'est également pour les couples mariés sous les régimes communautaires qui organisent des règles de gestion commune pour les biens les plus importants du couple.

621. En revanche, il est possible de penser que le caractère familial des biens est dissous lorsqu'ils ne sont pas considérés au prisme du couple. En effet, le droit des majeurs protégés prend désormais peu en compte la famille dans la gestion et dans le maintien des biens dans le patrimoine du majeur. Les discussions sur le bien-fondé du maintien de la réserve montrent également que, plus que jamais, la liberté du testateur et du donateur tend à être promue¹⁴⁵⁷, même si cela se fait au détriment de la répartition familiale des biens. Priver une partie des enfants des biens familiaux revient à les rejeter de l'histoire patrimoniale de la famille, ce qui magnifie l'esprit individualiste. Certains auteurs ont alors pensé à distinguer entre les biens

¹⁴⁵⁵ V. *supra* n° 384 s.

¹⁴⁵⁶ V. *supra* n° 474 s.

¹⁴⁵⁷ V. *infra* n° 697 s.

issus de la famille et ceux provenant du travail¹⁴⁵⁸. En même temps, si le législateur accorde trop de liberté au propriétaire sur la transmission de son patrimoine, même acquis personnellement, il ne permet pas la constitution de la valeur familiale des biens. Cette prise en compte de la modification de l'origine des biens conduit également le législateur à maintenir ou à instaurer des règles qui permettent de prendre en compte l'origine familiale des biens.

622. La prise en compte de l'origine familiale des biens. – Historiquement, la prise en compte de l'origine familiale des biens s'incarnait dans la maxime *materna maternis, paterna paternis*. Cet adage se traduisait en droit par le mécanisme de la fente qui consiste à rendre à la branche paternelle et à la branche maternelle les biens qui provenaient de chacune d'entre elles¹⁴⁵⁹. Ainsi, le droit prévoit, parfois, des régimes différents en fonction de l'origine des biens. Tout comme en 1804, les biens immeubles reçus par successions ou libéralités demeurent des propres dans les régimes communautaires¹⁴⁶⁰ – cette règle s'est par la suite étendue aux biens meubles¹⁴⁶¹. Si c'est en raison de leur valeur que les meubles ne tombent plus *ipso facto* en communauté, il n'en demeure pas moins que c'est pour préserver l'origine familiale de ses biens. Les biens issus de la transmission entre générations sont donc, dans un tel cas, protégés, au sens classique, par leur maintien dans la famille d'origine.

623. La prise en compte de l'origine familiale du bien est également présente en droit des successions. En effet, pour compenser la suppression de la réserve héréditaire des père et mère du défunt sans postérité, le législateur a instauré un droit de retour légal, à l'article 738-2 du Code civil. Cet article permet à ces père et mère de recouvrer les biens qu'ils avaient donnés à leur enfant prédécédé. L'octroi de ce droit est révélateur de la volonté de restituer les biens à la personne qui est la plus à même à les recevoir. Par la donation, le bien a conservé son empreinte familiale qui justifie l'application d'un régime spécifique. Un droit de retour existe également pour les frères et sœurs, qui bénéficient de la moitié du bien donné lorsqu'il demeure en nature dans la succession. Ici encore, c'est la nature familiale du bien qui conduit le législateur à en réserver une partie à la famille dont il est issu. Le droit de retour légal est particulièrement intéressant car, si le législateur l'a instauré, il n'est pas d'ordre public, et peut ainsi être écarté. Dans un tel cas, c'est le pouvoir individuel qui prend à nouveau le pas sur la préservation, par le législateur, des biens familiaux. Cet esprit individualiste pourrait également innover le

¹⁴⁵⁸ J. BOISSON, « La réserve héréditaire en lien avec les libéralités philanthropiques », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, 13 déc. 2019, p. 74.

¹⁴⁵⁹ J.-J. SIMÉON, préc., in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, 1836, p. 223.

¹⁴⁶⁰ C. civ., art. 1405.

¹⁴⁶¹ V. *supra* n° 603.

principe même du droit de retour s'il était considéré que ce qui motive le droit de retour est moins l'idée de famille que la qualité de propriétaire ancien du bénéficiaire d'un tel droit.

624. Il est également possible de remarquer que l'individualisation au sein du couple est, au contraire, une source de protection des biens de la famille. Les régimes séparatistes permettent, selon les sociologues, de rendre les membres du couple « autonomes économiquement »¹⁴⁶². Cette individualisation sert également, « avec l'horizon désormais palpable d'une rupture conjugale, à une forme de protection du patrimoine familial de chacun et chacune »¹⁴⁶³. Ainsi, l'individualisation au sein du couple serait, *a contrario*, une manière de se protéger contre le partage des richesses créées par le travail. Cette protection prend la forme du maintien des biens dans la famille, en évitant les transferts d'un patrimoine à un autre en cas de divorce. Bien évidemment, ce raisonnement n'est, comme indiqué, valable que pour se préserver des effets du divorce. En effet, la dissolution du régime séparatiste par décès est sans influence sur les droits successoraux du conjoint successible.

¹⁴⁶² C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *op. cit.*, p. 83.

¹⁴⁶³ *Ibidem*.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

625. Des influences extérieures au droit de la famille. – Les influences extérieures au droit de la famille, qu’elles soient internes ou internationales, contribuent au recul de la philosophie classique de la protection des biens. Que les influences soient mesurées ou avérées, elles participent aux évolutions du droit patrimonial de la famille et, partant, de la protection des biens. Ainsi, le recul de l’ordre public est accentué sur la scène internationale. Le modèle de la famille légitime est remis en cause par l’intermédiaire du droit international et européen droits de l’homme. De nouveaux outils de protection émergent sous l’action du droit international ou du droit des contrats. L’égalité entre les filiations implique également un recul de la catégorisation des familles et de la hiérarchie des filiations. L’ensemble de ses influences concordent pour promouvoir la volonté des membres de la famille en reconnaissant leur individualité et en promouvant leur qualité de propriétaire et les prérogatives qui y sont associées. Cette promotion de l’individu conduit à un infléchissement de la prise en compte de la famille en tant que groupe.

626. Infléchissement familial. – L’individualisme qui résulte de la philosophie des droits de l’homme, qui se traduit par la promotion de la volonté du propriétaire et la contractualisation, implique nécessairement un recul de la protection fondée sur un esprit familial. Ce recul est notamment accéléré par le fait que les biens proviennent de l’industrie des membres de la famille, plus que de la famille elle-même. Cet infléchissement de la pensée familiale ne signifie pas que toute trace est gommée de la législation. Il signifie simplement que la famille, entendue comme un groupe, ne guide plus, par principe, la législation en matière de protection des biens. La protection des biens en droit de la famille semble resserrée autour de certains biens spécifiques.

627. Une protection ciblée. – Dans la sphère internationale, qu’il s’agisse du droit international et européen des droits de l’homme ou du droit international privé, il est patent que la protection des biens se centre autour de situations particulières ou de biens en particulier. En

effet, il semble y avoir une protection particulière lorsque des membres de la famille sont dans une situation économique difficile ou lorsque les biens en cause sont nécessaires à la subsistance des personnes, tel que le domicile, pour reprendre les termes de la Cour européenne des droits de l'homme. En droit des contrats, la protection s'articule davantage autour de certaines personnes considérées comme vulnérables. Il est intéressant de constater que la pluralité des influences contribue à des conflits de philosophie. En effet, la protection des personnes vulnérables promue en droit des contrats semble entrer en contradiction avec la liberté encouragée par les droits de l'homme pour ces personnes.

628. Une philosophie contemporaine troublée. – Bien qu'il existe une convergence des influences pour caractériser le recul de la philosophie législative classique, la lecture de la philosophie contemporaine est, quant à elle, troublée. En effet, la diversité des influences, aux philosophies parfois contradictoires, rend difficile l'exposé d'une philosophie contemporaine unitaire et homogène.

CONCLUSION DU TITRE 2

629. Une pluralité d'influences. – Les influences des évolutions de la protection des biens sont multiples, tant sociologiques que juridiques. D'abord, le droit est poreux aux évolutions sociologiques. Les changements de législation tentent de conformer le droit à la nucléarisation de la famille, en particulier en revalorisant le couple et les enfants. Ensuite, les différentes branches du droit sont interdépendantes. La contractualisation du droit de la famille conduit à une application plus fréquente du droit des contrats pour protéger les biens. Le droit international privé et les droits de l'homme sont des facteurs en expansion dans le processus de transformation de la protection des biens. Un renouvellement des sources du droit de la famille se crée par le biais de l'internationalisation : qu'il s'agisse de sources internationales, issues des conventions de l'Organisation des Nations unies, ou européennes, tant du Conseil de l'Europe, avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que de l'Union européenne, avec les règlements sur les régimes matrimoniaux ou les successions. L'ensemble de ces influences ont des conséquences communes malgré leurs divergences philosophiques persistantes.

630. Des conséquences communes. – La principale convergence de ces différentes influences est le recul de la philosophie classique de la protection. Elles participent ensemble à la promotion des principes d'égalité et de liberté, qui sont désormais directeurs en droit patrimonial de la famille. L'égalité ressort tant des évolutions sociologiques de la famille que de l'influence des droits de l'homme. La liberté ressort essentiellement du droit international privé, des droits de l'homme et du droit des contrats, mais également de la nouvelle conception des biens qui tend à renforcer les prérogatives de leurs propriétaires. La mise en application de ces principes conduit à rééquilibrer les relations familiales, ce qui se traduit par le déclin de la hiérarchie au sein des familles. La protection des biens en droit de la famille n'est plus conçue comme la conservation des biens dans la famille légitime et de se sang.

631. Des divergences philosophiques persistantes. – Malgré ces conséquences communes, il existe des divergences de philosophies. La promotion du conjoint et de la famille nucléaire est contrebalancée par la prise en compte des enfants adultérins. Ainsi, la promotion de la famille nucléaire, composée du couple et de ses enfants, doit s'articuler avec l'objectif d'égalité des filiations. L'exaltation des prérogatives du propriétaire se heurte à la protection du logement de la famille. L'articulation entre ses différentes mesures semble provenir de lignes philosophiques divergentes.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

632. Une philosophie classique déstructurée. – La philosophie législative classique de la protection, qui se comprend comme la conservation des biens dans la famille légitime et de sang, est déstructurée sous l'influence de divers facteurs. Ces facteurs, internationaux et internes, aboutissent à une pluralité de changements au sein de la législation concernant la protection des biens au sein de la famille. Si la multiplication de changements de législation et la multiplicité des influences rendent difficile la lecture de la nouvelle philosophie législative, elles conduisent à déstructurer la philosophie classique selon des aspirations communes, bien que celles-ci ne convergent pas toujours.

633. La conservation des biens délaissée. – Il ressort de l'étude menée dans cette première partie que la protection des biens dans la famille se conçoit comme la volonté du législateur de 1804 d'œuvrer pour la conservation des biens au sein de la famille. Ce constat se retrouve dans l'ensemble du droit patrimonial de la famille : en droit des successions, notamment par le biais de la réserve héréditaire ; en droit des libéralités, par la réduction des libéralités portant atteinte à la réserve ; en droit des majeurs protégés, par la volonté de conserver les biens du vulnérable en vue de leur transmission ; en droit du mineur par la gestion paternelle jugée plus adéquate. Ainsi, la protection s'analyse essentiellement en une conservation des biens existant au sein de la famille. Tous les actes pouvant entraîner une dissipation des biens sont regardés avec méfiance : qu'il s'agisse des actes faisant sortir, à titre gratuit, un bien de la famille, ou encore des démembrements de la propriété, l'usufruit étant vu comme un risque pour la conservation du bien. En 1965, l'idée de conservation des biens reste un principe directeur du droit, notamment en droit des régimes matrimoniaux. En effet, les travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1965 rappellent « que l'idée d'une conservation des biens de famille dans le patrimoine de chaque époux est assez répandue »¹⁴⁶⁴. En droit des régimes matrimoniaux, le maintien de cette volonté de conservation se retrouve toujours dans l'article 1405 du Code civil, selon lequel

¹⁴⁶⁴ J. FOYER, *Présentation du projet de loi portant réforme des régimes matrimoniaux*, préc., p. 3.

les biens reçus par libéralités pendant le mariage restent propres. La conservation des biens dans le cadre de la famille n'a pas pleinement disparu, comme en atteste le maintien de l'article 1405 du Code civil ou de la réserve héréditaire¹⁴⁶⁵. Cependant, l'objectif n'est plus réellement contraignant. L'évolution de la protection en valeur, plutôt qu'en nature, précipite la déchéance de l'objectif de protection des biens tel que conçu en 1804. Les biens, en eux-mêmes, ne font plus l'objet d'une conservation imposée par le législateur. Au-delà, du déclin de l'objectif de conservation, les destinataires de cette conservation classique sont également écartés.

634. La famille légitime et la famille de sang écartée. – La volonté du législateur de 1804 est d'assurer un maintien des biens dans la famille, mais plus particulièrement la famille légitime et la famille de sang. Le souci de conservation au bénéfice de la famille est multiple. D'abord, les biens doivent être protégés pour pouvoir bénéficier à la seule famille. C'est notamment ce que permettait la méfiance du législateur à l'égard des libéralités qui risquaient de conduire à la sortie des biens de la famille au bénéfice d'un tiers. Ensuite, les familles ne méritaient pas toute la même protection. Tantôt, le législateur tente de conserver les biens dans la famille légitime, par opposition à la famille naturelle, tantôt le législateur tente de conserver les biens dans la famille de sang, par opposition à la famille créée par l'alliance. Ainsi, pour atteindre l'objectif de préservation des biens dans la famille légitime, le législateur a pu mettre en place des discriminations fondées sur la nature de la filiation. Ces discriminations bénéficiaient tant aux enfants légitimes qu'au conjoint. Ce dernier était, à son tour, évincé face à la famille de sang, car le législateur avait une vision élargie de la conception de famille pour le maintien des biens en son sein. L'étude de la conception de la famille a montré que le conjoint bénéficie désormais largement de la protection du législateur et que la nature du lien de filiation ne fonde plus d'inégalité dans la transmission des biens. Ainsi, la protection des biens ne bénéficie plus à la famille légitime par le sang. Le lien d'alliance, voire le couple, est largement remis au centre des préoccupations du législateur en matière de droit patrimonial de la famille. Ce gain de protection s'est fait au détriment de la famille par le sang, essentiellement des collatéraux, mais également des ascendants. Cette perte des destinataires clairement affichés de la conservation des biens conduit nécessairement à une remise en cause de la conservation elle-même. En effet, à quoi bon conserver les biens s'il n'existe plus, sous la plume du législateur, de destinataire déterminé de cette conservation ?

¹⁴⁶⁵ H. DE RICHEMONT, Rapport fait au nom de la commission (...), préc., 10 mai 2006, p. 33. Rapport dans lequel le maintien de la réserve héréditaire est encore justifié par l'objectif de conservation des biens dans la famille.

635. La protection hiérarchique abandonnée. – La conception classique de la protection des biens reposait, comme il a été vu, sur un fort encadrement par l'État des possibilités de gestion et de transmission des biens dans le cadre familial. Cette conception de la protection des biens s'appuyait sur la transmission du pouvoir de l'État sur la tête du chef de famille, le mari et père. La protection classique des biens était conçue selon un mode hiérarchique, de contrainte et d'autorité. Cette autorité ressortait tant du rôle du législateur en tant que prescripteur de normes contraignantes, que du père et mari institué chef de famille. Ainsi, il est possible de qualifier cette protection des biens, telle qu'initialement prévue par le Code de 1804, de paternalisme juridique. Cette qualification renvoie à l'idée que l'État assurait la protection des biens à l'instar de ce que devrait faire le bon père de famille, avec la même autorité. Les évolutions du droit, du droit patrimonial de la famille en particulier, ont conduit à un renversement des deux branches du paternalisme juridique. Il existe un retrait de l'autorité du mari et père, mais également un retrait de l'État dans la gestion et la transmission du patrimoine. Deux nouveaux mouvements irriguent la conception de la protection des biens au sein de la famille : l'égalité et la liberté.

636. Un mouvement égalitaire. – L'archétype de la personne devant assurer la gestion des biens en 1804 est le mari et père sain d'esprit. La conception est très hiérarchique : tant entre le père et les enfants, qu'entre le mari et la femme, mais également entre les enfants et leurs parents insanes. La conservation des biens dans la famille et la cohérence de leur gestion et de leur transmission sont rendues possibles par ce pouvoir fort confié à un nombre limité de membres de la famille. La volonté d'égalité au sein de la famille a conduit à renverser ce principe de paternalisme juridique à l'intérieur de la famille elle-même. L'horizontalisation des relations au sein de la famille a entraîné une remise en cause de la philosophie du paternalisme juridique à l'œuvre en 1804. Le législateur a entendu instaurer une égalité dans le couple avec les réformes de 1965 et 1985. Ainsi, c'est un rééquilibrage des puissances qui est souhaité au sein du couple et qui conduit nécessairement à une rupture dans la conception de la protection des biens de 1804. Le vocabulaire employé renvoie tant à l'égalité entre époux, qu'à la liberté de l'un à l'égard de l'autre. L'horizontalisation des situations se retrouve, également, dans les relations entre parents et enfants, tant dans la gestion du patrimoine du mineur, qui doit être impliqué, que dans la transmission des biens. En effet, dans ce dernier cas, les enfants, au sens de descendants, sont impliqués, notamment lorsqu'ils doivent renoncer à une part de leur réserve héréditaire. La discussion instaurée à l'intérieure des familles conduit à reconnaître une place plus égalitaire entre ses membres, les décisions ne pouvant être imposées, *a priori*, par un

membre ayant un pouvoir décisionnaire à lui seul¹⁴⁶⁶. De même, dans les relations entre enfants et parents insanes, une plus grande place est laissée au majeur protégé. Chacun est impliqué dans la gestion et la transmission des biens de la famille. Ce principe d'égalité est notamment issu de la plus grande prise en compte des droits de l'homme en matière familiale. Ce mouvement égalitaire s'articule avec un mouvement libéral.

637. Un mouvement libéral. – Le recul du paternalisme juridique est également marqué par un recul de l'ingérence de l'État dans les affaires familiales. Ce recul se manifeste tant par une législation plus libérale, car les règles impératives et l'ordre public reculent, que par le retrait progressif du juge. L'implication du juge dans la protection des biens illustre parfaitement le déclin du paternalisme juridique. Le législateur de 1804 concède essentiellement le pouvoir de gestion des biens au père de famille, le juge possédant une place marginale dans ce système. Ainsi, le paternalisme juridique est essentiellement incarné par le législateur et le mari et père de famille. Le retrait de l'autorité du père et mari, qui commence dans les années 60, a conduit le législateur à lui substituer le regard du juge. Ainsi, ces années font œuvre de transition. Initialement, le recul du paternalisme juridique s'observe essentiellement par le recul de la transmission du pouvoir au père. Ce n'est que plus récemment que le déclin du paternalisme juridique se manifeste dans sa composante étatique : tant par le déclin des prohibitions que par le déclin du rôle du juge. La déjudiciarisation conduit nécessairement à une immixtion moindre du juge dans les affaires de la famille, c'est-à-dire à un retrait de l'État dans la surveillance de la gestion des biens par les familles. Le juge intervient désormais essentiellement *a posteriori* lorsqu'un litige naît entre les membres de la famille. Son rôle de prévention est largement supprimé. Ainsi, davantage de place est laissée à la famille. La prise en compte des volontés de chaque membre de la famille semble désormais prépondérante. Une telle conception se retrouve en droit de la famille sous l'influence du droit des contrats, des droits de l'homme, du droit international privé ou encore de la prise en compte de la qualité de propriétaire.

638. Des métamorphoses déstructurées. – Les métamorphoses à l'œuvre sont déstructurées et contribuent à la déstructuration de la philosophie législative classique. Le droit contemporain ne reflète plus la structure établie en 1804. La philosophie législative classique est en recul. La métamorphose de la philosophie législative ne semble pas nette. Pourtant, ces métamorphoses

¹⁴⁶⁶ V. *infra* n° 654. Ce n'est plus la qualité de membre de la famille (père, mari) qui le permet, mais celle de propriétaire.

sont également structurables, car elles permettent, après étude, de dégager une philosophie législative renouvelée.

Seconde partie

DES MÉTAMORPHOSES STRUCTURABLES

639. Une structure. – Dire que les métamorphoses sont structurables, c'est admettre que malgré la pluralité apparente des influences et des manifestations, il est possible de découvrir une philosophie sous-jacente qui permettrait de comprendre l'ensemble du système contemporain de protection des biens en droit de la famille. Cependant, cette structure est parfois troublée par les objectifs législatifs annoncés, qui ne permettent pas d'expliquer le fond des réformes.

640. Modernisation et simplification. – La modernisation et la simplification sont des objectifs affichés par le législateur à l'occasion de certaines réformes récentes¹⁴⁶⁷. Toutefois, ces objectifs ne permettent pas de constituer une ligne explicative du droit patrimonial contemporain¹⁴⁶⁸ et, partant, du droit de la protection des biens au sein de la famille. Or, comme l'écrit P. CATALA, « l'essentiel est la cohérence d'un modèle juridique qui fait partie d'un patrimoine dont nous avons hérité et que nous devons léguer à nos successeurs »¹⁴⁶⁹. Ainsi, il

¹⁴⁶⁷ Les termes apparaissent, par exemple, dans les travaux préparatoires de la loi du 23 juin 2006. Pour le terme modernisation, v. H. DE RICHEMONT, Rapport fait au nom de la commission (...), préc., 10 mai 2006, p. 25. Pour le terme simplification v. *ibid.*, p. 24. Ils apparaissent également dans le titre de l'Ordonnance n° 2015-1288 du 15 oct. 2015, préc.

¹⁴⁶⁸ D'autant que l'utilisation de ces termes est déconseillée par le guide de légistique de 2007 en ce qu'ils véhiculent « un point de vue subjectif sur le texte, (...) [traduisant] des jugements de valeurs ou [exprimant] une ambition ». V. *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, 6 juin 2005, p. 149. Il est à noter que la précision disparaît dans le guide de 2017. V. *Guide de légistique*, 3^e éd., 2017, la documentation française, p. 268. Pour une critique de la simplification, v. B. BEIGNIER, « L'enfant adultérin et le conjoint trompé : le nœud gordien du droit patrimonial de la famille », *Dr. fam.* n° 12, déc. 2001, chron. 27. Selon l'auteur, « le droit doit, parfois, être complexe parce que la vie l'est elle-même ».

¹⁴⁶⁹ P. CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », art. préc.

est nécessaire que le système de protection des biens puisse être compris de manière uniforme et cohérente¹⁴⁷⁰. Il ne faut pas « sacrifier la qualité des textes à l'intention publicitaire »¹⁴⁷¹.

641. Réformes parcellaires¹⁴⁷². – La technique législative consistant à réformer de manière parcellaire le droit patrimonial de la famille engendre également des difficultés en matière d'unité de la philosophie législative et de la cohérence de ce droit¹⁴⁷³. La doctrine se montre très critique à l'égard d'une telle technique¹⁴⁷⁴. Il ne faut pas que les réformes soient menées dans l'empressement politique¹⁴⁷⁵, car le caractère « symbolique »¹⁴⁷⁶ des réformes pourrait atteindre le caractère « opératoire »¹⁴⁷⁷ du droit de la famille. Pourtant, malgré cette volonté de cohérence, qui semble indiquer la nécessité de l'unité de la philosophie législative, il existe une tension entre unité et pluralisme.

642. Unité et pluralisme. – Les tensions entre unité et pluralisme sont bien connues. Il s'agit d'une antinomie du droit pointée par Ph. MALAURIE¹⁴⁷⁸. Ainsi, le droit tend tantôt vers l'unité, tantôt vers le pluralisme, mais les deux se côtoient à une époque donnée, ce qui est particulièrement le cas en droit de la famille. L'unité aurait les faveurs du droit¹⁴⁷⁹, tandis que

¹⁴⁷⁰ Sur la nécessité de la cohérence du droit de la famille voir P. MURAT, « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 777 et s.

¹⁴⁷¹ P. MURAT, « De la réforme du droit de la filiation et de quelques autres projets », *Dr. fam.* n° 6, juin 2001, comm. 55. V. également, sur cette idée de publicité, E. NICOLAS, *Penser les flux normatifs, Essai sur le droit fluide*, Mare & Martin, coll. Libre droit, 2018, p. 88.

¹⁴⁷² Sur l'utilisation du terme v. Ph. MALAURIE, « Examen critique du projet de loi portant réforme des successions », *Defrénois* n° 24, 30 déc. 2005, p. 1963.

¹⁴⁷³ V. par ex. la diversité des thématiques abordées par la L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle, préc. V. également L. n° 2019-222 du 23 mars 2019, préc. Pour cette dernière, le Sénat remet en cause l'opportunité de modifier dans une telle loi le droit des majeurs protégés, « alors qu'une réforme globale de la protection juridique des majeurs est attendue », v. F.-N. BUFFET et Y. DÉTRAIGNE, *Rapport n° 11 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et sur le projet de loi organique relatif au renforcement de l'organisation des juridictions*, 3 oct. 2018, p. 29.

¹⁴⁷⁴ V. Ph. MALAURIE, « Examen critique du projet de loi portant réforme des successions », art. préc. Celui-ci questionne la capacité du législateur à effectuer des réformes globales en ces termes : « notre pays qui légifère tant serait-il devenu incapable de procéder à de grandes réformes cohérentes de droit civil (...) ? ». V. également B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 (...) », préc. Celui-ci effectuant une comparaison avec la manière dont le Code civil a été rédigé : « imagine-t-on que le Code civil ait pu être rédigé de cette façon ? ».

¹⁴⁷⁵ En ce sens v. G. CORNU, « Regard d'un civiliste », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 21 et s. Dans lequel G. CORNU oppose « les lois fondamentales » du droit de la famille des années 1960-1970 aux « lois postérieures [qui] sont venus (trop hâtivement en général) retoucher l'œuvre ». V., plus généralement, J.-C. SOYER, « Pèlerinage aux sources du droit privé », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, études offertes à Pierre Catala, op. cit.*, p. 33 et s.

¹⁴⁷⁶ P. MURAT, « Introduction », in P. MURAT, (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016/2017, 7^e éd., 2016, p. 12 et s.

¹⁴⁷⁷ P. MURAT, « De la réforme du droit de la filiation (...) », art. préc.

¹⁴⁷⁸ Ph. MALAURIE, « Les antinomies des règles et de leurs fondements », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, études offertes à Pierre Catala, op. cit.*, p. 31.

¹⁴⁷⁹ Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, pp. 524-525.

« le pluralisme [est] alors réduit à un simple rôle de transition »¹⁴⁸⁰. Cette dualité n'est pas propre au droit de la famille. les réflexions se retrouvent également en droit des sociétés, par exemple. Comme en droit de la famille, le pluralisme est issu, du moins pour partie, du « fait que les lois nouvelles laissent souvent survivre les lois anciennes »¹⁴⁸¹. Finalement, le pluralisme doit pouvoir être « justifié »¹⁴⁸². Il apparaît que les errements entre unité et pluralisme doivent être réglés au prisme de la cohérence. Soit la pluralité se justifie et les mécanismes en cause se distinguent réellement, ils doivent alors être maintenus. Soit la pluralité ne se justifie pas ou les mécanismes en cause ne se distinguent pas réellement, ils doivent alors être réunis.

643. Quelle unité pour la philosophie législative ? – Le pluralisme affiché en droit de la famille n'empêche toutefois pas de découvrir une philosophie législative unitaire permettant de comprendre l'ensemble du système de protection des biens au sein de la famille. Cependant, le maintien d'institutions anciennes dans un système rénové conduit à penser les adaptations que le droit devrait subir pour que la philosophie législative soit plus limpide. Ainsi, les évolutions n'étant pas complètement abouti, il n'est pas possible de considérer que les métamorphoses sont structurantes, mais elles sont structurables. L'unité de la philosophie législative est possible (**Titre 1**), mais cette unité reste perfectible (**Titre 2**).

¹⁴⁸⁰ *Ibidem.*

¹⁴⁸¹ B. DONDERO, « Les sociétés par les nombres », *D.* 2022, p. 611.

¹⁴⁸² *Ibidem.*

TITRE 1

L'UNITÉ POSSIBLE DE LA PHILOSOPHIE LÉGISLATIVE

644. La philosophie législative contemporaine. – L'étude de la philosophie législative contemporaine permet de déterminer que, désormais, la protection est celle de la personne au moyen des biens. Il est ainsi possible de réduire la philosophie contemporaine à un fil directeur unique comme il l'était pour la philosophie classique, fondée sur la conservation des biens dans la famille. L'existence de cette nouvelle philosophie est démontrable selon une méthode spécifique.

645. Méthode. – Il est admis que la philosophie législative qui gouverne la protection des biens n'est pas pensée, *a priori*, par le législateur. En effet, la pluralité des évolutions ne permet pas de comprendre, par la seule lecture des lois et des travaux préparatoires, l'idée qui soutient l'entière législation en matière de protection des biens. Il convient donc de déduire des manifestations des métamorphoses la philosophie législative contemporaine. Deux étapes sont nécessaires pour mener une telle entreprise. Il faut savoir quels sont les grands axes de la philosophie législative mais également quels sont les objectifs de cette nouvelle philosophie.

646. Les grands axes. – L'étude des manifestations des métamorphoses et de leurs facteurs a permis de mettre à jour un ensemble de grands mouvements, qu'il s'agisse du mouvement libéral ou encore du mouvement égalitaire. Toutefois, ces mouvements, qui contribuent à déstructurer la philosophie classique, ne sont pas, en eux-mêmes, explicatifs de la philosophie contemporaine. En effet, il s'agit de mouvements qui ne sont pas spécifiques à la protection des biens en droit de la famille. Ce qu'il convient d'étudier ce sont les lignes directrices qui ressortent précisément de la législation en matière de protection des biens. Ces caractéristiques permettront ensuite de déterminer les objectifs que la nouvelle philosophie poursuit.

647. Les objectifs. – Les objectifs de la philosophie législative doivent permettre de comprendre si la finalité de protection des biens est toujours accomplie dans le système de

protection contemporain. Il s'agit de l'idée unique qui dirige l'ensemble de la philosophie législative.

Il convient donc de préciser les lignes directrices de la philosophie législative contemporaine (**Chapitre 1**), puis de déterminer les objectifs de cette philosophie (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

LES LIGNES DIRECTRICES DE LA PHILOSOPHIE LÉGISLATIVE CONTEMPORAINE

648. Les lignes directrices. – L’essoufflement de l’ancien système ne doit pas laisser penser qu’il n’est plus possible de déterminer une philosophie. Une ligne est considérée comme directrice lorsqu’elle est prépondérante pour comprendre la philosophie de l’objet auquel elle s’applique. Les lignes directrices, tirées du droit contemporain, permettent de comprendre ce qui conduit le législateur à adopter certaines normes.

649. La législation contemporaine. – Ces lignes directrices se retrouvent dans la législation contemporaine. Son étude est indispensable, car c’est dans celle-ci que la présence de la philosophie contemporaine se fait sentir. Il convient donc de puiser dans l’étude du droit contemporain les lignes qui dirigent la pensée du législateur. Toutefois, la conservation d’institutions anciennes pourrait contribuer à troubler la clarté des lignes que le législateur semble suivre.

650. Les institutions anciennes. – Le maintien des institutions anciennes dans le droit contemporain ne se fait pas sans aménagement. En effet, il convient d’interroger les institutions anciennes pour les détacher de la philosophie classique. Leur maintien dans le système juridique actuel est conditionné par le fait de leur attribuer un nouveau sens conforme à la philosophie contemporaine. Dès lors, si ces institutions ne peuvent pas être rattachées à un objectif contemporain, leur maintien ne se justifie pas, faute de fondement.

651. Il convient donc d’identifier les lignes directrices de la législation contemporaine (**Section 1**), puis de voir l’adéquation des institutions anciennes aux lignes directrices nouvelles (**Section 2**).

SECTION 1

L'IDENTIFICATION DES LIGNES DIRECTRICES

652. Il convient, au regard des évolutions progressives de la législation, de déterminer les lignes directrices de la philosophie contemporaine. Deux lignes principales se dessinent. Le législateur tend à laisser la volonté des membres de la famille prendre une place importante dans la gestion et la transmission des biens. Si la volonté des membres de la famille semble magnifiée, c'est surtout la qualité de propriétaire qui paraît déterminante pour le législateur. Cependant, l'excès de volonté peut conduire à des situations qui sont en contradiction avec la bonne organisation de l'État. Ainsi, le législateur met en place des garde-fous qui visent à préserver l'aspect social de la famille, à préserver un noyau dur de protection au sein de la famille. Le législateur entend donc restaurer les pouvoirs du propriétaire (§1), tout en préservant des moyens de subsistance pour les membres de la famille (§2).

§ 1 LA RESTAURATION DES POUVOIRS DU PROPRIÉTAIRE

653. L'article 544 du Code civil pose le principe que « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue » ; le droit patrimonial de la famille illustre parfaitement les restrictions à cet absolutisme. En effet, borné par des règles d'ordre public fortes, le propriétaire ne pouvait, au regard de la législation familiale, agir en totale liberté. Toutes les matières du droit patrimonial de la famille assuraient cette limitation des prérogatives du propriétaire. Par exemple, le droit des régimes matrimoniaux, en empêchant le changement de régime matrimonial volontaire, empêchait les époux, en leur qualité de propriétaire, de changer la gestion applicable à leurs biens. De même, le droit des libéralités refusait les libéralités à personnes interposées. Quant au droit des successions, il obligeait le *de cuius* propriétaire à réserver une partie de ses biens, sans contournement possible, aux héritiers réservataires. La restauration des prérogatives du propriétaire sur ses biens, avec la diminution des particularismes liés à la prise en compte de la famille, passe par plusieurs mécanismes de mise en œuvre. La législation contemporaine est guidée par la volonté d'accorder plus de pouvoirs au propriétaire des biens. À tous les stades de sa vie, le propriétaire est magnifié : de la plus tendre enfance et par-delà la mort. Ainsi, la législation contemporaine revalorise la qualité de propriétaire (A), notamment au moyen de l'anticipation (B).

A. La revalorisation de la qualité de propriétaire au sein de la famille

654. La tendance du droit actuel est clairement à la valorisation de la volonté en matière de protection des biens. Il est alors possible de s'intéresser aux conséquences de cette mise en exergue. La volonté prise en compte, en matière de protection des biens, est celle du propriétaire. Ce phénomène se manifeste par la contractualisation du droit de la famille, mais également par l'influence croissante des droits de l'homme¹⁴⁸³. Ainsi, le droit actuel tend à la promotion de la figure du propriétaire comme étant le plus à même de décider tant pour le présent que pour l'avenir de ses biens. La revalorisation de la qualité de propriétaire passe par l'exaltation de sa volonté à toutes les étapes de sa vie, dans toutes les disciplines ayant, traditionnellement, trait à la protection des biens.

655. Le propriétaire mineur et majeur protégé. – Dès le plus jeune âge la prise en compte de la parole de l'enfant pour la gestion de ses intérêts patrimoniaux conduit à la valorisation de l'enfant en tant que propriétaire¹⁴⁸⁴. De la même manière, pour les majeurs devant bénéficier d'une protection juridique, les discussions autour de la revalorisation de sa volonté dans la gestion de ses biens conduit à valoriser la qualité de propriétaire, par-delà ce qu'il était possible de qualifier de « faiblesse naturelle » rendant nécessaire une protection. Il y a là un véritable tournant juridique. En effet, mettre en place un système de protection particulier tout en souhaitant faire primer la volonté des individus sur la protection que le droit entend lui-même instaurer semble paradoxal. Cette démarche démontre tout le pouvoir que le droit contemporain souhaite accorder au propriétaire. La revalorisation des pouvoirs du propriétaire permet d'expliquer qu'il ne soit plus question de prendre en compte l'intérêt de la personne¹⁴⁸⁵, car se conduire en propriétaire ce n'est pas toujours agir dans son meilleur intérêt.

656. Le propriétaire majeur. – Si la question de la limitation des prérogatives du propriétaire, qui est classiquement considéré comme devant recevoir une protection – mineurs et majeurs protégés –, fait débat, il n'est alors pas étonnant que le majeur, dénué de difficulté de discernement, voit ses propres prérogatives revalorisées. En effet, il n'est lui-même soumis à aucune faiblesse particulière qui pourrait conduire à de telles restrictions. La revalorisation de son pouvoir de propriétaire s'incarne dans la libération de l'expression de sa volonté. L'exaltation de sa volonté explique ainsi le recul de l'intervention, au moins *a priori*, du juge : le propriétaire semble pouvoir exprimer sa volonté en premier ressort.

¹⁴⁸³ V. *supra* respectivement n° 112 et 495 s.

¹⁴⁸⁴ V. *supra* n° 418.

¹⁴⁸⁵ V. *supra* n° 418 pour le mineur et n° 474 pour le majeur protégé.

657. En matière de régimes matrimoniaux, il faut encore que les deux époux soient en accord l'un avec l'autre pour que cette volonté puisse pleinement s'exprimer sur la gestion des biens communs. Cependant, cette affirmation ne rentre pas en contradiction avec la précédente. Les époux ayant des pouvoirs de gestion conjoints sur les biens communs les plus importants, il faut alors que les deux époux expriment une même volonté pour que l'acte puisse se réaliser. Là encore, c'est le respect de la volonté des propriétaires qui s'impose. Cette recherche de la prise en compte de la volonté des époux existe déjà en 1965. En effet, les rapports préparatoires de la réforme des régimes matrimoniaux laissent déjà entrevoir le changement d'idéologie en ce qu'ils regrettent le manque de pouvoirs laissés aux époux « que l'on veut protéger contre eux-mêmes (...), alors que nous aurions souhaité, pour notre part, donner plus de droits à la famille (...). En cette matière prééminente, il est des choix qu'il faut faire et des priorités qui s'imposent »¹⁴⁸⁶.

658. En droit des successions, la volonté du propriétaire est également moins contrainte qu'en 1804. Certains auteurs parlent, particulièrement pour le droit des successions, d'un « retour des prérogatives du particulier, de l'individu »¹⁴⁸⁷, soulignant que la volonté est devenue « le mot d'ordre du droit successoral contemporain »¹⁴⁸⁸. En effet, des mécanismes sont mis à la disposition du propriétaire pour lui permettre de contourner les règles pourtant, classiquement, d'ordre public. Ainsi, un *de cujus* peut contourner la réserve héréditaire en se tournant vers une transmission partielle de son patrimoine par le biais d'une assurance-vie¹⁴⁸⁹, ou encore demander à un, ou plusieurs, de ses héritiers réservataires de renoncer à l'action en réduction des libéralités excessives. Dans ce dernier cas, le pouvoir du propriétaire n'est pas entier, car il doit demander l'accord de ses héritiers pour pouvoir transmettre moins que la réserve héréditaire. Cependant, le droit ménage la possibilité au propriétaire de déroger au principe légal en usant de son pouvoir de négociation¹⁴⁹⁰, renouvelant ainsi le domaine de la crainte révérencielle au sein de la famille¹⁴⁹¹.

¹⁴⁸⁶ P. MARCILHACY, *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sur le projet de loi portant réforme des régimes matrimoniaux*, 29 avr. 1965, p. 13.

¹⁴⁸⁷ M. NICOD, « L'anticipation de la succession », *JCP N* n° 12, 24 mars 2006, 1136.

¹⁴⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁸⁹ V. *infra* n° 715.

¹⁴⁹⁰ Il est possible d'y voir la recherche d'un consensus familial permettant de renforcer l'esprit familial. Cependant, il est également possible de considérer qu'il s'agit de simples contractants qui essaient de trouver un accord et donc qui expriment leurs volontés.

¹⁴⁹¹ M. NICOD, « L'anticipation de la succession », art. préc.

659. Les spécificités familiales s'effacent lorsque le législateur donne au propriétaire la possibilité de se conduire comme un contractant ordinaire. Toutefois, selon certains auteurs « cette poussée de l'individualisme n'est pas sans limite ; elle ne va pas, en effet, jusqu'à une remise en cause de l'affectation familiale des biens. Le projet de 2005 n'entend pas définitivement sacrifier les intérêts des héritiers, surtout lorsqu'ils sont réservataires. Il est à la recherche d'un point d'équilibre – assurément délicat – entre le pouvoir de la volonté et la protection des héritiers »¹⁴⁹². Il est vrai que la souplesse dans la gestion de la succession peut être utilisée par le propriétaire conformément à l'intérêt familial – tel que celui d'octroyer une part plus importante des biens à un enfant qui est plus dans le besoin que les autres, soit en raison de sa situation économique, soit en raison de son handicap. L'utilisation de tels mécanismes peut être inspirée par la solidarité familiale. Cependant, il est certain que du point de vue de la philosophie législative, la sublimation de la volonté du propriétaire dans un cadre familial conduit à une véritable métamorphose de l'organisation de la protection des biens. Certes, la volonté du propriétaire n'est pas sans limite et les solidarités familiales ne sont pas exsangues¹⁴⁹³. Pour autant, le pouvoir du propriétaire semble devenir la règle de principe, du moins de larges possibilités lui sont conférées. Cette affirmation s'illustre dans une multitude de mécanismes actuels. Ainsi, la volonté des époux est la règle pour le changement de régime matrimonial. Par ailleurs, les possibilités de recourir aux libéralités ont été largement étendues.

660. Le mécanisme de la réserve héréditaire est particulièrement parlant pour illustrer les nouveaux pouvoirs du propriétaire sur ses biens. Certes, la règle est d'ordre public, mais elle n'empêche pas le propriétaire de transmettre l'ensemble de ses biens à un légataire universel, ce dernier devra simplement l'équivalent de la réserve en valeur aux héritiers réservataires. Ainsi, si le *de cuius* se doit de transmettre une partie de la valeur de ses biens à ses héritiers réservataires, il peut valablement faire le choix de transmettre ses biens, en tant que tels, à la personne de son choix. Les mécanismes conçus par le législateur en vue de servir des situations, bien souvent, marginales¹⁴⁹⁴ conduisent, en réalité, à redonner aux propriétaires des prérogatives que le droit patrimonial de la famille tentait de limiter. Si le propriétaire peut être mû par l'intérêt de sa famille, plus particulièrement par les spécificités de sa famille, il lui est également permis de nier le caractère familial de ses biens, qu'il a pu lui-même obtenir par

¹⁴⁹² *Ibidem*.

¹⁴⁹³ V. *infra* n° 676.

¹⁴⁹⁴ Les débats parlementaires sur la renonciation anticipée à l'action en réduction font état de la volonté de favoriser la transmission à un héritier handicapé qui pourrait avoir des besoins financiers plus importants que ses cohéritiers, besoins pouvant empiéter sur la réserve héréditaire de ces derniers.

successions ou libéralités de sa famille, en se conduisant en véritable propriétaire. Ainsi, certains auteurs ont pu dire que lors de la répartition de leurs biens, « les parents sont maîtres de leurs patrimoines »¹⁴⁹⁵. Le propriétaire est largement décisionnaire, qu'il agisse ou non dans l'intérêt de la famille, c'est donc bien sa volonté qu'il convient de prendre en compte. La possibilité laissée au propriétaire, par le législateur, d'organiser la gestion et la transmission de ses biens consacre une nouvelle philosophie législative en matière de protection des biens et, plus largement, en droit patrimonial de la famille. Les réformes entreprises par le législateur se conforment à « une idéologie de maximisation de la *potestas* du propriétaire »¹⁴⁹⁶. Le propriétaire ne doit plus subir de contraintes, malgré l'environnement familial. La nouvelle philosophie peut ainsi se résumer « [d]e son vivant, il pouvait faire ce qu'il voulait de ses biens, et donc les dissiper ; pourquoi devrait-il subir des contraintes *in extremis* »¹⁴⁹⁷.

661. L'influence des relations familiales. – Nécessairement, la place accordée au propriétaire, combinée avec la disparition de l'objectif de conservation des biens dans la famille, conduit à s'interroger sur la place que doit prendre la famille dans ce nouveau système de protection des biens. Exalter les droits du propriétaire n'est-ce pas diminuer l'influence de la famille sur la protection des biens ?

662. D'abord, il est possible de rappeler qu'il y a toujours eu des mécanismes pour exclure certains membres de la famille en raison de leur comportement. Ainsi, l'indignité successorale permet d'exclure un héritier en raison des actes qu'il a commis à l'égard du défunt. Le droit est ainsi sensible à la nature des relations qui sont entretenues entre les membres de la famille. Il pourrait, par exemple, paraître légitime de redonner au propriétaire le pouvoir d'organiser la transmission de ses biens au regard des relations qu'il entretient avec ses enfants, plus précisément en tenant compte du manque de relation. Cependant, n'est-ce pas là une logique de sanction patrimoniale, sans véritable fondement, contrairement à l'indignité, que le droit devrait se garder de permettre¹⁴⁹⁸ ? Il paraît impossible de déterminer si dans tel ou tel cas les relations sont assez distendues pour justifier ou non une liberté testamentaire accrue¹⁴⁹⁹. Certains auteurs pensent qu'une telle prise en compte serait envisageable : « les enfants (qui ont rompu toute

¹⁴⁹⁵ B. BEIGNIER, « La réserve héréditaire : évolution ou révolution ? », *JCP N* n° 11, 19 mars 2021, 1136.

¹⁴⁹⁶ M. PICHARD, « La réserve et l'enfant », *D.* 2019, p. 2002.

¹⁴⁹⁷ R. LIBCHABER, « Des successions en quête d'avenir », *art. préc.*

¹⁴⁹⁸ *Contra*, G. CHAMPENOIS, « Contribution », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, préc., p. 117.

¹⁴⁹⁹ Les juges du fonds seraient obligatoirement saisis pour déterminer la nature des relations, la judiciarisation des problématiques familiales n'a pas la faveur du législateur. Pis encore, les parents pourraient-ils être les seuls juges de la qualité des relations qu'ils entretiennent avec leurs enfants ?

relation avec leurs parents depuis des lustres) resteraient héritiers mais les parents « abandonnés » pourraient s'affranchir, au moins partiellement, des contraintes de la réserve. Cela leur permettrait un surcroît de libéralités au profit, notamment, de ceux qui les accompagnent dans leur vie quotidienne »¹⁵⁰⁰. Cependant, il est des cas où la preuve que l'enfant est le seul à l'origine de la rupture des relations familiales, condition nécessaire à la mise en œuvre d'une telle restriction à sa réserve, sera des plus difficiles. Lorsque la rupture des relations résulte tant des parents que de l'enfant, celui-ci ne devrait pas avoir une réserve diminuée. Une telle diminution ne serait pas justifiée. Les parents pourraient tirer les conclusions, au plan patrimonial, de leur propre rejet affectif de leur enfant. L'objectif d'égalité entre les héritiers est un principe directeur du droit des successions depuis 1804. Il a été amplifié au gré des réformes subséquentes, gage de la volonté législative d'assurer le plus largement ce principe. « Permettre à tout un chacun d'écarter un enfant, plusieurs, de privilégier certains contre les autres ne peut être compris à une époque "d'égalité pour tous" »¹⁵⁰¹. Il ne s'agit pas de dresser un portrait de « pathologie sociale et juridique »¹⁵⁰², mais simplement de rappeler que le droit sert notamment à éviter que de telles situations se produisent. Une réforme, qui conduirait à diminuer le *quantum* de la réserve, n'aboutirait certainement pas, dans la majorité des cas, à un déséquilibre dans la transmission des biens. Toutefois, le législateur légifère-t-il pour les cas où la famille ne connaît pas de difficulté dans ses relations ? Au contraire, c'est dans l'hypothèse où la famille connaîtrait des difficultés que le droit intervient et qu'il permet d'assurer l'équilibre des successions.

663. Ensuite, la philosophie qui redonne du pouvoir au propriétaire est une philosophie qui condamne la vision d'une propriété familiale. Ainsi, dans le cadre des régimes matrimoniaux, « les époux sont propriétaires de leur patrimoine »¹⁵⁰³. Par parallélisme, il est possible de considérer qu'en droit des successions le seul propriétaire est le *de cuius*. Cette approche semble condamner toute idée de « "propriété familiale" : la seule propriété connue du Code est la propriété personnelle »¹⁵⁰⁴. Toutefois, il est possible de penser qu'il n'est pas nécessaire de réactiver l'idée de l'existence d'un patrimoine familial, d'une société entre époux ou de l'existence d'une personnalité morale à la famille pour pouvoir limiter les pouvoirs du propriétaire pour des considérations familiales. Il ne faut pas confondre « propriété

¹⁵⁰⁰ G. Champenois, « Contribution », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, préc., p. 117.

¹⁵⁰¹ R. LE GUIDEC, « La réserve héréditaire : quel avenir ? », *Dr. Rural* n° 476, oct. 2019, rep. 8.

¹⁵⁰² B. BEIGNIER, « Faut-il réformer la réserve héréditaire ? », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 19.

¹⁵⁰³ B. BEIGNIER, « La réserve héréditaire : évolution ou révolution ? », art. préc.

¹⁵⁰⁴ *Ibidem*.

familiale »¹⁵⁰⁵ avec « sens du lien familial »¹⁵⁰⁶. Cette valorisation croissante de la qualité de propriétaire au sein même du cadre familial constitue un profond changement de la philosophie de la protection des biens. En effet, lors des travaux préparatoires du Code civil, les rédacteurs rappelaient que « ces vues d'ordre public et d'organisation des familles doivent se concilier avec le droit de propriété, qui donne à chacun la libre disposition de ses biens »¹⁵⁰⁷. Désormais, la conciliation semble davantage devoir se faire au bénéfice du propriétaire. Ainsi, l'équilibre trouvé par le législateur, entre préoccupations familiales et droit du propriétaire, semble inversé. S'il tendait au bénéfice de la famille en 1804, il tend, désormais, vers les intérêts du propriétaire. Ériger la qualité de propriétaire en ligne directrice principale de la législation contemporaine conduit nécessairement à abandonner une part de l'idée de protection, car la volonté du propriétaire n'est pas obligée de se soumettre à quelque forme de protection.

664. Plus encore, le propriétaire peut exprimer sa volonté par anticipation. Cette anticipation lui permet d'organiser la gestion ou la transmission de ses biens pour le temps où il ne sera plus en mesure de le faire.

B. L'anticipation au service du respect de la volonté du propriétaire

665. L'expression de la volonté du propriétaire pour l'avenir. – L'anticipation est une forme particulière d'expression de la volonté en ce qu'elle permet de prévoir le traitement d'une situation future. Ainsi, c'est bien l'expression de la volonté du propriétaire. Si « tout acte juridique (...) est un acte de prévision »¹⁵⁰⁸, notamment en droit patrimonial de la famille, il est des actes où l'anticipation est renforcée : ceux qui permettent de prévoir les « crises patrimoniales »¹⁵⁰⁹ et ceux qui permettent d'anticiper l'impossibilité de manifester sa volonté. Cette anticipation se fait au moyen de conventions ou d'actes unilatéraux, moyens qui impriment nécessairement la prise en compte de la volonté de celui qui s'en saisit. Ce que permet l'anticipation c'est le règlement d'une situation patrimoniale future par le propriétaire. Ainsi, l'avenir des biens est laissé aux mains de son propriétaire. Sa volonté, qu'elle soit ou non en accord avec l'intérêt de la famille, présent ou futur, est figée dans l'acte qui l'entérine. L'appréhension de l'anticipation a, notamment, été renouvelée avec la loi du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités. Particulièrement depuis cette loi, « [l]'air du

¹⁵⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁵⁰⁶ LE GUIDEC (R.), « La réserve héréditaire : quel avenir ? », art. préc.

¹⁵⁰⁷ F. J. BIGOT de PRÉAMENEU, Rapport sur la disposition du Titre des Donations entre vifs et des Testaments, Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 30 nivose an XI (20 janvier 1803), in J.-G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 11, Treuttel et Würtz, 1827, p. 77.

¹⁵⁰⁸ M. GRIMALDI (M.), « Les crises patrimoniales (...) », art. préc.

¹⁵⁰⁹ *Ibidem.*

temps est favorable aux anticipations. Un vent de liberté contractuelle souffle en effet sur le droit patrimonial de la famille : l'ordre public y est partout en repli, laissant le champ libre aux volontés individuelles »¹⁵¹⁰. La doctrine a pu souligner la volonté du propriétaire qui résulte de la loi du 23 juin 2006 en ces termes : « De l'homme, du *de cuius* ou de l'héritier, la réforme donne l'image d'un être puissant, fort de sa propriété et sûr de sa volonté »¹⁵¹¹. L'anticipation comporte, certes, des intérêts, mais l'exaltation de la volonté du propriétaire conduit nécessairement à se poser la question des abus, particulièrement lorsque l'expression de cette volonté entre en contrariété avec l'intérêt de la famille.

666. Les bénéfices de l'anticipation. – Il est certain que « l'anticipation des crises patrimoniales, dont l'utilité est avérée, est un nouveau champ que l'essor de la liberté contractuelle ouvre à l'ingénierie juridique »¹⁵¹². L'anticipation permet au propriétaire de s'assurer que la transmission, la gestion, le devenir de ses biens seront conformes à ses prévisions. Les mécanismes d'anticipation permettent d'adapter et d'assurer la protection des biens contre des changements de situation qui pourraient affecter l'équilibre de la protection mise en place. Ainsi, la liberté du changement de régime matrimonial permet à des époux d'adapter la protection de leurs biens pour les prémunir lorsqu'un époux décide, au cours du mariage, de créer son entreprise. Il est connu que lorsqu'un époux décide d'exercer au cours du mariage une profession pour laquelle son patrimoine personnel risque d'être engagé, les époux, initialement mariés sous le régime de la communauté, optent pour un changement de régime matrimonial, en faveur d'une séparation de biens. Dans un tel cas, l'objectif de protection des biens est assuré, il est également conforme aux intérêts de la famille. En effet, la séparation de biens protège davantage l'époux, qui n'est pas entrepreneur, que le régime de communauté. L'absence de biens communs permet d'éviter que les créanciers professionnels ne puissent les saisir en tant qu'ils formeraient leur gage. Cependant, il est possible de se demander si les biens sont réellement protégés par l'anticipation patrimoniale, ou si ce n'est pas davantage la volonté des propriétaires qui est l'objet de cette protection, notamment lorsque cette volonté est contraire à l'intérêt de la famille ou lorsqu'il s'agit de la gestion *post mortem* des biens. Si c'est

¹⁵¹⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹¹ M. GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 (...) », *art. préc.* Il faut par ailleurs noter la prépondérance des pouvoirs du *de cuius*, M. GRIMALDI poursuit en précisant que « le *de cuius*, une fois mort, continue à gouverner et commande ainsi du tombeau : par des libéralités graduelles, il décide du sort de ses biens sur deux générations ; par un mandat posthume, il désigne le gestionnaire de ses avoirs ; par une libéralité-partage, il décide de la répartition de sa succession ; et même si ses facultés mentales étaient gravement altérées, il n'est pas exclu qu'il ait exprimé des dernières volontés qui détournent sa succession du cours que la loi, dans sa sagesse, pourtant, lui assigne... L'héritier, quant à lui, traite sur ses droits dans une succession future, sans plus avoir besoin de la protection que lui accordait la prohibition des pactes sur une succession non ouverte ».

¹⁵¹² M. GRIMALDI, « Les crises patrimoniales (...) », *art. préc.*

la volonté du propriétaire qui est protégée, la protection des biens par le propriétaire n'est alors qu'éventuelle et non certaine.

667. La contrariété à l'intérêt familial. – L'anticipation permet parfois d'assurer la sécurité juridique d'actes contraires aux intérêts de la famille, en ce qu'ils se conforment à la seule volonté de celui qui les a souhaités. Si certains pactes successoraux ont été autorisés en raison de la disparition de la crainte que le *de cuius* ne puisse continuer à décider de la gestion de ses biens après sa mort, il n'en demeure pas moins que certains mécanismes permettent effectivement au défunt d'assurer ses volontés. Il a, certes, toujours existé des mécanismes permettant au *de cuius* d'organiser de son vivant la transmission de ses biens. La figure la plus classique étant celle du testament, mais également celle des libéralités-partages¹⁵¹³. Toutefois, la liberté qui lui est désormais accordée est très importante, en matière de contournement de la réserve héréditaire¹⁵¹⁴. De même, il peut entièrement décider de la transmission en nature de ses biens, à charge pour les attributaires de respecter la réserve en valeur si celle-ci est atteinte. Nul contrôle n'est opposé au propriétaire, qui retrouve une large maîtrise de la transmission de ses biens après sa mort. Au-delà de la transmission, il est également possible de s'intéresser aux pouvoirs accordés au propriétaire concernant la gestion de ses biens après la mort, en particulier pour déterminer si permettre une telle gestion n'entraîne pas un excès dans les prérogatives accordées au propriétaire. En effet, la prévision d'une gestion *post mortem* conduit à dessaisir la famille de la gestion qu'elle reçoit par succession. Cette prévision est faite par le propriétaire de son vivant qui continue de diriger la gestion de ses biens par-delà la mort.

668. La gestion *post mortem* : un excès de pouvoir du propriétaire ? – Le *de cuius* peut également organiser la gestion de ses biens après sa mort. L'organisation de la gestion par le propriétaire peut prendre la forme de la conclusion d'un mandat à effet posthume ou de la désignation d'un exécuteur testamentaire. Cette forme d'anticipation se distingue de l'anticipation de la transmission et de l'anticipation de l'impossibilité de manifester sa volonté – ces deux formes pouvant se recouper¹⁵¹⁵. Il est possible de considérer qu'il soit normal pour un propriétaire de déterminer les modalités de gestion de son patrimoine pour le temps où il ne pourra plus exprimer sa volonté. Tel peut être le cas lorsqu'une personne conclut un mandat de

¹⁵¹³ Sur l'anticipation de la succession par le biais des libéralités-partages, v. F. SAUVAGE, « Libéralités-partages », *Rep. civ.*, sept. 2009 (act. juin 2022), n° 15.

¹⁵¹⁴ V. *supra* n° 113 et 548 s. V. *infra* n° 714 s.

¹⁵¹⁵ En effet, il est possible d'anticiper la transmission de ses biens pour organiser leur répartition avant que le *de cuius* ne soit plus en état de manifester sa volonté.

protection future. De même que l'organisation de la transmission des biens est une prérogative classiquement reconnue au propriétaire.

669. Cependant, la prévision de la gestion des biens par le propriétaire, pour un temps où il ne sera plus, peut paraître conférer un pouvoir excessif au propriétaire. En effet, avec son décès, il y a transfert de la propriété des biens. Ainsi, le nouveau propriétaire devrait pouvoir avoir la pleine gestion de ses biens, en accord avec le principe de la succession à la personne.

670. En réalité, les pouvoirs conférés par le propriétaire à un exécuteur testamentaire ou à un mandataire, dans le cadre du mandat à effet posthume, sont pour l'heure assez limités. La limite réside notamment dans la faiblesse des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire en présence d'héritiers réservataires¹⁵¹⁶. Néanmoins, l'exécuteur testamentaire peut effectuer des actes de gestion tels que la vente de biens mobiliers pour « acquitter des dettes urgentes de la succession »¹⁵¹⁷ ou pour « acquitter les legs particuliers »¹⁵¹⁸, pour ce dernier cas, dans la limite de la quotité disponible. Cette prérogative permet à l'exécuteur testamentaire de privilégier la vente de biens que les héritiers auraient pu préférer garder en s'acquittant de la dette sur leur patrimoine personnel. Quant au mandat à effet posthume, il est possible de voir qu'il instaure une certaine protection des biens en ce qu'il permet de confier la gestion des biens à un tiers « de crainte que ses héritiers ou leurs représentants légaux n'en provoquent la ruine par suite de leur mésentente ou de leur incompétence »¹⁵¹⁹. L'article 812-1-1 du Code civil pose le principe selon lequel le mandat doit être « justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral ». Ainsi, c'est en raison de la substance de son patrimoine que le *de cuius* peut priver ses héritiers de la gestion de l'hérédité¹⁵²⁰. Ce mécanisme semble, ainsi, permettre la protection des biens au sens de la conservation de leur substance. Il est donc permis de penser que, là encore, ce n'est pas tant l'intérêt de la famille qui pousse le législateur en 2006 à rénover le mandat à effet posthume que la volonté de préserver la substance des biens. Le propriétaire peut également, en vertu de l'article 384 du Code civil, priver le ou les administrateurs légaux de la gestion des biens transmis à un mineur. Cette prérogative diffère des deux précédentes. Dans un tel cas, ce n'est pas l'héritier qui est privé, par le propriétaire, de la gestion des biens qu'il reçoit, mais leur administrateur

¹⁵¹⁶ M. NICOD, « L'anticipation de la succession », art. préc.

¹⁵¹⁷ C. civ., art. 1029.

¹⁵¹⁸ C. civ., art. 1030.

¹⁵¹⁹ M. GRIMALDI, « Les crises patrimoniales (...) », art. préc.

¹⁵²⁰ Si le défunt pouvait maintenir la gestion de ses biens, selon sa volonté, alors même qu'il est mort, il y aurait un conflit de volontés à résoudre : d'un côté, la volonté du défunt, de l'autre, la volonté des héritiers...

naturel¹⁵²¹. L'héritier mineur en aura la pleine gestion dès qu'il aura atteint la majorité. Ainsi, il est permis de constater que la planification de la gestion des biens par le *de cuius*, pour le temps où il ne sera plus, reste limitée. En effet, le législateur a entendu à la fois limiter les cas dans lesquels les héritiers sont privés de la gestion des biens qui leur reviennent, mais également limiter les pouvoirs de personnes désignées par le *de cuius* pour gérer les biens transmis. Il en résulte que la prise en compte de l'expression de la volonté du *de cuius* reste limitée concernant la gestion de ses biens *post mortem*. La faiblesse de la volonté du défunt permet de conclure qu'il n'y a pas d'excès dans la prise en compte de celle-ci.

671. Les pouvoirs du propriétaire en fonction de la typologie de l'anticipation. – Il ressort de ces développements que la volonté du propriétaire est largement prise en compte lorsqu'il souhaite anticiper la gestion de ses biens pour un temps où il ne sera plus en mesure d'exprimer sa volonté ou lorsqu'il souhaite organiser la transmission de ses biens. Dans cette dernière hypothèse, la réserve héréditaire, telle que conçue en droit positif, reste un rempart efficace contre la volonté du propriétaire, malgré les contournements autorisés¹⁵²². Le consensus familial requis dans certains cas pour assurer la sécurité juridique des actes d'anticipation peut être considéré, malgré ses limites, comme un compromis entre l'expression immodérée de la volonté du propriétaire et la rigidité des mécanismes d'ordre public. Enfin, le propriétaire possède des pouvoirs limités en matière d'anticipation de la gestion des biens pour autrui, c'est-à-dire de la gestion des biens pour le temps où il ne sera plus.

672. La valorisation de la qualité de propriétaire au sein de la protection des biens dans le cadre familial conduit à diminuer la prise en compte des intérêts familiaux. La volonté du propriétaire guide pour une part importante la protection des biens pour le présent et l'avenir, mais également les réformes législatives. Ainsi, la protection des biens n'est qu'éventuelle, dépendante de la volonté qui sera exprimée par le propriétaire. Alors que la protection qui résulte d'interdits législatifs est, par opposition, certaine. Ce portrait du propriétaire comme assurant une large part de la protection de ses biens, selon sa seule volonté, doit être complété par la mise en lumière d'un autre courant qui semble se dessiner en matière de protection des biens : la préservation des moyens de subsistance.

¹⁵²¹ V. *supra* n° 298.

¹⁵²² V. *supra* n° 113 et 549. V. *infra* n° 714 s.

§ 2 LA PRÉSERVATION DES MOYENS DE SUBSISTANCE

673. La préservation des moyens de subsistance signifie qu'il existe une tendance législative à garantir la conservation ou l'attribution d'un minimum de biens qui permet d'assurer aux membres de la famille de pouvoir vivre dans des conditions décentes. Cette seconde ligne directrice s'analyse en une compensation des larges pouvoirs attribués au propriétaire. Elle permet de préserver, *a minima*, les logiques du droit de la famille contre les excès de celles du droit des biens et des contrats. Cependant, cette préservation des moyens de subsistance, conçue comme une protection minimale, est une ligne, certes directrice, mais subsidiaire. En effet, cette logique n'intervient que lorsqu'il semble nécessaire de limiter les pouvoirs du propriétaire. Ainsi, la préservation des moyens de subsistance est l'expression d'une socialisation de la protection (A). Les mécanismes prenant part à ce mouvement peuvent faire l'objet d'une catégorisation (B).

A. La socialisation de la protection

674. Le mouvement de préservation des moyens de subsistance permet d'assurer un minimum de solidarité au sein de la famille. Cependant, ce mouvement n'est pas sans intérêt pour l'État. En effet, il est possible de penser que l'État fait en sorte que la famille assure des moyens de subsistance minimaux à ses membres pour ne pas avoir à assurer cette charge¹⁵²³. En ce sens, la préservation des moyens de subsistance s'analyserait en une forme de socialisation de la protection.

675. Une définition de la socialisation. – La socialisation est définie comme étant « une adaptation de l'individu à la société »¹⁵²⁴. Le terme est également utilisé, particulièrement à l'égard de l'enfant, pour désigner le fait de « lui permettre de devenir pleinement autonome »¹⁵²⁵. Ainsi, le processus de socialisation de la protection des biens doit être compris comme une évolution des règles de la protection des biens au sein de la famille qui permet d'assurer à chaque membre de celle-ci de disposer des moyens de vivre en société. Il s'agit d'un terme utilisé en droit des contrats pour décrire un phénomène similaire de prise en compte des intérêts sociaux des personnes¹⁵²⁶. Au regard du droit patrimonial de la famille, la socialisation

¹⁵²³ En ce sens, v. J.-J. LEMOULAND, « Famille », *Rép. civ.*, préc., n° 158. L'auteur précise que « les pouvoirs publics sont manifestement attentifs au maintien ou à la restauration d'une solidarité familiale susceptible d'alléger les prélèvements sociaux ».

¹⁵²⁴ CNRTL, V° « Socialisation ».

¹⁵²⁵ V. ÉGÉA, « Les solidarités familiales à la suite du divorce », *Dr. fam.* n° 6, juin 2016, doss. 22.

¹⁵²⁶ J.-P. MARGUÉNAUD, « La socialisation du droit des contrats à la mode strasbourgeoise », *Rev. contrats* n° 3, 1^{er} août 2011, p. 949.

consiste à assurer à un membre de la famille les moyens de subsister en lui accordant une part des biens de sa famille en raison de la situation économique ou personnelle dans laquelle il se trouve. Cette attitude du législateur n'étonne pas puisque « le droit de la famille cherche à donner à chacun de ses membres un minimum selon ses besoins »¹⁵²⁷. De ce fait, des mécanismes sont mis en place pour permettre à la famille de s'ancrer dans ce mouvement de socialisation. Cependant, si la famille ne s'insère pas dans ce processus de socialisation, alors qu'elle a les moyens d'assurer sa fonction socio-économique, les prévisions de transmissions faites par celle-ci peuvent être bouleversées au profit d'une solution plus conforme au but social à atteindre : permettre à un membre de la famille de conserver son logement, ou encore lui assurer qu'il conservera l'outil de travail duquel il tire ses revenus. Ce but social est confié à la famille en mobilisant sa fonction sociale et économique.

676. La fonction sociale et économique de la famille. – La socialisation de la protection des biens s'explique par la volonté d'activer la fonction sociale de la famille lorsque la situation économique ou personnelle de ses membres nécessite de mettre en œuvre la solidarité familiale. En ce sens, la socialisation, en matière de protection des biens, est une composante de la solidarité familiale¹⁵²⁸. La famille conserve un rôle de solidarité. Dès lors, lorsque cette solidarité est défaillante en raison des agissements de ses membres, le législateur ou le juge interviennent aux fins de la restaurer, pour ne pas avoir à mettre en œuvre la solidarité étatique. Il en résulte une activation forcée de la fonction sociale de la famille. Cette mise en œuvre d'une solidarité familiale contrainte permet en réalité d'éviter que, dans les cas où la famille peut assurer la pérennité économique de ses membres, l'État soit obligé de s'y substituer. La solidarité est contrainte, car elle intervient dans des cas où le propriétaire des biens n'a pas, par sa volonté, assuré la protection matérielle, d'un membre déterminé de la famille.

677. L'esprit de la protection des biens peut ainsi paraître moins familial que social. Dans les cas où la famille assure effectivement sa fonction de solidarité, il est possible de voir que le caractère familial de la protection est le moyen de l'action, sans pour autant que le but réalisé en soit moins social, notamment lorsque la famille est guidée par l'intention d'assurer des moyens de subsistance à l'un de ses membres. Il en va, ainsi, par exemple, de parents qui souhaitent organiser leur succession en vue de garantir une sécurité matérielle, économique, à un enfant handicapé pour qu'il puisse bénéficier après leur mort des revenus nécessaires sa vie

¹⁵²⁷ J.-J. LEMOULAND, « Famille », *Rép. civ.*, préc., n° 128.

¹⁵²⁸ En ce sens, v. V. ÉGÉA, art. préc. En effet, l'auteur précise que la socialisation de l'enfant est une finalité de la solidarité familiale. Ce raisonnement peut être étendu à la présente étude. Il est donc possible de considérer, *a pari*, que la socialisation de la protection des biens s'explique par la mise en œuvre de la solidarité familiale.

durant. L'avantage de la mise en œuvre de la socialisation par la famille, elle-même, est qu'elle peut être réalisée sur mesure, conformément au besoin réel de chacun de ses membres. Elle évite parfois d'appliquer une égalité légale trop stricte, désincarnée, en autorisant la famille à mettre en œuvre une distribution des biens davantage fondée sur l'équité. Elle permet une prise en compte de chaque membre dans son individualité au regard de sa situation particulière, tant personnelle qu'économique. La socialisation tend à remettre la personne, et ses besoins, au cœur de la gestion et de la transmission des biens au sein de la famille. En somme, ce mouvement reflète l'expression sociale de ce que doivent être, *a minima*, les solidarités familiales en droit patrimonial de la famille. Cette solidarité familiale s'exprime particulièrement lors du décès de l'un de ses membres par le biais de la transmission du patrimoine¹⁵²⁹, mais également lors de la séparation du couple. En effet, bien que certains auteurs considèrent que la fragilité du couple contemporain freine la solidarité familiale¹⁵³⁰, elle ne constitue pas une entrave à la socialisation de la protection des biens, qui peut être activée même au moment de la rupture du couple par divorce. Ce mouvement, qui recourt à la solidarité familiale, semble alors en contradiction avec le mouvement de promotion de la figure du propriétaire.

678. Antagonisme et complémentarité des mouvements. – Le mouvement de socialisation est un mouvement antagoniste aux pleins pouvoirs des propriétaires. Le paradoxe du mouvement de socialisation réside peut-être dans le fait que plus il se dessine, plus son périmètre se resserre. En effet, le minimum des solidarités familiales à assurer est en repli sous la pression de la volonté de chaque membre de la famille. Mais, en même temps, c'est ce repli qui permet de préciser les contours du noyau dur contre lequel la volonté ne peut aller, dans une société donnée. Par exemple, si, en 1804, il est possible de penser que la réserve héréditaire est le minimum de l'expression des solidarités familiales pouvant s'exprimer dans la relation de parenté, tel ne semble plus être le cas désormais. Les contournements de la réserve héréditaire par le droit interne, mais surtout par le droit international, fixent un minimum distinct de celui du Code Napoléon. Cependant, le droit français n'est pas prêt à renoncer à toute forme de solidarité, du moins lorsque l'absence de solidarité n'est pas concertée¹⁵³¹. Ainsi, relativement à la transmission au sein de la parenté, les vicissitudes de la réserve héréditaire permettent de

¹⁵²⁹ F. MAISONNASSE, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, thèse, LGDJ, 2016, p. 5- 6.

¹⁵³⁰ *Ibid.*, p. 23.

¹⁵³¹ C'est pourquoi le législateur préfère instaurer le mécanisme de la renonciation anticipée à l'action en réduction, mécanisme concerté, plutôt que de permettre l'exhérédation.

dessiner la conception que le droit français se fait du minimum de solidarité à mettre en œuvre. Bien que la loi applicable à la succession ne reconnaisse pas l'institution de la réserve héréditaire, le juge considère que l'enfant qui est dans une situation économique précaire peut bénéficier d'une part de la succession¹⁵³². La famille dotée de biens ne peut laisser un de ses membres dans l'indigence.

679. Les deux mouvements peuvent également être complémentaires. Lorsque le législateur permet à la famille de prendre des mesures ayant pour objet la préservation du cadre de vie ou de l'outil de travail de ses membres, les objectifs de valorisation des pouvoirs du propriétaire et de socialisation sont atteints. L'objectif du législateur est donc de privilégier une mise en œuvre de la logique de socialisation par la famille elle-même. Ce n'est que lorsqu'il y a une défaillance de la famille que le législateur a mis en place des mécanismes détachés de la volonté du propriétaire. Le mouvement de socialisation est tout à la fois principal et subsidiaire : principal car l'objectif de socialisation doit être rempli lorsque la situation de la famille le requiert ; mais subsidiaire car l'organisation est d'abord laissée à la famille, l'intervention étatique, par le biais du juge ou de la loi, ne se fait qu'à défaut de prévision de la famille.

680. Les deux mouvements sont, dès lors, fortement imbriqués. À la fois antagoniste et complémentaire, l'imbrication de ces deux mouvements n'est, cependant, pas aisée. Il s'agit alors pour le législateur, et parfois pour le juge, de trouver un équilibre entre ces deux lignes directrices qui structurent désormais le domaine de la protection des biens. Ce mouvement de socialisation permet d'instaurer un minimum de logique familiale lorsque le propriétaire, par sa volonté, adopte des décisions trop individualistes. Toutefois, il convient de préciser que toute la famille ne bénéficie pas de cette logique de socialisation. Les bénéficiaires de ce mouvement sont limités.

681. Les bénéficiaires de la socialisation. – Les bénéficiaires de la socialisation visés par la loi, mais aussi par le juge, sont limités. En effet, il apparaît que les membres de la famille, pouvant bénéficier de la socialisation, sont, essentiellement, les descendants, le conjoint, et dans une moindre mesure le partenaire de PACS. Les autres membres de la famille, tels les collatéraux, pourraient également bénéficier de cette socialisation par exemple en demandant l'attribution préférentielle lorsque celle-ci est ouverte aux légataires. Cependant, ils ne sont pas directement visés par la loi, le bénéfice de la socialisation pour ces personnes nécessite une intervention préalable de la famille. Ce mouvement s'inscrit alors dans les constatations

¹⁵³² Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-13.151, préc. ; Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-17.198, préc.

générales faites sur l'évolution de la conception de la famille¹⁵³³. Le conjoint bénéficie tout particulièrement de ce mouvement de socialisation. En effet, la loi lui accorde des droits particuliers en vue de préserver son cadre de vie, mais également son cadre de travail. Le rétrécissement de la solidarité familiale se fait donc au bénéfice de la famille nucléaire, avec une prise en compte toute particulière du conjoint. La famille élargie ne profite, quant à elle, que de manière ponctuelle de la socialisation, au gré de l'intervention de la famille. L'ensemble des mécanismes permettant d'assurer des moyens de subsistance à la famille peuvent d'ailleurs faire l'objet d'une catégorisation.

B. La catégorisation des mécanismes

682. Une catégorisation de la socialisation. – Le mouvement de socialisation que connaît le droit patrimonial de la famille recouvre en réalité plusieurs situations. Dès lors, il est possible de distinguer selon l'objet de la protection, selon les modalités d'application du mécanisme prévoyant la socialisation, mais aussi selon la personne contre laquelle ce mécanisme s'applique.

683. Selon la nature des biens. – Le mouvement de socialisation s'articule autour de la protection des biens les plus essentiels pour vivre décemment. Il est possible ainsi de diviser cet objet en deux catégories : les biens servant au maintien du cadre de vie et ceux permettant le maintien de l'unité de travail. Cependant, cette dichotomie semble, depuis les arrêts du 27 septembre 2017 de la Cour de cassation¹⁵³⁴, s'élargir à l'ensemble des biens permettant la subsistance des membres de la famille.

684. La volonté du législateur de maintenir le cadre de vie se manifeste dans plusieurs dispositions : le droit au annuel et viager au logement, l'insaisissabilité par les créanciers des biens les plus essentiels au foyer, l'attribution préférentielle du logement, ou encore la clause d'attribution intégrale de la communauté au conjoint survivant. L'ensemble de ces mécanismes permet à la personne qui en bénéficie, essentiellement le conjoint successible, mais également les héritiers ou encore le partenaire de PACS, de maintenir son cadre de vie. La protection de ce dernier est plus ou moins étendue en fonction de l'attribution qui est faite. Le cœur du maintien du cadre de vie consiste à attribuer le logement aux héritiers qui occupent déjà effectivement le bien au titre de leur logement. Cependant, il est possible de considérer, notamment par l'application de la clause d'attribution intégrale de la communauté, que le

¹⁵³³ V. *supra* n° 398.

¹⁵³⁴ Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-13.151, préc. ; Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-17.198, préc.

maintien du cadre de vie peut avoir une définition *lato sensu*, puisqu'il peut comprendre en sus du logement, les résidences secondaires et autres biens communs qui permettent au conjoint successible de ne pas modifier ses habitudes de vie en raison du décès de son conjoint.

685. Quant au maintien de l'unité de travail, l'objectif du législateur est de faire en sorte que le membre de la famille qui trouve la source de ses revenus dans un bien appartenant à la famille puisse le conserver pour maintenir son activité économique. Là encore, plusieurs mécanismes permettent d'atteindre un tel but : l'attribution préférentielle de l'exploitation agricole ou commerciale, mais aussi la clause commerciale dans les régimes matrimoniaux.

686. Aussi, certains mécanismes réservent l'attribution de certains biens en raison de leur utilité pour un membre de la famille. Il est possible de se demander si c'est toujours le bien qui bénéficie d'une protection particulière en raison de son importance, ou si c'est la personne qui bénéficie d'une protection renforcée au moyen de l'attribution des biens qui lui permettent de vivre de manière décente. La seconde interprétation semble l'emporter en droit contemporain. Ce sentiment est conforté par les positions récentes de la Cour de cassation sur l'emploi de la réserve héréditaire dans l'ordre international. En effet, les arrêts du 27 septembre 2017¹⁵³⁵, qui posent comme condition d'application de la réserve la « situation de précarité économique ou de besoin » de l'héritier réservataire tendent à démontrer le caractère social que revêt désormais le droit patrimonial de la famille. Cette solution est également intéressante, car elle ne cible pas, comme les autres mécanismes légaux, une catégorie de biens qu'il est nécessaire d'attribuer pour remédier à la situation de précarité de l'héritier. Il semblerait alors que les biens nécessaires au logement ou au travail des membres de la famille ne soient plus les seuls à revêtir un caractère social. L'attribution de tout bien peut entrer dans le mouvement de socialisation dès lors que l'attribution constitue un moyen de subsistance essentiel pour l'attributaire.

687. Quant à leur objet, les mécanismes de socialisation sont dans l'ensemble des mesures permettant d'assurer ou de favoriser l'attribution d'un bien à un membre de la famille, de conserver son logement ou son outil de travail ou de lui garantir des moyens de subsistance lorsqu'il connaît des difficultés financières. La catégorisation en fonction de la mise en œuvre des mécanismes sert à mesurer l'importance que le droit entend donner aux mécanismes en cause.

688. Selon la mise en œuvre du mécanisme. – Il est possible de hiérarchiser les mécanismes de socialisation en fonction de la manière dont ils sont mis en œuvre. Il existe quatre modalités

¹⁵³⁵ *Ibidem*.

de mise en œuvre des mécanismes : le mécanisme est d'application directe, la mise en œuvre est subordonnée à la demande de celui qui s'en prévaut, le mécanisme doit avoir été prévu par le propriétaire, le mécanisme est d'application subsidiaire. Le choix par le législateur du moyen de mise en œuvre d'un mécanisme permet de déterminer l'importance qu'il a entendu lui accorder dans le système de protection mis en place.

689. Premièrement, lorsque le mécanisme est d'application directe, c'est-à-dire que le bénéficiaire n'a pas besoin d'en demander l'application pour pouvoir en bénéficier, il est possible de penser que le législateur considère ce dispositif comme essentiel. Cependant, la catégorie des mécanismes d'application directe n'est pas homogène. Il est possible de distinguer, en son sein, les mécanismes d'ordre public et les mécanismes supplétifs de volonté. Cette distinction s'illustre parfaitement dans la dichotomie faite entre le droit annuel au logement du conjoint successible, d'ordre public¹⁵³⁶, et le droit viager au logement, qui est d'application directe à moins que le *de cuius* n'ait souhaité en priver son conjoint. Dans ce dernier cas, il est possible de considérer que, plus les formes requises pour priver une personne du bénéfice d'un mécanisme supplétif sont importantes, plus le législateur entend limiter les hypothèses dans lesquelles une telle privation sera effectivement mise en place. C'est pourquoi le droit viager au logement du conjoint survivant peut être considéré comme un droit important dans le mouvement de socialisation de la protection car les formes requises pour en priver le conjoint successible sont particulièrement contraignantes. En effet, l'article 764 du Code civil, renvoyant à l'article 971, prévoit que le *de cuius*, voulant priver le conjoint successible du droit viager au logement, doit le faire en la forme testamentaire en la présence de « deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins ». Par ailleurs, l'objectif de socialisation se dessine également à l'alinéa 5 de l'article 764 du Code civil. Ce dernier dispose que le conjoint est en mesure de louer le bien, objet du droit d'habitation, lorsqu'il n'est plus adapté à ses besoins, afin de pouvoir obtenir un revenu en vue de trouver un nouveau logement. Ce mécanisme, propre au droit viager au logement du conjoint successible¹⁵³⁷, montre bien que le législateur veut s'assurer que le conjoint puisse conserver un cadre de vie correspondant à ses besoins. En ce sens, l'âge avançant, le logement familial peut ne plus être adapté aux besoins du conjoint successible qui, en raison de son état de santé, peut être contraint, par exemple, d'entrer dans un établissement spécialisé. Le droit au logement viager se transforme alors en un droit

¹⁵³⁶ C. civ., art. 753.

¹⁵³⁷ Il s'agit là d'une dérogation aux articles 631 et 634 du Code civil, comme le rappelle l'article 764 du Code civil. Ces deux premiers articles posent le principe selon lequel le bénéficiaire d'un droit d'habitation n'a qu'un droit à occuper personnellement le bien, sans pouvoir le louer à un tiers.

d'obtenir les fruits de ce bien pour que le conjoint puisse vivre décemment, donc conformément à ses besoins.

690. Deuxièmement, le mécanisme peut être mis en œuvre à la demande du bénéficiaire. Il convient à nouveau de distinguer selon que l'application du mécanisme est de droit ou qu'elle est facultative. Tel est le cas en matière d'attribution préférentielle. Certaines attributions préférentielles sont de droit¹⁵³⁸, c'est-à-dire que lorsque la personne le demande, le juge n'a pas d'autre choix que de l'accorder. Il en va ainsi lorsque le conjoint demande, par exemple, l'attribution préférentielle de la propriété du local à usage d'habitation¹⁵³⁹. Là encore, le *de cuius* peut priver le conjoint du bénéfice de l'attribution préférentielle, notamment, « en excluant [de la masse partageable] le bien qui en serait susceptible : soit par une libéralité, tel un legs, une donation ordinaire ou une donation-partage »¹⁵⁴⁰. La gradation commence déjà à faire jour. En effet, le droit viager au logement, d'application directe, semble suffisant au maintien du cadre de vie du conjoint successible sans qu'il soit nécessaire qu'il en obtienne la propriété. Ainsi, il peut paraître raisonnable que le droit viager au logement soit d'application directe, alors que l'attribution préférentielle de la propriété du local d'habitation soit, quant à elle soumise à une demande de la part du conjoint. *A contrario*, les attributions préférentielles peuvent être facultatives, ce qu'elles sont par principe¹⁵⁴¹, elles peuvent alors être accordées par le juge après demande des héritiers. Par cette entremise du juge, recherche est faite de la pertinence de la demande. Il peut, notamment, s'agir de l'attribution du local d'habitation, mais cette fois-ci par les enfants du défunt. Dans un tel cas, l'attribution préférentielle n'est pas considérée comme de droit. Ainsi, le conjoint bénéficie d'un régime de faveur par rapport aux autres héritiers, même réservataires. Cette distinction de traitement peut trouver son origine dans la considération que le conjoint, plus âgé que les autres héritiers, a un intérêt plus important à conserver son cadre de vie.

691. Troisièmement, le mécanisme peut nécessiter une prévision des membres de la famille pour pouvoir être mis en œuvre. Ce moyen de mise en œuvre est spécifique. Il est aux confins de l'anticipation, donc de la volonté, et de la socialisation. Dans ce cas-là, il ne s'agit plus d'une socialisation purement étatique, car elle nécessite l'intervention *a priori* des membres de la famille. Cette forme de socialisation, prévue par la famille, peut prendre plusieurs formes. Il

¹⁵³⁸ Pour une liste exhaustive des attributions préférentielles de droit voir M. GRIMALDI, *Droit des successions*, op. cit., pp. 808-809.

¹⁵³⁹ Sur la possibilité pour le conjoint survivant de demander l'attribution préférentielle d'une telle propriété, v. C. civ., art. 831-2, 1°. Sur la qualification d'attribution préférentielle de droit, v. C. civ., art. 831-3.

¹⁵⁴⁰ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, op. cit., p. 806.

¹⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 778.

peut s'agir d'une disposition testamentaire d'un partenaire de PACS prévoyant l'application de l'article 831-3 du Code civil au partenaire survivant pour qu'il puisse obtenir de droit l'attribution préférentielle du local d'habitation¹⁵⁴². Il peut également s'agir de la stipulation dans le cadre d'un contrat de mariage d'une clause de préciput, conformément à l'article 1515 du Code civil, portant sur un bien commun qui entre dans l'objet du mouvement de socialisation. La doctrine a, ainsi, pu montrer l'intérêt d'une telle clause pour permettre à un époux de prélever dans la communauté, avant partage, une entreprise¹⁵⁴³ qui permettra à l'époux de poursuivre son activité économique. Par ailleurs, la stipulation d'une clause dite commerciale dans le contrat de mariage peut également permettre à un époux de prélever avant tout partage un bien propre ou personnel de l'autre époux. Cette clause permet généralement à l'époux survivant de prélever un fonds de commerce nécessaire à la poursuite de son activité économique. Cette clause, prohibée au départ par la jurisprudence¹⁵⁴⁴, est autorisée depuis la réforme des régimes matrimoniaux de 1965. Conformément à l'article 1390 du Code civil, lorsque le conjoint est un successeur, il peut se faire attribuer le bien, à charge de payer une soulte si la valeur du bien dépasse ses droits dans la succession. Si l'époux n'est pas un successeur, l'époux souhaitant prélever le bien propre ou personnel de son époux doit en acquérir la propriété, mais la disposition peut conserver son intérêt. En effet, il est des cas où le fait de devoir acquérir le bien sera moins contraignant pour le conjoint que de perdre son cadre de travail. Enfin, la clause d'attribution intégrale de la communauté, dans le régime de communauté universelle, peut également s'apparenter à un mécanisme permettant d'assurer le maintien du cadre de vie du conjoint lorsque l'autre époux décède. Le maintien du cadre de vie dans une telle configuration est alors des plus larges car l'ensemble des biens communs seront transmis, par le biais du régime matrimonial, à l'époux survivant. Cependant, ce mécanisme peut souffrir de la réduction des avantages matrimoniaux lorsque le couple a des enfants non-communs. De plus, fiscalement la clause est peu avantageuse pour les descendants, car ils ne pourront pas bénéficier de l'abattement fiscal dans la succession du premier parent décédé. Cette clause n'est donc pas un mécanisme optimal pour toutes les familles, il est alors nécessaire de prendre en compte l'ensemble des relations patrimoniales de la famille. C'est alors à chaque famille de déterminer si l'objectif de socialisation doit être rempli par un tel moyen. Les époux ont dès lors la possibilité d'insérer de multiples clauses dans leur régime matrimonial ou prévoir

¹⁵⁴² V. C. civ., art. 515-6, al. 2.

¹⁵⁴³ A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, « Communauté conventionnelle », *Rep. civ.*, mars 2013 (act. janv. 2020), n° 263.

¹⁵⁴⁴ Civ. 11 janv. 1933, *D.* 1933. 1. 10, note CAPITANT.

des dispositions testamentaires qui permettent d'assurer à leur conjoint ou partenaire la possibilité de conserver leur cadre de vie ou leur cadre de travail.

692. Quatrièmement, il existe des mécanismes de socialisation d'application subsidiaire. Il s'agit d'un cas de socialisation qui prend corps depuis les décisions de la Cour de cassation de 2017 concernant le traitement de la réserve héréditaire dans la sphère internationale¹⁵⁴⁵. En effet, il s'agit d'un mécanisme découvert par les juges lorsque la réserve héréditaire n'est pas applicable, mais que la situation économique des héritiers, qui seraient réservataires conformément à la loi française, est particulièrement précaire. Ce mécanisme peut être qualifié de subsidiaire, car il ne trouve effet qu'à défaut de mécanisme permettant d'assurer une protection économique des héritiers. Son caractère subsidiaire permet également de considérer qu'il s'agit du minimum de solidarité que le droit considère devoir exister au sein d'une famille, et à laquelle il n'est pas possible de déroger. Ce mécanisme permet particulièrement de comprendre la transformation des solidarités familiales : « Les solidarités familiales sur le temps long, auxquelles faisait écho l'institution de la réserve, sont désormais appelées à céder le pas aux solidarités familiales sur le temps court, dont l'obligation alimentaire constitue sans doute l'une des meilleures expressions »¹⁵⁴⁶. Ainsi, le caractère *a minima* de la protection ressort particulièrement. De plus, ce mouvement de socialisation permet de préserver des moyens de subsistance contre une pluralité de personnes.

693. Selon la personne contre laquelle le mécanisme s'applique. – Les mécanismes de socialisation peuvent trouver à s'exercer contre plusieurs personnes : contre les tiers à la famille, contre le propriétaire des biens, contre les autres copartageants. La diversité des personnes contre lesquelles peuvent être opposés les mécanismes de socialisation montre que l'objet de la protection est tel qu'il convient de l'assurer peu importe la personne qui en subit les conséquences. Les insaisissabilités de certains biens permettent de protéger les biens les plus utiles à la famille contre les tiers créanciers. L'application, par le juge, d'une réserve de solidarité dans le cadre des successions internationales permet de contourner la volonté du propriétaire de déshériter ces descendants alors même qu'il le peut en vertu de la loi applicable à sa succession. Enfin, les attributions préférentielles permettent une attribution privilégiée de certains biens en excluant les copartageants. Cependant, le propos doit être nuancé, car les mécanismes s'opposent bien souvent à un seul de ces acteurs à l'exclusion des autres. Dès lors,

¹⁵⁴⁵ Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-13.151, préc. ; Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-17.198, préc.

¹⁵⁴⁶ A. SÉRIAUX, « Réserve, légitime et quarte du conjoint pauvre : Où va le droit successoral français ? », *Dr. fam.*, n° 5, mai 2019, doss. 20.

les attributions préférentielles contrent les velléités des copartageants, mais ne peuvent s'opposer à la volonté du défunt. Dès lors, si le *de cuius* a de son vivant légué le bien, ou institué un légataire universel¹⁵⁴⁷, les héritiers réservataires ou le conjoint ne pourront pas demander l'attribution préférentielle. Les mécanismes de socialisation souffrent donc d'une certaine incohérence en ce qu'ils ne permettent que de manière imparfaite de garantir le maintien du cadre de vie ou de travail, alors même qu'un tel maintien peut être jugé essentiel pour le membre de la famille qu'il concerne.

694. Le législateur assure la prééminence des pouvoirs du propriétaire et préserve, *a minima*, des moyens de subsistance. Telles sont les nouvelles lignes de la philosophie législative contemporaine. Les institutions anciennes, qui servaient la philosophie de la conservation des biens dans la famille, doivent alors s'adapter.

SECTION 2

L'ADÉQUATION DES INSTITUTIONS ANCIENNES

695. Les règles permettant classiquement d'assurer la conservation des biens dans la famille se maintiennent en droit positif, parfois non sans difficultés théoriques. Certaines institutions, qui permettent d'assurer la conservation des biens dans la famille, tentent de se détacher des objectifs législatifs de 1804, afin d'assurer leur survie dans le système juridique actuel. *A contrario*, la crise que connaît la réserve héréditaire, résulte de la difficulté de lui trouver un sens qui se détache pleinement de la philosophie ancienne. Ainsi, son maintien fait l'objet de contestations (§1). D'autres institutions, au contraire, réussissent à se départir de l'idée de conservation des biens dans la famille. Ces institutions parviennent à s'adapter aux lignes directrices de la nouvelle philosophie (§2).

¹⁵⁴⁷ En ce sens, v. Civ. 1^{re}, 11 mai 2016, n° 14-16.967, Bull. civ. I, n° 104 ; *AJ Fam.* 2016, 350, obs. LEVILLAIN ; *JCP N* 2016, n° 1251, note RANDOUX ; *RTD Civ.* 2016, 673, obs. GRIMALDI.

§ 1 LE MAINTIEN CONTESTÉ DE LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE

696. Le maintien de la réserve héréditaire dans le système contemporain de protection des biens est contesté, car la réserve héréditaire se conforme mal aux nouvelles lignes directrices de la philosophie législative actuelle. En effet, la réserve se conforme mieux à l'objectif classique de conservation des biens dans la famille. Alors qu'elle demeure un principe directeur du droit des successions, la réserve héréditaire est mise en cause par la doctrine, le législateur et le Gouvernement. L'opportunité de la réserve héréditaire est contestée (A), notamment en raison des contournements autorisés (B).

A. La contestation de l'opportunité de la réserve héréditaire

697. Un débat réanimé. – Le bien-fondé de la réserve héréditaire a toujours fait l'objet de débats. Ainsi, déjà à la fin du XIX^{ème} siècle, LE PLAY critiquait la réserve héréditaire en ce qu'elle constituait un « partage forcé »¹⁵⁴⁸ par la loi, conduisant inévitablement au « morcellement des héritages »¹⁵⁴⁹. Le débat est désormais réactualisé, la crainte du morcellement des patrimoines n'est plus au rang des critiques émises. Le principe même du débat contemporain, sur la réserve héréditaire, fait l'objet d'étonnement, en ce qu'il ne relève plus « du débat purement académique »¹⁵⁵⁰, mais qu'il investit tant le Parlement, que le Gouvernement. Ce débat réanimé procède d'une nouvelle critique de la réserve. En effet, « techniquement parlant on ne touchait pas à ce vénérable monument mais on le contournait : le propre des piliers ? »¹⁵⁵¹. Désormais, le maintien de l'institution est mis en cause. La contestation de ce pilier du droit patrimonial de la famille, notamment dans son versant de protection des biens de la famille, provient de la difficulté de l'articuler avec les nouveaux objectifs législatifs.

698. La fonction de la réserve. – La doctrine avance l'idée selon laquelle « la justification de la réserve héréditaire n'a jamais été facile à donner, (...) elle allait de soi dans la tradition, sa survie demande désormais à être justifiée »¹⁵⁵². Ainsi, selon R. LIBCHABER, la force de structuration du droit des successions, portée par la réserve héréditaire, résultait de l'inutilité d'en trouver la justification, l'institution se justifiant par elle-même, du moins, par la force de la tradition. Cependant, la réserve héréditaire telle que conçue par le Code civil de 1804

¹⁵⁴⁸ F. LE PLAY, *La réforme sociale en France déduite de l'observation comparée des peuples européens*, 5^e éd., t. I, Henri Plon, 1874, p. 260.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 264.

¹⁵⁵⁰ BEIGNIER (B.), « La réserve héréditaire : évolution ou révolution ? », art. préc..

¹⁵⁵¹ *Ibidem.*

¹⁵⁵² R. LIBCHABER, « Des successions en quête d'avenir », art. préc.

permettait de poursuivre plusieurs objectifs : la conservation des biens dans la famille, bien sûr, l'égalité entre les héritiers, mais également « la protection individuelle de l'héritier »¹⁵⁵³. Il est possible de concevoir l'égalité entre les héritiers et la protection individuelle de l'héritier comme des modalités de la conservation des biens dans la famille. En effet, les biens ne doivent pas seulement être conservés dans la famille, mais leur répartition doit profiter à parts égales aux héritiers, à chaque héritier. L'intérêt de de la réserve héréditaire, en matière d'égalité, se maintient¹⁵⁵⁴. L'exclusion de l'exhérédation est vue comme « son principal atout »¹⁵⁵⁵, là où l'objectif de conservation des biens dans la famille est rappelé dans les travaux préparatoires de la loi de 2006 portant réforme des successions et des libéralités¹⁵⁵⁶. Cependant, le déclin de l'objectif de maintien des biens au sein de la famille a une influence sur la manière de concevoir la réserve héréditaire.

699. La réforme de 2006, qui a instauré une protection de la réserve en valeur, a conduit à un glissement de la « sauvegarde du patrimoine familial dans le lignage »¹⁵⁵⁷ vers un simple « outil de protection individuelle »¹⁵⁵⁸. Conçue comme telle, il est possible de penser que la réserve héréditaire peut se fondre dans la ligne directrice de la préservation des moyens de subsistance, puisqu'elle prend en compte l'individualité de l'héritier réservataire. De plus, seule une part en valeur est assurée aux héritiers, et non une part des biens eux-mêmes, l'objectif de conservation des biens au sein de la famille n'est plus réellement rempli. Il y a donc bien un détachement avec la philosophie ancienne. Pourtant, le glissement idéologique qui sous-tend la réserve et la manière dont elle s'exerce désormais conduisent à l'émergence d'une critique renouvelée de l'institution. Certains auteurs considèrent alors que « ce faisant, une évolution est envisageable, sinon souhaitable »¹⁵⁵⁹. Il convient alors de déterminer les critiques pouvant être faites à l'encontre de la réserve pour comprendre les appels à sa modification, voire sa suppression¹⁵⁶⁰.

¹⁵⁵³ M. GRIMALDI, *Droit des successions, op. cit.*, p. 240.

¹⁵⁵⁴ En ce sens, v. R. LIBCHABER, « Des successions en quête d'avenir », art. préc. L'auteur précise : « de même, on peut se défier des justifications contemporaines : la réserve des descendants protégerait la famille contre les tiers, de même que les héritiers les uns contre les autres. Cela n'a pas provoqué la création de l'institution : ce sont plutôt des conséquences bienvenues qui pourraient justifier qu'on la conserve ».

¹⁵⁵⁵ *Ibidem.*

¹⁵⁵⁶ H. DE RICHEMONT, *Rapport fait au nom de la commission des lois (...)*, 10 mai 2006, p. 33.

¹⁵⁵⁷ B. BEIGNIER, « Faut-il réformer la réserve héréditaire ? », art. préc.

¹⁵⁵⁸ *Ibidem.*

¹⁵⁵⁹ *Ibidem.*

¹⁵⁶⁰ R. LE GUIDEC (R.), « La réserve héréditaire : quel avenir ? », art. préc.

700. Les critiques majoritaires. – La réserve fait l’objet de différentes critiques : elle est un obstacle à la liberté de disposer, un obstacle à la philanthropie et certains auteurs lui opposent des raisons économiques ou encore sociales.

701. D’abord, la réserve héréditaire est un obstacle à la liberté testamentaire du *de cuius*. Cette critique est d’autant plus prégnante avec la montée de l’individualisme¹⁵⁶¹. En effet, les restrictions à la liberté de disposer semblent désormais moins acceptées, notamment avec la disparition des craintes liées à « la tyrannie et à l’avarice d’un père »¹⁵⁶². La réserve héréditaire se heurte donc à la première ligne directrice de la nouvelle philosophie législative, celle de la promotion de la volonté du propriétaire des biens. Le gouvernement reconnaît, dans l’exposé des motifs de la loi de 2006 portant modification du droit des successions et des libéralités, qu’il « est désormais nécessaire de mieux respecter la volonté de celui qui souhaite transmettre son patrimoine ». En droit positif, il est encore indispensable que « l’ensemble des héritiers s’accordent avec cette volonté »¹⁵⁶³ pour qu’elle puisse prendre tous ses effets.

702. Quant au versant économique, ensuite, la critique tient à la difficulté de transmettre les entreprises en respectant le *quantum* de la réserve héréditaire. En effet, le respect de la réserve héréditaire peut conduire l’entreprise à diverses difficultés : éclatement de l’unité de production, gestion paralysée, ou dans le pire des cas, la faillite¹⁵⁶⁴. Ces difficultés nuisent nécessairement à l’économie¹⁵⁶⁵.

703. De plus, une critique plus récente tend à remettre en cause la réserve héréditaire en raison de l’entrave qu’elle cause à la philanthropie¹⁵⁶⁶. Cette critique rejoint, en réalité, celle relative à la restriction de la liberté testamentaire. En effet, si la réserve entrave la philanthropie,

¹⁵⁶¹ R. LIBCHABER, « Des successions en quête d’avenir », art. préc.

¹⁵⁶² B. BEIGNIER, « Faut-il réformer la réserve héréditaire ? », art. préc.

¹⁵⁶³ P. CLÉMENT, Exposé des motifs de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités, p. 4.

¹⁵⁶⁴ Sur les différentes difficultés que peuvent rencontrer les entreprises en raison du partage contraint par la réserve héréditaire, v. M. GRIMALDI, *Droit des successions*, op. cit., pp. 240-241.

¹⁵⁶⁵ F. LETELLIER, « Le passé de la réserve héréditaire : une leçon pour le futur ? Bref historique de la réserve héréditaire », *JCP N* n° 39, 25 sept. 2020, 1189.

¹⁵⁶⁶ L’est-elle vraiment ? Cette critique pour le bien de la philanthropie ne renvoie-t-elle pas à la critique de l’Église qui plébiscitait les legs pieux ? En ce sens, v. N. LAURENT-BONNE, « L’avenir de la réserve héréditaire est-il dans son histoire ? », *RTD Civ.* 2021, p. 55. L’auteur fait également la comparaison dans les termes suivants : « Nous émettons alors l’hypothèse que les legs pieux sont au Moyen Âge ce que le mécénat et la philanthropie sont à l’époque contemporaine : un système incitatif de don au profit d’une institution d’utilité publique, fondé, non sur une réduction d’impôt, mais sur l’économie du salut. Au Moyen Âge, les juristes de l’Église se posent du reste une question peu ou prou comparable à celle que se pose aujourd’hui le gouvernement en matière de mécénat et de philanthropie : un legs pieux peut-il porter atteinte aux droits des héritiers légitimes ? ». V. également F. LETELLIER, « Le passé de la réserve héréditaire (...) », art. préc. Sur l’entrave qu’est la réserve héréditaire pour la philanthropie, des grandes fortunes, v. S. EL HAÏRY et N. MOUTCHOU, *La philanthropie à la française*, Rapport remis au Premier Ministre, fév. 2020, pp. 42-44.

c'est parce que le *de cuius* n'a pas une pleine liberté testamentaire. Aussi, la réserve se heurte sous plusieurs aspects à la ligne directrice, concernant la volonté, de la philosophie législative contemporaine. Cette critique a également un volet social, car elle se fonde sur l'objectif de favoriser la philanthropie, donc la transmission à des œuvres d'intérêt public¹⁵⁶⁷.

704. Enfin, le volet social de la critique de la réserve héréditaire peut aussi résider dans le fait qu'il peut paraître « injuste de tirer profit d'une richesse sans avoir travaillé pour cela »¹⁵⁶⁸. Ainsi, la réserve héréditaire serait « un outil de reproduction sociale puisqu'elle impose une transmission linéaire et obligatoire du patrimoine (...) perpétuant une société d'héritiers et de rentiers »¹⁵⁶⁹.

705. Ces critiques ont, par ailleurs, été entendues par le gouvernement. Le garde des Sceaux a, à cet égard, missionné un groupe de travail autour de la question de la réserve héréditaire : « jamais depuis 2006, et peut-être même depuis 1804, la réserve héréditaire n'avait provoqué pareil débat »¹⁵⁷⁰. Lors des travaux préparatoires de la loi de 2006, le législateur admet que « la réserve héréditaire est une institution (...) souvent contestée, pour des motifs d'ailleurs contradictoires. D'aucuns dénoncent les restrictions qu'elle apporte à la liberté de disposer de ses biens. D'autres mettent en exergue la facilité avec laquelle elle peut être contournée »¹⁵⁷¹. La réserve est ainsi assaillie sur plusieurs fronts. Elle est en « crise de légitimité »¹⁵⁷², ce qui conduit à s'interroger sur le devenir de l'institution.

706. Une disparition annoncée ? – Il existe tout un panel d'avis sur la disparition de la réserve héréditaire : certains appellent à sa disparition, d'autres prophétisent sur sa disparition. L'appel à la disparition de la réserve résulte de l'idée qu'il « faut aller au bout de la logique d'affaiblissement de la réserve héréditaire en la supprimant définitivement afin de rétablir la liberté testamentaire »¹⁵⁷³. Cette rhétorique laisse perplexe. L'assouplissement d'un principe par l'existence d'exceptions ne peut permettre de justifier la suppression dudit principe, sans quoi une grande part des principes du droit tomberait en raison des exceptions qu'ils connaissent. Suivant ce raisonnement, il faudrait supprimer le principe de prohibition des pactes

¹⁵⁶⁷ Pour une critique de la prise en compte de la philanthropie par le droit des successions, v. M. GRIMALDI, « La famille, la cité et la réserve », *Deffrénois* n° 12, 21 mars 2019, p. 1 ; B. VAREILLE, « Ne jetons pas les descendants avec l'eau du bain ! », *Deffrénois* n° 21, 23 mai 2019, p. 1.

¹⁵⁶⁸ N. LAURENT-BONNE, art. préc.

¹⁵⁶⁹ B. MOREL et M. SBAIHI, *Supprimer la réserve héréditaire. Pour la liberté, le mérite et la philanthropie*, Rapport du *think-tank* GénérationLibre, mars 2019, p. 4.

¹⁵⁷⁰ N. LAURENT-BONNE, art. préc.

¹⁵⁷¹ H. DE RICHEMONT, *Rapport fait au nom de la commission des lois (...)*, 10 mai 2006, p. 33.

¹⁵⁷² M. PICHARD, « La réserve et l'enfant », art. préc.

¹⁵⁷³ B. MOREL et M. SBAIHI, *op. cit.*, p. 16.

sur successions futures à cause des nombreuses exceptions qui l'assaille désormais. Les exceptions sont justement là pour permettre la survie d'un principe devenu trop rigide, tout en permettant une adaptation aux nouvelles nécessités économiques et sociales. S'il faut parfois « savoir s'affranchir d'un héritage, lui opposer l'oubli »¹⁵⁷⁴, ce n'est que dans la mesure où il ne présente plus d'utilité ou de sens dans une société donnée.

707. D'autres auteurs font part de plus de nuances quant à la disparition de la réserve héréditaire. Certains rassurent en affirmant que sa suppression n'entraînera pas un déclin de « l'idée d'une solidarité intrafamiliale (la seule qui compte véritablement, et à laquelle tout le monde demeure largement attaché) »¹⁵⁷⁵. L'institution de la réserve héréditaire permet justement d'atteindre cet objectif de solidarité familiale, elle demeure une protection « de l'héritier contre l'autoritarisme ou l'arbitraire du *de cuius* »¹⁵⁷⁶. En ce qu'elle est une composante de la solidarité familiale, la réserve héréditaire peut participer à l'objectif de préservation des moyens de subsistance et donc se fondre dans la philosophie législative contemporaine. La suppression de la réserve héréditaire peut également sembler peu opportune car comme le précise la doctrine « les parents qui souhaitent déshériter leurs enfants ne sont pas légion »¹⁵⁷⁷. L'institution de la réserve héréditaire est donc en conformité avec les attentes de la société. Le principe de la réserve ne devrait donc pas être atteint.

708. Mieux qu'une suppression de la réserve héréditaire, une adaptation de celle-ci serait envisageable. Pour le moins, sa disparition ne devrait pas se faire sans la mise en place d'un mécanisme substitutif, permettant d'assurer *a minima* la transmission des biens pour les cas où les héritiers sont dans le besoin. Une telle conception de la réserve héréditaire se concilierait sans doute mieux avec la philosophie contemporaine, car la préservation des moyens de subsistance est une ligne directrice subsidiaire par rapport à la promotion de la volonté du propriétaire des biens. C'est pourquoi d'autres auteurs considèrent que dans une vision « à long terme (...) Il n'est pas inconcevable que la réserve héréditaire soit abolie, en tant qu'obstacle à la circulation des richesses et entrave au droit de propriété »¹⁵⁷⁸. La suppression de la réserve héréditaire devrait donc être pensée sur le temps long. Son mode de disparition suivra peut-être celui du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux, qui s'est peu à peu essoufflé sous le poids de la simplification du changement de régime matrimonial.

¹⁵⁷⁴ N. LAURENT-BONNE (N.), art. préc.

¹⁵⁷⁵ B. BEIGNIER, « Faut-il réformer la réserve héréditaire ? », art. préc.

¹⁵⁷⁶ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, op. cit., p. 240.

¹⁵⁷⁷ B. BEIGNIER, « Faut-il réformer la réserve héréditaire ? », art. préc.

¹⁵⁷⁸ P. CATALA, « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* n° 26, 29 juin 2007, 1206.

709. Une autre position doctrinale, aux antipodes de celles énoncées précédemment, considère au contraire que la réserve héréditaire ne pourra pas disparaître en raison du caractère constitutionnel qui pourrait lui être reconnu par le Conseil constitutionnel¹⁵⁷⁹. Ce caractère ainsi reconnu pourrait entraver une réforme législative tendant à sa suppression¹⁵⁸⁰. Cependant, la vigueur de la critique, qui s'organise autour de la réserve héréditaire, montre que l'institution est dans une période de transition qui aboutira à son évolution avant, peut-être, sa disparition. Cette période de transition trouve sa source dans la loi de 2006. En effet, à l'occasion des travaux préparatoires de cette loi, « le législateur lui-même n'en reconnaît plus la nécessité »¹⁵⁸¹, il amorce en tout cas l'évolution de l'institution.

710. Une modification envisagée. – Les modifications envisagées sont de deux ordres : certaines conduisent à assouplir l'institution, d'autres, au contraire, permettent de renforcer son principe. Il apparaît, à cet égard, qu'une recherche d'équilibre entre la liberté testamentaire et la transmission des biens au sein de la famille est menée. Les assouplissements envisagés tiennent essentiellement à la révision du *quantum* de la réserve et à la suppression de la réserve héréditaire du conjoint survivant.

711. La modification du *quantum* de la réserve héréditaire vise à redéfinir les frontières entre la réserve et le disponible. Diverses propositions sont avancées, l'une d'elles consiste à modifier le *quantum* de la réserve héréditaire lorsqu'il existe trois enfants et plus. Certains auteurs, tout en voulant conserver la progressivité de la réserve en fonction du nombre d'héritiers, proposent de la maintenir à la moitié de la succession en présence d'un héritier, puis de l'établir aux deux tiers de la succession à partir de deux enfants¹⁵⁸². D'autres propositions visent à supprimer le caractère variable de la réserve en fonction du nombre d'enfants. La réserve héréditaire serait fixe, elle serait invariablement égale à la moitié de la succession¹⁵⁸³ ou encore à trente pour cent de celle-ci¹⁵⁸⁴. L'avantage de fixer la réserve héréditaire à la moitié de la succession est, selon ses défenseurs, de réaliser « un parfait équilibre entre la réserve héréditaire qu'il faut conserver,

¹⁵⁷⁹ S. BENZINA, « Les enjeux constitutionnels de la réserve héréditaire », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, préc., pp. 25-26 ; v. également, sur l'intérêt de la reconnaissance du caractère constitutionnel de la réserve, N. LAURENT-BONNE, art. préc.

¹⁵⁸⁰ S. BENZINA, « Les enjeux constitutionnels de la réserve héréditaire », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, préc., pp. 44-45

¹⁵⁸¹ R. LIBCHABER, « Des successions en quête d'avenir », art. préc.

¹⁵⁸² C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Rapport du groupe de travail, 13 déc. 2019, p. 149.

¹⁵⁸³ B. BEIGNIER, « Faut-il réformer la réserve héréditaire ? », art. préc. ; J. GASTÉ et X. RICARD, « Résumé d'audition », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, préc., p. 144.

¹⁵⁸⁴ A. JEVAKHOFF et D. CAVAILLILÈS, *Le rôle économique des fondations*, IGF, avr. 2017, pp. 41-42.

et la liberté testamentaire qu'il faut accroître »¹⁵⁸⁵. La diversité des propositions autour du *quantum* de la réserve héréditaire montre qu'il n'y a pas de solution miracle. Le point de convergence réside dans la volonté de réduire le *quantum*, mais le montant à retenir laisse place à toute une diversité de réponses en fonction de l'équilibre qu'il semble bon de retenir entre liberté testamentaire et préservation d'une transmission familiale minimale, imposée par la loi : un choix politique en somme.

712. La suppression de la réserve du conjoint survivant¹⁵⁸⁶ trouve aussi un fort écho. Elle ressort du rapport sur la réserve héréditaire¹⁵⁸⁷, soutenue par une doctrine éminente¹⁵⁸⁸ : « en proposant (avec raison), la suppression de cette incongruité (...) le groupe de travail a bien perçu qu'elle porte en elle la condamnation de l'idée d'une réserve "par le sang" à laquelle il a entendu redonner son essence »¹⁵⁸⁹. Cette mesure permettrait de revaloriser la liberté testamentaire du *de cuius*, en l'absence d'enfant. Cette mesure est ainsi à la frontière entre assouplissement et renforcement de la réserve héréditaire. En effet, la disparition de la réserve héréditaire du conjoint successible entraîne nécessairement une revalorisation de la liberté testamentaire. Elle permet de recentrer la réserve sur sa fonction première, la protection des enfants. De plus, elle conduirait à redonner du sens à cette institution qui pourrait permettre de mieux en déterminer la fonction et ainsi de limiter la portée des critiques.

713. Dans cette même ligne, certaines propositions de réforme de la réserve héréditaire conduisent à son renforcement. Il est proposé d'affirmer le caractère d'ordre public international de la réserve¹⁵⁹⁰, de « considérer qu'est contraire à l'ordre public international la loi étrangère dont l'application conduirait à priver de tout droit un descendant en rang utile pour succéder lorsque le défunt ou l'héritier est de nationalité française ou réside en France au moment du décès »¹⁵⁹¹ ou encore d'intégrer à l'assiette de la réserve héréditaire les assurances-

¹⁵⁸⁵ J. GASTÉ et X. RICARD, « Résumé d'audition », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, préc., p. 144.

¹⁵⁸⁶ Il faudrait pour le moins une réforme en profondeur, de nouveaux droits pourraient être concédés au conjoint survivant sans reprendre la forme d'une réserve héréditaire, en ce sens v. C.-É. BUCHER, « Le droit à réserve du conjoint survivant », *Deffrénois* n° 46, 14 nov. 2019, p. 20.

¹⁵⁸⁷ C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *op. cit.*, pp. 129-130.

¹⁵⁸⁸ G. CHAMPENOIS, « Contribution », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, préc., p. 117 ; B. BEIGNIER, « La réserve héréditaire. Nuances sur un rapport en nuances », *Dr. fam.* n° 4, avr. 2020, repère 4.

¹⁵⁸⁹ BEIGNIER (B.), « La réserve héréditaire. Nuances sur un rapport en nuances », art. préc.

¹⁵⁹⁰ C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *op. cit.*, p. 17. Tel est quelque peu déjà le cas depuis la modification de l'article 913 du Code civil par la L. n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, préc. En ce sens, v. P. LAGARDE, « Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire », *Rev. crit DIP* 2021, p. 291.

¹⁵⁹¹ C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *op. cit.*, p. 17.

vie procédant d'une intention libérale¹⁵⁹². L'ensemble de ces propositions conduit en réalité à limiter les contournements de la réserve héréditaire, qui ont été rendus possibles en droit positif.

B. Les contournements de la réserve héréditaire

714. Les techniques de contournement de la réserve. – Le principe de la réserve connaît des contournements en droit positif. Il a déjà été vu que le principe s'est trouvé assoupli en raison de l'instauration de la renonciation anticipée à l'action en réduction¹⁵⁹³, mais également en raison de l'influence internationale, la réserve ne s'applique pas dès lors que la loi étrangère applicable ne connaît pas l'institution¹⁵⁹⁴. Le droit des assurances-vie permet également de contourner le droit de la réserve héréditaire. En effet, les primes versées au titre de l'assurance-vie et le capital ne sont pas, par principe, intégrés à la masse successorale.

715. Le contournement de la réserve par l'assurance-vie. – Le principe de l'exclusion de l'assurance-vie de la succession est issu d'une loi du 13 juillet 1930¹⁵⁹⁵, elle-même découlant d'une règle prétorienne¹⁵⁹⁶. En son article 67, la loi prévoit l'exclusion de l'assurance-vie de la masse successorale. L'article suivant précise que le capital perçu par le bénéficiaire¹⁵⁹⁷, ainsi que les primes payées par le souscripteur, ne sont ni soumis au rapport à succession, ni à la réduction des libéralités excessives. L'exclusion du capital perçu par le bénéficiaire est classiquement expliquée par le mécanisme de la stipulation pour autrui : le capital n'ayant jamais fait partie du patrimoine du souscripteur, il est logique d'exclure les règles propres aux libéralités¹⁵⁹⁸. Quant aux primes versées par le souscripteur, ce qui justifie leur exclusion de l'application du droit des libéralités est l'existence d'un aléa dans le paiement du capital au bénéficiaire. L'article pose tout de même la limite selon laquelle lorsque les primes versées sont manifestement exagérées eu égard aux facultés du souscripteur, les règles du rapport et de la réduction s'appliquent à de telles primes. Cette solution a été reprise à l'article L. 131-13 du Code des assurances. Le contrat d'assurance-vie, perçu comme un « contrat de prévision », échappe donc, par principe, à la réduction pour atteinte à la réserve. Cette solution n'engendre pas de grandes difficultés, car la qualification de libéralité est écartée tant au regard du capital que des primes. Les difficultés naissent lorsque l'aléa disparaît, ce qui est rendu possible lorsque l'assurance-vie est dite mixte, c'est-à-dire lorsque le capital est versé de manière certaine soit

¹⁵⁹² *Ibid.*, pp. 155-156.

¹⁵⁹³ V. *supra* n° 113.

¹⁵⁹⁴ V. *supra* n° 549.

¹⁵⁹⁵ L. 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance, J.O. 18 juil. 1930, p. 8003 et s.

¹⁵⁹⁶ Req., 30 mai 1911 ; *DP* 1912, 1, 172.

¹⁵⁹⁷ Code des assurances, art. L. 132-13.

¹⁵⁹⁸ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, *op. cit.*, p. 607.

au souscripteur en raison de sa survie, soit au bénéficiaire du fait de la mort du souscripteur. Ainsi, dans un tel cas, la doctrine considère que « l'intention libérale constitue l'explication la plus naturelle »¹⁵⁹⁹ du versement des primes. La qualification de libéralité devrait être retenue, celle-ci serait alors soumise au rapport et à la réduction des libéralités. Aussi, certains auteurs considèrent, de manière prudente, qu'« il n'est pas certain que ces règles soient encore adaptées aujourd'hui puisqu'il n'y a plus d'appauvrissement dans les assurances-vie mixtes qui servent à constituer un capital retraite en cas de vie et à le transmettre en cas de décès »¹⁶⁰⁰. Cependant, ce n'est pas la voie qu'a adoptée la Cour de cassation. Dans un arrêt en date du 23 novembre 2004¹⁶⁰¹, la chambre mixte de la Cour de cassation a considéré que « l'exécution des engagements de faire fructifier l'épargne du souscripteur par une méthode commune aux opérations de capitalisation et à celles d'assurance dépendait de la durée de la vie humaine (...) la cour d'appel en a exactement déduit l'existence de l'aléa ». À défaut de preuve du caractère manifestement exagéré des primes versées, celles-ci ne doivent pas être soumises au mécanisme du rapport et de la réduction. Cette solution a pu être qualifiée de « jurisprudence calamiteuse »¹⁶⁰² en raison du contournement qu'elle permet à la réserve héréditaire¹⁶⁰³. Les limites posées par la loi sont alors incertaines quant à leur efficacité.

716. Des limites incertaines. – La limite selon laquelle les primes doivent faire l'objet du rapport et de la réduction, lorsqu'elles sont manifestement exagérées, nécessite de rapporter la preuve d'un tel caractère qui « s'apprécie au moment du versement, au regard de l'âge ainsi que des situations patrimoniale et familiale du souscripteur »¹⁶⁰⁴. De ce fait, « le caractère exagéré des primes s'apprécie donc au regard des sommes versées par le contractant et non au regard des espérances des héritiers réservataires. La situation est finalement paradoxale, car l'exagération qui permet de ramener les primes dans le champ du rapport et de la réduction ne s'avère pas véritablement tournée vers les intérêts des héritiers. Là se loge l'atteinte à la réserve, du moins conçue traditionnellement comme une fraction de la succession »¹⁶⁰⁵. Dans un tel cas, la « réserve est indirectement remise en cause »¹⁶⁰⁶. Cependant, la Cour de cassation a rappelé,

¹⁵⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰⁰ V. ZALEWSKI-SICARD, « Réserve et assurances-vie », *Defrénois* n° 46, 14 nov. 2019, p. 49.

¹⁶⁰¹ Ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 02-17.507, Bull. 2004 n° 4, p. 9 ; *Dr. fam.* 2005, étude 6, LÉCUYER ; *D.* 2005, 1905, BEIGNIER. ; *RTD civ.* 2005. 434, note GRIMALDI.

¹⁶⁰² M. GRIMALDI, *Droit des successions*, *op. cit.*, p. 609.

¹⁶⁰³ J. AULAGNIER, « La réserve héréditaire peut-elle survivre à l'assurance-vie ? », *Gaz. Pal.* n° 29, 29 janv. 2011, p. 23.

¹⁶⁰⁴ Ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 02-17.507, préc.

¹⁶⁰⁵ V. ÉGÉA, « La réserve héréditaire à l'épreuve du contrat d'assurance-vie », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 23.

¹⁶⁰⁶ J. AULAGNIER, art. préc.

dans un arrêt de chambre mixte du 21 décembre 2007¹⁶⁰⁷, qu'un « contrat d'assurance-vie peut être requalifié en donation si les circonstances dans lesquelles son bénéficiaire a été désigné révèlent la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable ». Il faut considérer, pour qu'une telle qualification soit retenue, que « dès lors qu'il est établi que le souscripteur savait, lors de la conclusion du contrat ou lors du versement des primes ou lors de la désignation du bénéficiaire, qu'en raison de son âge ou de son état de santé, il allait décéder dans un bref délai, il n'y a plus d'aléa sur le sort du capital devant être versé par l'assureur et qu'est ainsi établie la volonté du souscripteur de se dépouiller irrévocablement »¹⁶⁰⁸. Ainsi, l'application des limites est cantonnée, ce qui explique la large possibilité de contourner la réserve par ce mécanisme. Une autre limite peut être discutée, celle résultant de la volonté de l'assuré.

717. La volonté de l'assuré. – La Cour de cassation a admis la possibilité que le souscripteur puisse préciser dans son testament que le capital de l'assurance-vie soit pris en compte dans le calcul de la réserve¹⁶⁰⁹. Une telle limite permet, par une décision du souscripteur, le respect de la réserve héréditaire. Toutefois, il « paraît dès lors délicat de considérer que ces solutions jurisprudentielles marquent un retour de la réserve, entendue comme un mécanisme légal auquel la volonté individuelle ne saurait déroger »¹⁶¹⁰. En la matière, la volonté du *de cuius* trouve également une place privilégiée¹⁶¹¹. Ainsi, « s'il paraît possible de poursuivre des finalités naguère assurées par la réserve (...) la source change radicalement »¹⁶¹². Dans une telle solution, l'ordre public normalement imposé par la réserve héréditaire, est abandonné à la seule volonté du *de cuius*. Cette solution peut s'expliquer par la volonté de trouver un équilibre entre la volonté du *de cuius* et la réserve héréditaire.

718. L'équilibre entre volonté du *de cuius* et réserve héréditaire. – La recherche d'un équilibre entre volonté du *de cuius* et réserve héréditaire peut justifier l'exclusion, de principe, de l'assurance-vie de la masse successorale. En effet, cette exclusion permet de redonner au souscripteur un pouvoir de transmission de ses biens sans qu'il soit contraint par la réserve héréditaire¹⁶¹³. De même, l'inclusion du capital dans le calcul de la réserve, sous l'effet de la volonté du souscripteur, permet de suivre ses prescriptions en matière de transmission de ses

¹⁶⁰⁷ Ch. mixte, 21 déc. 2007, n° 06-12.769, Bull. n° 13 ; D. 2008.1314, note DOUET ; D. 2008. 218, note BRUGUIÈRE-FONTENILLE ; RTD civ. 2008. 137, note GRIMALDI.

¹⁶⁰⁸ V. ZALEWSKI-SICARD, art. préc.

¹⁶⁰⁹ Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 09-15.291 ; JCP N 2010, n° 48, 1371, note HOVASSE ; ou encore, Civ. 1^{re}, 10 oct. 2012, n° 11-17.891, Bull. civ. I, n° 200 ; AJ fam. 2012. 627, obs. VERNIÈRES.

¹⁶¹⁰ V. ÉGÉA, « La réserve héréditaire à l'épreuve du contrat d'assurance-vie », art. préc.

¹⁶¹¹ *Ibidem*.

¹⁶¹² *Ibidem*.

¹⁶¹³ J. AULAGNIER, art. préc.

biens. Cette solution, douteuse du point de vue du droit¹⁶¹⁴, se comprend en opportunité, lorsqu'elle est envisagée sous l'angle de la volonté de redonner au *de cuius* une plus grande part de liberté dans la disposition de ses biens, dans un système où le *quantum* de la réserve héréditaire est élevé par rapport à la part disponible. Cette recherche d'équilibre se retrouve dans le rapport effectué sous la direction de C. PÉRÈS et de Ph. POTENTIER. À la réduction du *quantum* de la réserve, est opposée une réintégration des primes versées pour le calcul de la réserve héréditaire. Les auteurs annoncent que cette mesure résulte de la volonté « de compenser, moyennant un élargissement de son assiette, la diminution par ailleurs proposée du montant de la réserve héréditaire »¹⁶¹⁵. D'autres auteurs doutent de la remise en cause de ses solutions¹⁶¹⁶. En effet, la tendance législative tend davantage à accroître la volonté du *de cuius*, plutôt qu'à la restreindre. Ces limites à la réserve héréditaire entrent pleinement dans les lignes directrices de la nouvelle philosophie législative. Toutefois, si le *quantum* de la réserve héréditaire est remis en cause sans que l'assiette du calcul de la réserve le soit, le déséquilibre qui en résultera se fera en faveur de la volonté du *de cuius*. Si la réserve héréditaire venait à être supprimée, il faudrait qu'il demeure un mécanisme d'expression des solidarités familiales lorsque les héritiers sont dans une situation de précarité, celui-ci pourrait notamment prendre la forme d'une réserve alimentaire¹⁶¹⁷.

719. Ces discussions autour de la réserve héréditaire, annonciatrices de son évolution certaine, résultent ainsi de la perte de sens de l'institution dans un paysage juridique en reconstruction. D'autres institutions, au contraire, semblent mieux se fondre dans la nouvelle philosophie législative, une simple lecture renouvelée du mécanisme suffisant à son maintien.

§ 2 L'ADAPTATION DES INSTITUTIONS AUX LIGNES DIRECTRICES

720. Le maintien des mécanismes qui permettaient la conservation des biens dans la famille ne signifie pas que l'objectif qu'ils poursuivent dorénavant reste identique en tout point. En effet, il est parfois possible de proposer une lecture renouvelée de ces mécanismes en leur assignant de nouveaux objectifs, qui ressortent des travaux parlementaires. Leur utilisation ne participe plus à la finalité de conservation des biens dans la famille. Ces mécanismes ne subissent alors pas la remise en cause que peut subir la réserve héréditaire. Sans doute que cette

¹⁶¹⁴ C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *op. cit.*, p. 155.

¹⁶¹⁵ C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *op. cit.*, p. 155.

¹⁶¹⁶ M. PICHARD, « La réserve et l'enfant », art. préc.

¹⁶¹⁷ V. *infra* n° 834.

différence de traitement tient au fait que les institutions en cause ont déjà subi des évolutions, qui leur permettent de mieux se fondre dans les nouvelles lignes directrices de la protection des biens. Cette capacité peut résulter de plusieurs indicateurs : la pluralité des fonctions attribuées à ces institutions et leur absence dans le système de protection de 1804 ou, pour le moins, la faiblesse de leur application pratique. La lecture renouvelée des institutions est permise tantôt alors même que l'utilisation du mécanisme de protection est inchangée, tantôt, en raison de la réassignation d'un objectif particulier à un mécanisme ancien. Il est, ainsi, possible de s'intéresser à la lecture renouvelée des utilités de l'attribution préférentielle (A), mais également à celle des libéralités graduelles et résiduelles (B).

A. Une lecture renouvelée des utilités de l'attribution préférentielle

721. La mise en contexte. – L'attribution préférentielle a été instaurée dans la législation, car elle permet d'assurer la protection des biens, dans son volet de conservation des biens dans la famille. Cependant, lorsque l'institution est recontextualisée dans la législation actuelle, il est permis de considérer que cet objectif n'est en réalité plus celui qui est poursuivi à titre principal. Il est alors possible de se demander ce qui permet un maintien de l'institution. Les finalités plurielles de l'institution permettent notamment de faciliter son maintien dans la législation contemporaine. La relecture est rendue possible par l'analyse des modifications législatives qui la concerne, en la contextualisation dans la législation contemporaine.

722. La protection de la personne par l'attribution préférentielle. – L'attribution préférentielle, instaurée par un décret-loi de 1938, avait été conçue pour assurer un double objectif de protection des biens : « assurer la permanence des exploitations et en éviter le morcellement pour favoriser la productivité agricole »¹⁶¹⁸, ce qui correspond à la volonté de préserver la substance des biens visés, mais aussi de « conserver le domaine dans la famille en empêchant qu'il ne soit licité au profit d'étrangers »¹⁶¹⁹, ce qui est conforme à l'objectif de conservation des biens dans la famille. L'institution concourt à la préservation des biens, des exploitations agricoles en l'occurrence, dans les diverses acceptions qu'elle peut recouvrir. Cependant, comme le souligne une partie de la doctrine, « le fondement familial de l'institution, qui était à l'origine très marqué, a fortement décliné au fil du temps, tandis que s'affirmait corrélativement avec beaucoup de force sa finalité économique »¹⁶²⁰. Il est possible de considérer que la finalité familiale s'est atténuée en même temps que s'est atténuée l'idée de

¹⁶¹⁸ C. BRENNER, « Partage : modes d'attribution spécifiques », *Rep. civ.*, oct. 2020 (act. oct. 2021), n° 30.

¹⁶¹⁹ *Ibidem.*

¹⁶²⁰ *Ibid.*, N° 31.

conservation des biens de la famille, phénomène accentué par l'extension de l'attribution préférentielle à tout héritier ayant une vocation universelle ou à titre universel en vertu d'un testament¹⁶²¹. Ainsi, dans ce modèle, la préservation du bien lui-même semble supplanter l'attribution familiale. En effet, la condition de participation effective à l'activité, qui sous-tend « l'aptitude à gérer correctement le bien en cause »¹⁶²², semble primordiale. De plus, l'attribution préférentielle de ces entreprises entre dans le cadre de nouveaux objectifs législatifs ayant notamment pour but d'assurer à un héritier, qui travaille effectivement dans l'entreprise, le maintien de sa source de revenus¹⁶²³, cette interprétation permet de souligner que le mécanisme d'attribution préférentielle garantit la protection financière de l'attributaire. Il s'agit donc d'une protection des biens de subsistance. Ce raisonnement peut être étendu à l'attribution préférentielle du logement. En effet, depuis 1961¹⁶²⁴, il est possible pour le conjoint, ou un des héritiers copropriétaires, de demander à se faire attribuer, par le biais de l'attribution préférentielle, le local qui lui sert effectivement d'habitation. Certes, ce mécanisme permet de maintenir le bien dans la famille, mais il permet davantage de maintenir le cadre de vie de l'attributaire. L'attribution préférentielle assure donc la protection de la personne par le biais de l'attribution du bien. De plus, l'attribution préférentielle au profit du conjoint survivant s'inscrit dans la volonté globale du législateur de maintenir son cadre de vie. L'attribution préférentielle est un mécanisme supplémentaire, aux côtés des droits légaux du conjoint successible ou encore du droit viager au logement, pour assurer la protection du conjoint survivant par le biais des biens provenant de la famille nucléaire. Cette réassignation de la finalité de l'attribution préférentielle est donc issue de la mise en perspective dudit mécanisme au regard du contexte législatif actuel.

723. Certes, au regard des travaux préparatoires de la loi du 23 juin 2006, le législateur maintient que « la philosophie de l'attachement de l'attribution préférentielle (...) suppose un attachement particulier au bien et une volonté de préservation de celui-ci »¹⁶²⁵. Le législateur contemporain continue de considérer l'attribution préférentielle comme un mécanisme de préservation des biens dans le cadre de la famille. Pour autant, il semblerait que la préservation des biens dans le cadre de la famille puisse être regardée, dans le contexte global de la

¹⁶²¹ En ce sens, v. C. civ., art. 833, al. 2 ; C. BRENNER, « Partage : modes d'attribution spécifiques », *Rep. civ., préc.*, n° 31.

¹⁶²² C. FARGE, « Modalité de réalisation du partage », in M. GRIMALDI, (dir.), *op. cit.*, p. 787, n° 271.115.

¹⁶²³ V. *supra* n° 685.

¹⁶²⁴ L. n° 61-1378 du 19 décembre 1961 modifiant les articles 815, 832, 866, 2103 (3°) et 2109 du Code civil, les articles 790, 807, 808 et 831 du code rural et certaines dispositions fiscales, J.O. 20 déc. 1961, p. 11651.

¹⁶²⁵ S. HUYGHE, *Rapport (...)*, 8 février 2006, *préc.*, p. 213.

législation du droit patrimonial de la famille, comme un simple moyen de parvenir à l'objectif de la protection du cadre de vie de la personne attributaire ou du maintien de sa source de revenus. Cette relecture de la finalité de l'institution est rendue possible par la pluralité des buts qui lui sont assignés – familial, économique et social¹⁶²⁶. Le poids accordé à chacun de ces buts, à un moment donné, permet de modeler l'objectif qu'elle poursuit. Dès lors, le mécanisme de l'attribution préférentielle, loin de faire l'objet de débat sur sa suppression ou sa modification, est un mécanisme privilégié de la nouvelle philosophie législative. Tel est également le cas des libéralités graduelles et résiduelles.

B. Une lecture renouvelée des utilités des libéralités graduelles et résiduelles

724. Des utilités nouvelles. – Le législateur renouvelle parfois les règles relatives à certains mécanismes dans le but de leur assigner un nouvel objectif. Dans une telle configuration, la relecture de l'objectif du mécanisme est révélée par les travaux préparatoires du législateur. Ils permettent alors de comprendre que les objectifs initialement reconnus à l'institution doivent être écartés pour laisser place à une interprétation nouvelle ; tel est le cas pour les substitutions fidéicommissaires.

725. Le renouvellement de l'utilisation des substitutions fidéicommissaires. – Lors des travaux préparatoires du Code civil, les substitutions fidéicommissaires ont fait l'objet de nombreux débats sur le point de savoir s'il fallait les réinstaurer dans la législation, après leur abandon par le droit révolutionnaire¹⁶²⁷. Les travaux préparatoires font état des avantages des substitutions en matière de conservation des biens dans la famille, tout en pointant les dérives de ce maintien, notamment en ce qu'il favorisait la transmission à la primogéniture masculine¹⁶²⁸. Il est essentiellement reproché à cette institution son manque de caractère familial, en ce que son utilisation conduit à exclure une partie de la famille du bénéfice de tout ou partie des biens issus de la famille. L'intérêt de la substitution dans l'objectif de conservation des biens dans la famille est pourtant double : d'abord, le disposant est certain que ses biens seront transmis à l'intérieur du cercle familial¹⁶²⁹ ; ensuite, la substitution fidéicommissaire

¹⁶²⁶ C. BRENNER, « Partage : modes d'attribution spécifiques », *Rep. civ.*, préc., n° 29.

¹⁶²⁷ F. J. BIGOT-PRÉAMENEU, *Discussion du Conseil d'État*, séance du 14 pluviôse an XI (3 février 1803), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p.278.

¹⁶²⁸ F. J. BIGOT-PRÉAMENEU, *Discussion du Conseil d'État*, séance du 14 pluviôse an XI (3 février 1803), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p.278.

¹⁶²⁹ J.-B. TREILHARD, *Discussion du Conseil d'État*, séance du 7 pluviôse an XI (27 janvier 1803), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p.270.

permet de transmettre ses biens à un héritier prodigue sans que celui-ci ne puisse les dissiper¹⁶³⁰, car il est tenu d'une obligation de conservation à fin de transmission à un héritier subséquent, les petits-enfants du disposant. Certains rappelaient que le rejet de ce mécanisme conduisait à « éteindre le désir si naturel et juste de former un patrimoine à sa famille »¹⁶³¹. Ainsi, le législateur de 1804 a décidé de maintenir l'institution, sous le nom de « dispositions permises en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur, ou des enfants de ses frères et sœurs ». Le législateur a encadré strictement l'utilisation de ces dispositions pour éviter que les dérives de l'Ancien régime ne se reproduisent. Il a notamment limité le nombre de degrés, pour lequel la substitution peut avoir effet, à un seul. De plus, la charge de cette disposition ne peut être imposée aux héritiers réservataires que sur la quotité disponible. De ce fait, « ces substitutions licites sont toutefois largement tombées en désuétude en raison d'un domaine trop contraint et d'un régime trop contraignant, jusqu'à ce que les libéralités graduelles les renouvellent »¹⁶³².

726. Le renouveau de la lecture de cette technique trouve sa source dans la loi du 23 juin 2006 qui a renouvelé l'institution sous l'appellation de libéralité graduelle ; à laquelle s'ajoutent les libéralités résiduelles, dont l'ancienne figure est le legs *de residuo*. Le renouvellement de l'institution a notamment pour but de favoriser la transmission de biens à un enfant qui en raison de son handicap aura besoin de ressources particulières¹⁶³³. Cet objectif affiché de la rénovation de l'institution montre bien que la conservation des biens dans la famille n'est plus l'objectif. Finalement, il semblerait que le caractère social que l'institution pouvait revêtir dès 1804, en préservant l'avenir des enfants d'un prodigue, est devenu l'objectif principal de l'institution : accorder aux enfants du prodigue ou à un enfant handicapé des ressources nécessaires à leur subsistance. Leur subsistance sera notamment assurée par le don ou le legs d'un bien frugifère qui pourra ainsi leur procurer un revenu¹⁶³⁴. Ainsi, ces libéralités se révèlent conformes aux lignes directrices de la philosophie législative contemporaine. D'une part, le propriétaire voit ses prérogatives sur ses biens revalorisées. D'autre part, ce mécanisme permet de constituer des moyens de subsistance à un héritier qui rencontre des difficultés particulières.

¹⁶³⁰ J. MALEVILLE, Discussion du Conseil d'État, séance du 7 pluviôse an XI (27 janvier 1803), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p.270 ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIII, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. V, 3^e éd., 1868, p. 359.

¹⁶³¹ A. BOULAY (A.), Discussion du Conseil d'État, séance du 14 pluviôse an XI (3 février 1803), in P.-A. FENET (P.- A.), *op. cit.*, t. XII, p.282.

¹⁶³² F. SAUVAGE, « Libéralités graduelles et résiduelles », *Rep. civ.*, mai 2018, n° 4.

¹⁶³³ S. HUYGHE, *Rapport présenté au nom de la commission des lois (...)*, 8 février 2006, préc., p. 49.

¹⁶³⁴ H. DE RICHEMONT, *Rapport fait au nom de la commission des lois (...)*, 10 mai 2006, préc., p. 317.

727. De plus, la diminution de l'importance de la conservation des biens dans la famille résulte de la possibilité que le second gratifié soit hors du cadre de la famille, contrairement au cadre juridique de 1804 qui imposait que le second gratifié soit les petits-enfants ou les petits-neveux. Le législateur n'a pas entendu reprendre cette condition en 2006. Ainsi, la libéralité graduelle peut bénéficier au conjoint¹⁶³⁵ ou à un tiers. Si l'utilisation de l'institution peut avoir pour conséquence le maintien des biens dans la famille, les règles instaurées par le Code civil sont telles que la conservation des biens dans la famille n'est plus garantie.

728. Une des critiques de la substitution fidéicommissaire tient à ce que le premier gratifié, pourtant propriétaire du bien, ne peut pas user des prérogatives attachées à cette propriété puisqu'il ne peut en disposer. Les travaux d'élaboration du Code civil rappellent que cette institution entre en contradiction avec les prérogatives que doit pouvoir exercer un propriétaire : « l'intérêt public exige que chacun puisse librement disposer de son bien et en user pour améliorer sa fortune »¹⁶³⁶. Il peut sembler étonnant que le législateur élargisse, en 2006, les possibilités de recours à ce mécanisme lorsque, par ailleurs, il développe, dans la même loi, les prérogatives du propriétaire¹⁶³⁷. Il semblerait que le législateur limite ici les prérogatives du propriétaire lorsqu'il est nécessaire d'assurer la protection de sa personne. La restriction de propriété ne semble plus être une justification suffisante pour réduire le cadre d'application des libéralités graduelles et résiduelles. Cela est d'autant plus vrai que désormais la libéralité graduelle peut porter sur une part de la réserve héréditaire du premier gratifié, avec son accord, s'il s'agit d'une donation, ou en l'absence de contestation, s'il s'agit d'un legs¹⁶³⁸.

729. Le maintien des institutions, qui servaient l'objectif de protection des biens dans la famille, est donc subordonné à leur conformité aux nouveaux objectifs de la législation.

¹⁶³⁵ F. SAUVAGE, « Libéralités graduelles et résiduelles », *Rep. civ.*, préc., n° 9.

¹⁶³⁶ J.-B. TREILHARD, Discussion du Conseil d'État, séance du 7 pluviôse an XI (27 janvier 1803), in P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XII, p.270.

¹⁶³⁷ V. *supra* n° 113.

¹⁶³⁸ C. civ., art. 1054, al. 2 et 3.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

730. Des lignes directrices établies. – L'unité de la philosophie législative tient d'abord à la clarté des lignes directrices qui se dégagent de la législation contemporaine. Bien que ces lignes directrices ne soient pas annoncées comme telles par le législateur, elles sont établies. En effet, il ressort de ces lignes directrices que la volonté des propriétaires des biens est promue au sein de la famille. La prise en compte de la volonté des propriétaires est tant actuelle que future, notamment avec l'adoption de mécanismes qui permettent l'anticipation des difficultés patrimoniales et de la capacité à agir sur la scène juridique. La protection est resserrée autour des moyens de subsistance avec la mise en place d'une pluralité de mécanismes qui assurent un tel rôle. Cette seconde ligne directrice est subsidiaire, le législateur ne l'utilise que lorsqu'il lui paraît nécessaire de restreindre la volonté du propriétaire, afin que la solidarité familiale puisse s'exprimer. Par ailleurs, cela permet à l'État de ne pas avoir à intervenir lui-même lorsque la famille peut subvenir aux besoins matériels de ses membres. Ces lignes directrices se retrouvent tant dans des mécanismes récents que dans des mécanismes anciens.

731. L'adaptation des mécanismes anciens. – Le maintien des mécanismes anciens dans la législation contemporaine semble être soumis à la conformité aux nouvelles lignes directrices. La contestation de la réserve héréditaire révèle, en effet, que ce mécanisme s'adapte mal à ces nouvelles lignes directrices. Elle est un frein à l'expression de la volonté du propriétaire et ne s'applique pas uniquement dans les cas où les héritiers sont dans le besoin. *A contrario*, des mécanismes tels que l'attribution préférentielle ou les libéralités graduelles se sont adaptés aux nouvelles exigences de la philosophie législative. Les libéralités graduelles permettent à la fois l'expression de la volonté du propriétaire des biens tout en assurant la préservation de moyens de subsistance à un héritier qui connaît des difficultés particulières, par exemple en raison d'une situation de handicap. L'attribution préférentielle, est quant à elle, un mécanisme privilégié de la préservation des moyens de subsistance permettant à un membre de la famille de recueillir le

logement dans lequel il vit ou l'entreprise dans laquelle il travaille, ce qui permettra le maintien de son cadre de vie.

732. L'individu au centre du dispositif. – Qu'il s'agisse de la promotion de la volonté du propriétaire ou de la préservation des moyens de subsistance des membres de la famille, l'individu est au centre du dispositif. Ce constat permet de conclure que les objectifs en matière de protection des biens ont changé.

Chapitre 2

LES OBJECTIFS DE LA PHILOSOPHIE LÉGISLATIVE CONTEMPORAINE

733. La finalité. – Les objectifs de la philosophie législative se distinguent des lignes directrices de celle-ci. En effet, les lignes directrices constituent le moyen de parvenir à la finalité de la philosophie législative contemporaine. Il s'agit de déterminer l'essence même de la philosophie, ce qui permettra d'organiser, de manière simple et compréhensible, les règles techniques de la protection. Cette démarche permettra de mieux identifier la philosophie contemporaine, de la synthétiser sur le modèle de la philosophie législative ancienne. En effet, la finalité de cette dernière était la conservation des biens dans la famille ; il était possible de la qualifier de « paternalisme juridique ». La philosophie contemporaine a, quant à elle, pour finalité la protection des personnes par les biens. Cette finalité, en ce qu'elle remet l'individu au centre de la protection, peut être qualifiée de postmoderne.

734. L'effectivité. – Il faut ensuite déterminer si cette nouvelle philosophie permet d'atteindre l'objectif de protection des biens, de manière générale. Autrement dit, la philosophie contemporaine permet-elle une réelle protection des biens en droit de la famille ? Le cas échéant, est-elle effective ? Une telle recherche est nécessairement relative car elle dépend de « l'effet recherché »¹⁶³⁹. Bien que la philosophie contemporaine cherche à protéger les personnes au moyen des biens, il est nécessaire, pour atteindre un tel but, que les biens, eux-mêmes, fassent l'objet d'une protection. Cette question est d'autant plus pertinente que l'objet de la protection est désormais déplacé. Or, la protection des biens est un objectif nécessaire pour parvenir à l'objectif général.

¹⁶³⁹ G. CORNU, V° « Effectif », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 388.

735. Ainsi, la philosophie législative contemporaine correspond à une protection de la personne par les biens (**Section 1**). Il conviendra d'interroger l'effectivité d'une telle philosophie au regard de la protection des biens (**Section 2**).

SECTION 1 LA PROTECTION DE LA PERSONNE PAR LES BIENS

736. Une protection des personnes par les biens. – La nouvelle finalité de la philosophie législative est la protection des personnes par les biens. Ainsi, la protection des biens ne devient que le moyen d'atteindre un objectif plus large de protection des personnes.

737. Une protection post-moderne. – Cette philosophie contemporaine peut également être qualifiée de postmoderne en ce qu'elle se pare des traits caractéristiques d'une telle philosophie, particulièrement l'individualisme et le pragmatisme. Ainsi, la philosophie contemporaine s'inscrit dans un mouvement contemporain plus global.

738. La finalité de la philosophie contemporaine, centrée autour de la personne, est personnaliste (§1), mais également post-moderne (§2).

§ 1 UNE FINALITÉ PERSONNALISTE

739. La finalité de la nouvelle philosophie législative peut être qualifiée de personnaliste car la personne est au centre du dispositif. Ainsi, c'est la manière de concevoir la protection matérielle de la personne qui détermine la manière de protéger les biens. L'avènement de cette finalité contemporaine (A) n'est pas sans soulever de difficultés (B).

A. L'avènement de la finalité contemporaine

740. L'avènement de la nouvelle finalité résulte d'une métamorphose de l'objet même de la protection (1). Néanmoins, l'étude de la temporalité de cette métamorphose permet de montrer qu'elle est inachevée (2).

1. Une métamorphose constatée de l'objet de la protection

741. Le changement de l'objet de la protection. – Une fois les lignes directrices de la législation identifiées, il convient de s'interroger sur la philosophie qui guide plus largement les réformes du législateur. Il faut déterminer la « structure souterraine »¹⁶⁴⁰ qui organise l'ensemble de la protection des biens au sein de la famille. Certains auteurs ont avancé l'idée, en droit des successions, que « d'anciennes institutions cohabitent sans harmonie avec de nouvelles, et l'on ne parvient plus à déterminer la signification d'ensemble qui soutiendrait la matière : on ne décèle plus la conception centrale qui rendrait compte de son organisation technique »¹⁶⁴¹. Ce constat peut être élargi à l'ensemble du droit qui s'applique à la protection des biens dans le cadre familial. La difficulté dans la détermination de la nouvelle philosophie à l'œuvre résulte du processus de transformation en cours. Celui-ci n'étant pas achevé, « le point d'arrivée demeure incertain »¹⁶⁴². Cependant, au regard des lignes directrices qui ont été dégagées, à savoir la prise en compte accrue de la volonté et la préservation des moyens de subsistance des membres de la famille, la législation contemporaine tend à une protection de la personne par le biais des biens. En effet, l'objet principal de la protection s'est métamorphosé, les biens ne sont plus la préoccupation première du législateur qui entend davantage organiser une protection de la personne. Simplement, la protection de la personne passe également par la préservation de certains biens au bénéfice de membres déterminés de la famille. Telle est la nouvelle protection qui semble s'organiser. Il convient alors de montrer en quoi les lignes directrices conduisent à une protection visant la personne plutôt que les biens.

742. L'expression de la volonté. – Le recours à la volonté conduit à modifier les rapports entre protection des personnes et protection des biens. La prise en compte de la volonté de la personne se manifeste de deux manières distinctes : tantôt elle permet d'assurer la protection de la personne par les biens, tantôt elle permet de garantir les droits de la personne.

743. Dans un premier temps, la volonté permet de protéger la personne par les biens. Tel est le cas, notamment, en matière de libéralités graduelles. En effet, permettre à un parent de protéger un enfant atteint d'un handicap, par le recours à une libéralité graduelle, démontre une volonté d'assurer la protection de cet enfant pour le temps où le donateur ne sera plus. Il s'agit en somme d'assurer une protection matérielle de l'enfant en raison de sa situation personnelle. La protection vise alors un membre de la famille en particulier, en tant que personne. Le bien

¹⁶⁴⁰ R. LIBCHABER, « Des successions en quête d'avenir », art. préc.

¹⁶⁴¹ *Ibidem.*

¹⁶⁴² *Ibidem.*

transmis n'est plus au centre de la protection organisée, l'important est l'utilité que le bien peut procurer à la personne attributaire. Ainsi, lorsque le législateur assouplit les règles contraignant la volonté, il s'inscrit dans ce processus de changement de l'objet principal de la protection.

744. Dans un second temps, la prise en compte de la volonté peut permettre de protéger les droits de la personne. En ce cas, la position centrale de la personne dans le dispositif de protection est telle que le devenir des biens n'est plus pris en compte. Par exemple, lorsque le législateur accroît la prise en compte de la volonté du majeur protégé, il tente en réalité de préserver ses droits, son humanité. La législation s'éloigne alors de la préservation des biens pour se consacrer à celle de la personne. La prise en compte des biens n'est alors que subsidiaire, voire absente¹⁶⁴³. Ainsi, la protection des biens n'est qu'un moyen, parmi d'autres, mis au service de la protection de la personne¹⁶⁴⁴. De la même manière, il ressort également de la préservation des moyens de subsistance une volonté de protéger la personne.

745. La préservation de moyens de subsistance. – La ligne directrice, selon laquelle il convient de préserver aux membres de la famille les moyens de leur subsistance, constitue l'apogée du système qui entend protéger la personne par le truchement des biens. En effet, dans le nouveau système de protection, ce n'est pas le bien en lui-même qui fait l'objet de la protection. Ce qui est pris en compte, c'est, au contraire, l'utilité que ce bien a pour ledit membre de la famille. L'utilité correspond aux besoins premiers des personnes : se loger, travailler, ou encore obtenir de quoi survivre. En ce sens, le législateur instaure des institutions telles que l'attribution préférentielle de l'entreprise familiale, le droit viager au logement ou encore la créance d'aliments des ascendants ordinaires dans le besoin sur la succession du défunt¹⁶⁴⁵. La personne est désormais au centre du dispositif de protection des biens. Ces derniers n'obtiennent une protection que lorsqu'ils apportent la satisfaction d'un besoin d'une personne en particulier. En effet, l'attribution du logement, par exemple, ne bénéficie pas à l'ensemble des héritiers, elle ne bénéficie qu'à celui qui occupe effectivement le bien au jour du décès. Ainsi, l'utilité intrinsèque du bien ne suffit pas pour que le bien bénéficie d'une protection, tout est fonction de la personne. Par conséquent, ce sont les qualités de la personne qui vont conduire à l'application d'un mécanisme de protection des biens, qu'il s'agisse de la qualité de conjoint successible pour le droit viager au logement, de la qualité d'héritier participant effectivement à l'activité de l'entreprise ou de la qualité d'héritier occupant

¹⁶⁴³ Sur la question de l'intensité de la protection des biens, v. *infra* n° 787.

¹⁶⁴⁴ Sur la question de savoir si la volonté est une source de protection, v. *infra* n° 799.

¹⁶⁴⁵ C. civ., art. 758, issu de la loi de la L. du 3 déc. 2001, préc.

effectivement le local d'habitation. La protection du logement est, par exemple, considérée comme « davantage inhérente à celle des individus qu'à la défense de l'institution du mariage »¹⁶⁴⁶, ce qui montre que la personne est au centre du dispositif, plus que la famille et les biens. Dès lors, une importance est donnée à l'effectivité de la qualité revendiquée. La seule qualité familiale ne suffit pas, il faut encore prouver le lien unissant la personne au bien. Tel est le sens de l'emploi du terme « effectivement » à l'article 764 du Code civil, qui prévoit le droit viager au logement du conjoint successible qui « occupait effectivement, à l'époque du décès, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession ». Il s'ensuit que l'effectivité de l'occupation est une question centrale, puisque contrôlée par le juge¹⁶⁴⁷. La même remarque se retrouve à l'article 831 du Code civil, prévoyant l'attribution préférentielle de l'entreprise, qui requiert une participation effective à l'exploitation de l'entreprise. La protection qui s'organise est alors bien une protection de la personne par les biens.

746. Une promotion de la protection de la personne. – De manière générale, le législateur cherche à promouvoir la protection de la personne. Celle-ci découle de la mise en avant de la place de sa volonté. Il n'est donc pas étonnant que la conception de la protection des biens soit façonnée par les orientations prises en matière de protection de la personne. Une bascule s'est opérée entre protection des biens et des personnes en faveur de ces dernières. Ainsi, en ce qui concerne les majeurs protégés, contrairement à 1804, la législation vise, depuis les années 60, à les protéger en tant que personne plutôt qu'au prisme de leurs biens¹⁶⁴⁸. En ce sens, la loi du 5 mars 2007 intervient à la suite de critiques formulées à l'égard de la loi du 3 janvier 1968. Cette dernière était considérée comme une loi qui protégeait « essentiellement la protection des biens et non de la personne »¹⁶⁴⁹, bien que les évolutions apportées par la loi de 1968 aient justement consisté à renforcer de manière substantielle la protection de la personne. Désormais, la personne devient centrale dans le régime de protection des majeurs. Cette promotion de la place de la personne dans les systèmes de protection conduit à diminuer la prise en compte des intérêts de la famille. Or, le système de protection des biens de 1804 est largement mis en place au bénéfice de la famille au sens large plutôt qu'au bénéfice de personnes. Ainsi, en matière d'incapable majeur, le législateur de 1804 entendait protéger les biens du majeur afin d'en

¹⁶⁴⁶ A. TANI, « La promotion successorale du conjoint 20 ans après la loi du 3 décembre 2001 », *Dr. fam.* n° 2, doss. 3.

¹⁶⁴⁷ Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n° 12-21.569, *Bull. civ. I*, n° 191 ; *AJ fam.* 2013. 654, obs. LEVILLAIN ; *RTD Civ.* 2013, 874, obs. GRIMALDI.

¹⁶⁴⁸ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, p. 554.

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 549.

assurer la transmission à sa famille. Le recul de la prise en compte de la famille témoigne du changement de paradigme d'une protection favorisant les biens vers une protection au service des personnes. La même remarque a pu être faite s'agissant de la gestion du patrimoine du mineur. Certains auteurs considèrent que « c'est l'objet de la protection qui change. Il ne s'agit plus de protéger principalement le patrimoine du mineur, il s'agit de protéger la personne du mineur, par son patrimoine »¹⁶⁵⁰. Cette remarque, propre à la gestion du patrimoine du mineur, semble pouvoir être généralisée à l'ensemble de la protection patrimoniale.

747. Si le phénomène de bascule entre protection des biens et des personnes semble trouver ses sources dans les années 60, la métamorphose ne semble pas encore entièrement achevée. Il convient de s'intéresser à la temporalité de cette métamorphose pour envisager la progressivité des changements en cours.

2. Une métamorphose inachevée de l'objet de la protection

748. La temporalité des métamorphoses. – Il est possible d'identifier une double métamorphose de la protection des biens depuis 1804, une première métamorphose ayant eu lieu au cours des années 60¹⁶⁵¹, la seconde au cours des années 2000. Cependant, cela ne doit pas masquer une certaine continuité. Comme l'écrivait J. CARBONNIER, « la différence technique des lois sur la famille risque de nous masquer une permanence d'attitude et de sentiments »¹⁶⁵². Il faut alors se garder de voir dans les changements de législation entre les années 60 et aujourd'hui deux métamorphoses totalement distinctes. Il semblerait plutôt qu'il n'y ait qu'une seule métamorphose de la philosophie en matière de protection des biens. En effet, la première métamorphose est une métamorphose d'idée, alors que la seconde est une métamorphose de degré.

749. Une métamorphose d'idée : les années 60. – La première métamorphose correspond aux grandes réformes dites CARBONNIER, sur les régimes matrimoniaux, sur la filiation, sur les majeurs protégés, qui ont modifié l'ensemble des matières visées, insufflant un nouvel esprit dans la législation. Cette métamorphose se dédouble : elle entame le changement de finalité tout en engageant une métamorphose des moyens de la protection.

750. D'une part, ces réformes resserrent déjà la protection autour des personnes en réduisant l'ordre public, en laissant une plus large part à la volonté individuelle – bien que souvent

¹⁶⁵⁰ H. LÉCUYER, « Rapport de synthèse », art. préc.

¹⁶⁵¹ Pour une analyse similaire en droit de la famille, v. A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Les lois pour : des lois privées pour de nouveaux privilèges », in *Les métamorphoses de la loi, en hommage à Jean Foyer*, préc., p. 98.

¹⁶⁵² J. CARBONNIER, *Flexible droit (...)*, op. cit., p. 279.

contrôlée par le juge – et en instaurant des régimes de protection de la personne des majeurs. Le passage de la protection des biens vers une protection des personnes par les biens est alors déjà amorcé ; il prend racine dans ces réformes bien que la protection des biens reste patente. Les réformes subséquentes continuent de s’inscrire dans ce processus de déplacement de l’objet de la protection. Toujours est-il que le processus de transformation de la philosophie n’est pas achevé. La métamorphose est continue, car les modifications du législateur contemporain poursuivent l’esprit de ces réformes. Les mots de CARBONNIER prennent alors tout leur sens : « la différence technique des lois sur la famille » s’accompagne d’« une permanence d’attitude et de sentiments »¹⁶⁵³. En effet, les changements techniques des lois les plus récentes ne conduisent pas à remettre en cause la philosophie générale amorcée dans les années 60. Les modifications contemporaines de la législation renforcent la philosophie impulsée.

751. D’autre part, une métamorphose des moyens de mise en œuvre de la protection est opérée. Cette métamorphose des moyens de mise en œuvre traduit la volonté du législateur de mettre en accord les mécanismes juridiques avec la nouvelle philosophie adoptée. Par exemple, le juge acquiert une place importante dans les lois adoptées au cours des années 60. Sur le plan des techniques, il est possible de qualifier le système mis en place de liberté judiciairement contrôlée. Il en va ainsi pour la procédure de changement de régime matrimonial, pour le régime de l’administration légale, qui peut être judiciairement contrôlé, ou encore pour les actes judiciairement autorisés dans les mesures de protection des majeurs. Ces mécanismes mis en place dans les années 60 vont connaître une seconde métamorphose. En effet, la modification de l’équilibre entre protection des biens et des personnes qui vise à favoriser ces dernières, conduit à une modification de degré dans la métamorphose en cours.

752. Une métamorphose de degré : les années 2000. – La métamorphose des années 2000 est essentiellement une métamorphose des mécanismes juridiques de protection. Ainsi, les moyens plébiscités dans les années 60 ne sont alors plus privilégiés. La volonté prend une place plus importante encore : le juge a moins vocation à intervenir pour contrôler les agissements de la famille. Cependant, elle ne s’accompagne pas d’une nouvelle métamorphose de la philosophie. La métamorphose des années 2000 peut être considérée, d’un point de vue philosophique, comme une simple métamorphose de degré dans la mesure où il n’y a pas de modification de la philosophie législative. Celle-ci se trouve uniquement renforcée par la métamorphose des mécanismes juridiques de protection. La législation, depuis les années 2000,

¹⁶⁵³ *Ibidem*, p. 279.

particulièrement depuis les lois réformant le droit des successions et des libéralités du 3 décembre 2001 et du 23 juin 2006, conduit à privilégier une protection de la personne par les biens plutôt qu'une protection des biens eux-mêmes. Cette métamorphose est plus perlée en ce que les réformes, qui conduisent à sa réalisation, se situent sur une période temporelle plus large. Il est possible de considérer que ce nouveau mouvement prend sa source dans la loi du 3 décembre 2001, réformant la place du conjoint survivant dans les successions, et qu'elle va jusqu'à la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République. Elles sont également plus nombreuses tout en ayant un périmètre de révision plus étroit, car le droit n'est plus réformé par pans entiers, mais par touches successives. La métamorphose des moyens des années 60 semble faire office d'étape dans la réalisation de la métamorphose des idées, dont la métamorphose des années 2000 semble pleinement exploiter la dimension volontariste, sans pour autant être pleinement achevée. Le caractère progressif de la métamorphose de la protection des biens au sein de la famille en ressort nettement.

753. La métamorphose semble globalement « linéaire »¹⁶⁵⁴, en ce qu'il y a une constante évolution vers une protection de la personne par les biens. Cependant, elle peut également être « en *ricorsi* »¹⁶⁵⁵ sur certains aspects. L'exemple le plus topique est celui de l'application de la réserve héréditaire dans les successions internationales. En effet, le Conseil constitutionnel avait déclaré contraire à la constitution le droit de prélèvement, puis la Cour de cassation a considéré que la réserve héréditaire ne faisait pas partie de l'ordre public successoral¹⁶⁵⁶. En réaction à cet affaiblissement de la réserve héréditaire dans l'ordre international, le législateur a réintroduit un droit de « prélèvement compensatoire »¹⁶⁵⁷.

754. Il est également possible de citer un autre exemple, celui de l'avis de la Cour de cassation, en date du 15 décembre 2021¹⁶⁵⁸. Dans cet avis, la Cour de cassation se prononce sur la possibilité pour le juge des contentieux de la protection d'autoriser la personne habilitée, dans le cadre de l'habilitation familiale, à effectuer des donations lorsque la personne protégée est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. À cette occasion, la Cour considère qu'« interdire toute donation dans cette hypothèse aboutirait à geler le patrimoine de la personne jusqu'à son décès et pourrait, en constituant un frein aux solidarités familiales, s'avérer contraire à ses intérêts ». La Cour tient donc compte des solidarités familiales dans la caractérisation de

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 278.

¹⁶⁵⁵ *Ibidem.*

¹⁶⁵⁶ V. *supra* n° 549.

¹⁶⁵⁷ *Ibidem.*

¹⁶⁵⁸ Civ. 1^{re}, 15 déc. 2021, n° 21-70.022, Bull. ; *LEFP*. 2022. 1. note RAOUL-CORMEIL ; *D. actu.* 2022, note GUIGUET-SCHIELÉ ; *RTD civ.* 2022. 101, note LEROYER.

l'intérêt particulier de la personne protégée. La protection se détache donc de la seule personne pour prendre en compte les biens et leur transmission dans le cadre familial¹⁶⁵⁹. Certes, la promotion de la volonté du majeur protégé n'est pas écartée car elle demeure une condition d'autorisation de la donation¹⁶⁶⁰. La formule employée est cependant énigmatique : « Lorsqu'une personne protégée faisant l'objet d'une mesure d'habilitation familiale est hors d'état de manifester sa volonté, le juge des contentieux de la protection ne peut autoriser la personne habilitée à accomplir en représentation une donation qu'après s'être assuré, d'abord, au vu de l'ensemble des circonstances, passées comme présentes, entourant un tel acte, que, dans son objet comme dans sa destination, la donation correspond à ce qu'aurait voulu la personne protégée si elle avait été capable d'y consentir elle-même ». La recherche de « ce qu'aurait voulu la personne protégée si elle avait été capable » à un moment où elle est, par hypothèse, « hors d'état de manifester sa volonté » semble pour le moins difficile, à moins « d'anticiper sur le jour où l'on ne pourra plus s'exprimer, quitte à mentionner des promesses de donation dans un mandat de protection future »¹⁶⁶¹. La prise en compte de la volonté du majeur protégé, par la Cour de cassation, permet de nuancer l'approche de la protection des biens. D'un côté, il y a une prise en compte de la famille, ce qui permet de considérer que la protection des biens n'est pas centrée sur la seule personne. De l'autre, la volonté de la personne protégée reste centrale, ce qui permet de considérer que la solution ne se départit pas de la philosophie globale.

755. Ainsi, les évolutions ne sont pas entièrement linéaires, ce qui n'empêche pas de considérer que, de manière générale, les évolutions de la législation contemporaine vont vers une protection de la personne. D'une part, parce que l'exemple contraire ne fait pas obstacle à ce que soit retenue une philosophie de principe. D'autre part, parce qu'il n'est pas sûr que la protection de la personne ne soit pas visée dans la première solution. En effet, ce droit de prélèvement limite les volontés du *de cuius*, mais *a contrario* il protège la personne de l'héritier écarté de la succession pour des motifs discriminatoires.

756. Eu égard à l'état actuel des outils de protection, la métamorphose des idées demeure inachevée. En effet, la persistance de mécanismes anciens qui coïncident avec la préservation des biens dans la famille, en tout état de cause de mécanismes qui ne mettent pas pleinement la

¹⁶⁵⁹ Sur l'avenir de cette solution v. *infra* n° 1045 s.

¹⁶⁶⁰ Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « Habilitation familiale et donation : une autorisation sous conditions », *D. actu.*, 5 janv. 2022.

¹⁶⁶¹ G. RAOUL-CORMEIL, « La donation par représentation : un acte en marge de la finalité de la protection ! », *LEFP*, n° 2, 1^{er} fév. 2022, p. 1.

personne au centre de leur intérêt, montre que le législateur n'a pas entrepris une réforme globale du système de protection. Le fait que la métamorphose ne soit pas achevée rend difficile la construction théorique visant à établir une philosophie d'ensemble cohérente. Toutefois, au regard des discussions qui se développent au sujet de ces mécanismes, tels que la réserve héréditaire¹⁶⁶², la métamorphose a de forte chance d'aboutir. En effet, il semble y avoir une volonté de conformer pleinement la législation contemporaine avec la nouvelle philosophie adoptée. Néanmoins, des doutes persistent quant à la réalisation de cette uniformisation. Le législateur pourrait alors préférer l'adoption d'un système hybride, à l'instar du système actuel, partagé entre protection des biens et protection des personnes par les biens. Ce partage témoignerait alors d'une succession d'évolutions se font « en *ricorsi* ».

757. La nouvelle finalité législative en matière de protection des biens dans le cadre familial pose des difficultés qu'il convient de mettre à jour afin que la poursuite de sa mise en œuvre puisse en tenir compte.

B. Les difficultés de la finalité contemporaine

758. Le fait pour le législateur de mettre la personne au centre de la protection, fût-ce par le biais de ses biens, entraîne des difficultés quant à la manière d'appréhender la protection des biens. D'abord, la protection des biens dans le cadre de la famille requiert de prendre cette dernière en compte. Ensuite, le législateur a tendance à écarter des débats les questions patrimoniales pour se consacrer aux questions relatives à la personne. Il conviendra alors de souligner, dans ce contexte législatif, les limites idéologiques (1) puis les limites méthodologiques (2).

1. Les limites idéologiques

759. La nouvelle philosophie législative mise à jour laisse à penser que la famille ne doit pas être prise en compte en tant qu'entité pour la protection des biens, mais que seul l'individu doit l'être. Pourtant, la protection des biens nécessite de s'intéresser à la famille, pour preuve, la protection des biens dans la famille n'a pas pleinement disparu.

760. La place de la famille dans le système de protection. – Centrer la protection des biens sur la personne conduit nécessairement à diminuer la prise en compte de la famille. Les biens sont alors privés de leur dimension familiale, alors même que celle-ci peut avoir une forte influence. Il ne faudrait pas oublier que « les choses, maisons, tableaux ou entreprises ont une

¹⁶⁶² V. *supra* n° 697 s.

dimension humaine que n'ont ni l'or ni l'argent ; le combat pour conserver un bien où la famille s'enracine a une autre allure que la réclamation d'un chèque »¹⁶⁶³. Les biens eux-mêmes peuvent revêtir un caractère familial, détaché de leur valeur pécuniaire¹⁶⁶⁴. Cette influence a été démontrée en sociologie pour certaines catégories de biens, notamment les meubles¹⁶⁶⁵. Elle se retrouve, en droit, dans la catégorie des souvenirs de famille et de leur régime juridique singulier¹⁶⁶⁶. Cependant, il semble que ces catégories n'excluent pas les autres biens de cette influence ; tel peut-être le cas des immeubles ou des biens de production. En effet, les biens ne sont pas que le reflet d'une utilité pour les membres de la famille et n'ont pas qu'une valeur monétaire ; ils sont imprégnés des souvenirs d'une famille, pouvant légitimer l'exercice d'une forme de protection au regard de cette dimension familiale. Si « les volontés individuelles l'emportent sur nos anciens concepts de la famille »¹⁶⁶⁷, il semblerait que la prise en compte de la famille, en tant qu'entité homogène, continue de constituer l'essence de certains mécanismes. Protéger les biens dans une seule perspective familiale permet de maintenir l'esprit familial. L'exaltation des volontés du propriétaire, qui se heurte à la prise en compte de la famille en matière de protection des biens, peut entrer en contradiction avec la volonté corollaire d'assurer aux membres de la famille une préservation de leur moyen de subsistance. En effet, assurer les moyens de subsistance à un membre de la famille revient à reconnaître que la famille a un rôle important à jouer dans la préservation patrimoniale de ses membres. Or, comment reconnaître un tel rôle à la famille si le droit ne permet plus d'insuffler un esprit familial ?

761. Les travaux sociologiques. – Des études de sociologie montrent que les membres de la famille entretiennent des liens particuliers avec les biens qui leur appartiennent. Les sociologues ont étudié « les différentes fonctions (...) des relations familiales intergénérationnelles »¹⁶⁶⁸, notamment les fonctions « affectives [et] patrimoniales »¹⁶⁶⁹. Il est mis en avant qu'au sein de la famille, un bien « est d'abord valorisé parce qu'il vient d'avant, de quelqu'un qu'on a aimé et dont on chérit le souvenir, de soi-même enfant, de temps anciens dont il est comme un vestige, archéologique, d'ancêtres plus ou moins prestigieux »¹⁶⁷⁰. La transmission de ces biens au sein de la famille permet ainsi aux membres de la famille « d'exprimer une identité familiale

¹⁶⁶³ M. GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 (...) », art. préc.

¹⁶⁶⁴ N. FRICERO reconnaît que « le droit successoral familial soulève des difficultés tant matérielles qu'affectives », in N. FRICERO, « Le droit transitoire de la loi de 2001 est conforme à la Convention européenne », *Procédures*, n° 10, oct. 2011, comm. 305.

¹⁶⁶⁵ V. *infra* n° 761.

¹⁶⁶⁶ V. *infra* n° 762.

¹⁶⁶⁷ O. VIX, « Le notaire, le juge et l'auxiliaire de justice. (...) », art. préc.

¹⁶⁶⁸ B. MORTAIN, art. préc., p. 46.

¹⁶⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 48.

de type lignager »¹⁶⁷¹. Les liens qui se tissent entre les membres de la famille et les biens sont donc importants, notamment en ce qu'ils participent au renforcement de l'identité familiale. Les sociologues ont établi la diversité des biens pouvant revêtir ce caractère familial, bien qu'ils soient essentiellement meubles¹⁶⁷². Cette idée de transmission intrafamiliale des biens reconnaissant leur caractère familial se retrouve dans le régime juridique des souvenirs de famille.

762. Les souvenirs de famille. – Certains biens bénéficient en droit d'une protection particulière en raison des liens qui les rattachent à la famille. La protection accordée aux souvenirs de famille montre que les liens qui existent entre les membres d'une famille et certains biens doivent être pris en compte. La notion de souvenirs de famille et le régime juridique afférant sont une construction prétorienne, qui pointe la carence de la législation et la nécessité de prendre en compte les liens d'affection des membres de la famille qui s'exercent sur les biens. La chambre des requêtes de la Cour de cassation a établi, dans un arrêt en date du 14 mars 1939¹⁶⁷³, que certains biens « qui, en raison de leur caractère particulier de souvenirs de famille, ayant une valeur essentiellement morale, peuvent ne pas être soumis aux règles habituelles des partages ». Les règles successorales sont écartées en raison de la valeur morale accordée à ces biens, « notamment afin d'éviter une dispersion qui leur ferait perdre la dimension familiale qui fait l'essentiel de leur intérêt »¹⁶⁷⁴. Certains auteurs considèrent qu'il ne s'agit dès lors plus « que de questions patrimoniales, mais de questions morales »¹⁶⁷⁵. Ils considèrent également que « le titulaire du droit moral aux souvenirs de famille (...) est la famille elle-même, considérée dans son ensemble »¹⁶⁷⁶. Cette conception conduit nécessairement à reconnaître que les souvenirs de famille sont « l'objet d'un droit collectif de ses membres »¹⁶⁷⁷. Certains auteurs parlent de « copropriété indivise familiale »¹⁶⁷⁸ ou de « copropriété familiale »¹⁶⁷⁹. C'est pourquoi ces biens sont qualifiés d'indisponibles par une

¹⁶⁷¹ *Ibidem*.

¹⁶⁷² B. MORTAIN, « Transmettre des objets à ses enfants : "petites choses", grands enjeux ? », *Union nationale des associations familiales*, 2011/1, n° 8, p. 7.

¹⁶⁷³ Req. 14 mars 1939 ; *D.H.* 1939, 260 ; *D.P.* 1940, 1, 9, note R. Savatier.

¹⁶⁷⁴ Ch. VERNIÈRES, « Successions anormales », in M. GRIMALDI, (dir.), *Droit patrimonial de la famille, op. cit.*, p. 566. En ce sens, v. également N. PETERKA, « Le droit des successions et des libéralités hors du Code civil », art. préc. ; M. GRIMALDI, *Droit des successions, op. cit.*, p. 220 et s.

¹⁶⁷⁵ R. SAVATIER, note ss. Req. 14 mars 1939, *D.P.* 1940, 1, p. 9.

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 11.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹⁶⁷⁸ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, Dalloz, 10^e éd., 2018, p. 694 ; Ch. VERNIÈRES, « Successions anormales », in M. GRIMALDI, (dir.), *Droit patrimonial de la famille, op. cit.*, p. 567.

¹⁶⁷⁹ M. GRIMALDI, *Droit des successions, op. cit.*, p.222.

partie de la doctrine ; certains considèrent même qu'ils sont insaisissables¹⁶⁸⁰. Cependant, ce dernier point semble faire débat. La doctrine précise, à juste titre, que le caractère indisponible des souvenirs entre les membres de la famille ne conduit pas à une insaisissabilité de ceux-ci par les créanciers de l'attributaire¹⁶⁸¹.

763. Ces biens ont pu être qualifiés de « valeur purement morale » par la Cour de cassation, dans un arrêt de la chambre des requêtes du 30 juin 1942¹⁶⁸². Cette formulation vide le bien de sa valeur patrimoniale pour ne faire prévaloir que le caractère moral que revêtent les souvenirs de famille. Il ressort de ces arrêts que la valeur morale doit prévaloir sur leur caractère pécuniaire¹⁶⁸³, mais ce dernier peut être d'une certaine importance¹⁶⁸⁴. Dans un tel cas, le bien doit « être doté d'une valeur affective familiale d'autant plus grande que sa valeur vénale est importante »¹⁶⁸⁵. La caractérisation de souvenir de famille est retenue, par exemple, pour les bijoux de famille qui peuvent pourtant avoir une forte valeur pécuniaire¹⁶⁸⁶. Ces souvenirs sont divers, mais mobiliers¹⁶⁸⁷. Le caractère familial de ces biens semble empêcher la qualification d'immeuble par destination. En effet, l'arrêt de la chambre des requêtes du 30 juin 1942 semble considérer que les objets « parce que familiaux, de valeur purement morale et rappelant le passé, (...) n'ont pas pour affectation le service ou l'exploitation d'un immeuble », seule l'attache à perpétuelle demeure semble pouvoir faire obstacle à la restitution des biens à la famille lorsque l'immeuble auquel ils se rattachent est vendu¹⁶⁸⁸. Les liens devant unir le bien considéré à la famille sont analysés de manière restrictive par la Cour de cassation qui estime que pour être qualifié de souvenir de famille, le bien doit concerner la famille, émaner de ses membres ou leur être adressé¹⁶⁸⁹. Cette conception limite nécessairement la caractérisation des biens en souvenirs de famille, car le bien doit revêtir, en son essence, un caractère familial. La Cour de cassation exclut d'une telle qualification les biens qui sont présents dans la famille depuis longtemps mais qui ne sont pas directement rattachés à l'un de ces membres. Bien que les

¹⁶⁸⁰ J. ROBICHEZ, « Les critères de qualification de la notion de souvenir de famille », *D.* 1999, p. 624.

¹⁶⁸¹ J.-F. BARBIÉRI, « Les souvenirs de famille : mythe ou réalité juridique ? », *JCP N* n° 35, août 1985, 100926.

¹⁶⁸² Req. 30 juin 1942 ; *JCP.* 1943, II, 2254, note R.S. ; *D.A.* 1943, 3.

¹⁶⁸³ Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 21 février 1978, n° 76-10.561, prévoit expressément que les souvenirs de famille possèdent « une valeur avant tout morale l'emportant sur toute valeur vénale », Civ. 1^{re}, 21 fév. 1978, n° 76-10.561, Bull. civ. I, n° 71 ; *D.* 1978. 505, note LINDON. V. également J.-F. BARBIÉRI, art. préc.

¹⁶⁸⁴ Ch. VERNIÈRES, « Successions anormales », in M. GRIMALDI, (dir.), *Droit patrimonial de la famille, op. cit.*, p. 566.

¹⁶⁸⁵ J. ROBICHEZ, art. préc.

¹⁶⁸⁶ J.-F. BARBIÉRI, art. préc.

¹⁶⁸⁷ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, p. 693.

¹⁶⁸⁸ Req. 30 juin 1942, préc.

¹⁶⁸⁹ Civ. 1^{re}, 21 fév. 1978, n° 76-10.561, préc.

souvenirs de famille « témoignent de l'histoire familiale »¹⁶⁹⁰, tous les biens qui témoignent de l'histoire familiale ne relèvent pas d'une telle qualification. Cette restriction de la conception des souvenirs de famille s'explique par la volonté de ne pas « atrophier l'ensemble des dispositions qui gouvernent ordinairement les choses appropriées »¹⁶⁹¹, particulièrement les règles successorales. La création de ce régime dérogatoire résulte de la volonté d'« assurer la conservation [de ces biens] au sein de la famille »¹⁶⁹². Une reconnaissance légale permettrait, sans doute, d'apporter plus de clarté dans ce système prétorien. Elle permettrait aussi une reconnaissance plus importante, au regard de la hiérarchie des normes, des liens pouvant unir les membres de la famille aux biens qui leur sont rattachés.

764. Faut de clarification législative, la doctrine a pu distinguer deux types de souvenirs de famille : « [i]l peut s'agir (...) de biens qui, appartenant à l'ascendant commun d'une hérédité, ont marqué une étape ou un moment de sa vie, ou encore qui, exprimant sa personnalité, en portent le sceau parfaitement reconnaissable et vénéré par les descendants »¹⁶⁹³ ou « [i]l peut s'agir (...) non pas d'un souvenir d'ascendant, objet d'une vénération domestique ultérieure, mais d'un souvenir de famille, au sens strict de souvenir collectif de la famille »¹⁶⁹⁴. La première définition des souvenirs de famille est en réalité trop large, notamment en ce qu'elle lie la qualification à la marque de la personnalité d'un ascendant. En effet, l'ensemble des biens marquant la personnalité de l'auteur ne relève pas de la qualification des souvenirs de famille. Ainsi, une société créée par un ascendant ne pourra être considérée comme un souvenir de famille alors même qu'une telle création peut révéler la personnalité de son créateur : entrepreneuriat, créativité... L'application du régime protecteur est réservée à des biens de moindre mesure tels que des lettres, des portraits, des bijoux, etc. Qui plus est, la seconde définition n'est pas retenue en jurisprudence. En effet, les juges considèrent que le bien doit avoir un lien avec un membre particulier de la famille, et non la famille en général. C'est pourquoi des lettres possédées par une famille, mais dont aucun membre n'en est l'auteur ou le destinataire, ne sont pas reconnues comme étant des souvenirs de famille. Par ailleurs, l'auteur avance comme exemple pour cette seconde définition celui d'une « demeure familiale où se retrouvent tous les membres d'une même famille depuis plusieurs générations »¹⁶⁹⁵. L'exemple

¹⁶⁹⁰ Ch. VERNIÈRES, « Successions anormales », in M. GRIMALDI, (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, op. cit., p. 566. Sur l'utilisation de la locution « histoire familiale », v. également J.-F. BARBIÉRI, art. préc.

¹⁶⁹¹ J. ROBICHEZ, art. préc.

¹⁶⁹² J.-F. BARBIÉRI, art. préc.

¹⁶⁹³ *Ibidem.*

¹⁶⁹⁴ *Ibidem.*

¹⁶⁹⁵ *Ibidem.*

ne semble pas des plus pertinents. En effet, permettre de qualifier les immeubles par nature de souvenirs de famille, alors qu'ils constituent, lorsqu'ils sont présents, l'essentiel de la masse successorale, conduirait à vider de sa substance l'ensemble du droit successoral. Une telle attitude ne semble pas souhaitable. Pour autant, la volonté de prendre en compte le caractère familial d'un bien semble à encourager. Une alternative à privilégier serait la prise en compte de ce caractère familial par le biais d'un droit de préemption, plus adapté à la matière immobilière¹⁶⁹⁶.

765. La nécessité de la protection des biens dans une perspective familiale. – L'exemple des souvenirs de famille montre bien la nécessité de prendre en compte le contexte familial pour la protection des biens. En matière immobilière, l'absence de prise en compte tient essentiellement à la forte valeur des biens, plus qu'à l'inexistence de liens entre les biens et la famille qui pourraient, précisément, être pris en compte grâce à l'instauration de nouveaux mécanismes¹⁶⁹⁷. La mise en exergue du caractère familial ne relève pas des nouvelles lignes directrices de la législation contemporaine, pourtant elle ne fait pas l'objet de remise en cause, ce qui tend à montrer la nécessité de prendre en compte l'environnement familial. Pour le moins, le maintien de ce régime dérogatoire témoigne de la volonté de ne pas supprimer l'ensemble des mécanismes qui tendent à la protection des biens au sens de leur maintien au sein de la famille. Il est alors loisible de se demander si ce maintien est une volonté consciente de faire coexister les nouveaux objectifs avec les objectifs anciens ou si, tout au contraire, les nouveaux objectifs ont pour vocation, à terme, de subsister seuls. En l'état actuel du droit, l'ancienne philosophie, de conservation des biens dans la famille, ne semble pas avoir pleinement disparu. Ce maintien subsidiaire peut être compris comme une recherche d'équilibre par le législateur entre la protection de la personne par les biens et une protection plus familiale des biens. Le maintien des certains anciens mécanismes de protection, assurant la préservation des biens au sein de la famille, révèle que le législateur comprend la nécessité de protéger les biens dans une perspective familiale. C'est cette ambivalence de l'attitude du législateur qui oscille entre philosophie nouvelle et philosophie ancienne qui rend difficile la lecture du système actuel de protection et qui empêche de pleinement saisir la cohérence du système global.

¹⁶⁹⁶ V. *infra* n° 657.

¹⁶⁹⁷ *Ibidem*.

766. Par-delà la question idéologique relative à la nécessité de prendre en compte la famille, *per se*, pour assurer une protection des biens, la méthodologie utilisée par le législateur limite la construction d'un nouveau système de protection cohérent.

2. Les limites méthodologiques

767. Penser la protection des biens au travers du prisme de la personne ne semble pas être une bonne attitude à adopter afin de garantir la protection des biens. En effet, la protection indifférenciée des personnes et des biens est issue d'un problème méthodologique du législateur, qui conduit à douter de la pleine conscience du législateur dans la création d'un système cohérent de protection des biens.

768. La protection indifférenciée des personnes et des biens. – La protection de la personne trouble la protection des biens dans deux cas. D'une part, dès lors que la protection des biens est envisagée sous le prisme de la personne, la méthode n'est pas adéquate. D'autre part, la protection des biens est entravée lorsqu'elle est contrainte par la mise en œuvre d'un droit de la personne, alors même que le législateur aurait entrevu les difficultés patrimoniales liées à l'existence de ce droit.

769. Le législateur essaye de transférer des logiques de protection des personnes à la protection des biens. Or, la gestion des biens a ses contraintes propres qui s'agent mal avec une logique de protection des personnes. L'exemple le plus caractéristique est celui de la prise en compte de la parole de l'enfant qui n'a guère de sens en matière de gestion d'un portefeuille d'actions. En effet, les mécanismes relevant tant de la sphère patrimoniale que de la sphère extrapatrimoniale ne sont souvent pensés qu'à l'aune de cette dernière. Il s'agit là, avant tout, d'un problème de méthode dans la manière de penser des mécanismes qui influent sur la façon de protéger les biens dans le cadre familial. Leur application au domaine patrimonial est peu discutée et conduit ainsi à une mauvaise adaptation du mécanisme à ce domaine. Dès lors, il est possible de se référer aux travaux préparatoires de la loi du 8 janvier 1993¹⁶⁹⁸, qui renforce la prise en compte de la parole de l'enfant dans les procédures qui le concernent. Si les travaux préparatoires n'excluent par le recours à l'audition de l'enfant dans les procédures touchant des droits patrimoniaux, ils ne font jamais référence à une telle situation¹⁶⁹⁹. En effet, si les

¹⁶⁹⁸ L. n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, J.O. 9 janv. 1993, p. 495.

¹⁶⁹⁹ L. DEJOIE, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale sur le projet de loi modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales*, 2 déc. 1992, p. 117 et s.

procédures concernant l'autorité parentale sont mentionnées, tel n'est pas le cas des procédures concernant l'administration légale. La même remarque peut être formulée au sujet des travaux préparatoires de la loi du 5 mars 2007, réformant la protection de l'enfance, qui modifie l'article 388-1 du Code civil. Ceux-ci n'envisagent l'audition de l'enfant que sous le prisme des « conditions d'exercice de l'autorité parentale »¹⁷⁰⁰, dans le cadre d'une loi qui concerne la protection de la personne de l'enfant¹⁷⁰¹. Ainsi, les mécanismes semblent davantage conçus au prisme de la personne en droit des mineurs. La protection des biens n'est alors qu'un incident dans la recherche de la protection de la personne. Le mécanisme peut se trouver inadapté lorsque le mineur n'est pas en mesure d'en saisir la portée.

770. La prise en compte de la personne conduit parfois le législateur à lui accorder un droit dont les conséquences patrimoniales ne sont pas pleinement mesurées, et ce, en dépit d'une prise en compte avérée dans la réflexion. Ce manque de considération sur les conséquences patrimoniales des lois adoptées montre que les préoccupations autour de la personne ont une place prépondérante dans la réflexion. Tel est le cas en matière de mariage du majeur placé sous le régime de la tutelle ou de la curatelle. La loi du 23 mars 2019 a permis à ces personnes de se marier sans autorisation du curateur, du juge ni du conseil de famille. Désormais, l'article 460 du Code civil prévoit que le mariage du majeur protégé est subordonné à la seule information de la personne en charge de sa protection. Or, cette évolution législative, guidée par la prise en compte des droits fondamentaux de la personne¹⁷⁰², n'est pas sans incidence au niveau patrimonial. Il ressort des travaux parlementaires que « les mesures de protection ont pour fonction de protéger le patrimoine des personnes concernées, non d'entraver leurs choix en matière sentimentale »¹⁷⁰³. Ainsi, cette affirmation laisse entendre que la protection du patrimoine des majeurs sous tutelle et curatelle est un objectif important de la loi. Cependant, il est patent que cette protection ne peut pleinement se réaliser qu'à condition qu'elle respecte les aspects personnels de la vie du majeur. Ce qui se cache en réalité derrière cette vision n'est pas que la protection du patrimoine ne doit pas entraver les choix sentimentaux du majeur protégé. Il serait plus exact de dire que, dans une telle conception, la protection du patrimoine ne doit pas entraver la reconnaissance juridique des choix des majeurs en matière de sentiments.

¹⁷⁰⁰ V. PÉCRESSE, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi réformant la protection de l'enfance*, 5 juil. 2006, p. 70.

¹⁷⁰¹ La loi concerne la protection de l'enfance.

¹⁷⁰² L. AVIA et D. PARIS, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur les projets de loi ordinaire et organique, adoptés par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice et relatif au renforcement de l'organisation judiciaire*, t. I, 9 nov. 2018, pp. 101 et 102.

¹⁷⁰³ *Ibid.*, p. 102.

L'attitude adoptée dans la mise en place du système de protection des biens est alors clairement affichée : il importe, avant tout, de prendre en compte les aspects personnels, puis de construire autour une protection des biens qui se conforme aux objectifs extrapatrimoniaux. C'est comme tel que doit être comprise la modification de l'article 1399 du Code civil par la même loi. En effet, au regard du risque patrimonial encouru par le majeur protégé, le législateur a modifié l'article 1399 du Code civil qui prévoit les modalités de conclusion d'une convention matrimoniale pour le majeur en tutelle ou en curatelle. La modification consiste en l'adjonction d'un troisième alinéa prévoyant que « la personne en charge de la mesure de protection peut saisir le juge pour être autorisée à conclure seule une convention matrimoniale, en vue de préserver les intérêts de la personne protégée ». Cette disposition permet, selon le législateur, de concilier liberté de la personne et protection des biens. Pourtant, la protection mise en place paraît illusoire. En effet, en cas de refus de l'autre époux de conclure une convention matrimoniale, celle-ci ne peut être mise en place¹⁷⁰⁴. Sans la collaboration de l'époux du majeur protégé, les époux sont donc mariés sous le régime légal de la communauté d'acquêts. Or, ce régime n'est pas le plus protecteur pour le majeur protégé en raison de la gestion du passif commun. Le législateur a donc fait le choix de faire prévaloir la liberté matrimoniale des personnes au détriment de la protection des biens de la personne protégée.

771. Un problème de méthodologie. – La méthode consistant à privilégier la prise en compte de la personne sans penser la protection sur les biens, en tant que telle, ne semble pas adéquate, en ce qu'elle ne permet pas de construire un vrai système de protection des biens, ni même d'assurer pleinement la protection de la personne par les biens. S'il est possible de considérer, pour le cas particulier du mineur, que « protéger aujourd'hui le patrimoine du mineur, c'est protéger pour l'avenir la personne du mineur, c'est préserver son avenir »¹⁷⁰⁵, la remarque peut être transposée au cas des majeurs protégés, voire à l'ensemble des majeurs. Il ne faut, ainsi, pas douter de l'intérêt de protéger les biens dans le cadre familial. La protection doit être adaptée aux biens concernés et aux propriétaires visés. Si la protection des biens ne doit pas être uniforme pour ceux du mineur, du majeur et du majeur protégé, il semble tout de même qu'une protection soit nécessaire, pourvu qu'elle soit proportionnée. L'étendue de la protection peut alors être discutée, notamment en incluant les nouvelles conceptions issues des droits de l'homme¹⁷⁰⁶, sans pour autant que son existence puisse être remise en cause.

¹⁷⁰⁴ A. BATTEUR, L. MAUGER-VIELPEAU et G. RAOUL-CORMEIL, « La conclusion forcée du contrat de mariage du majeur protégé », *D.* 2019, p. 825.

¹⁷⁰⁵ H. LÉCUYER, « Rapport de synthèse », art. préc.

¹⁷⁰⁶ En particulier pour le majeur protégé, v. *infra* n° 946 s.

772. Doute sur la création d'un système de protection. – Lorsque la réflexion sur la protection des biens est écartée des discussions législatives, la question qui se pose est de savoir si, dans ces conditions, un véritable système de protection des biens peut être créé. Celui-ci n'étant pas véritablement pensé, deux attitudes peuvent être adoptées : soit il faut considérer que l'absence de réflexion empêche de concevoir qu'un système puisse se dégager, soit il faut considérer que la méthodologie employée, ou plus exactement son absence, n'est pas incompatible avec l'établissement d'un système de protection. Dans un tel cas, le système de protection serait mis en place de manière inconsciente, voire de manière fortuite. Or, cette façon de légiférer en matière de protection des biens peut expliquer les incohérences du système qui se dessine. Dans cette seconde hypothèse, les éléments impensés conduisent nécessairement à « brouiller la clarté du système »¹⁷⁰⁷.

773. La finalité personnaliste du législateur ne permet de comprendre qu'en partie la philosophie législative contemporaine. Par, le rattachement de la protection des biens à la protection de la personne, le législateur témoigne d'une démarche postmoderne.

§ 2 UNE FINALITÉ POST-MODERNE

774. L'intérêt du rapprochement. – Cette recherche de la concordance entre les métamorphoses de la protection des biens et la période qualifiée de postmoderne est rendue pertinente par le fait que les deux phénomènes ont des origines temporelles communes. En effet, si certains auteurs du postmodernisme établissent le début de cette nouvelle époque dans les années 60¹⁷⁰⁸, d'autres retiennent le « début du XXI^e siècle [comme marquant] une transformation profonde »¹⁷⁰⁹. Or, les deux périodes retenues, quant aux évolutions profondes de la société, correspondent aux deux métamorphoses de la protection des biens qui ont pu être soulignées. S'interroger sur les perspectives postmodernes¹⁷¹⁰ de la nouvelle philosophie législative retenue s'inscrit dans le besoin de comprendre la ligne suivie par le législateur en matière de protection des biens. En effet, si la philosophie n'est pas clairement indiquée par le législateur, la rattacher à un mouvement plus global de la pensée permettra de déterminer des

¹⁷⁰⁷ N. PETERKA, « La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019 : Progrès ou recul de la protection ? », *JCP G* n° 16, 22 avr. 2019, doctr. 437.

¹⁷⁰⁸ E. DESCHAVANNE et P.-H. TAVOILLOT, *op. cit.*, p. 178.

¹⁷⁰⁹ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, 4^e éd., 2014, p. 9.

¹⁷¹⁰ Pour une approche des débats concernant l'appellation à retenir entre « postmodernité », « hypermodernité », « seconde modernité », « modernité tardive », v. E. DESCHAVANNE et P.-H. TAVOILLOT, *op. cit.*, p. 177.

clefs d'analyse de la législation¹⁷¹¹. Cela permettra également de montrer que la législation, bien qu'éclatée, poursuit un objectif. Cette recherche n'est pas que d'un intérêt purement théorique. Elle facilitera les réformes futures, qui seront mieux anticipées, mais également menées de façon plus lisible. Les différentes lois ne sembleront plus détachées d'une philosophie d'ensemble mais pourront être analysées au regard des critères de ce mouvement d'ensemble.

775. Les similitudes. – L'étude permettra de montrer les similitudes qu'entretient la législation en matière de protection des biens avec le postmodernisme en étudiant successivement deux grands traits de cette philosophie : l'individualisme (A) et le pragmatisme (B).

A. L'individualisme

776. L'individualisme dans le postmodernisme. – Les auteurs du postmodernisme mettent en avant l'individualisme que connaissent les sociétés occidentales contemporaines. Cet individualisme serait un marqueur important de l'évolution de ces sociétés, notamment en ce qu'il constitue un « hyperindividualisme »¹⁷¹². Certains auteurs préfèrent parler de « personnalisme »¹⁷¹³. Ceux-ci font une distinction entre l'individu et la personne. Alors que l'individu renverrait à la dimension unique de cet individu, le terme de personne permettrait de rendre compte du phénomène d'un besoin de reconnaissance sociale¹⁷¹⁴. Les sociétés postmodernes cherchent à permettre « la réalisation de soi et l'épanouissement personnel dans l'instant et le présent »¹⁷¹⁵. Or, la philosophie de la protection des biens dans le cadre familial se dirige vers ce sens. En effet, l'individu prend une place centrale dans le système de protection. La reconnaissance de la place de chaque membre de la famille entraîne l'acquisition de nouveaux droits qui marquent la reconnaissance sociale qui leur est accordée. Tel est le cas en matière successorale, comme en témoigne la place que le conjoint successible se voit reconnaître lors de la succession de son défunt époux. Un raisonnement similaire s'applique pour les majeurs protégés et les mineurs¹⁷¹⁶. Le droit tend alors vers une reconnaissance de la

¹⁷¹¹ Pour une analyse similaire en droit belge des personnes, v. G. WILLEMS, « Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne : Nature, culture et autodétermination », in *Hommage au Professeur Jean-Louis Renchon*, vol. 1, Larcier, 2022, p. 269 et s.

¹⁷¹² J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 138.

¹⁷¹³ En ce sens, v. M. MAFFESOLI, « Tribalisme postmoderne », *Sociétés* n° 112, 2011, p. 13. L'auteur pose la distinction en ces termes « ce n'est plus l'autonomie : je suis ma propre loi, qui prévaut, mais bien l'hétéronomie : ma loi, c'est l'autre ».

¹⁷¹⁴ *Ibidem.*

¹⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹⁷¹⁶ Sur les enfants mineurs, v. J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 117.

satisfaction de leur intérêt personnel¹⁷¹⁷ qui glisse vers une prise en compte de leur volonté individuelle. La traduction juridique de l'individualisme passe également par une subjectivisation des droits, ces derniers étant octroyés à certaines catégories d'individus. Ces évolutions passent par « l'élargissement de l'approche des discriminations »¹⁷¹⁸ – les auteurs pensent notamment aux femmes, aux homosexuels, mais il est également possible de penser aux enfants naturels. En effet, le droit de la famille a accordé de plus en plus de droits à ces catégories d'individus, leur permettant de bénéficier d'une protection spécifique de leurs biens. Toujours est-il que la promotion de l'individu et de son développement personnel conduit nécessairement à une remise en cause de l'autorité afin de privilégier sa liberté de choix.

777. Le rejet de l'autorité. – Le rejet de l'autorité, induit par l'individualisme, commande « [une émancipation] des contraintes institutionnelles »¹⁷¹⁹, une « autonomisation croissante de la société civile par rapport à l'État et provoque l'émergence d'un nombre croissant d'activités qui tentent d'échapper à la tutelle de ce dernier »¹⁷²⁰. Les systèmes organisés autour d'une « logique hiérarchique »¹⁷²¹, d'une logique prohibitive et d'interdictions¹⁷²² sont remis en cause car perçus comme trop rigides¹⁷²³. Le même phénomène a été montré en matière de protection des biens. L'émancipation de l'individu se fait tant à l'égard de l'institution de la famille, que de l'État. En effet, la famille est moins prise en compte en tant que telle pour privilégier une approche membre par membre, « la famille-institution tend ainsi à faire place à la famille comme lieu d'épanouissement individuel »¹⁷²⁴. Le système hiérarchique familial est dissous au profit d'un système horizontal. Quant au déclin de l'intervention de l'État, celui-ci passe tant par le recul de l'intervention du juge que par la suppression croissante des interdictions et prohibitions¹⁷²⁵. Le droit applicable est alors plus souple puisqu'il prohibe moins, interdit moins, et permet une meilleure adaptation du droit à chaque situation familiale. L'autorité est rejetée au profit d'une faculté de choisir.

¹⁷¹⁷ Mais également par la promotion des droits de l'homme. Sur les rapprochements entre promotion des droits de l'homme, individualisme et postmodernité, v. F. CHÉNEDÉ, « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges champenois*, Defrénois, 2012, p. 161 et s ; A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Les lois pour : des lois privées pour de nouveaux privilèges », art. préc., pp. 114-115.

¹⁷¹⁸ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 118.

¹⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 138.

¹⁷²⁰ Y. BOISVERT, *Le postmodernisme*, Éditions Boréal, 1995, p. 81.

¹⁷²¹ *Ibid.*, p. 96.

¹⁷²² J. CHEVALLIER, *op. cit.*, pp. 144-145.

¹⁷²³ Y. BOISVERT, *op. cit.*, p. 74.

¹⁷²⁴ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 117.

¹⁷²⁵ V. *supra* respectivement n° 226 s. et 207.

778. La faculté de choisir. – Cette volonté de pouvoir choisir, qui naît dans l’individu, est issue d’une « logique de consommation »¹⁷²⁶. Au surplus, cette logique se retrouve en droit de la famille avec l’adoption de certains mécanismes propres au droit de la consommation¹⁷²⁷. Cela entraîne un « mouvement de revendication à l’égard du droit de choisir nous-mêmes ce qui nous concerne »¹⁷²⁸. La faculté de choisir de chaque individu fait que « l’hétérogénéité et le pluralisme deviennent des valeurs de plus en plus défendues à l’intérieur de nos sociétés »¹⁷²⁹. Ce pluralisme suscite des « revendications individuelles en faveur des droits et des libertés »¹⁷³⁰. Cette faculté de choisir peut notamment s’incarner dans la pluralité des modes de conjugalité reconnus par le droit, avec des modes de protection qui leur sont particuliers. Ainsi, chaque couple peut choisir le mode de conjugalité et les protections associées en fonction de ses volontés propres. En d’autres termes, les couples « optent pour les valeurs qui semblent le mieux répondre à leur quotidien et à leur manière de vivre »¹⁷³¹. Plus largement encore, certains auteurs considèrent que « peut-être la meilleure définition du droit postmoderne est (...) celle qui l’envisage tel un droit libre »¹⁷³². La libéralisation des outils de protection des biens et la valorisation de la volonté des membres de la famille s’inscrit entièrement dans cette philosophie postmoderne. En effet, dans un système plus libéral, « chacun tente alors de mettre en pratique le principe de la liberté de choix »¹⁷³³. Cette liberté de choisir conduit nécessairement le droit à rompre avec son unicité afin de permettre un pluralisme dans lequel chacun pourra exprimer sa propre volonté.

779. Le pluralisme. – Le postmodernisme tend à rejeter l’« uniformité » afin de privilégier « le pluralisme et l’éclectisme »¹⁷³⁴. Ce pluralisme est exprimé¹⁷³⁵ et revendiqué¹⁷³⁶. En droit, le pluralisme peut revêtir diverses manifestations. D’une part, le pluralisme peut rejoindre la liberté de choix en proposant plusieurs mécanismes pour une même situation afin que les membres de la famille puissent élire celui qui correspond le mieux à leur situation familiale. Il en va ainsi, par exemple, de la diversité des moyens proposés en vue d’assurer la protection des majeurs : par le biais des régimes matrimoniaux, par le mandat de protection future, par

¹⁷²⁶ Y. BOISVERT, *op. cit.*, p. 74.

¹⁷²⁷ V. *supra* n° 593 s.

¹⁷²⁸ *Ibid.*, p. 29.

¹⁷²⁹ *Ibid.*, p. 30.

¹⁷³⁰ *Ibidem.*

¹⁷³¹ Y. BOISVERT, *op. cit.*, p. 41.

¹⁷³² B. BARRAUD, *Le droit postmoderne, Une introduction*, L’Harmattan, 2017, p. 22.

¹⁷³³ Y. BOISVERT, *op. cit.*, p. 42.

¹⁷³⁴ *Ibid.*, p. 27.

¹⁷³⁵ *Ibid.*, p. 35.

¹⁷³⁶ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 118.

l'habilitation familiale, par les mesures judiciaires de protection des majeures, elles-mêmes graduées. D'autre part, la pluralité s'exprime également par l'origine du droit. En effet, le droit n'émane plus seulement de l'État, mais également d'instances supranationales qui permettent l'apparition d'un « droit supra-étatique »¹⁷³⁷ impulsé que le Conseil de l'Europe, l'Union européenne ou encore de l'Organisation des Nations Unies.

780. Face à une demande de droits toujours plus conforme à la volonté de chacun, le postmodernisme promeut l'adoption d'une attitude pragmatique notamment en mettant le droit en conformité avec les évolutions sociales.

B. Le pragmatisme

781. L'influence du pragmatisme sur le droit. – Le pragmatisme est « l'attitude intellectuelle ou politique (...) qui privilégie l'observation des faits par rapport à la théorie »¹⁷³⁸. Ainsi, l'idée de pragmatisme provient du déclin des « grandes ambitions théoriques »¹⁷³⁹ et consiste à privilégier « l'attitude (...) qui prend les problèmes un à un, au fur et à mesure qu'ils se présentent »¹⁷⁴⁰. Le pragmatisme conduit à deux conséquences, notamment observables en droit. Cette approche par le pragmatisme permet de comprendre, dans un premier temps, la méthode utilisée pour réformer. En effet, il est souvent reproché au législateur de procéder par retouches successives plutôt que par pans entiers du droit. Cette méthode peut se comprendre par l'explication postmoderne de la prise en compte de problèmes lorsqu'ils surviennent¹⁷⁴¹. Elle explique également les difficultés de la construction théorique de la protection des biens en droit de la famille. Dans un second temps, le pragmatisme innerve le fond du droit. En effet, le droit ne se justifiant plus par lui-même, mais en ce qu'il est le reflet des évolutions sociales, il est nécessairement conduit à s'adapter.

782. La justification de la règle. – Selon les tenants du postmodernisme, l'influence de la science¹⁷⁴² sur les sociétés contemporaines conduit à remettre en question le savoir, celui-ci

¹⁷³⁷ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 127.

¹⁷³⁸ CNRTL, V° « Pragmatisme ».

¹⁷³⁹ K. POMIAN, « Post- ou comment l'appeler ? », *Le Débat*, 1990, n° 60, p. 231.

¹⁷⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁷⁴¹ En ce sens v. P. MURAT, « Rapport de synthèse », in I. MARIA, (dir.), *Simplification et modernisation du droit de la famille : mythe ou réalité ?*, *op. cit.*, p. 261. P. MURAT précise que « le droit de la famille, jadis structuré par des institutions inscrites dans la durée, a tendance aujourd'hui à se réduire à la gestion d'une succession de problèmes instantanés : ce changement d'approche se ressent très nettement en droit des couples ».

¹⁷⁴² Les questions relatives à l'influence de la science ne seront pas développées car elles n'ont pas de conséquences majeures en matière de protection des biens. En droit de la famille, l'influence de la science se fait davantage ressentir en droit de la filiation. Cependant, les conséquences attribuées à cette influence de la science sur la société peuvent se retrouver en droit patrimonial.

devant se « légitimer »¹⁷⁴³. Il y a alors un besoin de « remise en question [des normes sociales] »¹⁷⁴⁴. Cette exigence de légitimation se retrouve en droit. En effet, « le droit ne bénéficie plus dans les sociétés contemporaines d'une légitimité de principe, (...) il est tenu d'apporter la démonstration concrète de son bien-fondé »¹⁷⁴⁵. Cette idée se retrouve en matière de protection des biens. Comme il a été vu, c'est en ce sens que certains auteurs ont pu considérer que désormais le maintien de la réserve héréditaire en droit nécessite d'être légitimé¹⁷⁴⁶. La règle doit pouvoir être justifiée de manière « conjoncturelle et circonstanciée »¹⁷⁴⁷. Telle est l'expression du pragmatisme qui nécessite une prise en compte accrue des réalités sociales. Ainsi, la justification de la règle ne vaut que pour un temps donné. En somme, cette attitude conduit à interroger perpétuellement une règle et son bien-fondé au regard des évolutions de la société¹⁷⁴⁸.

783. L'adaptation aux réalités sociales. – La démarche pragmatique, qui prône une adaptation aux réalités sociales, rend nécessaire la modification du droit du fait de la nécessité de sa mise en conformité constante. Ainsi, eu égard aux modifications que connaît la famille, la mise en conformité du droit de la protection des biens devient indispensable. Certains auteurs s'interrogent, d'ailleurs, sur les rapports entre ces évolutions et leur rattachement à la postmodernité¹⁷⁴⁹. Il est vrai que les modifications sociologiques de la famille influencent le droit, notamment en matière de protection des biens¹⁷⁵⁰. Ces changements prennent la forme d'une prise en compte plus importante du conjoint, de l'enfant, une transformation des « règles de gouvernement de la famille en fonction de ce qui apparaît comme les valeurs nouvelles au sein de la société civile »¹⁷⁵¹. Les auteurs postmodernes considèrent que lorsque les règles ne sont pas en conformité avec les réalités sociales, il y a un risque qu'elles « [briment] le libre épanouissement »¹⁷⁵². Dès lors, les objectifs guidés par l'individualisme ne seraient plus remplis. Individualisme et pragmatisme sont donc fortement imbriqués, le pragmatisme pouvant être mis au service de l'individualisme. Or, pour pouvoir s'adapter à chacun, la règle

¹⁷⁴³ J.-F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, Les éditions de minuit, 1979, p. 7.

¹⁷⁴⁴ Y. BOISVERT, *op. cit.*, p. 32.

¹⁷⁴⁵ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 148.

¹⁷⁴⁶ R. LIBCHABER, « Des successions en quête d'avenir », art. préc.

¹⁷⁴⁷ Y. BOISVERT, *op. cit.*, p. 32.

¹⁷⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁴⁹ J.-C. QUENTEL, « Transformations familiales et fondements anthropologiques in D. COUM, *op. cit.*, p. 65.

¹⁷⁵⁰ V. *supra* n° 351.

¹⁷⁵¹ J. COMMAILLE, *op. cit.*, p. 42.

¹⁷⁵² Y. BOISVERT, *op. cit.*, p. 77.

doit être souple¹⁷⁵³. Le caractère adaptable de la règle à chaque situation s'incarne dans le recours aux contrats.

784. La contractualisation. – Le contrat peut être considéré comme « emblématique de la postmodernité juridique : le contrat illustre pleinement en effet le passage d'un droit de commandement à un droit reposant sur l'accord de volontés »¹⁷⁵⁴. En matière de protection des biens dans le cadre de la famille, l'essor du contrat a pu être montré¹⁷⁵⁵. En effet, des contrats, prohibés en 1804, sont désormais autorisés, tels certains contrats entre époux. Le champ d'application d'autres contrats a pu être étendu, par exemple, pour la donation-partage. Le « commandement », qui peut être issu de la loi, par le biais d'interdits ou de prohibitions, ou du juge, laisse place, en droit patrimonial de la famille, à l'accord de volontés. Cette dynamique contractuelle s'inscrit dans le prolongement de l'individualisme. En effet, le rejet de l'autorité et des institutions conduit à privilégier le contrat qui « [respecte] la liberté individuelle et la marge d'autonomie de chacun »¹⁷⁵⁶. Partant, « les disciplines librement consenties »¹⁷⁵⁷ sont privilégiées. En effet, la doctrine souligne que « la dimension contractuelle occupe (...), dans l'union matrimoniale "post-moderne", une position d'importance toujours croissante »¹⁷⁵⁸. Ainsi, « le contrat temporaire supplante de fait l'institution permanente dans les matières (...) affectives (...) [et] familiales »¹⁷⁵⁹. Aussi, « la conception de famille-institution fait place à celle de famille-contrat », les relations au sein de la famille peuvent être considérées comme plus horizontales et être qualifiées de « logique horizontale de coordination »¹⁷⁶⁰. La conception de la famille est alors largement renouvelée dans les sociétés contemporaines. Cependant, cet essor du contrat ne conduit pas à un retrait total de l'État. Le postmodernisme conduirait plutôt à la recherche d'un équilibre entre intervention étatique et intervention privée¹⁷⁶¹. En matière familiale, cette recherche d'équilibre conduit « à composer entre l'exigence de préservation de l'institution familiale et la prise en compte nécessaire d'aspirations sociales »¹⁷⁶². Le contrat

¹⁷⁵³ *Ibidem*.

¹⁷⁵⁴ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 138.

¹⁷⁵⁵ V. *supra* n° 112 s. et 573 s.

¹⁷⁵⁶ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 138.

¹⁷⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁵⁸ Th. REVET, « Loi n° 99-944 du 15 nov. 1999, relative au pacte civil de solidarité », *RTD Civ.* 2000, p. 173.

¹⁷⁵⁹ J.-F. LYOTARD, *op. cit.*, p. 107.

¹⁷⁶⁰ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 139.

¹⁷⁶¹ B. BARRAUD, *op. cit.*, pp. 17-18. L'auteur précise que « la principale caractéristique du droit postmoderne résiderait dans le développement d'une forme de concurrence, et parfois d'une forme de collaboration, entre puissance publique et puissance privée ».

¹⁷⁶² J. COMMAILLE, *op. cit.*, p. 42.

semble tout de même acquérir une place prépondérante en droit de la famille¹⁷⁶³ et en ce qui concerne la protection des biens. Qui plus est, son essor n'est pas terminé. D'une part, car l'esprit postmoderniste n'est pas achevé : il s'agit d'une période de « transition »¹⁷⁶⁴. D'autre part, car de nouvelles réflexions sont menées sur la contractualisation du droit de la famille¹⁷⁶⁵, par exemple avec l'idée d'un pacte de famille¹⁷⁶⁶. L'équilibre s'incarne, alors, dans la préservation des moyens de subsistance de la famille.

785. Le privilège des personnes dans le besoin. – Le rejet de l'autorité conduit à une « diminution de l'interventionnisme »¹⁷⁶⁷ étatique. Chez les penseurs du postmodernisme, cela se traduit par le rejet de « la rigidité qui caractérise la redistribution reposant sur un principe d'égalité homogénéisant »¹⁷⁶⁸, il lui est préféré « une approche de justice distributive axée sur le principe de "nécessité". (...) lorsque l'on veut promouvoir les moyens flexibles de redistributions inégalitaires, l'on doit être sincère dans notre volonté de privilégier les gens qui ont réellement besoin d'aide »¹⁷⁶⁹. C'est tout le sens que semble prendre le droit contemporain en matière de protection des biens dans le cadre de la famille. L'idée s'incarne particulièrement dans l'exemple de la réserve héréditaire, où le respect d'une égalité pure et simple semble céder la place à une approche visant à la préservation des moyens de subsistance. Ainsi, seuls les héritiers dans le besoin doivent pouvoir bénéficier de la réserve héréditaire. Si ceci reflète l'état actuel du droit international¹⁷⁷⁰, le droit interne semble également tendre vers ce résultat, les gouvernements questionnant le maintien de la réserve héréditaire telle qu'elle existe depuis 1804¹⁷⁷¹. Ainsi, la ligne directrice de la philosophie législative, qui promeut la préservation des moyens de subsistance, s'ancre parfaitement dans la philosophie postmoderne.

786. La mutation de la protection des biens suit à l'évidence le courant postmoderne. En effet, les lignes directrices de la philosophie contemporaine se retrouvent dans le postmodernisme : tant l'exaltation de la volonté individuelle que la préservation des moyens de subsistance. Le système de protection articulé autour de la protection de la personne par les biens est donc

¹⁷⁶³ En ce sens v. P. MURAT, « Rapport de synthèse », in I. MARIA, (dir.), *Simplification et modernisation du droit de la famille : mythe ou réalité ?*, op. cit., p. 261.

¹⁷⁶⁴ Z. BAUMAN, in S. TABET, « Du projet moderne au monde liquide, Entretien avec Zygmunt Bauman », *Socio – La nouvelle revue de sciences sociales*, n°8, éditions Fondation maison des sciences de l'homme, 2017, p. 47.

¹⁷⁶⁵ En ce sens, il est possible de se référer à l'article de P. MURAT qui imagine, non sans ironie, un droit de la famille fondé sur le contrat à l'horizon 2030 ; P. MURAT, « Droit de la famille 2030... », *Dr. fam.*, n° 1, janv. 2008, repère 1.

¹⁷⁶⁶ V. *infra* n° 876 s.

¹⁷⁶⁷ Y. BOISVERT, op. cit., p. 98.

¹⁷⁶⁸ *Ibidem.*

¹⁷⁶⁹ *Ibidem.*

¹⁷⁷⁰ V. *supra* n° 548 s.

¹⁷⁷¹ V. *supra* n° 697 s.

postmoderne. Une fois la philosophie législative révélée, il convient de se demander si le système, ainsi organisé, permet de considérer que la protection des biens est atteinte.

SECTION 2

L'EFFECTIVITÉ DE LA PROTECTION DES BIENS

787. L'effectivité de la philosophie législative contemporaine requiert de s'interroger sur le fait de savoir si cette philosophie permet effectivement de protéger les biens. Pour démontrer que la protection des biens dans le cadre familial est partiellement atteinte, eu égard au système de protection contemporain, il convient d'envisager deux séries d'arguments. D'une part, l'établissement de catégories de règles au sein du système de protection permet d'analyser si ces règles conduisent à atteindre la protection recherchée. D'autre part, l'étude du système de protection dans son ensemble permet également de souligner des traits plus généraux qui conduisent à considérer que la protection des biens n'est que partiellement atteinte. Le caractère partiel de la finalité de la protection des biens ressort tant dans une approche catégorisée (§1) que dans une approche unifiée du système de protection (§2).

§ 1 UNE APPROCHE CATÉGORISÉE

788. Pour savoir si le système mis en place permet d'atteindre l'objectif de protection des biens, il est, avant tout, possible d'envisager cette question de manière catégorisée. En effet, l'attitude du législateur permet de savoir s'il entend ou non mettre en place une protection des biens au sein de la famille. Cette étude laissera apparaître une gradation dans l'objectif de protection des biens dans le cadre familial en fonction de la catégorie envisagée. Dans les relations familiales, la protection est circonstanciée (A). L'étude des mécanismes spécifiques aux créanciers montrera l'ambivalence de la protection (B).

A. Une protection circonstanciée dans les relations familiales

789. Si, dans une diversité de cas, la protection semble relativement atteinte (1), lorsque la volonté est mise en avant, la protection est manquée (2).

1. Une protection relativement atteinte

790. La protection des biens est atteinte dans trois cas de figure, qui seront étudiés successivement. En dépit de leur commun dénominateur, ces situations laissent transparaître des gradations différentes. En premier lieu, la protection des biens peut se dire atteinte lorsqu'elle concerne des biens de subsistance. En deuxième lieu, cette protection est renforcée lorsqu'elle concerne des entreprises. En dernier lieu, la protection est relative dès lors qu'elle est réalisée au moyen de mécanismes anciens.

791. La protection atteinte des biens de subsistance. – La protection des biens de subsistance est l'une des plus fortes mises en place dans le système de protection. En effet, la volonté de protéger la personne par les biens conduit à une protection renforcée de certains biens. La finalité de la protection est différente de celle mise en place en 1804, car il ne s'agit plus d'assurer, *de jure*, la protection des biens dans la famille. Elle n'en est pas moins existante, car le bien va, *de facto*, rester dans la famille afin d'assurer le maintien du cadre de vie de la personne pour qui le bien est réservé. La protection est, dans un tel cas, dirigée vers la famille.

792. En ce qui concerne cette catégorie de biens, la protection a augmenté en intensité depuis les années 60. En effet, les grandes réformes, ayant participé à la protection des biens de subsistance, ont commencé à partir des années 60¹⁷⁷² et se poursuivent encore. La diversité des mécanismes mis en place pour parvenir à un même objectif témoigne de la vivacité de la protection organisée : protection du logement de la famille, attributions préférentielles, ou encore droit viager au logement du conjoint successible... L'efficacité et la nécessité d'une telle protection transparaissent également de la volonté exprimée par la doctrine d'étendre le bénéfice de cette forme de protection. Tel est le cas, par exemple, en matière de protection du logement à l'égard du membre survivant du couple, une partie de la doctrine demandant l'extension d'une telle protection à l'ensemble des couples¹⁷⁷³, pour le moins au partenaire de pacs¹⁷⁷⁴. Dans les relations avec les tiers, il est également possible d'identifier une accélération de la protection de certains biens via le mécanisme des insaisissabilités ou encore celui des

¹⁷⁷² V. *supra* n° 749 s.

¹⁷⁷³ A. TANI, art. préc.

¹⁷⁷⁴ S. DEVILLE, « Demain, une promotion des droits du partenaire survivant ? », *Gaz. Pal.*, 30 nov. 2021, p. 48.

séparations de patrimoine et de masses¹⁷⁷⁵. L'augmentation de l'intensité de la protection par l'accroissement de cette catégorie est logique, car la protection des biens de subsistance constitue une des nouvelles lignes directrices de la législation contemporaine. Cependant, cela ne doit pas masquer l'infléchissement de la protection en général¹⁷⁷⁶. En tout état de cause, il est possible de considérer que la protection des biens dans le cadre familial est atteinte. En effet, il existe une protection des biens à visée familiale. En effet, si les mécanismes de protection des biens de subsistance peuvent être considérés comme ayant une visée individuelle¹⁷⁷⁷, il n'empêche qu'elle bénéficie aux membres de la famille. La protection ne perd alors pas entièrement son caractère familial. Ce caractère est simplement redéployé : il ne s'incarne plus dans le bien lui-même, mais dans le destinataire du bien. Ce renouvellement du caractère familial parasite quelque peu la compréhension de la protection des biens de subsistance en raison de son caractère hybride : personnel, en ce qu'il protège davantage un individu, et familial, car il ne protège que certains individus issus du cercle familial. Toutefois, le fait que la protection soit atteinte ne signifie pas qu'elle soit absolue.

793. Il existe à la fois des règles dérogatoires dans les relations intrafamiliales et dans les relations avec les tiers qui conduisent à un retrait de la protection. Ainsi, le droit viager au logement du conjoint successible n'est pas un droit absolu pour celui-ci, l'autre époux pouvant le priver de ce droit. La protection du logement de la famille ne joue que dans la relation entre époux et est sans influence dans les relations avec les tiers qui peuvent continuer de le saisir. Les créanciers ne sont pas les seuls tiers pour lesquels le droit écarte les mécanismes de protection des biens de subsistance. En effet, si le défunt a légué un bien à un légataire, qu'il soit ou non dans la sphère familiale, ce legs fait obstacle à l'attribution préférentielle dudit bien à un membre de la famille. Ces exceptions ne remettent pas en cause le principe de protection instauré par le législateur. Il s'agit simplement d'une balance entre des intérêts pluriels et contradictoires. Pour certaines catégories de biens, la protection peut, toutefois, être considérée comme absolue. C'est notamment le cas lorsqu'un bien est à la fois indisponible entre époux et insaisissable par les créanciers. Tel est le cas des biens nécessaires à la vie de famille, visés à l'article R.112-2 du Code des procédures civiles d'exécution, qui sont insaisissables, mais également indisponibles par l'effet de l'article 215, alinéa 3 du Code civil. Toutefois, là encore, dans certains cas, la protection n'est pas absolue. En effet, dans certains cas l'insaisissabilité peut être remise en cause par un accord passé entre le propriétaire et les créanciers. Ainsi, un

¹⁷⁷⁵ V. *supra* n° 181 s.

¹⁷⁷⁶ V. *infra* n° 817 s.

¹⁷⁷⁷ A. TANI, art. préc.

entrepreneur individuel peut renoncer à l'insaisissabilité de sa résidence principale à l'égard d'un créancier, ledit logement étant alors simplement indisponible entre époux. D'autres biens bénéficient d'une protection renforcée, tel est le cas des entreprises.

794. La protection renforcée de l'entreprise. – Si la protection des entreprises relève, par principe, de la protection des biens de subsistance, il semblerait qu'elles bénéficient d'une protection particulière qui la détache pour partie de cette catégorie en fonction de leur conservation ou non dans la famille.

795. Lorsque l'entreprise est conservée dans la famille, la protection des biens de subsistance s'applique. Ainsi, il est possible de considérer, *a pari*, que la protection est atteinte, bien qu'elle ne soit pas absolue. Toutefois, l'entreprise bénéficie d'une protection particulière en ce qu'elle semble aussi protégée *per se*, de manière détachée de la personne qui la reçoit et de la famille. A ce titre l'organisation par le droit de l'attribution préférentielle de l'entreprise hors du cadre familial en atteste. Si le législateur a entendu mettre en place un mécanisme spécifique de préservation du bien, celui-ci n'agit plus dans le cadre familial. Ainsi, cette volonté de protéger les entreprises semble adopter une logique propre qui se distingue, au moins en partie, de la protection des autres biens nécessaires à la subsistance de la famille. Il est possible de considérer que la protection, en plus d'être atteinte, est ici renforcée. La préservation de l'entité économique prévaut donc, même en dehors du cadre familial.

796. Au-delà de la transmission de l'entreprise, l'organisation de sa gestion dans le cadre d'une succession permet de considérer qu'une protection spécifique lui est réservée. Ainsi, « pour éviter que la gestion de l'entreprise ne se trouve suspendue du fait d'héritiers qui, soucieux de conserver leur option, resteraient inertes »¹⁷⁷⁸, les actes de conservation et d'administration des entreprises ne peuvent être considérés comme révélant l'acceptation de la succession conformément aux alinéas 3, 4°, 4 et 5 de l'article 784 du Code civil. L'article 812-1-1 du même Code permet, quant à lui, de prévoir un mandat à effet posthume pour une durée de cinq ans¹⁷⁷⁹, prorogable, lorsque le mandat concerne la gestion de biens professionnels¹⁷⁸⁰. Au-delà de l'entité économique, c'est l'entité économique familiale qui fait ici l'objet d'une protection, bien que cette protection conduise à la sortie du bien de la famille. Il est vrai qu'il ne s'agit pas d'un objectif législatif. Néanmoins, l'entité économique issue de la famille en

¹⁷⁷⁸ M. GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 (...) », art. préc.

¹⁷⁷⁹ Le mandat ne peut-être que de deux ans, prorogable, lorsque la gestion concerne des biens qui n'ont pas le caractère de biens professionnels, également en application de l'article 812-1-1 du Code civil.

¹⁷⁸⁰ M. GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 (...) », art. préc.

ressort protégée. La protection semble renforcée, par rapport aux autres biens de subsistance, car le législateur a mis en place plusieurs canaux en vue de la protection du bien. Au surplus, la protection semble s'émanciper vis-à-vis du régime général de la protection des biens. En effet, la logique de protection semble essentiellement économique. L'octroi de l'entreprise à un membre de la famille ne ferait qu'ajouter à la protection économique principale une protection de subsistance adjointe. Il y aurait une superposition des protections qui renforcerait ainsi la protection accordée au bien. *A contrario*, certains mécanismes mis en place par le législateur ne permettent qu'une protection relative.

797. La protection relative par les mécanismes anciens. – Lorsque le législateur mobilise des mécanismes anciens afin de préserver les biens, il est possible de considérer que la protection est relative. Cependant, cette protection est résiduelle, car elle ne concerne finalement que peu de mécanismes. Les biens bénéficient d'une protection, mais la transformation des mécanismes à l'œuvre conduit à la relativiser. L'exemple le plus topique est celui de la réserve héréditaire. En effet, s'il est possible de considérer que la réserve héréditaire permet d'assurer une protection des biens à destination de la famille, la protection est relative en raison des exceptions qui limitent la transmission des biens en nature : réserve héréditaire en valeur¹⁷⁸¹, contournement par le droit international privé, restriction de l'assiette par l'assurance-vie. La protection est relative, car les mécanismes anciens baignent dans un système global qui change. Ils ne permettent pas réellement une adaptation en considération de la personne qui reçoit le bien. L'existence de la protection s'accompagne, contrairement à la première catégorie, d'un infléchissement de son intensité par rapport aux mécanismes tels qu'ils existaient en 1804.

798. A côté de ces catégories, pour lesquelles la protection des biens est relativement atteinte, d'autres, au contraire, ne permettent pas d'atteindre l'objectif de protection des biens dans le cadre familial.

2. Une protection manquée

799. Une protection absente laissée à la volonté. – Lorsque le législateur accorde une large place à la volonté du propriétaire, il est possible de considérer que le législateur n'organise plus, à proprement parler, une protection des biens. La qualification de la protection mise en place dépend du point de vue retenu pour l'étudier : il est possible de prendre en compte le résultat

¹⁷⁸¹ *Ibidem*.

obtenu par la mise en œuvre du propriétaire ou le moyen même, c'est-à-dire le mécanisme de la volonté.

800. En retenant le résultat obtenu par la mise en œuvre de la volonté du propriétaire, la protection peut être qualifiée de protection conditionnée, voire de protection discrétionnaire. En effet, selon une telle approche, l'intensité de la protection dépend de la manière dont la volonté du propriétaire s'exprime. Deux hypothèses se présentent. Si la volonté est conforme à la protection du bien dans le cadre familial, alors le mécanisme fondé sur la volonté permet d'assurer cette protection. En revanche, si la volonté n'est pas conforme à la protection du bien alors elle n'est pas atteinte. La protection est donc bien conditionnée à la volonté du propriétaire du bien. De plus, lorsque cette volonté s'exerce sans contrôle, du juge notamment, elle est discrétionnaire. Dans un tel cas, seul le résultat permet de déterminer si la protection est atteinte. Il n'est donc pas possible de déterminer, *a priori*, si la protection est effective. Ainsi, lorsque le législateur ne recherche pas de protection particulière des biens, en laissant la libre expression de la volonté du propriétaire agir, il est difficile de considérer que la protection puisse être atteinte. Par ailleurs, il est possible de considérer que c'est au propriétaire lui-même de déterminer les protections qu'il entend mettre en œuvre. Dans une telle hypothèse, la protection ne serait pas appréhendée la protection de manière théorique, car elle sera nécessairement fonction des standards de chacun, suivant une approche casuistique. Cette conception, prenant en compte le résultat, est celle défendue par B. BEIGNIER qui, en considération du fait que « les parents qui souhaitent déshériter leurs enfants ne sont pas légion »¹⁷⁸², soutient qu'il est possible de supprimer la réserve héréditaire. La protection serait ainsi maintenue par le fait que les parents, bien que libres de déshériter leurs enfants, continueraient à les doter. Toutefois, cette observation ne fait pas tomber l'objection selon laquelle, dans une telle hypothèse, il n'y a pas réellement de système de protection, celle-ci restant discrétionnaire. Les mêmes doutes peuvent être émis En matière de protection des biens du majeur protégé, notamment dans le cas d'une curatelle. Depuis la loi de programmation 2018-2022, le majeur en curatelle peut effectuer seul, donc sans assistance, une plus large palette d'actes en rapport avec son patrimoine. Or, cela conduit nécessairement à une diminution de la protection des biens du majeur protégé en raison de l'accroissement de « la mise en péril de ses intérêts patrimoniaux »¹⁷⁸³. Il est également possible de rappeler que la recherche de gestion collective au sein du couple, qui peut être source de protection, peut aussi conduire à la limiter en fonction des choix effectués par le

¹⁷⁸² B. BEIGNIER, « Faut-il réformer la réserve héréditaire ? », art. préc.

¹⁷⁸³ N. PETERKA, « La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019 (...) », art. préc.

couple, la protection ayant déjà été qualifiée de conditionnée¹⁷⁸⁴. Cependant, cette interprétation ne semble pas être celle qui doit être retenue, la seconde interprétation fondée sur le principe même de laisser une place prépondérante à la volonté des propriétaires semble plus convaincante.

801. Selon la prise en compte du moyen qu'est la volonté du propriétaire, il est possible de conclure à une absence de protection, dans une perspective systémique. La protection n'est qu'incidente et casuistique. En effet, selon cette conception, il est possible de considérer que lorsque le sort d'un ou plusieurs biens est laissé, par le législateur, à la seule décision d'un membre de la famille, la protection n'est pas atteinte car elle n'est pas recherchée par le législateur. Lorsqu'aucun mécanisme de protection n'est instauré par le législateur, c'est qu'il ne cherche pas à atteindre un tel but. Il est alors difficile de déterminer si un bien est protégé, puisqu'il n'y a pas de canevas législatif de référence : contre qui doit-il être protégé ? À quelle fin ? Ainsi, lorsque seule la volonté d'un membre de la famille détermine le devenir d'un bien, il ne fait pas l'objet d'une protection mise en place par la législation. Laisser la volonté s'exprimer revient à abandonner, *ab initio*, la protection du bien. Néanmoins, cette réflexion sur le moyen peut être complétée par une réflexion sur le résultat. Ainsi, si le bien peut effectivement être considéré comme protégé, notamment si le résultat conduit à rejoindre une volonté d'assurer des moyens de subsistance à un membre de la famille, dans ce cas, la protection n'est qu'incidente. Le fait d'atteindre le résultat de protection ne conduit pas à modifier la perception d'ensemble du mécanisme qui continue de manifester l'absence de volonté de protection par le législateur. Selon une telle perspective, le recul idéologique de l'idée de protection condamne les résultats pouvant être obtenus en pratique.

802. La protection des biens au sein de la famille est donc relative, tout comme l'est la protection à l'égard des tiers.

B. Une protection ambivalente dans les relations avec tiers

803. Les rapports entre les membres de la famille et les tiers sont ambivalents. En effet, il existe une tension entre la volonté de protéger la famille contre les tiers et la nécessité d'assurer le désintéressement des créanciers. Face à un tel constat, l'attitude du législateur est de trouver un équilibre entre ces deux objectifs. Les solutions retenues par le législateur sont de trois ordres : soit le lien de famille fait obstacle au désintéressement du créancier, soit le lien de

¹⁷⁸⁴ V. *supra* n° 140.

famille justifie le désintéressement du créancier, soit la famille est écartée afin de privilégier une approche par l'individu.

804. Une protection atteinte par le recours aux liens familiaux. – Le cas où les relations familiales font obstacle au désintéressement de créancier a déjà pu être abordé au cours de l'étude : il s'agit notamment de l'insaisissabilité des objets nécessaires à la vie de famille¹⁷⁸⁵, ou encore le privilège accordé au conjoint au cours de la procédure de divorce par rapport aux créanciers d'une procédure collective¹⁷⁸⁶. L'efficacité de la protection des biens est donc atteinte par le recours aux liens familiaux. En effet, les créanciers ne sont, dans un tel cas, pas en mesure de saisir certains biens qui demeureront au sein de la famille, voire ils sont écartés, en tant que tiers, au profit d'autres membres de la famille.

805. Une protection absente par le recours aux liens de famille. – À l'inverse, ces mêmes liens de famille peuvent justifier une préférence faite aux créanciers, puisque les liens de famille peuvent contribuer à une extension du gage des créanciers. Deux exemples illustrent parfaitement ce propos. D'une part, celui, en droit des régimes matrimoniaux, de la solidarité aux dettes ménagères. En effet, l'interdépendance des époux au regard de la nature familiale de la dette justifie que l'ensemble des biens des époux soit l'objet du gage des créanciers alors même qu'un seul d'entre eux l'aurait contractée. D'autre part, il est possible de mentionner, en droit des successions, l'obligation *ultra vires successionis* des héritiers en cas d'acceptation pure et simple de la succession. Le fondement classique reconnu à cette obligation est celui de « la solidarité familiale »¹⁷⁸⁷. L'héritier est donc tenu au passif tant sur les biens successoraux que sur ses biens personnels. Dans pareils cas, la protection des biens est faible. En effet, l'on voit que, par principe, les dettes d'un membre de la famille doivent être assumées au stade de l'obligation, voire de la contribution à la dette, par un membre de la famille qui ne les a pas contractées. Ainsi, certains membres de la famille peuvent être tenus au paiement des dettes de ces prédécesseurs, ce qui entraîne un risque d'atteinte à leurs propres biens. C'est pourquoi le législateur a entendu mettre en place des mécanismes qui viennent limiter un tel risque patrimonial.

¹⁷⁸⁵ V. *supra* n° 168.

¹⁷⁸⁶ V. *supra* n° 178.

¹⁷⁸⁷ A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, Dalloz, 2020, p. 356. Il est à noter que ce n'est pas le seul fondement reconnu, il faut adjoindre « la sécurité du crédit » et un « troisième fondement plus moderne (...) celui selon lequel l'étendue de la responsabilité de l'héritier est fonction de l'étendue de ses pouvoirs ». V. également M. GRIMALDI, *Droit des successions*, *op. cit.*, pp. 500-503.

806. Une protection pondérée : la balance des intérêts. – À l’égard des tiers, le législateur tend à adopter des mécanismes qui visent à limiter le risque patrimonial encouru par la famille. Cette limitation du risque patrimonial conduit, ainsi, à préserver certains biens issus de la famille. La technique utilisée principalement par le législateur est l’atténuation des principes selon lesquels certains membres de la famille sont tenus de payer la dette qu’un autre a contractée. En droit des successions, cette volonté législative se manifeste, par exemple, par l’instauration de mécanismes limitant l’obligation *ultra vires successionis*. Il s’agit notamment de l’acceptation sous bénéfice d’inventaire, devenue acceptation à concurrence de l’actif net, de la restriction de la délivrance des legs de sommes d’argent à l’actif net successoral¹⁷⁸⁸, ou encore de la décharge des dettes que l’héritier « avait des motifs légitimes d’ignorer au moment de l’acceptation, lorsque l’acquittement de cette dette aurait pour effet d’obérer gravement son patrimoine personnel »¹⁷⁸⁹. En droit des régimes matrimoniaux, les exceptions à la solidarité légale de l’article 220 du Code civil, ou encore la restriction du gage du créancier issue de l’article 1415 du même code, permettent de limiter le gage des créanciers et jouent le rôle d’atténuation des principes établis. L’équilibre apparaît alors, le législateur souhaitant limiter les biens susceptibles de faire l’objet du gage des créanciers lorsque la ou les dettes contractées font courir un trop grand risque pour la pérennité des biens. En réalité, la protection vise ici plutôt l’individu dont les biens sont soustraits du gage des créanciers, que les biens eux-mêmes. Cette logique apparaît clairement dans les termes de l’article 786, al.2, du Code civil, qui précise qu’il s’agit d’une protection du « patrimoine personnel ». Cette protection individuelle contribue à une certaine dilution des solidarités familiales. Certains auteurs considèrent que la « possibilité offerte de ne point être tenu du passif sur son patrimoine personnel tout en conservant les biens de famille, [contribue à] n’avoir l’esprit de famille que pour l’actif... »¹⁷⁹⁰. Toutefois, cette plus grande protection accordée à l’égard des tiers est sans doute issue de la diminution de la prise en compte de la famille pour la transmission de l’actif et donc du recul de la protection des biens au sens de la conservation dans la famille. Le recul de l’esprit familial, dans les relations intrafamiliales, conduit logiquement à écarter la famille au moment du règlement du passif. À l’égard des tiers, il est donc possible de considérer qu’il y a une protection croissante et que celle-ci est atteinte, car le législateur a mis en place des mécanismes, à charge pour les membres de la famille de s’en saisir. Si tel est le cas, la part des biens, qui font l’objet d’une protection, est alors plus importante.

¹⁷⁸⁸ C. civ., art. 785, al. 2.

¹⁷⁸⁹ C. civ., art. 786, al. 2.

¹⁷⁹⁰ M. GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 (...) », art. préc.

807. La protection des biens des membres de la famille n'est pas absolue à l'égard des tiers. En dehors des insaisissabilités, la protection n'est que partielle, car elle s'articule avec les droits des créanciers. La famille a toujours vocation, par principe, à assumer le passif qui est né en son sein. Ainsi, l'acceptation à concurrence de l'actif net permet un désintéressement des créanciers sur l'actif successoral, même si ce désintéressement n'est pas entier. Finalement, à l'égard des tiers, bien que la protection ne soit pas absolue, le législateur a mis en place des mécanismes qui permettent de limiter les risques patrimoniaux. Ainsi, la protection à l'égard des tiers semble atteinte, bien que pondérée.

808. L'approche catégorisée montre que la protection mise en œuvre peut être considérée comme plus ou moins atteinte. Il convient, à l'aide de ces développements, de déterminer si le système de protection, pris de manière unifiée, permet aussi d'atteindre une protection des biens.

§ 2 UNE APPROCHE UNIFIÉE

809. L'étude unifiée du système de protection est déterminante pour savoir si la protection est atteinte. Toutefois, cette recherche est relative, puisqu'elle dépend des critères retenus pour analyser si l'objectif est rempli. Une telle recherche permet de faire ressortir les grands traits du système de protection au regard de son effectivité. Ainsi, si la recherche est relative (A), elle permet tout de même de conclure que la protection mise en place est spéciale (B).

A. Une recherche relative

810. La recherche de l'effectivité de la protection peut être considérée comme relative à plusieurs égards. D'abord, la recherche est relative car elle n'est valable que dans le cas où l'on considère que la protection des biens demeure un objectif à poursuivre. Ensuite, il est nécessaire de préciser ce qui est entendu par « protection atteinte ». Enfin, la recherche est relative, puisqu'elle est dépendante des standards retenus afin de mener la recherche.

811. L'objectif de la protection des biens. – Si la protection des biens ne doit pas être une finalité, il n'est pas nécessaire de se demander si le système actuel permet de protéger les biens. En effet, en l'absence de but à atteindre, il n'est pas nécessaire de se demander si celui-ci est atteint. Tout au contraire, si la protection des biens demeure un enjeu, il convient de s'interroger sur le fait de savoir si cette protection est réalisée. Elle demeure, *de jure*, un objectif législatif et ce dès lors que les biens doivent être préservés en faveur d'une personne, voire de la famille.

Dans un tel cas, si la protection des biens n'est pas une protection centrale, elle se réalise par ricochet. Au-delà de l'objectif législatif affiché, la nécessité de la protection des biens dans le cadre de la famille a pu être retenue dans cette étude¹⁷⁹¹. Ainsi, l'effectivité de la protection doit être mesurée.

812. Précisions terminologiques. – Savoir si une protection est atteinte dépend de ce qui est entendu par le verbe atteindre. Atteindre peut signifier tout à la fois « atteindre le paroxysme, l'apogée »¹⁷⁹² et « parvenir à un objectif qu'on s'est fixé »¹⁷⁹³. La première définition laisse entendre que, pour considérer que la protection est atteinte, celle-ci soit être absolue. La seconde définition contraint la recherche au seul objectif fixé, donc à l'objectif poursuivi par le législateur. Du fait de leurs limites, la recherche ne retiendra pas ces définitions. En effet, la protection peut être considérée comme atteinte bien qu'elle ne soit pas absolue. Au regard des différentes catégories établies et étudiées, il est possible de constater que la protection pour être satisfaite n'a pas à être absolue : il suffit que le législateur ait mis en place des règles qui conduisent à assurer une protection des biens dans la famille. De surcroît, la recherche s'efforcera à aller au-delà du simple objectif fixé par le législateur, ces derniers pouvant biaiser les résultats de l'étude. Le système sera ainsi étudié dans sa globalité.

813. Les standards retenus. – Les biens ne sont pas exempts de toute protection notamment pour les personnes dans le besoin. Au-delà de cette protection de la personne par les biens, il a été vu que les biens doivent bénéficier d'une protection particulière en raison des liens qui existent entre les membres de la famille et les biens qui leur appartiennent. Cependant, au regard des transformations profondes que connaissent tant la philosophie que les techniques de protection, il est nécessaire de s'interroger sur la réalité de la protection qui s'exerce actuellement sur les biens dans le cadre de la famille¹⁷⁹⁴. Cela permettra de savoir si la protection est réellement atteinte. Il convient donc de questionner les points à prendre en compte pour pouvoir affirmer ou réfuter son existence. La recherche est alors relative car elle dépend des standards de comparaison qui sont pris en compte. En retenant comme standard « la conservation des biens de la famille », à savoir l'objectif de 1804 en matière de protection des biens, le système de protection actuel serait considéré comme peu efficace du fait de l'allègement, voire de la suppression, des mécanismes allant en ce sens. Il est alors préférable

¹⁷⁹¹ V. *supra* n° 765.

¹⁷⁹² CNRTL, V° « Atteindre ».

¹⁷⁹³ CNRTL, V° « Atteindre ».

¹⁷⁹⁴ L'idée s'inscrit dans la recherche de la « fonction opératoire » du droit de la famille telle que décrite par P. MURAT. V. P. MURAT, « Rapport de synthèse », in I. MARIA, (dir.), *Simplification et modernisation du droit de la famille : mythe ou réalité ?*, *op. cit.*, pp. 263-264.

de retenir le standard de « la protection de la personne par les biens ». Il s'agit de la philosophie vers laquelle le législateur fait tendre l'ensemble du système. Ainsi, il convient de savoir si ce système de protection permet réellement de protéger les biens au sein de la famille. Le fait que la conservation des biens dans la famille continue de subsister dans le système de protection ne doit pas occulter la tendance générale du droit à se conformer à l'idée d'une protection de la personne par les biens. Certes, si les institutions anciennes venaient à être remises en cause, le système d'ensemble gagnerait en cohérence. Néanmoins, l'intensité de la protection diminuerait d'autant.

814. Ainsi, la recherche serait biaisée si une trop grande place était réservée à l'influence qu'a la conservation des biens sur la protection des biens. Prise dans son ensemble, il apparaît que la protection mise en place est une protection spéciale.

B. Une protection spéciale

815. Étude unifiée du système. – L'étude unifiée permet de savoir si le système de protection instaurée atteint l'objectif de protection des biens dans une perspective d'ensemble. Le système contemporain laisse apparaître un redéploiement de la protection par rapport à 1804. Ce redéploiement permet de conclure que désormais la protection est spéciale.

816. Une protection redéployée. – La comparaison entre l'intensité de protection du système actuel avec le système de protection passé n'est pas aisée. Cette difficulté résulte d'un redéploiement de la protection limitant les points de comparaison. En effet, le législateur n'entend plus protéger les biens au sens de leur maintien dans la famille, mais prend une orientation fondée sur la protection de la personne par les biens. Ce changement de philosophie conduit nécessairement à un redéploiement de la protection qui ne se trouve plus appliquée aux mêmes biens. Il est alors difficile de déterminer si la protection s'exerce plus ou moins intensément. Ceci est d'autant plus vrai que certains mécanismes permettant de promouvoir la conservation des biens dans la famille sont maintenus. Or, il faut se garder de penser que la greffe du nouveau système sur l'ancien permet un cumul de protection qui conduirait à un système de protection contemporain renforcé par rapport à celui de 1804. Dès lors, il faut plutôt considérer ce redéploiement pour lui-même, afin de déterminer d'après les lignes directrices dégagées, si un système de protection, dont le but est la protection de la personne par les biens, permet d'atteindre l'objectif de protection des biens dans le cadre familial.

817. Une protection spéciale. – La protection contemporaine peut être considérée comme spéciale puisque la protection est moins générale qu'en 1804, mais dirigée, par préférence, vers

des biens en particulier, en l'occurrence les biens de subsistance. Si la législation établissait une vraie protection des biens en 1804, désormais celle-ci est orientée, voire ciblée. Il est alors possible d'envisager ce mode de protection de deux manières : soit il faut considérer qu'il y a désormais une protection de l'essentiel, soit qu'il y a une protection minimale.

818. D'un côté, il est possible de considérer que le système de protection contemporain assure une protection de l'essentiel. En effet, avec la protection des biens de subsistance, le législateur entend instaurer une protection des biens qui sont les plus nécessaires à la vie familiale et à la subsistance de ses membres. Dans cette perspective, la protection des biens dans le cadre familial est certes relative, mais le système global de protection permet d'atteindre une protection effective et satisfaisante, car le système permet de préserver la liberté du propriétaire sans pour autant porter atteinte aux besoins de base inhérents aux membres de la famille. Il y a une conciliation des deux lignes directrices qui guide le législateur.

819. De l'autre côté, cette protection peut être regardée comme étant minimale. Dans cette perspective, il faut considérer que le manque de généralité des biens objet de la protection conduit à ne plus pouvoir parler d'un véritable système de protection des biens car, *de jure*, ce n'est plus l'ensemble des biens qui bénéficie d'une protection. La protection instaurée devrait alors être considérée comme moindre par rapport à celle de 1804. Un changement de philosophie législative s'opère en ce que l'objectif de conservation des biens dans la famille cède sa place à l'objectif de préservation des biens de subsistance. En effet, la protection vise désormais à assurer un minimum de biens à des membres identifiés de la famille présentant un besoin particulier. À cet égard, la protection des biens est nécessairement parcellaire et donc lacunaire.

820. Qu'elle soit une protection de l'essentiel ou une protection minimale, une forme de protection demeure. Toutefois, il faut que les limites de ces protections ne soient que marginales. En effet, si la protection est considérée comme celle de l'essentiel ou la plus minimale, elle devrait être considérée comme un seuil en deçà duquel il n'est pas possible de descendre. Or, il y a une pluralité de cas pour lesquels cette protection ne pourra pas être mise en œuvre¹⁷⁹⁵, ce qui pose alors un problème pour l'effectivité du système de protection mis en place.

¹⁷⁹⁵ V. *supra* n° 682 s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

821. Une finalité permettant la cohérence. – Malgré la diversité apparente des métamorphoses, il existe une finalité unique sous-jacente : la protection des personnes par les biens. Cette finalité unique devrait guider le législateur, en conscience, pour que le système de protection des biens puisse acquérir une cohérence d'ensemble. Cette finalité est, par ailleurs, postmoderne, ce qui permet d'ancrer la philosophie législative dans un courant idéologique plus large qui permettra de comprendre et de guider les réformes à venir. En effet, comme il a été souligné, les difficultés de la mise en lumière de cette finalité tiennent au fait que la métamorphose est inachevée.

822. Le changement de l'objet de la protection. – Les métamorphoses de la protection des biens en droit de la famille ont donc conduit à un réajustement de l'objet de la protection. La protection des biens n'est plus que le moyen de parvenir à la protection de la personne. L'individu est donc bien au centre du système de protection qui est pensé pour lui. Il y a un profond changement de philosophie par cette modification de la finalité de la protection. Toutefois, la protection des biens reste un objectif subsidiaire puisque pour protéger la personne par les biens, il est nécessaire de protéger les biens.

823. Une protection partielle. – Le réajustement de la finalité de la protection des biens affecte l'effectivité de la protection. En effet, la protection est resserrée autour de certains biens en vue de protéger certaines personnes. Ainsi, seuls certains biens font l'objet d'une véritable protection : ceux qui permettent d'assurer la subsistance des membres de la famille. En somme, contrairement à la protection générale mise en œuvre en 1804, la protection des biens n'est désormais que spéciale.

CONCLUSION DU TITRE 1

824. Une philosophie législative unitaire. – L'étude de la législation contemporaine en matière de protection des biens en droit de la famille permet de mettre en lumière une philosophie législative unitaire. Bien qu'elle ne soit pas pensée, contrairement à 1804, elle transparaît des métamorphoses. L'unité de la philosophie tient à l'existence de lignes directrices qui poursuivent une finalité déterminée.

825. Des lignes directrices au service d'une finalité. – La cohérence entre les lignes directrices mises en œuvre et le but qu'elles poursuivent permet de considérer qu'un système contemporain de protection des biens en droit de la famille est en cours de structuration. La préservation des biens de subsistance permet d'assurer la protection matérielle des membres de la famille. Cette ligne directrice réalise directement l'objectif de la philosophie contemporaine. L'exaltation de la volonté est également au service de cette nouvelle philosophie puisque, dès lors qu'aucun bien de subsistance n'est en jeu, le législateur accorde une large part à la volonté. Ainsi, la philosophie législative s'écarte désormais du mouvement d'égalité qui a été insufflé pendant les années 60. Désormais, l'accent est mis sur le mouvement libéral. Le législateur semble favoriser une protection *in concreto*, fondée sur les besoins réels de chaque membre de la famille, plutôt qu'une protection fondée sur l'égalité.

826. Une philosophie inachevée. – Bien que cette philosophie législative se dégage clairement de la législation contemporaine, elle n'innervé pas encore l'ensemble de la protection des biens. En effet, il a été vu que la métamorphose de la philosophie législative est encore à l'œuvre dans les réformes les plus récentes. De surcroît, certaines réformes¹⁷⁹⁶ s'écartent de l'objectif implicitement établi en restaurant des objectifs d'égalité. De même, le maintien d'institutions, qui s'insèrent mal dans le nouveau dispositif, rend nécessaire de

¹⁷⁹⁶ Tel est le cas de la L. n° 2021-1109 du 24 août 2021, préc.

poursuivre les adaptations de la législation. Ainsi, si l'unité de la philosophie législative est possible, elle reste perfectible.

Titre 2

L'UNITÉ PERFECTIBLE DE LA PHILOSOPHIE LÉGISLATIVE

827. Méthodologie. – La philosophie de la protection des personnes par les biens établie, une relecture du droit patrimonial de la famille et des personnes doit être effectuée. En effet, il est nécessaire d'adapter les mécanismes de protection des biens pour les mettre en conformité avec les nouvelles lignes directrices de promotion de la volonté du propriétaire et de préservation des moyens de subsistance. Penser la cohérence de la protection des biens, en conformité avec cette nouvelle philosophie, conduit à limiter la pluralité des institutions lorsqu'elle n'est pas nécessaire. De plus, il est nécessaire de penser de manière globale les disciplines du droit patrimonial des personnes et de la famille dans leurs interconnexions, en proposant des mesures aptes à assurer ce souci de cohérence, bien que ces mesures présentent elles-mêmes des limites. La mise en conformité du droit à la philosophie législative implique également de ne pas remettre en cause les lois récemment adoptées, du moins dans leur esprit, car elles constituent l'essence de la nouvelle philosophie. Tout au plus, des ajustements seront proposés lorsqu'ils se révèlent nécessaires. L'objectif de protection des biens dans la famille tel que conçu de 1804 aux années 60 ne sera pas réanimé, si ce n'est lorsque la protection des biens dans la famille participe de la solidarité familiale, composante essentielle de la philosophie actuelle. Cet objectif de conservation des biens au sein de la famille ne devra, cependant, pas se heurter à l'objectif premier de protection de la personne par les biens, notamment au travers de la prééminence de la volonté du propriétaire. Ainsi, les institutions, les plus ancrées dans la tradition juridique française, pourront faire l'objet d'une étude lorsque lesdites institutions ne correspondent plus à l'objectif législatif recherché. En effet, les évolutions sont parfois telles

« que rarement le passé peut servir, à tous égards, de modèle et de règle au présent et à l'avenir »¹⁷⁹⁷.

828. Cette recherche de cohérence permettra d'améliorer l'unité de la philosophie législative en matière de protection des biens au sein de la famille. Elle peut s'effectuer tant en matière de protection en droit patrimonial de la famille (**Chapitre 1**), qu'en droit patrimonial des personnes en situation de vulnérabilité (**Chapitre 2**).

¹⁷⁹⁷ J.-M. DE LA CODRE DE BEAUDREUIL, *op. cit.*, p. 2.

Chapitre 1

LA COHÉRENCE DE LA PROTECTION EN DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE

829. L'unité du droit patrimonial de la famille. – Les régimes matrimoniaux, le droit des successions et le droit des libéralités forment un ensemble de règles classiquement dénommé droit patrimonial de la famille, celui-ci « régit des rapports pécuniaires à caractère familial »¹⁷⁹⁸. L'union de ces matières sous un même intitulé de règles rend compte de la nécessité de penser le droit patrimonial de la famille de manière unitaire. Elle implique leur indispensable articulation. Au sujet des droits du conjoint successible, par exemple, certains auteurs ont pu souligner l'interdépendance avec le droit des régimes matrimoniaux¹⁷⁹⁹. La nécessité d'articuler les droits du conjoint successible et les régimes matrimoniaux se retrouve également dans le rapport dirigé par C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, sur la réserve héréditaire¹⁸⁰⁰. La porosité entre les disciplines conduit à douter de la matière dont relèvent certaines questions, notamment celle des droits du conjoint successible, certains préconisant d'insérer cette problématique dans le droit des régimes matrimoniaux¹⁸⁰¹. Le caractère hybride de certains droits nécessite ainsi de les envisager au regard du droit patrimonial de la famille, plutôt que d'une matière en particulier.

830. Les deux grandes dynamiques pouvant être abordées relativement à la protection des biens dans le cadre du droit patrimonial de la famille conduit à s'intéresser successivement aux questions de transmission des biens (**Section 1**) puis aux questions patrimoniales du couple (**Section 2**).

¹⁷⁹⁸ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁹⁹ B. BEIGNIER, « L'enfant adultérin et le conjoint trompé (...) », art. préc.

¹⁸⁰⁰ C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *op. cit.*, pp. 129-130.

¹⁸⁰¹ B. BEIGNIER, « Contribution », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, préc., p. 9.

SECTION 1

LA COHÉRENCE DANS LES QUESTIONS DE TRANSMISSION DES BIENS

831. Penser la transmission des biens dans le cadre de la protection de la personne par les biens rend nécessaire l'instauration de mécanismes qui conduisent à la préservation des moyens de subsistance des différents membres de la famille (§1). Cependant, une telle étude n'épuise pas l'ensemble des dispositifs permettant une mise en conformité du droit à la philosophie législative actuelle, ce qui conduit à l'étude des autres dispositions successorales (§2).

§ 1 LES DISPOSITIFS DE PRÉSERVATION DES MOYENS DE SUBSISTANCE

832. La transformation de la réserve héréditaire en réserve alimentaire serait une mise en cohérence du droit avec la philosophie actuelle, correspondant à un passage de la conservation des biens dans la famille à une protection de la personne dans le besoin (A). Cependant, une telle mesure ne suffirait pas à assurer les solidarités au sein de la famille et nécessiterait d'être complétée par d'autres dispositifs solidaires (B).

A. La réserve alimentaire

833. L'instauration d'une réserve alimentaire serait conforme à la philosophie législative actuelle. Une telle modification nécessite d'étudier le principe de la réserve alimentaire (1) avant d'aborder sa mise en œuvre (2).

1. Principe

834. Conformité à la philosophie actuelle. – La transformation de la réserve héréditaire des descendants en une réserve alimentaire serait conforme à la nouvelle philosophie législative conduisant à privilégier une protection de la personne par les biens. En effet, la volonté du propriétaire serait renforcée, tout en permettant à l'héritier dans le besoin de bénéficier d'une part de la succession. En l'état actuel, la réserve ne se conforme pas à cette nouvelle philosophie¹⁸⁰², ce qui permet de s'interroger sur son devenir et sur la cohérence de la protection des biens au sein de la famille, particulièrement en matière successorale¹⁸⁰³. Le maintien de la réserve héréditaire tient essentiellement au symbole qu'elle véhicule : symbole historique, en

¹⁸⁰² V. *supra* n° 697 s.

¹⁸⁰³ R. Libchaber, « Des successions en quête d'avenir », art. préc.

ce qu'elle se perpétue depuis le droit romain et le droit coutumier, et symbole de l'appartenance à la famille. Il est certain qu'une réserve, dite alimentaire, se conformerait mieux à la nouvelle philosophie. Les apports du droit international privé seront utilement mobilisés pour interroger les modifications qu'impliquerait une telle transformation.

835. Une revalorisation de la volonté du propriétaire. – Le propriétaire pourra répartir ses biens sans contrainte : tant en nature qu'en valeur. La transmission de ses biens ne sera plus soumise à une destination familiale, les membres de la famille auraient « une large marge de liberté pour aménager à leur gré la répartition de leurs biens pour le temps où ils ne seront plus »¹⁸⁰⁴. Cette mesure permettrait une libéralisation de leur pouvoir de transmission à l'égard de tiers ou dans un but philanthropique. Toutefois, cette solution pourrait également permettre une meilleure répartition des biens au sein d'une famille en s'adaptant mieux à ses particularités. En effet, l'absence de contrainte permettrait à un beau-parent ayant toujours connu les enfants de son conjoint de leur transmettre la même part de son patrimoine qu'à ses enfants¹⁸⁰⁵, sans recourir à des renonciations anticipées à l'action en réduction pour consolider sa répartition. Ainsi, le *de cuius* ne sera plus soumis à la volonté de ses héritiers réservataires pour pouvoir organiser la transmission de ses biens. Elle permettrait également aux parents de penser la répartition de leurs biens de manière plus globale. Chaque enfant n'obtiendrait pas nécessairement une part dans chacune des successions de ses parents ; du moins les parts pourraient être inégalitaires dans une succession, afin de réaliser une transmission qui correspond mieux aux besoins de chaque descendant. Par exemple, deux époux mariés en séparation de biens avec deux enfants, le mari ayant une maison en propre avec des dépendances de ferme, l'épouse ayant une entreprise de comptabilité, pourraient décider de transmettre à chacun de leur enfant un bien en fonction de leur utilité pour l'héritier. L'enfant agriculteur pourrait recevoir l'intégralité du bien dans la succession de son père sans être redevable d'une indemnité de réduction, de la même manière que l'autre enfant, comptable, pourrait recevoir l'intégralité de l'entreprise dans la succession de sa mère. La répartition pourrait être pensée de manière globale en fonction de l'utilité du bien en considération des héritiers. Comme l'a déjà annoncé la doctrine, « le seul frein à cette liberté tient à une simple mais inexpugnable vocation alimentaire. Elle seule est, tout compte fait, de droit naturel »¹⁸⁰⁶. Cette conception est celle retenue en droit québécois. En effet, celui-ci ne connaît pas l'institution de la réserve

¹⁸⁰⁴ A. SÉRIAUX, « La réserve à la croisée des chemins. Rapport au garde des Sceaux du 13 décembre 2019 », *Dr. fam.* n° 4, avr. 2020, étude 14.

¹⁸⁰⁵ Sous réserve d'une adaptation du droit fiscal.

¹⁸⁰⁶ A. SÉRIAUX, « La réserve à la croisée des chemins. (...) », art. préc.

héréditaire, mais seulement une créance alimentaire contre la succession au bénéficiaire, notamment, des descendants et du conjoint survivant dans le besoin¹⁸⁰⁷. La transformation de la réserve héréditaire ne contredirait pas un droit à l'héritage, qui n'existe pas¹⁸⁰⁸. De plus, la solidarité familiale serait maintenue par le maintien d'une réserve alimentaire.

836. Une manifestation de la solidarité familiale. – La réserve est « l'expression de la solidarité familiale »¹⁸⁰⁹, ce qui requiert de maintenir l'expression de cette solidarité. En effet, la solidarité familiale doit primer la solidarité publique, lorsqu'elle est possible¹⁸¹⁰. Celle-ci serait présente avec l'instauration d'une réserve alimentaire. Certes, recentrer la réserve héréditaire sur sa seule fonction de solidarité familiale conduit à réaliser le risque pointé par M. GRIMALDI : « ainsi conçue, la réserve est assez fragile, car elle risque de dégénérer en une charge de la succession, plus précisément en une créance successorale subordonnée dans son principe et dans son montant à l'état de besoin de l'héritier »¹⁸¹¹. Cette forme de réserve s'inscrirait ainsi dans le cadre de la préservation des besoins de subsistance¹⁸¹². Il faut considérer, pour que ce mécanisme conserve son caractère successoral, qu'il s'agira d'un droit à l'encontre de la succession et non pas contre les bénéficiaires de la succession personnellement, qu'ils soient légataires universel ou à titre universel, et, *a fortiori*, légataire à titre particulier ; encore que le caractère successoral serait grandement atténué. En effet, sous ses modalités, la réserve se rapprocherait encore de la légitime romaine qui était conçue comme « un droit alimentaire plus que successoral »¹⁸¹³. Le caractère purement solidaire de la créance alimentaire contre la succession a déjà pu être souligné lors de l'instauration de cette modalité à l'égard des ascendants ordinaires : « l'héritage au bénéficiaire d'un ascendant ordinaire se trouve

¹⁸⁰⁷ C. civ. québécois, art. 684 et s. Il est intéressant de noter que le législateur québécois a hésité entre l'instauration d'une réserve héréditaire et celle d'une créance alimentaire. Cette dernière option a été retenue. Pour un historique de la question v. G. BRIÈRE, « L'obligation alimentaire survit désormais au décès du débiteur », *Revue générale de droit*, vol. 20, n° 4, déc. 1989, p. 649 et s. Pour une présentation générale de la créance alimentaire, v. G. BRAS MIRANDA, « Canada : Successions en droit civil québécois », fasc. 23, *J.-Cl. Droit comparé*, 20 mars 2012.

¹⁸⁰⁸ C.-M. PÉGLION-ZIKA, « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *RTD Civ.* 2018, p. 1.

¹⁸⁰⁹ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, *op. cit.*, p. 239.

¹⁸¹⁰ J. HAUSER, « Une famille récupérée », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 336.

¹⁸¹¹ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, *op. cit.*, p. 240.

¹⁸¹² Il s'agit de la conception de la créance alimentaire en droit québécois. En effet, elle est comprise comme un mécanisme permettant de limiter la liberté de disposer du *de cuius* pour prendre en compte les situations de précarité économique des bénéficiaires. En ce sens, v. Ch. MORIN, « Le droit civil québécois : un droit successoral d'origine française ignorant la réserve », *Dr. fam.* n° 5, mai 2005, étu. 12.

¹⁸¹³ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, *op. cit.*, p. 236.

aujourd'hui réduit à une pension et à la situation de besoin de ce type de successible. Ici, l'on observe un glissement net, de l'idée de succession à celle de solidarité »¹⁸¹⁴.

837. La réserve alimentaire pourrait prendre plusieurs formes. Elle pourrait prendre la forme des pensions alimentaires prévues pour les ascendants ordinaires ou le conjoint survivant contre la succession. Le régime pourrait également être inspiré des modalités de réalisation de la prestation compensatoire qui permet une plus grande adaptabilité de sa mise en œuvre : attribution d'un capital, en numéraire ou sous la forme du délaissement d'un bien, ou pension. La réalisation de la réserve alimentaire sous forme de pension est plus conforme à l'esprit alimentaire qui la guide. Elle présente divers avantages : réévaluation du montant de la pension en fonction des évolutions de la situation du créancier, arrêt du paiement de la pension lorsque la situation de précarité économique disparaît. Cependant, l'attribution d'un capital peut également présenter des avantages : paiement en une fois permettant de préserver la paix des familles, maintien d'un certain esprit de la réserve héréditaire, notamment en raison de la possibilité de délaisser un bien. Si un tel aménagement n'est pas prévu, il est possible de s'interroger sur la pertinence de la dénomination de « réserve alimentaire ». En effet, l'esprit de la réserve implique l'obtention d'un capital, en numéraire ou en nature, qui disparaît lorsque seule une pension alimentaire peut être accordée. La cohérence de la protection de la personne par les biens pourrait conduire à opter pour une unité de la conception de la créance alimentaire contre la succession. Il serait également possible de considérer que les descendants sont dans une situation qui n'est pas analogue à celle des ascendants et du conjoint, en tant que bénéficiaire privilégié du patrimoine de leur ascendant, ce qui demeurerait le cas dans les successions *ab intestat*, plaidant pour une modalité de mise en œuvre distincte. La transformation de la réserve conduirait à une transformation de l'expression des solidarités au sein de la famille. En effet, « les solidarités familiales sur le temps long, auxquelles faisait écho l'institution de la réserve, sont désormais appelées à céder le pas aux solidarités familiales sur le temps court, dont l'obligation alimentaire constitue sans doute l'une des meilleures expressions »¹⁸¹⁵.

838. Une transformation plausible. – L'instauration d'une créance alimentaire à l'encontre de la succession est un mécanisme connu. En effet, un tel mécanisme existe déjà pour le conjoint ou encore les ascendants ordinaires, lorsqu'ils sont dans le besoin. De plus, la transformation

¹⁸¹⁴ F. BELLIVIER et J. ROCHFELD, « Droit successoral – conjoint survivant – enfant adultérin », *RTD civ.*, 2002, p. 156.

¹⁸¹⁵ A. SÉRIAUX, « Réserve, légitime et quarte du conjoint pauvre (...) », art. préc.

de la réserve héréditaire en réserve alimentaire est un processus connu, tel est le cas de la réserve héréditaire dans l'ordre international. De manière générale, la transformation de la réserve héréditaire conduit essentiellement à l'adoption d'« un droit successoral à des aliments »¹⁸¹⁶. Le passage d'une réserve héréditaire à une créance alimentaire est un phénomène fréquemment utilisé par le législateur et le juge ; dès lors, il n'étonne pas dans son principe. Ainsi, « ériger en matière de successions une obligation de "solidarité/responsabilité" semble donc tout à fait cohérent »¹⁸¹⁷. Le descendant aurait vocation à demander le bénéfice de la réserve alimentaire chaque fois qu'il se trouve dans une situation économique précaire. Une difficulté peut cependant se présenter : il s'agit du cas de l'héritier qui recueille une part dans la succession, sans que cette part ne lui permette de sortir de l'état de besoin alors que les forces de la succession le permettraient. Ne pas admettre le recours à la réserve alimentaire pourrait avoir un effet pervers, qui conduirait le *de cuius* à concéder une part négligeable de la succession à son descendant pour qu'il ne puisse pas obtenir le bénéfice de la réserve alimentaire. Si les droits que l'héritier recueille dans la succession ne lui permettent pas de sortir de cet état de besoin, il pourrait avoir vocation à demander le bénéfice de la réserve alimentaire, ce qui serait particulièrement le cas lorsque le défunt s'est dépouillé par libéralités de ses biens les plus importants sans pour autant exhéredier le descendant concerné, celui-ci ne recueillant que des choses de peu.

839. Limite symbolique. – Malgré le maintien d'une solidarité familiale et le rapprochement avec la légitime romaine, il n'en demeure pas moins un affaiblissement de la protection des biens dans le cadre familial. En effet, il n'y aura plus aucune nécessité de transmettre, tant en nature qu'en valeur, les biens issus de la famille. Or, « l'héritage est une affaire d'argent, mais pas uniquement : c'est aussi un symbole, l'entrée dans le cercle de la famille »¹⁸¹⁸. Le caractère familial de la transmission serait alors cantonné aux transmissions *ab intestat*. C'est peut-être le droit fiscal qui marquera, davantage que le droit civil, la faveur faite aux transmissions familiales en maintenant une fiscalité plus avantageuse à l'intérieur du cercle familial.

840. Limite philosophique. – Il est possible de se demander si cette nouvelle modalité de la réserve est en totale conformité avec la nouvelle philosophie de la protection de la personne par les biens. En effet, cette philosophie est irriguée par la volonté de diminuer le recours au juge. Or, il est possible qu'une telle modalité conduise à une augmentation du contentieux

¹⁸¹⁶ *Ibidem.*

¹⁸¹⁷ H. FULCHIRON, « Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin », *D.* 2017, p. 2310.

¹⁸¹⁸ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, *op. cit.*, p. 243.

successoral¹⁸¹⁹ sur la question de savoir si l'héritier est dans un état de besoin et, le cas échéant, sur le montant à lui allouer. Il faudra alors compter sur la contrainte, non légale, mais morale qui pèse sur le *de cuius* afin qu'il n'élide pas de la transmission de ses biens à ses descendants dans le besoin. Cependant, la difficulté réside dans la capacité du *de cuius* à anticiper l'état de besoin de ses héritiers au moment de l'ouverture de la succession. L'intervention judiciaire se fera toutefois *a posteriori*, ce qui reste la modalité privilégiée de recours au juge dans le nouveau droit patrimonial de la famille.

841. Limite pratique. – Une difficulté réside également dans le délai alloué à l'héritier pour demander le bénéfice de cette réserve alimentaire. En effet, les créances alimentaires contre la succession sont enserrées dans un délai « d'un an à partir du décès ou du moment où les héritiers cessent d'acquitter les prestations qu'ils fournissaient auparavant », selon les termes des articles 758 et 767 du Code civil¹⁸²⁰. Ce délai, arbitraire, mais nécessaire pour la sécurité juridique de la transmission, conduira à des situations dans lesquelles l'état de besoin de l'héritier pourrait naître après l'écoulement du délai, créant une faille dans la solidarité familiale.

842. La consécration de la réserve alimentaire ne peut se faire sans des aménagements du droit successoral et des libéralités dans son ensemble. Il convient donc d'étudier la mise en œuvre de la réserve alimentaire.

2. *Mise en œuvre*

843. La transformation de la réserve héréditaire en réserve alimentaire emporte des conséquences en ricochet sur les droits des successions et des libéralités qui nécessitent de s'interroger sur la mise en œuvre d'une telle institution. En effet, il convient de s'interroger sur ce qu'il advient des libéralités faites par le défunt lorsqu'au jour du décès l'un des héritiers est dans le besoin et demande le bénéfice de la réserve alimentaire. Cette étude nécessite d'envisager successivement le calcul de la réserve alimentaire (a) et l'anticipation de la succession (b).

¹⁸¹⁹ J. GASTÉ et X. RICARD, « Résumé d'audition », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, préc., p. 142 ; A. SÉRIAUX, « Réserve, légitime et quarte du conjoint pauvre (...) », art. préc.

¹⁸²⁰ Il est à noter que l'article 684 du Code civil québécois prévoit un délai de six mois suivant le décès. Ce délai réduit permet de limiter l'insécurité quant à la transmission des biens. Toutefois, il semblerait que le délai d'un an prévu par le droit français en matière de créance alimentaire contre la succession réalise un meilleur équilibre entre sécurité juridique et prise en compte de la précarité du bénéficiaire. Cet équilibre est nécessaire, car la réserve alimentaire serait conçue comme le minimum de solidarité familiale au moment du décès.

a. *Le calcul de la réserve alimentaire*

844. Masse de calcul. – Comme toute créance alimentaire, celle-ci sera fonction des besoins du créancier, mais également des ressources du débiteur. Ainsi, le débiteur de la créance alimentaire étant la succession, il convient de déterminer l'actif successoral à retenir pour apprécier les ressources du débiteur.

845. L'actif successoral à retenir pour le calcul de la créance alimentaire peut se déterminer de différentes manières en fonction du traitement qui sera fait des libéralités consenties par le *de cuius*. En effet, si le calcul de la créance alimentaire s'effectue sur la seule base des biens présents au jour de la succession, le calcul de la réserve alimentaire ne conduit pas à une remise en cause des libéralités effectuées pas le défunt, qu'il s'agisse des libéralités entre vifs ou à cause de mort. Ce mode de calcul conduirait à priver l'héritier alimentaire de tout droit en présence d'un legs universel, faute de biens présents. Ainsi, il ne semble pas opportun, dans l'esprit d'une réserve alimentaire, de retenir ce mode de calcul. Tel n'est d'ailleurs pas le cas de la créance alimentaire des ascendants ordinaires ou du conjoint contre la succession qui « est supportée par tous les héritiers et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument », conformément respectivement aux articles 758, alinéa 3, et 767, alinéa 3, du Code civil. La réserve alimentaire pourrait ainsi se conformer à ces mêmes conditions en faisant supporter la créance aux successeurs universels ou à titre universel et, en cas d'insuffisance, aux légataires à titre particulier. Ainsi, les legs seraient nécessairement affectés. Certes, ils ne seraient pas, à proprement parler, remis en cause, car, faute de réserve héréditaire à protéger, il n'y aurait pas de réduction de libéralités. Mais ils seraient nécessairement atteints, car la valeur nette touchée par le légataire serait diminuée d'autant qu'il sera mis à contribution pour le paiement de la réserve alimentaire. Il existe, toutefois un certain équilibre entre volonté du défunt et solidarité due à la famille. Cependant, si le défunt s'est majoritairement dépouillé de son patrimoine par des libéralités entre vifs, les droits obtenus par l'héritier alimentaire seront considérablement réduits, car dans de tels calculs les donations ne seraient jamais prises en compte.

846. La prise en compte des libéralités rapportables. – Il serait opportun de prendre en considération les donations. Dans un premier temps, il convient de s'interroger sur la prise en compte des donations rapportables. Une telle prise en compte conduirait à utiliser, pour la détermination des ressources de la succession, l'actuelle masse partageable entre héritiers. Il s'agirait d'intégrer les donations qui sont faites aux bénéficiaires d'autres héritiers présomptifs, qui

seraient en l'état actuel du droit soumis au rapport par principe. Le but du rapport est précisément de maintenir une égalité entre les héritiers, sa prise en compte ferait sens dans un objectif de mise en œuvre de la solidarité familiale. Le rapport pourrait alors habilement être utilisé comme un mécanisme de solidarité entre ascendant et descendant, mais également entre descendants lorsque l'un d'eux est dans le besoin. Il pourrait être objecté que cette prise en compte va à l'encontre de la réserve alimentaire et qu'elle crée une insécurité juridique fonction de l'état de nécessité de l'héritier, mais elle est également plus conforme à la solidarité que se doit d'assurer la famille en son sein. La prise en compte du rapport pour la détermination des ressources de la succession serait possible, car la suppression de la réserve héréditaire n'implique pas la suppression du rapport des donations. En effet, lorsque la succession sera *ab intestat*, le fait que le défunt ait effectué des libéralités à l'égard d'héritiers présomptifs n'implique pas nécessairement qu'il ait entendu rompre l'égalité entre ses héritiers, le rapport devrait donc utilement être maintenu. L'intérêt du rapport sera d'allotir le donataire lorsqu'il sera héritier et permettra toujours de respecter l'égalité entre les héritiers. En effet, lorsque la libéralité sera rapportable – principe maintenu pour les donations et sur stipulation pour les legs – cela signifiera que le donateur ou testateur n'a pas de volonté de créer un avantage particulier à l'égard d'un de ses héritiers. La limite est que si la libéralité est stipulée hors part, il n'y aura pas de réduction, car à défaut de réserve héréditaire à respecter, il n'y a plus de libéralité à réduire. Ce mode de calcul tendrait à rendre la réserve héréditaire mixte : entre une créance alimentaire et une « prestation tendant à rééquilibrer ses droits par rapport à ceux des héritiers ou légataires favorisés par le défunt »¹⁸²¹. Il faut tout de même avoir conscience que le mécanisme aura tendance à jouer à la marge : d'abord, car il n'est pas certain que l'exhérédation d'un descendant soit fréquente ; ensuite, car l'héritier devra montrer qu'il est dans une situation de précarité ; enfin, car les seules ressources de la succession ne suffisent pas à la détermination de la créance, mais que les besoins du créancier sont également pris en compte. La prise en compte des seules donations rapportables conduit toutefois à accorder une faveur à tous les donataires qui ne sont pas redevables du rapport à succession en raison de leur qualité ou de la stipulation du donateur. Ce qui conduirait, notamment, à une certaine faveur faite aux donations en dehors du cadre familial, qui ne seront plus réductibles dès lors qu'il n'y aura plus d'atteinte à la réserve héréditaire.

¹⁸²¹ I. BARRIÈRE-BROUSSE, « Les incidences des arrêts du 27 septembre 2017 en droit international privé », art. préc.

847. La prise en compte des donations préciputaires. – Dans un second temps, il est possible de s’interroger sur la prise en compte des donations non soumises au rapport. Si les donations effectuées par le défunt, non soumises au rapport, sont effectuées à l’égard de personnes qui auraient dû être soumises au rapport à défaut de volonté contraire du défunt, dans ce cas, il est possible de penser que ne pas prendre en compte cette volonté pourrait conduire à un déséquilibre en faveur de l’héritier alimentaire. Cependant, si le défunt s’est dépouillé de l’essentiel de ses biens par le biais de donations non rapportables la créance alimentaire du descendant s’en trouvera particulièrement affectée. Par ailleurs, l’exclusion des donations faites à des personnes qui ne seraient pas tenues au rapport dans une succession *ab intestat*, conduit à privilégier des personnes qui ne sont pas les héritiers naturels, du moins considérés comme tels, du défunt. Particulièrement, si le défunt effectue des donations hors du cadre familial, cela contribuerait à favoriser les donations aux tiers par rapport à la solidarité familiale. À d’autres égards, la prise en compte de ces donations conduit à reconstituer le patrimoine du défunt selon la masse de calcul ayant cours pour le calcul de la réserve héréditaire. Ainsi, la base de calcul de la réserve alimentaire serait la même que celle de la réserve héréditaire¹⁸²², ce qui contribuerait à la confusion des deux institutions et alimenterait la thèse selon laquelle les droits de l’héritier alimentaire se conçoivent au regard des droits que l’héritier aurait dû avoir dans la succession de laquelle il s’est fait évincer. Les donations ne seraient pas, à proprement parler, remises en cause, car elles ne seraient pas soumises à la réduction des libéralités excessives, mais elles seraient de fait atteintes si le donateur devait contribuer au paiement d’une pension alimentaire du descendant dans le besoin. Il serait tout de même possible de les prendre en compte pour le calcul sans pour autant que les donataires soient les premiers concernés par le paiement de la pension. Ainsi, la mise en cause des donataires pourrait être subsidiaire à celle des légataires à titre particulier, sur le modèle de la réduction des libéralités excessives. La pension pourrait alors être supportée par tous les héritiers et, en cas d’insuffisance par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émoulement¹⁸²³ – et, à nouveau, en cas

¹⁸²² La solution retenue en droit québécois est également intéressante. En effet, la législation québécoise ne prend pas en compte l’ensemble des donations effectuées par le *de cuius*. Si les libéralités à cause de mort sont comprises dans la masse successorale, seules les donations effectuées dans les trois ans précédant le décès font l’objet d’une réunion fictive à la masse successorale pour leur valeur, conformément à l’article 687 du Code civil québécois. Cette solution assure une meilleure sécurité juridique et un meilleur respect des volontés du *de cuius*. Toutefois, les restrictions de l’assiette du droit de créance alimentaire limitent la solidarité familiale. Or, si la réserve alimentaire est conçue comme le degré minimal de solidarité qu’imposent les liens familiaux, une telle limitation ne semble pas opportune.

¹⁸²³ Sur le modèle de l’article 767 du Code civil.

d'insuffisance, par les donataires, en commençant par le dernier, et ainsi de suite en remontant des derniers aux plus anciens¹⁸²⁴.

848. Selon un tel modèle, bien que subordonnée à l'état de besoin du descendant, la réserve alimentaire permettrait efficacement d'activer la solidarité familiale. Il y aurait une rupture franche avec la philosophie ancienne et l'objectif de conservation des biens dans la famille, pour que le droit successoral assure, lorsque cela est nécessaire, une protection de la personne par le biais des biens. La réserve alimentaire, conçue comme un mécanisme correcteur de la volonté du propriétaire, ne devrait cependant pas aboutir à octroyer une créance alimentaire supérieure dans son montant à la part de réserve héréditaire que l'héritier aurait eu conformément au droit actuel. Il ne relèverait pas de l'esprit de la modification législative de permettre à un enfant d'obtenir plus que ce qu'il aurait reçu dans la succession en application de la réserve héréditaire, sans entraîner un déséquilibre entre la volonté du défunt et la solidarité familiale. Il ne faudrait pas qu'en voulant accroître les pouvoirs du *de cuius*, le législateur contribue à les diminuer, d'autant plus que la prévisibilité de l'état de besoin du descendant au jour de la succession est faible.

849. La réserve alimentaire imposée aux donataires pourrait s'analyser en une charge légale de la donation. La charge serait, dans un tel cas, prévue dans l'intérêt d'un tiers. Pour les donations, il n'y aurait donc pas, non plus, de remise en cause de la libéralité. Simplement, la donation portera en réalité sur la valeur du bien donné déduction faite de la charge assumée par le donataire¹⁸²⁵.

850. La prise en compte des libéralités pour le calcul des ressources de la succession permettant de déterminer le montant de la réserve alimentaire contribuerait au maintien des liens qu'entretiennent le droit des successions et le droit des libéralités, assurant la cohérence des deux matières. À défaut de maintien de ses liens, par l'absence de prise en compte des libéralités, le droit des libéralités perdrait son caractère familial et se détacherait ainsi du droit patrimonial de la famille¹⁸²⁶. Au-delà des enjeux de solidarité familiale, c'est l'unité du droit patrimonial de la famille qui serait remise en cause. La mise en place de la réserve alimentaire ne conduira pas à la simplification du droit des successions chaque fois qu'elle sera accordée par le juge.

¹⁸²⁴ Sur le modèle de l'article 923 du Code civil.

¹⁸²⁵ I. NAJJAR, « Donation », *Rep. civ.*, janv. 2008, (act. fév. 2022), n° 618.

¹⁸²⁶ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, *op. cit.*, p. 3.

851. *Quantum.* – Certains auteurs préconisent au contraire de déterminer « des proportions maximales dans lesquelles chacun des créanciers d'aliments serait en droit de puiser dans la succession »¹⁸²⁷, ou encore que soit pris en compte « l'attribution anticipée de gains de survie par le *de cuius* à ceux envers lesquels il est redevable d'une obligation d'entretien même au-delà de la mort »¹⁸²⁸. Le premier mécanisme permettrait une certaine prévisibilité du montant qui pourrait être alloué si un ou plusieurs héritiers sont dans le besoin au jour de l'ouverture de la succession. Cette prévisibilité est d'autant plus nécessaire que la pluralité des membres pouvant prétendre à une telle créance s'élargit¹⁸²⁹. Le second mécanisme, quant à lui, permettrait de ne pas remettre en cause la répartition de la succession prévue par le *de cuius*. Cependant, il ne permettrait pas une protection efficace du descendant dans le besoin, car si l'attribution anticipée laisse le descendant dans le besoin au jour de la succession, celui-ci n'aurait alors aucun droit contre la succession, ce qui n'est pas conforme à l'idée de faire prévaloir la solidarité familiale sur la solidarité publique. Toutefois, cela conduirait à une remise en cause de la répartition du *de cuius* alors même que l'état de besoin du descendant proviendrait de sa prodigalité. Il apparaît ainsi que les difficultés liées à l'anticipation successorale sont d'autant plus complexes dans un système qui connaît la réserve alimentaire.

b. L'influence sur l'anticipation successorale

852. Remise en cause du principe de l'anticipation. – La suppression de la réserve héréditaire permet-elle de conserver un principe d'anticipation successorale ? Certains auteurs considèrent que tel n'est pas le cas, car « la liberté est totale jusqu'au dernier moment »¹⁸³⁰. Ainsi, il y aurait une remise en cause de ce qui semble être un des traits majeurs de l'expression de la volonté du *de cuius*. Cependant, l'anticipation a été qualifiée de moyen de mise en œuvre de la volonté du propriétaire¹⁸³¹. Peut-être que ce moyen est rendu nécessaire du fait de l'existence de la réserve héréditaire. Ainsi, c'est la coexistence des philosophies de conservation des biens dans la famille et de la protection des personnes par les biens qui conduit essentiellement à plébisciter l'anticipation successorale. Il faut tout de même noter que la

¹⁸²⁷ A. SÉRIAUX, « Réserve, légitime et quarte du conjoint pauvre (...) », art. préc.

¹⁸²⁸ *Ibidem*.

¹⁸²⁹ La solution retenue par le droit québécois pourrait utilement inspirer la législation française. L'article 688 du Code civil québécois dispose que la créance « ne peut excéder la différence entre la moitié de la part à laquelle il aurait pu prétendre si toute la succession (...) avait été dévolue suivant la loi et ce qu'il reçoit de la succession ». La référence à la succession *ab intestat* permet de détacher le *quantum* de la réserve alimentaire de toute référence à un critère qui renverrait à la réserve héréditaire.

¹⁸³⁰ R. LE GUIDEC, « La réserve héréditaire : quel avenir ? », art. préc.

¹⁸³¹ V. *supra* n° 665 s.

transformation de la réserve héréditaire en réserve alimentaire compliquerait plus encore l'anticipation successorale que la suppression pure et simple de la première.

853. Remise en cause de la renonciation anticipée à l'action en réduction. – En l'absence de réserve héréditaire, il est certain que la renonciation anticipée à l'action en réduction des libéralités excessives ne survivra pas, faute de libéralité à réduire et de réserve à préserver. Cependant, il est possible de se demander s'il serait envisageable d'instaurer une renonciation anticipée à la réserve alimentaire, la réponse ne semble pas devoir être positive¹⁸³². En effet, en tant que créance alimentaire, il n'est pas certain que le descendant créancier pourra renoncer par anticipation à la réserve alimentaire. Il n'est, en effet, pas possible de renoncer à un droit alimentaire avant que celui-ci ne soit acquis¹⁸³³. Ainsi, il ne sera pas possible de renoncer avant que le constat de l'état de besoin soit effectué au jour de l'ouverture de la succession¹⁸³⁴. Il n'est même pas certain qu'au jour de la succession, la renonciation puisse être effectuée, car l'état de nécessité pourrait apparaître dans l'année suivant l'ouverture de la succession, sans qu'il soit possible de renoncer avant. Il s'agit là de l'application du principe d'indisponibilité des obligations alimentaires¹⁸³⁵. La renonciation anticipée à la réserve semble ne se justifier que lorsque l'on se trouve dans un système où la liberté testamentaire du *de cuius* est fortement contrainte, notamment quant au *quantum* du disponible. Le pacte, aussi utile soit-il pour l'anticipation et la sécurité juridique, ne semble cependant plus être justifié lorsque la réserve est conçue comme le minimum de solidarité exigé au sein des familles, d'autant plus lorsque la mise en œuvre de cette solidarité familiale permettra de ne pas déclencher la mise en œuvre des solidarités publiques à l'égard de l'héritier destiné à demander la réserve. Cette instabilité risque de remettre en cause la volonté du défunt. Ainsi, un legs effectué au profit d'un enfant handicapé pourrait être partiellement remis en cause dans son montant par l'attribution d'une réserve alimentaire à l'égard d'un enfant qui n'était pas dans le besoin au jour de la prévision de la succession par le *de cuius*. Moins prévisible, les successions seront peut-être également moins apaisées. En effet, l'anticipation successorale est considérée comme vecteur de la paix des familles, notamment en ce qu'elle contribue à la participation des héritiers, par exemple, par le biais d'une donation-partage. Or, si la liberté du *de cuius* s'accroît à l'égard de la transmission

¹⁸³² En ce sens, v. également A. SÉRIAUX, « Réserve, légitime et quarte du conjoint pauvre (...) », art. préc.

¹⁸³³ Sur le modèle de la prestation compensatoire, voir J. HAUSER, « Des renonciations à la prestation compensatoire », *RTD civ.*, 1992, p. 370 ; J. HAUSER, « Renonciation à la prestation compensatoire », *RTD civ.* 2002, note ss. *Civ. 2^e*, 20 juin 2002, p. 789.

¹⁸³⁴ H. BOSSE-PLATIÈRE et J. PIERROT-BLONDEAU, « Droit à la prestation compensatoire », in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 359.

¹⁸³⁵ V. BONNET, H. BOSSE-PLATIÈRE et A. MULLOT-THIÉBAUD, « Obligation alimentaire », *Rép. Civ.*, oct. 2020, n° 88.

de son patrimoine, il semblerait que l'anticipation et la prévision commune du devenir des biens soit une source de la paix des familles. La transformation de la réserve héréditaire en réserve alimentaire fragilise ainsi l'anticipation successorale, malgré sa conformité à la philosophie de la protection des personnes par les biens. Toutefois, il est un cas où l'anticipation pourrait être favorisée avec la suppression de la réserve héréditaire, celui de la prise en compte d'un enfant vulnérable, notamment en raison de son handicap.

854. L'anticipation du devenir d'un enfant vulnérable. – Les parents ayant connaissance de la particulière vulnérabilité d'un enfant, en raison de sa situation de handicap, pourraient plus facilement aménager leur succession. Il serait envisageable notamment de recourir aux libéralités graduelles et résiduelles. D'une part, cet enfant pourrait recevoir une part plus importante que les autres héritiers pour assumer les dépenses liées à son handicap. D'autre part, des biens pourraient lui être transmis au moyen de libéralités graduelle ou résiduelle sans qu'elles se heurtent à la nécessité de transmettre une réserve libre de charge¹⁸³⁶. Ainsi, un double objectif pourrait être réalisé par l'ascendant : assurer la solidarité familiale tout en maîtrisant le devenir de ses biens. Les deux lignes directrices de la philosophie législative innerveraient l'anticipation successorale dans un tel cas.

855. Il demeure que le caractère familial attaché à la réserve est réduit à une part congrue lorsqu'elle est alimentaire. Celle-ci ne semble donc pas suffisante en guise de remplacement de la réserve héréditaire, il conviendrait d'ajouter en droit positif des dispositifs de solidarité permettant d'aboutir à un équilibre entre la volonté du propriétaire et la solidarité familiale.

B. Les autres dispositifs solidaires

856. Le déséquilibre qui serait introduit par la mise en place d'une réserve alimentaire conduit à s'interroger sur les mécanismes qui permettraient de rétablir un équilibre sans pour autant remettre en cause la nouvelle philosophie législative. Deux types d'aménagement peuvent être envisagés afin d'obtenir un équilibre entre la volonté du propriétaire et la prise en compte de la famille. La mise en place d'un droit de préemption permettrait de marquer le caractère familial des biens issus de la famille (1). L'utilisation de l'attribution préférentielle permettrait de renforcer la solidarité familiale de la mesure (2).

¹⁸³⁶ Sur les difficultés d'articulations entre réserve héréditaire et libéralités graduelles ou résiduelles, v. Ch. VERNIÈRES et G. BONNET, « Réflexions pratiques sur les libéralités graduelles et résiduelles », *Defrénois*, 15 janv. 2017, p. 59.

1. *Le droit de préemption familial*

857. Un droit de préemption familial. – S'il ne semble pas souhaitable d'étendre la qualification des souvenirs de famille aux immeubles par nature, il n'est pas inconcevable de créer un régime juridique qui permettrait une prise en compte des liens qui unissent les membres d'une famille à un bien immeuble par la technique du droit de préemption. Le droit de préemption est « la faculté conférée par la loi ou par la convention à une personne (bénéficiaire d'une option) d'acquérir, de préférence à toute autre, un bien que son propriétaire se propose de céder, en se portant acquéreur de ce bien dans un délai donné, en général aux prix et conditions de la cession projetée »¹⁸³⁷. Technique qui, bien qu'imparfaite, permet tout de même de marquer le caractère familial du bien. Cette idée n'est pas nouvelle. En effet, elle a déjà eu cours sous d'autres formes dans l'Ancien droit. L'Ancien droit connaissait deux techniques permettant la prise en compte du caractère familial d'un bien : le droit de préemption des lignagers et le retrait lignager. Le droit de préemption des lignagers est perçu comme « une technique multiséculaire de conciliation entre l'intérêt individuel (disposer du bien) et l'intérêt du groupe (contrôler la destination du bien) »¹⁸³⁸. Ainsi, cette technique permettrait, dans le droit contemporain, de concilier la liberté du propriétaire reconnue dans le cadre familial, avec la prise en compte des liens qui se forment entre les membres d'une famille et ses biens. Cette technique porte simplement atteinte à la liberté, reconnue par principe au propriétaire, de choisir son cocontractant à l'occasion de la vente de l'un de ses biens¹⁸³⁹. Cependant, contrairement au retrait lignager, elle ne porte pas une atteinte aux droits de l'acquéreur. Le retrait lignager permettait « à chaque membre de la famille d'où provient ce bien, (...) [d']être substitué à l'acquéreur en remboursant à ce dernier le prix d'achat et les frais du contrat »¹⁸⁴⁰. Cette figure de la prise en compte du caractère familial des biens ne semble pas la plus adéquate, car elle donne aux membres de la famille un pouvoir qui ne semble pas aller dans le sens de la législation contemporaine. De plus, la suppression des retraits est faite à la suite du constat qu'ils « paralysaient les aliénations en frappant de précarité la propriété de l'acquéreur »¹⁸⁴¹. Plus largement, la disparition de l'institution est due au fait qu'elle « a été amalgamé[e] aux institutions féodales en raison de sa ressemblance avec le retrait seigneurial et de son utilisation dans un esprit aristocratique »¹⁸⁴². De telles craintes ne sont plus désormais ; l'introduction de

¹⁸³⁷ G. CORNU, V° *Préemption*, in *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 788.

¹⁸³⁸ A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, p. 59.

¹⁸³⁹ G. PILLET, « Préemption et retraits », *Rép. Immo.*, mars 2010, n° 76.

¹⁸⁴⁰ A.-M. PATAULT, op. cit., p. 59.

¹⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 174.

¹⁸⁴² J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 86.

telles institutions dans le droit contemporain permettrait de réanimer l'esprit familial que peuvent avoir les biens immeubles. Si le retrait pouvait être conçu comme « un vestige de l'idée de propriété familiale sur les immeubles »¹⁸⁴³, il permettrait désormais de rendre compte des liens qui se créent entre la famille et ses biens. Les inconvénients du retrait à l'égard du tiers acquéreur, plaiderait davantage pour le recours à un droit de préemption. Il convient alors de délimiter les contours de ce droit : déterminer les biens devant faire l'objet d'un tel droit, en fonction des actes projetés sur ce bien, et les personnes bénéficiaires.

858. Les biens concernés. – Quant aux biens devant faire l'objet de la purge du droit de préemption familial, il pourrait s'agir des immeubles qui ont été reçus par un membre de la famille par libéralités ou successions. En effet, l'impossibilité de les qualifier de souvenirs de famille, en raison de leur importante valeur, ne devrait pas occulter le fait que les immeubles peuvent être une source de souvenirs de la famille. L'avantage de l'utilisation d'un tel droit, plutôt que du rattachement au régime juridique des souvenirs de famille, est qu'il ne pose aucune difficulté quant à la qualification de la propriété. Le bien appartient uniquement à son propriétaire qui peut le céder. Le droit se contente de considérer que certaines personnes doivent être privilégiées dans le cadre de l'acquisition. Cependant, ce droit de préemption pourrait se trouver inefficace si le bien a fait l'objet d'une mise en société. En effet, la vente des parts sociales pourrait empêcher de considérer que le bien lui-même fait l'objet de la vente. La mise en société pourrait alors être utilisée comme un contournement de ce nouvel outil de préservation des biens familiaux. Peut-être faudrait-il considérer que dans un tel cas, la société ne fait pas écran au droit de préemption.

859. Les actes concernés. – Quant aux actes projetés qui nécessiteraient la purge du droit de préemption familial, il s'agirait des actes à titre onéreux dont la contrepartie de la propriété du bien est due en argent. En effet, les actes à titre gratuit et certains actes à titre onéreux, tel l'apport en société ou l'échange, ne conduisent pas à la purge du droit de préemption¹⁸⁴⁴. Le droit de préemption ne serait ainsi pas sans limite, car conditionné à l'aliénation du bien contre une somme d'argent. Toutefois, pour les actes à titre gratuit d'autres mécanismes sont déjà en place pour assurer la prise en compte du caractère familial, telle que la réduction des libéralités excessives.

¹⁸⁴³ *Ibidem.*

¹⁸⁴⁴ G. PILLET, « Préemption et retraits », préc., n° 16.

860. Les bénéficiaires. – Quant aux bénéficiaires du droit de préemption, il pourrait s’agir des frères et sœurs de la personne qui, ayant reçu un bien à titre gratuit pas l’ascendant commun, décide de le céder. Ces bénéficiaires semblent être des bénéficiaires de premier ordre, car le bien provient, par hypothèse, de leur père et mère. Classiquement, le préempté devrait payer le prix du bien dans les conditions prévues à la vente¹⁸⁴⁵. La valeur morale du bien ne fait pas obstacle au règlement de sa valeur pécuniaire¹⁸⁴⁶, le mécanisme permettrait ainsi d’assurer la conservation du bien dans la famille mais à titre onéreux. Lorsque par une libéralité le *de cujus* aura fait sortir le bien de la famille, il serait également possible d’accorder à ses héritiers un droit de préemption, spécialement lorsque le tiers revend le bien peu de temps après la transmission des biens, car dans une telle configuration il est possible de penser que ce n’est pas tant le bien, *per se*, qui bénéficie au donataire, mais sa valeur vénale. Les héritiers pouvant préférer conserver la substance du bien.

861. L’intérêt de l’institution. – Une telle institution permettrait d’assurer l’équilibre entre la volonté et la prise en compte de l’aspect familial des biens. Il est vrai que ce mécanisme ne se fonderait pas entièrement dans une philosophie législative qui semble privilégier la personne, car il ne s’agit pas de prendre en compte les besoins des membres de la famille¹⁸⁴⁷, mais au contraire de souligner le caractère familial du bien en favorisant son maintien dans la famille. Elle serait l’expression, en droit patrimonial, de la « fonction affective de la famille »¹⁸⁴⁸. Cependant, même si le mécanisme ne se conforme pas aux lignes directrices de la législation contemporaine, il ne la heurte pas frontalement. Il est alors possible de penser que les lignes directrices instaurées dans la législation pourraient être utilement complétées d’une prise en compte de la famille dans la protection des biens. Toutefois, il est à craindre qu’une telle solution ne serait pas retenue dans une législation contemporaine tournée vers l’avenir, en témoigne la faveur accrue pour l’anticipation. En effet, la mesure proposée est, quant à elle, davantage tournée vers le passé en ce qu’elle serait une reconnaissance de l’histoire patrimoniale des familles. Pourtant, l’attachement qui se crée entre les personnes et les biens semblent avoir été reconnu par la Cour européenne des droits de l’homme dans l’arrêt *Zrilić contre Croatie*¹⁸⁴⁹. Il est vrai que cet arrêt reconnaît un lien personnel, plutôt qu’un lien familial, à l’égard du bien. Néanmoins, dans cet arrêt il s’agissait d’un cas de divorce ; c’est pourquoi il

¹⁸⁴⁵ *Ibid.*, n° 80.

¹⁸⁴⁶ *Ibid.*, n° 7.

¹⁸⁴⁷ Bien que le mécanisme de préemption puisse être assimilé à un mécanisme de subsistance, notamment lorsqu’il s’agit du droit de préemption du locataire.

¹⁸⁴⁸ P. MURAT, « Introduction », in P. MURAT, (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2011-2012, p. 5, n° 01.17.

¹⁸⁴⁹ V. *supra* n° 527.

était peut-être plus juste de recourir au lien personnel entre le bien et l'épouse, car, en matière de divorce, le lien familial est tenu du fait de la dissolution de l'alliance.

862. De plus, cette réactualisation de l'institution de l'ancien droit ne serait pas dénuée de sens. En effet, d'autres mécanismes ont pu inspirer le législateur contemporain. Tel est le cas pour le pacte par lequel l'ensemble des réservataires donne leur accord à la vente d'un bien que l'un d'eux a reçu par donation, en acceptant que ce bien ne puisse plus faire l'objet de poursuite en nature. Ce pacte peut être rapproché de la *laudatio parentum* qui consiste en la réunion d'« une assemblée de parents acceptant tous d'approuver l'aliénation »¹⁸⁵⁰ « des immeubles hérités dans la famille »¹⁸⁵¹.

863. De manière complémentaire, il est possible d'étendre le champ d'application de l'attribution préférentielle.

2. *L'attribution préférentielle*

864. Principe. – L'utilisation de l'attribution préférentielle peut permettre de souligner que les biens issus de la famille doivent participer à la solidarité de la famille au regard de l'intérêt qu'ils présentent pour certains membres de la famille. Dans un système où la réserve héréditaire est supprimée, il convient de réinterroger les contours de l'attribution préférentielle pour qu'elle agisse comme un correctif familial et social des prérogatives du propriétaire.

865. Une des solutions pour rétablir un équilibre entre solidarité familiale et prérogative du propriétaire serait de supprimer la condition de l'absence de legs pour l'attribution préférentielle. En effet, il a été vu¹⁸⁵² que lorsque les biens pouvant être attribués de manière préférentielle font l'objet d'un legs, tant à titre particulier ou en ce qu'ils sont compris dans un legs universel, celui-ci fait obstacle à la demande de l'attribution préférentielle de ce bien. Le recours à l'attribution préférentielle serait alors étendu. Ainsi, l'attribution préférentielle pourrait toujours être demandée par les descendants et le conjoint survivant.

866. Articulation avec la volonté du propriétaire. – Dans un tel système, la volonté du propriétaire n'est pas remise en cause. Celle-ci reste le principe de la transmission des biens, l'attribution préférentielle n'agit que comme un correctif de solidarité familiale. De plus, le recours à l'attribution préférentielle sera limité par les conditions de sa mise en œuvre : tels que

¹⁸⁵⁰ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, op. cit., pp. 85-86.

¹⁸⁵¹ *Ibidem*.

¹⁸⁵² V. *supra* n° 693.

l'occupation effective du logement ou le travail effectif au sein de l'entreprise. En effet, les conditions de liens existant entre le bien et l'héritier qui le revendique ne doivent pas être remises en cause. Par ailleurs, l'attribution pourrait être autorisée moyennant une indemnité à l'égard du légataire ; la volonté du propriétaire serait respectée en valeur. Dans une telle approche, la volonté du propriétaire reste bien le principe, le correctif familial et solidaire l'exception. Ce mécanisme s'insérerait parfaitement dans la philosophie d'une protection des personnes par les biens. D'autres aménagements peuvent être mis en place pour le cas où le bien revendiqué aurait fait l'objet d'un legs.

867. Articulation avec la réserve alimentaire. – Un descendant ou un conjoint ne pouvant se prévaloir, respectivement, d'une réserve alimentaire ou d'une pension contre la succession pourrait tout de même se prévaloir de cette attribution préférentielle contre un bien légué. En effet, le mécanisme de l'attribution préférentielle vise à permettre le maintien du cadre de vie de la personne qui revendique l'attribution du bien. Cela permettrait de renforcer la prise en compte de l'utilité des biens comme mécanisme de solidarité familiale.

868. Il est certain que cette modalité étendue de l'attribution préférentielle est fortement à l'avantage du descendant ou du conjoint revendiquant. Il serait ainsi possible de n'octroyer le bénéfice d'une telle attribution préférentielle qu'à une personne ayant été exclue de la succession du *de cuius*. Ainsi, l'exclusion de la succession caractériserait une absence de prise en compte par le *de cuius* de la situation de dépendance de la personne par rapport à un bien compris dans la succession : dépendance en raison de l'habitation ou dépendance économique en raison d'une entreprise. Il est certain que cette condition poserait des difficultés d'application : quel *quantum* d'exclusion retenir ? En effet, si le descendant reçoit une part négligeable de la succession, doit-il pour autant être privé du bénéfice de demander l'attribution préférentielle ? La solution pourrait résider dans le fait que le descendant puisse demander l'attribution préférentielle du bien revendiqué et délaisser, en échange, ce qu'il a reçu dans la succession. Trois cas se présentent alors : soit la valeur du bien attribué est égale à la valeur des biens initialement reçus auquel cas l'échange serait pur et simple ; soit la valeur du bien attribué est inférieure à la part des biens reçus auquel cas le délaissement se limiterait à la valeur du bien attribué ; soit la valeur du bien attribué est supérieure à la part du bien reçu, auquel cas il serait possible d'envisager la mise en place d'une indemnité à la charge du bénéficiaire de l'attribution égale à la différence entre la valeur des biens initialement reçus et de la valeur du bien attribué. Ainsi, dans le prolongement de ces cas, le descendant, exclu de la succession, qui revendique un bien devrait, s'il obtient l'attribution du bien, payer une indemnité égale à la

valeur du bien attribué. Le mécanisme de l'attribution préférentielle pourrait alors se combiner, dans une dernière hypothèse avec la réserve alimentaire. En effet, l'héritier dans le besoin pourrait demander l'attribution d'un bien, l'indemnité ne serait pas due en échange, car l'attribution du bien pourrait correspondre à ses droits alimentaires. Ainsi, il y aurait une interversion entre le principe et l'exception. La réserve alimentaire pourrait être due par principe en numéraire, et donc en valeur, mais par exception elle pourrait prendre la forme d'une attribution en nature, si l'héritier dans le besoin remplit par ailleurs les conditions pour demander le bénéfice d'une attribution préférentielle. L'équilibre semble se dessiner entre volonté du propriétaire et solidarité familiale. La volonté du propriétaire serait en effet respectée, mais en valeur, comme c'est le cas actuellement en matière de respect de la réserve héréditaire. Pour que l'attribution ne heurte pas la tendance à la valorisation de la volonté du propriétaire, il est possible d'imaginer que, dans un tel cas, l'attribution préférentielle ne soit pas automatique, mais que le juge vérifie l'opportunité d'une telle attribution. Le refus de l'attribution pourrait se justifier par le fait que l'attributaire réunit également les conditions de l'attribution préférentielle ou encore qu'il est plus à même d'assurer la pérennité d'une entreprise.

869. Conformité aux droits de l'homme. – Cette mesure s'inscrirait également dans une prise en compte de la garantie des droits de l'homme, source en expansion du droit de la famille. En effet, une telle extension de l'attribution préférentielle permettrait d'assurer une protection effective du droit au domicile promu par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, le legs effectué par le *de cuius* ne ferait pas obstacle à ce qu'un héritier, l'occupant effectivement, puisse en demander l'attribution préférentielle. Dans une perspective semblable, la garantie pour un descendant de pouvoir demander l'attribution préférentielle de l'entreprise dans laquelle il a effectivement travaillé participe de la prise en compte de la subjectivisation des droits, notamment ici du droit à un travail.

870. Ainsi, l'extension de l'attribution préférentielle telle que présentée permettrait de rétablir un équilibre entre volonté du propriétaire et solidarité familiale si la réserve venait à être supprimée sous la forme qu'elle possède. Elle se conforme également à la nouvelle philosophie législative en ce qu'elle prend toute sa place de mécanisme assurant une protection de la personne par le biais des biens, en assurant plus largement la préservation des moyens de subsistance des membres de la famille. Si le renforcement de la perspective de la protection des moyens de subsistance serait l'axe à privilégier en cas de suppression de la réserve héréditaire, d'autres mesures successorales pourraient également être envisagées pour se fondre dans la nouvelle philosophie législative.

§ 2 AUTRES DISPOSITIONS SUCCESSORALES

871. D'autres mesures successorales permettent de renforcer les lignes directrices de la nouvelle philosophie législative sans appeler une modification substantielle de la réserve héréditaire (A). Par ailleurs, le lien entre le droit des couples et celui de la transmission successorale rend nécessaire l'analyse des évolutions possibles à leur confluent (B).

A. Conformer le droit successoral aux nouvelles lignes directrices

872. Certaines mesures doivent être prises pour que le droit successoral se conforme aux droits de l'homme (1), d'autres pour qu'il favorise la prise en compte de la volonté (2).

1. Mesure conforme aux droits de l'homme

873. L'expansion des droits de l'homme en droit successoral a été un des vecteurs des métamorphoses de la protection des biens en droit de la famille. À ce titre, il convient de poursuivre leur mise en place.

874. L'égalité successorale des enfants incestueux. – Les préconisations émises à l'égard des droits successoraux des enfants issus d'un inceste absolu peuvent être reprises¹⁸⁵³. En ce sens, certains auteurs préconisent de « permettre à l'enfant issu d'un inceste absolu, devenu majeur, d'établir, s'il le souhaite, sa seconde filiation »¹⁸⁵⁴. Cette solution entraîne cependant des difficultés de mise en œuvre en matière successorale. En effet, comment le prendre en compte dans la succession du parent dont la filiation n'est pas reconnue, lorsque celui-ci décède avant la majorité de l'enfant ? Ce cas pourrait se rapprocher de l'enfant simplement conçu ; l'enfant issu de l'inceste pourrait hériter pour autant qu'il fasse à sa majorité la démarche de la reconnaissance du second lien de filiation. Il pourrait également se rapprocher des réflexions autour du cas de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée *post mortem*¹⁸⁵⁵, « la dévolution de la succession serait, pendant un certain temps, incertaine »¹⁸⁵⁶ jusqu'à la majorité de l'enfant. Ces deux solutions ne semblent pas viables pour le règlement d'une succession. D'abord, si le géniteur décède alors que l'enfant n'a que quelques mois, il faudrait dans un cas attendre près de 18 ans pour que la dévolution soit confirmée, et dans l'autre cas 18 ans pour

¹⁸⁵³ V. *supra* n° 444.

¹⁸⁵⁴ M. Nicod, « Quelques propositions pour parachever l'œuvre de la loi du 3 décembre 2001 », *Dr. fam.* n°2, fév. 2022, doss. 5.

¹⁸⁵⁵ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, *op. cit.*, p. 79.

¹⁸⁵⁶ *Ibidem*.

que la dévolution puisse se réaliser. L'insécurité juridique semble très importante. D'autres solutions peuvent être privilégiées au niveau patrimonial.

875. Pour ne pas trancher la question de la reconnaissance du lien de filiation à l'égard des deux parents, il est pour le moins souhaitable de leur reconnaître des droits dans la succession de leurs deux parents. D'abord, il est possible de rappeler que les partenaires de PACS ont des droits successoraux, bien que limités, alors même que certains auteurs n'y voient pas la reconnaissance d'une famille¹⁸⁵⁷. Ainsi, en l'absence de tout lien de famille entre l'enfant issu d'un inceste et de son ascendant, à l'égard duquel il ne peut être rattaché – bien souvent le père, car la filiation de la mère sera établie par l'accouchement – il serait possible d'envisager la création de droits successoraux. Ces droits successoraux seraient d'autant plus justifiés si la tendance de la transformation des droits successoraux en droits alimentaires se confirmait. En effet, la situation de précarité de l'enfant devrait toujours commander de lui octroyer des droits pour qu'il puisse subvenir à ses besoins ; il en va de son intérêt. Détachée des questions de filiation, la réciproque ne serait pas vraie. L'enfant ne serait tenu d'aucune obligation alimentaire à l'égard de son géniteur, et celui-ci n'aurait aucun droit dans la succession de l'enfant s'il venait à prédécéder. Cela suivrait la tendance selon laquelle l'enfant ne peut subir les conséquences du choix de vie de ses parents, du moins au niveau patrimonial, sans pour autant reconnaître juridiquement le choix de vie des parents. Ces dispositions patrimoniales s'inscriraient dans le *continuum* de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de la non-discrimination successorale des enfants à raison de leur filiation, créant une législation cohérente à l'égard de la philosophie actuelle visant à promouvoir les droits de l'homme, et particulièrement les droits de l'enfant, et à assurer la protection des personnes par les biens. Cette mesure, bien que purement patrimoniale, peut répondre à un besoin social d'une part, sans remettre en cause les interdits liés à l'inceste à l'égard des parents.

2. Mesure conforme à la volonté du propriétaire

876. Un pacte de famille élargi. – La mise en place d'un nouveau pacte de famille pourrait s'insérer dans le droit des successions et des libéralités en ce qu'il s'inscrit parfaitement dans les lignes directrices de la nouvelle philosophie législative. En effet, le pacte de famille permettrait de valoriser la volonté du propriétaire, ou plus exactement des membres de la famille, en faisant œuvre d'anticipation. Il permettrait également de favoriser un règlement familial de la répartition des biens, et agirait alors comme un nouveau mécanisme permettant

¹⁸⁵⁷ V. *supra* n° 370.

le règlement en commun de la protection des biens de la famille. Il s'agirait d'un véritable outil de consensus au sein de la famille en matière de transmission des biens et d'un outil plus global que la donation-partage ou encore que la renonciation anticipée à l'action en réduction. La recherche du consensus familial, déjà souhaité par le législateur avec la renonciation à l'action en réduction¹⁸⁵⁸, serait ainsi poursuivie. La logique de contractualisation de la succession serait également renforcée. En effet, certains auteurs reconnaissent l'utilité « d'organiser collectivement la succession du *de cuius* »¹⁸⁵⁹. L'instauration de ce pacte ne se comprend toutefois que si la réserve héréditaire demeure sous sa forme actuelle. En effet, le pacte de famille est souvent présenté comme une évolution de la renonciation anticipée à l'action en réduction¹⁸⁶⁰. Il permettrait d'inclure tout à la fois des renonciations anticipées à l'action en réduction et les libéralités qui conduisent à ces renonciations¹⁸⁶¹, mais également de permettre la participation de personnes qui ne sont pas héritiers présomptifs. Ce dernier cas vise particulièrement les beaux-enfants qui pourraient être allotés à l'occasion de ce pacte¹⁸⁶². L'inclusion dans un même pacte d'une, ou plusieurs renonciations, ayant comme contrepartie l'obtention d'une libéralité, permet de réaliser un minimum de solidarité dans le cadre familial et, ainsi, aller dans le sens de la philosophie actuelle. Le pouvoir du propriétaire est par ailleurs tempéré par l'intervention au pacte des autres membres de la famille ce qui permet de rééquilibrer les relations de pouvoirs au sein de la famille. Par ailleurs, ce pacte renforcerait l'anticipation et la prévisibilité en ce que l'entière opération patrimoniale serait comprise dans un même acte.

877. Comme pour la renonciation anticipée à l'action en réduction, l'état de besoin de l'héritier renonçant pourrait constituer une limite à sa renonciation dans ce pacte familial élargi. En effet, l'article 930-3 du Code civil prévoit que la révocation de la renonciation peut être demandée par le renonçant qui se trouve « au jour de l'ouverture de la succession (...) dans un état de besoin qui disparaîtrait s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires ». La logique

¹⁸⁵⁸ I. DAURIAC, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *D.* 2006, p. 2574.

¹⁸⁵⁹ G. WICKER, « Contribution », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, préc., p. 294.

¹⁸⁶⁰ En ce sens, v., C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *op. cit.*, pp. 168-169 ; G. WICKER, « Contribution », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, préc., p. 294 ; C. BRENNER, « Contribution », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, préc., pp. 91-92 ; 116^e congrès des notaires de France, *Protéger*, Paris, 2020, p. 500.

¹⁸⁶¹ C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *op. cit.*, p. 168.

¹⁸⁶² En ce sens, v. B. BEIGNIER, « Contribution », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, préc., p. 10.

alimentaire servirait ainsi à préserver la solidarité familiale en dépit de la volonté du propriétaire.

B. Transmissions au sein du couple

878. Les liens entre le droit de la transmission et celui du couple sont certains, mais sont spécifiques en fonction du mode de conjugalité retenu par le couple. Il convient ainsi d'envisager la transmission au sein des couples mariés (1) puis au sein du couple non marié (2).

1. Au sein du couple marié

879. Le lien entre régimes matrimoniaux et transmission. – Les relations entre droit des successions et régimes matrimoniaux sont étroites lorsque le mariage se dissout par le décès de l'un des membres du couple. Certains auteurs remarquent le renforcement des liens entre ces deux branches du droit de la famille¹⁸⁶³, notamment depuis la promotion du conjoint survivant dans la succession de son époux précédé. Il devient alors parfois difficile de distinguer les droits proprement successoraux du conjoint survivant, de ceux qui constituent des effets directs du mariage. En effet, le conjoint survivant dispose, ou peut disposer, tout à la fois d'avantages matrimoniaux, d'un droit annuel au logement, de droits légaux dans la succession *ab intestat*, d'une quotité disponible spéciale, d'une réserve héréditaire, de libéralités. La diversité des sources d'obtention de droits par le conjoint survivant participe à sa promotion au sein de la famille, aux liens qu'entretiennent les différentes matières du droit patrimonial de la famille, mais également à la complexité de la transmission des biens. Il est de plus nécessaire d'articuler les droits du conjoint avec ceux des descendants¹⁸⁶⁴ et des ascendants lorsqu'ils existent. Cette diversité exprime la volonté de protéger le conjoint survivant. Conformément à la nouvelle philosophie législative, les droits successoraux du conjoint devraient être conçus comme les droits minimaux qui permettent au conjoint d'obtenir les moyens de sa subsistance. Tel est le cas des droits annuel et viager au logement ou encore des droits à l'attribution préférentielle de certains biens nécessaires à sa subsistance, tels que le logement qu'il habite ou l'entreprise dans laquelle il travaille.

880. La réserve héréditaire du conjoint. – Cependant, il est possible de se demander si la promotion du conjoint successible n'est pas excessive, notamment avec la création d'une

¹⁸⁶³ B. BEIGNIER, « L'enfant adultérin et le conjoint trompé (...) », art. préc.

¹⁸⁶⁴ La nécessité de cette articulation s'est particulièrement fait ressentir lors de la réforme des droits des enfants adultérins pour que le conjoint ne se retrouve pas lésé. Sur cette question, v. B. Beignier, « L'enfant adultérin et le conjoint trompé (...) », art. préc.

réserve héréditaire à son profit¹⁸⁶⁵. Création qui n'est ni conforme à la philosophie ancienne de protection des biens dans le cercle familial, ni à la philosophie nouvelle de protection des biens par la personne. La réserve du conjoint survivant a fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales¹⁸⁶⁶. En effet, la promotion de la famille nucléaire sur la famille lignagère a conduit à remettre en cause la philosophie de la protection des biens au sens de conservation des biens dans la famille de sang. La réserve du conjoint conduit nécessairement à la sortie des biens de la famille¹⁸⁶⁷. Une telle réserve n'est pas conforme à la philosophie nouvelle de protection de la personne par les biens axée autour de la volonté du propriétaire et de la préservation des biens de subsistance. En effet, une telle réserve contraint la volonté du conjoint, certes dans la limite d'un quart de la succession, sans pour autant répondre à un besoin de préservation des moyens de subsistance, celui-ci étant rempli par d'autres institutions telles que l'attribution préférentielle ou les droits annuel et viager au logement. De plus, ce privilège accordé aux époux, sur les autres modes de conjugalité, ne se justifie plus réellement en raison du rapprochement qui est souhaité. D'autres institutions pourraient être pensées en conformité avec l'idée de préservation du cadre de vie du conjoint, qui se conforme à l'idée de la préservation de la personne par les biens, notamment par l'instauration de ce que certains auteurs appellent un « droit de maintenance »¹⁸⁶⁸. Ce droit consisterait en un versement d'une « pension (...) si son niveau de vie a considérablement baissé à la suite du décès de son conjoint »¹⁸⁶⁹. Ce droit serait le pendant d'une prestation compensatoire mais à l'occasion du décès du conjoint. Il serait distinct du droit ouvert par l'article 767 du Code civil qui prévoit l'octroi au conjoint d'une créance contre la succession lorsqu'il est dans le besoin. En effet, le « droit de maintenance » n'est pas fonction de l'état de besoin du créancier, mais fonction de la perte de son niveau de vie en raison du décès.

881. Si au sein du couple marié quelques ajustements sont envisageables, c'est au sein du couple non-marié que les évolutions pourraient être plus significatives.

¹⁸⁶⁵ R. LE GUIDEC, « Contribution », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, préc., p. 177.

¹⁸⁶⁶ *Ibidem*. V. également, C.-É. BUCHER, « Le droit à réserve du conjoint survivant », *Deffrénois* n° 46, 14 nov. 2019, p. 20..

¹⁸⁶⁷ F. SAUVAGE, « Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2008, 1248 ; C.-É. BUCHER, art. préc.

¹⁸⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁶⁹ *Ibidem*.

2. *Au sein du couple non marié*

882. Deux attitudes peuvent être retenues : soit, il faut considérer que le couple mérite un traitement uniforme sans considération du mode de conjugalité, soit, il faut considérer qu'il est nécessaire de continuer à distinguer les modes de conjugalité et donc assurer une hiérarchie des droits conférés, tout en assurant la promotion des partenaires et concubins survivants. Il est possible de penser que la première attitude serait la meilleure à privilégier. En effet, comme il a été dit, les droits du conjoint sont parfois considérés comme des effets directs du mariage. À ce titre, c'est l'existence du couple qui justifie l'instauration d'un mécanisme de protection des moyens de subsistance. Il serait alors possible d'accorder, en accord avec la philosophie contemporaine, un droit viager au logement au partenaire et au concubin. Cette mesure permettrait d'assurer à l'ensemble des couples la préservation de leur cadre de vie. Ainsi, la préservation des biens de subsistance serait assurée à l'égard de tous les couples. Toutefois, il semblerait que, malgré le rapprochement entre les différents modes de conjugalité, il subsiste une volonté de ne pas aligner les droits du partenaire et du concubin sur ceux du conjoint. En effet, l'indifférenciation induite par le rapprochement des régimes remet en cause l'existence même de la distinction entre les modes de conjugalité. Ainsi, il convient d'envisager la seconde attitude plus en détail.

883. L'esprit des mesures envisagées. – La cohérence dans les droits successoraux des couples non mariés n'est pas évidente. En effet, elle impose un double impératif de cohérence : tout en suivant la philosophie de protection retenue, il convient de distinguer les droits accordés selon chaque mode de conjugalité pour en maintenir les spécificités. Pour autant, il semble qu'il soit permis d'accorder certains droits au partenaire survivant et au concubin survivant, pour se conformer au nouvel impératif de protection de la personne par les biens dans un objectif de préservation des biens de subsistance. Au regard de cet objectif, il ne sera pas question d'aborder la possible ouverture des droits *ab intestat* du partenaire, et moins encore du concubin, au sens d'une obtention de droit légaux, en propriété ou plus vraisemblablement en usufruit¹⁸⁷⁰, sur la masse successorale du membre du couple prédécédé. Il s'agira davantage de promouvoir les droits qui sont directement inspirés de la continuité de la vie commune,

¹⁸⁷⁰ Sur les réflexions sur l'attribution au partenaire survivant d'une quote part en usufruit, V. M. NICOD, « Vingt ans d'évolution de la législation (...) », art. préc.

particulièrement la question du logement¹⁸⁷¹, et de la préservation, par les biens, des besoins du survivant.

884. L'extension de l'attribution préférentielle. – Il serait possible d'étendre au concubin la possibilité de bénéficier de l'attribution préférentielle du logement. L'attribution préférentielle du logement est de droit pour le conjoint survivant ; elle l'est également pour le partenaire de PACS lorsque le défunt l'a prévu par testament. Ainsi, dans le respect de la distinction des modes de conjugalité, il serait possible d'autoriser l'attribution préférentielle du logement. Cette attribution préférentielle ne serait, toutefois, pas de droit, mais simplement facultative.

885. L'extension du droit au logement dans la succession. – Il est certain que le droit pour le membre du couple survivant de bénéficier du logement dans lequel il vivait avec l'autre membre du couple prédécédé est une préoccupation première. Il a été vu que le conjoint bénéficiait d'un droit annuel et d'un droit viager au logement : le premier est d'ordre public ; le retrait du second est soumis à des conditions de formes rigoureuses. Le partenaire bénéficie, quant à lui, simplement du droit annuel au logement, selon l'article 515-6 du Code civil, renvoyant à l'article 763 du même code. Il peut toutefois en être privé par simple testament. Lorsque le logement dans lequel le couple réside est loué, le conjoint, cotitulaire du bail, dispose « d'un droit exclusif sur celui-ci » conformément à l'article 1751 du Code civil. Ce même article s'applique pareillement pour les partenaires, simplement la cotitularité du bail n'est pas automatique, les partenaires doivent « en faire la demande conjointement ». Par ailleurs, l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989¹⁸⁷² prévoit que « lors du décès du locataire, le contrat de location est transféré (...) au concubin notoire (...) qui [vivait] avec lui depuis au moins un an à la date du décès ». La question de la pérennité du logement du membre du couple survivant, et sa conformité avec la philosophie de la protection de la personne par les biens conduit donc à s'interroger sur les évolutions envisageables à l'égard du couple non marié.

886. Pour le partenaire de PACS, il serait possible d'instaurer un droit annuel au logement qui ne serait plus révocable par testament, mais selon les modalités de l'article 971 du Code civil, savoir : par testament par acte public reçu par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins. Ainsi, la formalité requise serait la même que celle requise lorsque le conjoint

¹⁸⁷¹ Sur l'importance de la famille et de son logement, notamment sur une étude simultanée du concubinage et du mariage, v. J. RUBELLIN-DEVICHI, « La famille et le droit au logement », *RTD civ.* 1991, p. 245.

¹⁸⁷² L. 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, J.O. 8 juil. 1989, p. 8541.

souhaite priver son époux du droit viager au logement. Par ailleurs, un droit viager au logement serait, quant à lui, instauré au bénéfice du partenaire. Il serait alors révocable pas simple testament.

887. Pour les concubins, un droit annuel au logement pourrait être prévu. Il ne s'inscrirait non pas comme la reconnaissance d'un droit successoral pour le concubin – il n'est d'ailleurs pas considéré de cette manière entre les conjoints¹⁸⁷³ – mais comme l'expression d'une solidarité. Comme il existe un transfert de bail à son égard, il paraît logique de lui accorder un droit minimal lorsque le concubin survivant habitait habituellement et effectivement dans le logement appartenant au concubin prédécédé. Il serait possible de préciser, comme pour le transfert de bail, les conditions requises pour en bénéficier. La condition d'habitation effective dans l'année ayant précédé le décès pourrait être utilement reprise. En effet, l'idée d'une telle mesure est de permettre au concubin de bénéficier pendant un an du logement qu'il occupe effectivement pour ne pas modifier son cadre de vie. Une telle condition serait justifiée par l'absence d'obligation pour les concubins de vie commune, comme c'est le cas pour les conjoints ou les partenaires, respectivement aux articles 215, alinéa 1, et 515-4, alinéa 1, du Code civil.

888. Opportunité et cohérence. – Ces mesures traduiraient la nouvelle philosophie de la protection des biens de subsistance, et s'inscrirait dans la volonté du législateur de faire assurer à la famille la protection de ses membres, par préférence à la mise en œuvre de la solidarité publique. La prise en compte du concubinage pour limiter la mise en œuvre de la solidarité publique se retrouve d'ailleurs dans l'attribution de certaines prestations sociales pour lesquelles les ressources du concubin sont prises en compte dans le calcul de la prestation due¹⁸⁷⁴. C'est bien en raison de la coopération de fait qui existe au sein du couple, même de concubins, cette solidarité peut donc fonder l'ouverture de droit, en droit civil, à l'égard du concubin. La solidarité familiale serait ainsi prioritaire sur la solidarité publique. Par ailleurs, l'octroi de ces droits aux partenaires et concubins ne contribue pas à troubler le triptyque des modes de conjugalité – qui est maintenu dans cette hypothèse. En effet, les droits au logement seraient gradués en fonction du mode de conjugalité adopté par chaque couple. Ils participeraient à la construction d'un régime primaire du couple, en ce que le droit annuel au logement n'est pas perçu comme un droit successoral mais comme un effet direct du mariage,

¹⁸⁷³ L'article 763, al. 3, du Code civil précise en effet, qu'il ne s'agit pas d'un droit successoral mais d'un effet direct du mariage, donc issu du droit du couple.

¹⁸⁷⁴ M. BADEL, « Mariage, pacs, concubinage : Le guide, Quels droits à la sécurité sociale ? », *AJ fam.* 2015, p. 31.

donc issu du couple. Le droit du couple, dans son versant de protection des biens de la famille, pourrait également connaître des évolutions.

SECTION 2

LA COHÉRENCE DANS LES QUESTIONS PATRIMONIALES DU COUPLE

889. En matière d'organisation patrimoniale du couple, des ajustements permettraient de mieux conformer la législation à la philosophie contemporaine. Il est envisageable de redonner du pouvoir aux membres du couple sur leurs biens tout en étendant la protection des biens de subsistance. Par ailleurs, l'articulation des disciplines, rend nécessaire de s'intéresser aux interactions que le droit des régimes matrimoniaux entretient avec le droit des majeurs protégés. En effet, il a été vu que le conjoint est un acteur privilégié de la protection de son époux¹⁸⁷⁵.

890. Il convient donc d'adapter le droit du couple en l'absence de vulnérabilité (§1) mais également d'adapter le droit du couple en présence de vulnérabilité (§2).

§ 1 ADAPTER LE DROIT DU COUPLE EN L'ABSENCE DE VULNÉRABILITÉ

891. Le droit du couple n'est pas en cohérence parfaite avec la philosophie contemporaine. Ce décalage résulte notamment du fait que la réforme globale des régimes matrimoniaux date de 1965, justifiant de nouvelles adaptations. La diversité des modifications envisageables nécessite d'adopter une présentation simplifiée. Ainsi seront envisagées les modifications pendant la durée du régime (A) et à la fin du régime (B).

A. Pendant la durée du régime

892. Pendant la durée du régime matrimonial, mais également du régime des partenaires, plusieurs adaptations peuvent être envisagées pour mettre en conformité cette matière avec la nouvelle philosophie tant à l'égard du régime primaire impératif (1) que du régime de biens (2).

¹⁸⁷⁵ V. *supra* n° 278 et 285.

1. Régime primaire impératif

893. Le régime primaire impératif des couples mariés est le régime privilégié de la protection des personnes par les biens, en ce qu'il permet d'assurer la protection du logement de la famille. En effet, ce régime est conçu comme un statut applicable à tous les époux sans considération de leur régime de bien. Un régime semblable existe également en matière de PACS. Dans une perspective de protection des personnes par les biens, et de préservation des biens de subsistance, deux mesures semblent pouvoir être prises concernant le logement de la famille : la première concerne l'extension de la protection du logement du couple (a) ; la seconde a trait à l'articulation entre l'acquisition du logement et la contribution aux charges du mariage (b).

a. L'extension de la protection du logement du couple

894. Deux modifications peuvent être envisagées afin de renforcer la protection du logement tout en assurant le respect de la volonté du propriétaire : une concernant le logement détenu par une société civile immobilière, l'autre relative au logement des partenaires de PACS.

895. Le logement des époux détenu par une SCI. – Dans une perspective de protection des moyens de subsistance des membres de la famille, et de la protection de leur personne par les biens, il conviendrait d'étendre le bénéfice de la protection du logement de la famille, garantie par l'article 215, alinéa 3, du Code civil, au cas où celui-ci est détenu par une société civile immobilière. La protection devrait être garantie de plein droit lorsque le logement est détenu par une SCI dans laquelle seuls les époux sont détenteurs de parts, ou lorsqu'un seul des époux est détenteur de parts, mais que les autres parts sont détenues par d'autres membres de la famille nucléaire. Tel est le cas des enfants du couple, voire de l'ensemble des descendants. Ainsi, les différentes stratégies patrimoniales n'auraient pas pour conséquences de diminuer la protection du logement lorsqu'il est détenu par la famille via une société. Dans un tel cas le lien avec les régimes matrimoniaux est sans équivoque et ne devrait pas conduire à faire prévaloir l'existence de la personne morale sur la protection de la personne par les biens¹⁸⁷⁶. La SCI peut n'exister que pour des questions de transmission des biens sans qu'il soit nécessaire d'exclure à l'égard des époux les règles inhérentes au régime primaire du couple marié, tout au contraire, une telle exclusion contribue à une dénaturation de la philosophie de la préservation des biens de subsistance.

¹⁸⁷⁶ Sur les difficultés, v. B. VAREILLE, « La société civile immobilière chasse l'article 215, alinéa 3 », *RTD civ.* 2018, p. 469.

896. Lorsque les parts sont détenues par des tiers ou avec des tiers à la famille, il serait possible d'aménager certaines des règles posées par la Cour de cassation¹⁸⁷⁷. Selon cette dernière, l'application de l'article 215, alinéa 3, du Code civil est subordonnée à deux conditions. D'une part, l'un au moins des époux doit être associé de la SCI. D'autre part, le logement doit être occupé « en raison d'un droit d'associé ou d'une décision prise à l'unanimité de ceux-ci ». Si la première condition ne pose aucune difficulté, tel n'est pas le cas de la seconde. L'unanimité des associés ne devrait pas être requise, en tant qu'acte de gestion, une simple décision du gérant pourrait suffire¹⁸⁷⁸. Le cas est peut-être plus délicat lorsque le bien est détenu par une SCI mais qu'un des époux est associé soit avec ses ascendants, soit avec ses collatéraux, voire les deux. Dans une telle hypothèse, les associés, sans être des tiers à la famille, ne sont pas non plus des membres de la famille nucléaire. Or, il est connu qu'il existe un relâchement de la prise en compte de la famille élargie en droit de la famille. Une solution intermédiaire pourrait être retenue. La condition de la présence d'un époux en tant que détenteur de part serait maintenue. Quant à la seconde condition, il serait possible d'envisager que l'octroi du droit puisse être tacite, en l'absence de délibération. Certes, cette lecture de l'article 215, alinéa 3, du Code civil est rendue difficile puisqu'il précise que l'objet de la protection n'est pas tant le logement, *per se*, que les droits qui s'exercent sur le logement. Cependant, la Cour de cassation a déjà pu adopter une interprétation de ce texte conformément à son esprit, plutôt qu'à sa lettre, en ce qui concerne les actes susceptibles d'être remis en cause. En effet, bien que le texte mentionne les actes de dispositions, certains actes d'administration doivent faire l'objet du consentement des deux époux en raison du risque qu'ils font peser sur l'occupation effective du bien par la famille¹⁸⁷⁹. Ainsi, dans l'ensemble de ces cas, l'application de l'article 215, alinéa 3, du Code civil serait maintenue malgré l'interposition de la société civile immobilière.

897. Le logement des partenaires. – Par ailleurs, le logement des partenaires pourrait également bénéficier d'une protection comparable à celle des époux. D'abord, cette solution serait conforme à la nouvelle philosophie de la protection qui axe la protection sur les biens assurant les besoins premiers des personnes composant la famille. Ensuite, cette évolution irait dans le sens de la création d'un régime commun au sein des différentes formes de

¹⁸⁷⁷ Civ. 1^{ère}, 14 mars 2018, n° 17-16.482, préc.

¹⁸⁷⁸ En ce sens, v. N. RANDOUX, « Logement familial détenu en société, quelles questions lors de la cession ? », *JCP N* n° 36, sept. 2018, 1275 ; J.-P. STORCK, « Application de l'article 215 du Code civil lorsque l'immeuble est détenu par une société civile immobilière », *JCP N* n° 40, oct. 2018, 1301.

¹⁸⁷⁹ Tel est le cas du bail d'habitation, en ce sens, v. Civ. 1^{ère}, 16 mai 2000, n° 98-13.441, préc.

conjugalité¹⁸⁸⁰. L'extension de l'article 215, alinéa 3, du Code civil aux partenaires de PACS est rendu possible pas l'existence d'une obligation de vie commune, présente à l'article 515-4 du Code civil. En effet, au sein du mariage, la protection du logement de la famille par l'article 215, alinéa 3, du Code civil est conçue comme le « pendant indispensable des deux premiers alinéas de l'article 215 qui visent l'obligation de communauté de vie entre époux et le choix d'une résidence de la famille d'un commun accord »¹⁸⁸¹. Il est vrai qu'il n'existe pas de précision au sein du régime du PACS sur le choix en commun de la résidence du couple. Néanmoins, l'obligation va de soi lorsque le couple doit vivre ensemble et qu'il existe une égalité entre les partenaires. Ainsi, la protection du logement des partenaires pourrait résulter de l'alinéa premier de l'article 515-4 du Code civil. Certains auteurs opposent à cette idée l'inexistence d'une famille entre les partenaires¹⁸⁸². S'il est vrai que cette justification pouvait être avancée lors de l'édition du PACS¹⁸⁸³, il semblerait que l'objection ne soit plus dirimante¹⁸⁸⁴. De plus, les mécanismes de protection de la personne par les biens tendent davantage à la protection d'un membre de la famille en raison de sa personne, la protection du logement pourrait se justifier sans avoir recours à l'idée de famille. Il ne s'agirait alors pas d'une protection du logement de la famille, mais d'une protection du logement du couple ou, plus précisément, du logement des partenaires. Il est vrai que cette mesure pourrait interroger la pertinence de la diversité des modes de conjugalité en réalisant un rapprochement de plus entre mariage et PACS. Cependant, ce rapprochement des régimes primaires ne conduit pas à un alignement des régimes patrimoniaux des époux et des partenaires, notamment en raison des nombreuses distinctions existant quant aux régimes de biens de chacun de ces modes de conjugalité. Par ailleurs, cette extension se justifie d'autant plus que le caractère impératif du régime primaire rend compte de la primordialité de cette règle, et qu'elle est de plus conforme à la nouvelle philosophie législative. Si le législateur entend maintenir une distinction entre les deux modes de conjugalité, il est envisageable d'insérer une protection de principe du logement des partenaires. Cette mesure s'appliquerait à défaut de stipulation contraire dans la convention des partenaires. Les droits des partenaires pourraient s'accroître selon les mêmes modalités que leurs droits successoraux : transposer une disposition d'ordre public pour les époux, en la rendant supplétive de volonté pour les partenaires. Le régime primaire des partenaires serait utilement

¹⁸⁸⁰ Sur une telle démarche, v. A.-S. BRUN-WAUTHIER, « Proposition de structuration d'un droit des couples dans le Code civil français », in *Hommage au Professeur Jean-Louis Renchon*, préc., p. 471. Toutefois, l'auteur du texte propose de maintenir la protection du logement de la famille aux seuls époux, v. p. 487.

¹⁸⁸¹ M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, « Mariage : effets », *Rep. civ.*, avril 2014 (act. juin 2021), n° 208.

¹⁸⁸² En ce sens, v. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op.cit.*, pp. 887-888.

¹⁸⁸³ J. ROCHFELD, « Réforme du PACS », *RTD Civ.* 2006, p. 624.

¹⁸⁸⁴ V. *supra* n° 370.

complété. Le congrès des notaires s'est positionné contre l'instauration d'une telle mesure en raison de « la précarité de l'union » et de la nécessaire distinction avec le mariage¹⁸⁸⁵. Ces arguments peinent à convaincre. En effet, la précarité de l'union n'empêche pas de prévoir des mécanismes de protection pour le temps qu'elle dure. De plus, la protection du logement ne résume pas les particularités du régime primaire des époux, et au-delà du régime matrimonial des époux.

b. L'acquisition d'un immeuble et la contribution aux charges du mariage

898. Exposé du contentieux. – Le contentieux de l'acquisition des immeubles est particulièrement prolixo lors de la séparation des époux lorsque le régime de ceux-ci est la séparation de biens¹⁸⁸⁶. Lorsqu'un époux a contribué à l'acquisition d'un bien immeuble pour l'autre époux, le *solvens* est tenté de demander la reconnaissance d'une créance à son égard en ce que son patrimoine personnel a contribué à augmenter le patrimoine personnel de l'autre époux. Dans un tel cas, la Cour de cassation oppose au *solvens* la contribution aux charges du mariage. En d'autres termes, la Cour considère que l'acquisition relève de la contribution aux charges du mariage et ainsi qu'aucune somme n'est due à l'époux *solvens*. Ce contentieux est renforcé par l'existence d'une clause de style dans les contrats de séparation qui considère que la contribution aux charges du mariage est présumée faite au jour le jour. Il existe alors un doute sur le caractère réfragable ou non de cette présomption. Tous les immeubles semblent concernés par cette jurisprudence qu'il s'agisse de l'acquisition du logement de la famille ou d'une résidence secondaire, tant que l'immeuble est affecté à l'usage de la famille. Il conviendrait de clarifier la situation de l'acquisition d'un immeuble et son articulation avec les charges du mariage.

¹⁸⁸⁵ 106^e congrès des notaires de France, *Couples, Patrimoine, Les défis de la vie à 2*, Bordeaux, 2010, p. 360.

¹⁸⁸⁶ Civ. 1^{re}, 15 mai 2013, n° 11-26.933, Bull. civ. I, n° 93 ; *AJ fam.* 2013. 383, obs. BLANC-PELISSIER ; *D.* 2013. 1208 ; *ibid.* 2242, obs. BRÉMOND, NICOD et REVEL ; *ibid.* 2014. 1342, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *ibid.* 1905, obs. BRÉMOND, Nicod et REVEL ; *RTD civ.* 2013. 582, obs. HAUSER ; *ibid.* 2014. 698, obs. VAREILLE. Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n° 12-21.892, Bull. civ. I, n° 193 ; *AJ fam.* 2013. 647, obs. HILT ; *D.* 2013. 2682, note MOLIÈRE ; *ibid.* 2014. 1342, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *ibid.* 1905, obs. BRÉMOND, NICOD et REVEL ; *RTD civ.* 2013. 821, obs. HAUSER ; *ibid.* 2014. 698, obs. VAREILLE ; *ibid.* 703, obs. VAREILLE. Civ. 1^{re}, 1^{er} avr. 2015, n° 14-14.349, Bull. civ. I, n° 78 ; *AJ fam.* 2015. 297, obs. Casey ; *D.* 2015. 864 ; *ibid.* 1408, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *ibid.* 2094, obs. BRÉMOND, NICOD et REVEL ; *ibid.* 2016. 674, obs. DOUCHY-OUUDOT ; *RTD civ.* 2015. 362, obs. HAUSER. Civ. 1^{re}, 7 février 2018, n° 17-13.276 ; *AJ fam.* 2018. 303, obs. Casey. Civ. 1^{re}, 11 avril 2018, n° 17-17.457 ; *AJ fam.* 2018. 406, obs. CASEY ; *RTD civ.* 2018. 956, obs. VAREILLE. Civ. 1^{re}, 3 oct. 2018, n° 17-25.858 ; *AJ fam.* 2018. 697, obs. CASEY ; *D.* 2019. 910, obs. LEMOULAND et VIGNEAU. Civ. 1^{re}, 3 oct. 2019, n° 18-20.828, Bull. civ. I, p. 183 ; *AJ fam.* 2019. 604, obs. CASEY ; *D.* 2020. 60, note CHAFFOIS ; *ibid.* 901, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *RTD civ.* 2019. 913 ; *JCP N* 2019, 791 p. 9, obs. BOISSON. Civ. 1^{re}, 17 mars 2021, n° 19-21.463, Bull. civ. I, p. 390 ; *D. actu.* 31 mars 2021, obs. GUIGUET-SCHIELÉ ; *JCP N* 2021, 188, note SADI ; *Dr. fam.* 2021, 72, comm. TORRICELLI-CHRIFI.

899. Les objections. – Plusieurs objections peuvent être soulevées à l’égard de cette jurisprudence : le détournement de la contribution aux charges du mariage, l’égalité entre les régimes de biens, l’incertitude de la jurisprudence et, relativement à la philosophie législative actuelle, la place de la volonté du propriétaire. La contribution aux charges du mariage est un mécanisme de solidarité familiale entre les époux qui doivent contribuer aux dépenses qu’impose la vie en commun. La Cour de cassation a pu considérer que les opérations d’investissement entrent dans le cadre de la contribution aux charges du mariage¹⁸⁸⁷. Cependant, il n’est pas dans l’esprit de cette contribution de conduire à la création d’un patrimoine par un époux à l’autre. Par ailleurs, cette jurisprudence étonne en ce qu’elle conduit à un traitement inégalitaire entre le régime de communauté et le régime de séparation de biens. En effet, en régime de communauté, si la communauté finance un bien qui sera personnel à un époux, une récompense naîtra à son profit¹⁸⁸⁸. Certains auteurs considèrent donc que cette jurisprudence conduit « à rendre la séparation de biens plus communautariste que la communauté légale »¹⁸⁸⁹. De plus, une des problématiques majeures est le financement du bien par un capital. En effet, la difficulté est renforcée lorsque le financement résulte de l’apport d’un capital car la contribution aux charges du mariage est une contribution régulière fonction des facultés des époux, de leur train de vie¹⁸⁹⁰. Ainsi, ce mode de financement commande d’exclure ces dépenses de la contribution aux charges du mariage¹⁸⁹¹. Enfin, ces solutions sont incertaines¹⁸⁹². En effet, la lisibilité des différentes décisions rendues par la Cour de cassation n’est pas pleinement aisée. La jurisprudence mériterait d’être clarifiée.

¹⁸⁸⁷ Civ. 1^{re} 14 mars 2006, n° 05-15.980, Bull. civ. I, n° 160 ; *JCP* 2006. 193, obs. WIEDERKEHR ; *AJ fam.* 2006. 293, obs. HILT. Civ. 1^{re}, 3 mars 2010, n° 09-11.005, Bull. civ. I, n° 50 ; *D.* 2010. 2092, chron. AUROY et CRETON ; *D.* 2011. 1040, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *AJ fam.* 2010. 188, obs. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2010. 305, obs. HAUSER ; *RTD civ.* 2010. 363, obs. VAREILLE.

¹⁸⁸⁸ En ce sens, v. J. CASEY, « Logement et contribution aux charges du mariage : irréfragable, vous avez dit irréfragable ? », *AJ fam.*, 2018, p. 697.

¹⁸⁸⁹ *Ibidem.*

¹⁸⁹⁰ La question semble partiellement réglée par la Cour de cassation. Pour les dépenses d’acquisition d’un immeuble à l’aide d’un capital, v. Civ. 1^{re}, 3 octobre 2019, n° 18-20.828, préc., confirmé par Civ. 1^{re}, 17 mars 2021, n° 19-21.463, préc. Pour les dépenses de construction, v. Civ. 1^{re}, 9 juin 2022, n° 20-21.277, Bull. civ. p. 359 ; *D.* act. 28 juin 2022, obs. GUIGUET-SCHIELÉ ; *LEFP* 2022. 5. Obs. MAUGER-VIELPEAU ; *JCP N* 2022. 1226, note BEIGNIER ; *Dr. fam.* 2022. comm. 126 ; comm. SADI ; *JCP G* 2022. 1018, comm. MICHELIN-BRACHET.

¹⁸⁹¹ En ce sens, v. Ph. Malaurie et N. Peterka, *Droit des régimes matrimoniaux*, préc., p. 71.

¹⁸⁹² Il n’est pas certains que les remboursements anticipés d’un emprunt au moyen d’un capital personnel soit exclu du champ de la contribution aux charges du mariage. En ce sens v. D. SADI, « L’apport personnel dans l’acquisition du logement de la famille indivis : une charge qui n’en est pas une ! », *JCP N* n° 19, 14 mai 2021, 1188 ; S. TORRICELLI-CHRIFI, « Apport en capital : la contribution aux charges du mariage neutralisée », *Dr. fam.* n° 5, mai 2021, comm. 72. Plus généralement sur les difficultés de la jurisprudence et pour une réflexion comparative entre les différents modes de conjugalité, v. A. KARM, « Logique de l’indivision et logique de la séparation de biens à propos des créances en cas d’acquisitions indivises entre époux séparés de biens », *JCP N* n° 51-52, 24 déc. 2021, 1356.

900. Les solutions. – Les dépenses d’investissement effectuées par un conjoint qui conduisent à la constitution d’un patrimoine à l’autre devraient donner droit à une créance entre époux¹⁸⁹³, sans considération du mode de financement. L’esprit du régime primaire impératif conduit à matérialiser les solidarités familiales qui n’incluent pas l’idée de constituer un patrimoine personnel pour son époux. Les dépenses d’investissement seraient exclues de la contribution aux charges du mariage lorsque l’acquisition du bien n’est pas indivise ou commune. La modification pourrait ainsi préciser que la contribution aux charges du mariage ne peut avoir pour effet de constituer un patrimoine personnel ou propre à l’autre époux. Ainsi, rentrerait dans la contribution aux charges du mariage le financement des biens indivis ou communs¹⁸⁹⁴, même au moyen de deniers personnels ou propre. Dans ce dernier cas, en accord avec la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁸⁹⁵, il faudrait distinguer selon le mode de financement. Le financement d’un immeuble ne relèverait pas de la contribution aux charges du mariage lorsqu’il se fait au moyen d’un capital. En effet, « un apport en capital est conçu dans l’esprit de chacun comme un investissement, alors que des versements mensuels pour rembourser les échéances d’un emprunt relèvent plus volontiers des opérations de gestion courante »¹⁸⁹⁶.

901. Toutefois, cette difficulté peut être envisagée sous une nouvelle perspective. Le financement par un époux d’un bien propre ou personnel à son conjoint pourrait constituer une stratégie patrimoniale, s’insérant dans la philosophie de protection des personnes par les biens. En effet, l’époux *solvens* peut avoir l’intention de constituer un patrimoine au bénéfice de son époux pour faire échec au droit des successions. Dans une telle hypothèse, le décès de l’époux *solvens* ne remettra pas en cause la propriété du bien personnel ou propre à l’autre époux. Aucune créance ne serait due au titre du droit des régimes matrimoniaux. L’époux survivant serait assuré d’avoir un bien pour se loger, sans avoir à le financer¹⁸⁹⁷, ce qui participe de la protection des moyens de subsistance.

¹⁸⁹³ Cette affirmation est renforcée par la volonté d’une partie de la doctrine d’étendre un tel règlement des comptes à l’ensemble des modes de conjugalité. V. Y. Favier, « L’immeuble du couple non marié : investissement ou contribution ? », JCP N n° 22-23, 3 juin 2016, 1181. L’auteur affirme qu’il faudrait « liquider les concubinages et les pacs comme on le fait des communautés conjugales ou des indivisions en séparation de biens ? Liquider suppose de porter en compte les flux patrimoniaux et au propre comme au figuré, de régler des comptes ».

¹⁸⁹⁴ Certains auteurs proposent également leur exclusion de la contribution aux charges du mariage. En ce sens, v. A. KARM, « Logique de l’indivision et logique de la séparation de biens (...) », art. préc.

¹⁸⁹⁵ Civ. 1^{re}, 3 octobre 2019, n° 18-20.828, préc. ; Civ. 1^{re}, 17 mars 2021, n° 19-21.463, préc. ; Civ. 1^{re}, 9 juin 2022, n° 20-21.277, préc.

¹⁸⁹⁶ S. TORRICELLI-CHRIFI, « Apport en capital (...) », art. préc.

¹⁸⁹⁷ Il ne le financerait pas initialement lors de l’acquisition. De plus, il n’y aurait aucune créance due au titre du droit des régimes matrimoniaux s’il est considéré que la dépense relève de la contribution aux charges du mariage. De plus, l’immeuble appartenant personnellement à l’époux survivant, celui-ci n’entrerait pas en concours avec

902. Ces différentes approches du financement des biens immobiliers confirment la nécessité du conseil notarié lors de l'élaboration du contrat de mariage et lors de l'acquisition de ce type de biens¹⁸⁹⁸. En effet, les conséquences lors de la dissolution du régime matrimonial, par divorce ou décès, doivent être conformes à ce que les époux avaient souhaité pendant leur vie commune : « la convention des parties peut permettre de pallier ce qui pourrait être regardé comme une lacune de la loi »¹⁸⁹⁹.

903. Ces modifications du régime primaire du couple permettraient une meilleure adaptation du droit patrimonial du couple à la philosophie législative contemporaine. Il convient également de rénover le régime légal.

2. Le régime légal

904. Changement de régime légal. – La question du régime matrimonial qu'il conviendrait d'adopter en tant que régime légal est souvent remise sur le métier. Déterminer un régime qui conviendrait à l'ensemble des époux est impossible et explique la pluralité de régime prévus par le Code civil, mais également la liberté contractuelle en la matière. De plus, il n'existe pas de régime de biens idéal car précisément chaque régime de biens possède les avantages de ses inconvénients. Il convient d'interroger la pertinence du maintien du régime de la communauté d'acquêts en tant que régime légal dans une perspective de cohérence du droit au regard de la philosophie de protection des personnes par les biens. Il apparaît que le régime de la communauté d'acquêts est conforme aux deux lignes directrices de la nouvelle philosophie.

905. Le régime légal conforme à la nouvelle philosophie. – En ce qui concerne la composition de l'actif commun et des masses propres, le régime légal assure un équilibre entre mise en commun des biens acquis pendant le mariage et le caractère propre des biens présents et de ceux acquis par libéralités au cours du mariage. Le régime légal de la communauté semble donc pleinement se conformer à l'idée de solidarité au sein du couple, tout en assurant une sphère de propriété propre à chaque époux en tenant compte de l'origine des biens.

906. En matière de gestion, il permet tout à la fois d'assurer la prééminence de la volonté du propriétaire, ou des propriétaires, et d'assurer une protection particulière pour les biens les plus

les autres héritiers du défunt. Le risque de ne pas être attributaire du bien et celui d'être redevable d'une soulte sont écartés.

¹⁸⁹⁸ Pour de tels conseils, v. B. BEIGNIER, « Contrats de mariage en séparation de biens : vigilance quant à la clause sur la contribution aux charges du mariage », *JCP N* n° 38, 23 sept. 2022, 1226.

¹⁸⁹⁹ J. VASSAUX, « Contribution aux charges du mariage et financement d'un bien à usage familial : enfin une solution claire et novatrice », *JCP N* n° 51, 20 déc. 2019, 1343.

essentiels à la vie du couple. La prise en compte de la volonté du propriétaire s'incarne notamment dans la liberté de la gestion des biens propres par chaque époux, mais également dans les cas de gestion conjointe des biens communs. Cette dernière permet également d'assurer la protection des biens de subsistance de la famille en ce qu'elle s'applique aux biens qui permettent à la famille de se loger et aux biens économiques permettant à la famille d'en tirer des ressources. Ainsi, les actes les plus dangereux pour les biens du couple nécessitent d'obtenir le consentement des deux époux. La protection de ces biens est assurée par l'action en annulation des actes passés en l'absence du double consentement des époux. De plus, lorsque l'intérêt de la famille le commande, un des époux peut se faire autoriser ou habilité pour effectuer l'acte. Ainsi, les différentes gestions prévues par le régime légal permettent tantôt d'assurer l'expression de la volonté du ou des propriétaires et tantôt de préserver les moyens de subsistance des membres de la famille.

907. Quant au partage, la répartition de la communauté en deux parts égales permet d'assurer aux époux divorcés ou à l'époux survivant la moitié des biens de la communauté. Une telle répartition des biens garantit aux conjoints un minimum de biens, afin de maintenir leur cadre de vie, ou du moins un capital, contribuant à la création d'un nouveau cadre de vie. Ce partage de communauté permet également de compenser une éventuelle exhérédation du conjoint lorsque le régime matrimonial se dissout par décès. La doctrine note que le régime légal de communauté « a été et est toujours de nature à dédramatiser largement le débat relatif aux droits successoraux du conjoint survivant, assuré de recevoir la moitié des biens communs »¹⁹⁰⁰, marquant les avantages d'un tel régime. La modification du régime légal n'est donc pas opportune puisqu'il s'inscrit dans la philosophie législative contemporaine. Toutefois, la gestion du passif commun demande à être rénovée.

908. Les difficultés autour du traitement du passif. – Le principe du règlement du passif au sein du régime de la communauté légale est posé à l'article 1413 du Code civil selon lequel : « le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs ». Deux atténuations sont précisées au sein de ce même article. Le principe est écarté en raison de « la fraude de l'époux débiteur et de la mauvaise foi du créancier, et sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu ». Cet article fait ainsi courir un risque important à l'époux qui n'a pas engagé la dette. Le Ph. SIMLER a souhaité limiter les risques induits par cette gestion du passif. Il a notamment

¹⁹⁰⁰ Ph. SIMLER, « Pour un autre régime matrimonial légal », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 457.

proposé deux nouveaux systèmes en remplacement de celui établi : la « communauté à gestion séparée » et la « communauté différée »¹⁹⁰¹. La première consisterait en « une gestion différenciée des biens de la communauté selon l'auteur de l'acquisition (...) chacun des époux aurait le pouvoir d'administrer et de disposer des biens communs acquis par lui et n'obligerait par ses dettes non solidaires que ces biens et non les acquêts faits par son conjoint »¹⁹⁰². La seconde consisterait en « une communauté différée, au sein de laquelle il n'existerait, pendant la durée du régime, que deux patrimoines, les acquêts ayant cependant vocation à être partagés et donnant lieu à une gestion contrôlée par le conjoint. (...) Chacun des époux serait donc, pendant la durée du régime, seul propriétaire des biens de toute nature et de toute origine et répondrait seul de ses dettes sur l'intégralité de son patrimoine »¹⁹⁰³. L'esprit communautaire n'est réellement respecté dans ces deux propositions. Quoi qu'il en soit, ces deux solutions permettraient de limiter les risques pesant sur un époux à raison du passif constitué par son conjoint. De plus, ces propositions sont conformes à la nouvelle philosophie de la protection des biens. En effet, elles poursuivent la volonté législative d'individualisation du risque¹⁹⁰⁴ à l'égard des tiers. Ces mesures renforcent également la prise en compte de la volonté du propriétaire. À défaut d'avoir engagé la dette ou d'y avoir consenti, les biens de l'époux ne feront pas partie du gage du créancier. Néanmoins, les risques pointés par Ph. SIMLER sont essentiellement ceux de la procédure collective¹⁹⁰⁵. Cette difficulté est bien connue¹⁹⁰⁶. Toutefois, dans une telle situation le problème réside essentiellement dans l'inadéquation du choix du régime matrimonial par les époux avec leurs intérêts et de leur situation professionnelle. Le régime légal de la communauté n'est pas le régime matrimonial qui convient aux conjoints dont l'un d'entre eux exerce une profession commerciale, agricole, artisanale ou libérale, directement ou sous forme sociétaire.

909. La convergence des régimes matrimoniaux. – Cette mesure participerait de la convergence observable des régimes matrimoniaux. En effet, certains auteurs ont pu commenter, concernant la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la contribution aux charges du mariage et à son articulation avec le financement du logement de la famille en régime de séparation de bien¹⁹⁰⁷, qu'elle « est encore plus communautaire que le régime de

¹⁹⁰¹ *Ibid.*, pp. 464-467.

¹⁹⁰² *Ibid.*, pp. 464-465.

¹⁹⁰³ *Ibid.*, p. 466.

¹⁹⁰⁴ V. *supra* n° 181 s. et 804.

¹⁹⁰⁵ Ph. SIMLER, « Pour une révision du droit des régimes matrimoniaux », *Dr. fam.* 2000, hors-série, étude 5, p. 30.

¹⁹⁰⁶ A. KARM, « Solidarités familiales et dettes d'un époux », *Dr. fam.* n° 6, juin 2016, doss. 21.

¹⁹⁰⁷ Civ. 1^{re}, 7 fév. 2018, n° 17-13.276, préc. ; Civ. 1^{re}, 11 avril 2018, n° 17-17.457, préc. ; Civ. 1^{re}, 3 oct. 2018, n° 17-25.858, préc.

communauté »¹⁹⁰⁸. Dans le cas présent, de la limitation du risque encouru par les époux en raison du passif commun, il s'agirait au contraire d'un rapprochement du régime légal de communauté avec le régime de la séparation de bien. Cette mesure contribuerait à troubler les frontières entre les différents modèles de régimes matrimoniaux dont le Code civil donne exemple ou à une certaine unification des différents modèles¹⁹⁰⁹.

B. La fin du régime matrimonial

910. La conformité à la philosophie législative contemporaine conduit à envisager des aménagements du droit des régimes matrimoniaux en matière de changement de régime matrimonial (1), mais également au moment des opérations de liquidation partage (2).

1. Changement de régime matrimoniaux

911. Une décision réservée aux époux. – Le régime du changement de régime matrimonial a connu de nombreuses évolutions accroissant la place de la volonté des époux en allégeant le principe de l'immutabilité, puis le contrôle judiciaire¹⁹¹⁰. Cependant, la volonté des époux dans le changement de régime matrimonial pourrait être accentuée. En ce sens, la suppression de l'opposition des enfants majeurs et du contrôle des intérêts patrimoniaux de l'enfant mineur par le notaire serait envisageable. En effet, certains auteurs ont pu recommander la suppression de ces obstacles au changement de régime matrimonial des époux, car « les enfants n'ont aucun droit actuel sur les biens appartenant à leurs parents »¹⁹¹¹. Cela permettrait de laisser les époux seuls face au choix de leur régime matrimonial. Ils sont les seuls à avoir la légitimité pour déterminer les règles s'appliquant à leurs biens. Une telle modification irait dans le sens de la philosophie législative eu égard à la promotion de la volonté du propriétaire et à l'abandon de l'intervention judiciaire. Ainsi, après s'être libéré de l'intervention de leurs ascendants, les époux seraient également libérés de l'intervention de leurs descendants. Il est certain qu'une telle modification participerait au recul de la prise en compte de la famille, orientant plus encore le droit de la famille vers un droit des membres de la famille en tant qu'individu. L'équilibre des relations entre le couple et ses enfants, rendu nécessaire par l'horizontalisation des relations familiales, commande alors d'adapter le mécanisme de l'action en retranchement des avantages matrimoniaux.

¹⁹⁰⁸ J. CASEY, « Séparation de biens et logement de la famille : une décision qui dérange », *AJ fam.* 2018, p. 303.

¹⁹⁰⁹ G. CHAMPENOIS, « L'article 1413 du Code civil condamne-t-il le régime légal de communauté ? », in *Études Ponsard*, Litec, 2003, p. 129.

¹⁹¹⁰ V. *supra* n° 551.

¹⁹¹¹ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille (...)*, *op. cit.*, p. 164.

912. Le retranchement des avantages matrimoniaux. – En compensation de l'impossibilité pour les descendants, même communs, de s'opposer au changement de régime matrimonial de leurs parents, ou de l'un d'eux, l'action en retranchement des avantages matrimoniaux serait ouverte à l'ensemble des enfants, communs ou non¹⁹¹². En effet, dans une perspective d'égalité des enfants, certains auteurs préconisent d'étendre l'action en retranchement des avantages matrimoniaux¹⁹¹³. Cette évolution aurait particulièrement sa place si les enfants se trouvent dans l'impossibilité de s'opposer au changement de régime du couple. Cette modification ne peut, toutefois, se comprendre que si la réserve héréditaire est maintenue en droit des successions. En effet, le retranchement des avantages matrimoniaux est conçu comme un mécanisme de protection de la réserve héréditaire¹⁹¹⁴. Si la réserve héréditaire venait à être remplacée par une réserve alimentaire, il semblerait que la même limite devrait être retenue. Ainsi, l'action en retranchement des avantages matrimoniaux devrait être conditionnée à l'état de besoin du descendant¹⁹¹⁵. La transposition de cette solution tient aux liens qu'entretiennent l'action en retranchement des régimes matrimoniaux et celle en réduction des libéralités excessives¹⁹¹⁶.

913. Le droit des régimes matrimoniaux devrait donc subir quelques modifications pour conformer les règles de la vie de couple à la philosophie contemporaine. Il est nécessaire d'effectuer la même démarche pour les règles ayant trait aux opérations de liquidation-partage lors de la dissolution du régime matrimonial.

2. Opérations de liquidation-partage

914. La valorisation de la volonté du propriétaire et de la protection des biens de subsistance sont particulièrement en tension lors des opérations de liquidation-partage du régime matrimonial. Des aménagements peuvent être envisagés pour une plus grande conformité de ces opérations avec la nouvelle philosophie législative. D'une part, la liquidation alternative du régime matrimonial peut être utilement étendue (a). D'autre part, en matière de partage, les tensions entre volonté et préservation des biens de subsistance sont particulièrement accrues (b).

¹⁹¹² Pour une contestation de la distinction, v. M. GRIMALDI, « Les droit successoraux des enfants », *in Hommage au Professeur Jean-Louis Renchon, op. cit.*, p. 826.

¹⁹¹³ M. NICOD, « Quelques propositions pour parachever (...) », art. préc. ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille (...), op. cit.*, p. 163.

¹⁹¹⁴ B. VAREILLE, « Avantage matrimonial », *Rep. civ.*, oct. 2013 (act. fév. 2020), n° 66.

¹⁹¹⁵ V. *supra* n° 834 s.

¹⁹¹⁶ B. VAREILLE, « Avantage matrimonial », préc., n° 66.

a. *Liquidation alternative du régime matrimonial*

915. L'extension de la liquidation alternative du régime matrimonial permettrait de renforcer la prise en compte de la volonté des époux. Si une telle possibilité se retrouve en droit positif avec les « clauses alsaciennes », le principe pourrait être étendu.

916. La « clause alsacienne ». – La liquidation alternative du régime matrimonial est connue du droit positif en raison de l'autorisation de la clause dite alsacienne. Cette clause peut être définie comme « une clause associée à une communauté universelle qui permet à chacun des époux de reprendre les biens qu'il a apportés à la communauté, biens présents au jour de l'adoption de la communauté et biens reçus à titre gratuit pendant la communauté, lorsque la dissolution se produit pour une cause autre que le décès »¹⁹¹⁷. Cette clause permet ainsi une liquidation différente du régime matrimonial en fonction de la cause de sa dissolution : liquidation sur le modèle de la communauté universelle en cas de décès, liquidation sur le modèle de la communauté légale en cas de divorce. L'intérêt de cette clause réside dans la possibilité pour les époux de moduler la liquidation de leur régime matrimonial. Elle permet ainsi d'assurer le maintien du cadre de vie du conjoint survivant tout en permettant aux époux de se prémunir du relâchement et de la rupture du lien familial. Cette conception de la protection du conjoint survivant, tout en permettant une protection des biens qui auraient été propres en régime légal, traduit bien les nouvelles lignes directrices de la philosophie législative : assurer la prééminence de la volonté du propriétaire en cas de relâchement du lien familial, tout en assurant une protection de la personne du conjoint par les biens en cas de décès. Longtemps absente de la législation, la validité et l'efficacité de cette clause ont été reconnues par le législateur¹⁹¹⁸ à l'article 265 du Code civil. L'alinéa 3, dudit article, dispose que « si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté ». Il est ainsi possible de se demander si de telles clauses ne pourraient pas être utilement étendues.

917. L'extension des liquidations alternatives. – Il est vrai que les objections classiquement avancées quant à la validité de telles clauses sont désormais moins fortes. L'une des raisons est la contrariété au principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux. Or, bien qu'il demeure, le principe s'est atténué. Par ailleurs, certains auteurs ont démontré que de telles

¹⁹¹⁷ A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, « Communauté conventionnelle », *Rép. Civ.*, mars 2013 (act. janv. 2020), n° 361.

¹⁹¹⁸ Art. 43, L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, préc.

clauses ne portaient pas atteinte à ce principe¹⁹¹⁹. La seconde raison, reposant sur la sauvegarde des intérêts des tiers, n'est pas plus opérante¹⁹²⁰. De plus, cette clause participerait de la tendance générale observée quant à la faveur faite à la famille par rapport aux tiers.

918. Pour le régime légal, la clause alsacienne ne peut être le modèle car elle a justement pour fonction de liquider le régime matrimonial conformément à ce régime¹⁹²¹ en cas de dissolution du régime par une autre cause que le décès. Une liquidation sur le modèle de la séparation de biens lorsque la dissolution a lieu pour une autre cause que le décès semble difficile à réaliser. Pour le régime séparatiste, la logique inverse pourrait être adoptée : à savoir une liquidation plus communautaire si la dissolution résulte d'un décès. Mais quels biens prendre en compte ? Sans doute, faudrait-il admettre que la liquidation puisse être effectuée selon les modalités de la communauté légale. Ainsi, tous les biens acquis pendant le mariage, à l'exception de ceux reçus par libéralités, pourraient faire l'objet d'un partage. Un tel aménagement du régime matrimonial permettrait d'assurer la primauté du propriétaire pendant la durée du régime, tout en maintenant le cadre de vie du conjoint en cas de dissolution du régime par décès. Un tel aménagement serait de même envisageable pour le régime de la participation aux acquêts. La créance de participation ne serait due que lorsque le régime se dissout par décès, la liquidation se faisant sur le modèle de la séparation de biens dans les autres cas.

919. Certes, la technique de la liquidation alternative, ainsi conçue, conduit à ne pas assurer la protection des moyens de subsistance à l'époux divorcé, celui-ci ne bénéficiant pas d'une part de communauté ou d'une créance de participation. Cependant, lorsque le régime matrimonial est dissous par le divorce, la technique réalisant la ligne directrice de protection des moyens de subsistance s'incarne dans la prestation compensatoire¹⁹²², dont le but est précisément de compenser la différence de niveau de vie causé par le divorce. Ainsi, la nouvelle philosophie semble parfaitement s'appliquer à ce mode de liquidation qui demanderait à être

¹⁹¹⁹ V. FLAMENT, « Observations sur un régime matrimonial à liquidation alternative », *Deffrénois* n° 12, 30 juin 1993, p. 737.

¹⁹²⁰ S. MOURET-BETELAUD, « Liquidation complexe », *Gaz. Pal.* n° 313, 9 nov. 2002, p. 24.

¹⁹²¹ V. FLAMENT, art. préc.

¹⁹²² Certains auteurs considèrent que l'octroi de la prestation compensatoire constitue une limite à la liquidation alternative. En ce sens, v. V. FLAMENT, art. préc. Cependant, la prestation compensatoire comporte un caractère alimentaire que ne comporte pas la créance de participation, la philosophie sous-jacente n'est alors pas la même. D'autant que le règlement de la créance de participation ne conduit pas à une exclusion du droit à la prestation compensatoire. Il va sans dire qu'il est alors nécessaire de maintenir le mécanisme de la prestation compensatoire. Sur les difficultés de ce mécanisme, v. A.-M. LEROYER, « Faut-il supprimer la prestation compensatoire ? », *RTD civ.*, 2018, p. 369.

précisé par le Code civil au regard des incertitudes qui pèsent sur la possibilité de la mettre en œuvre. Cette cohérence philosophique est moins aisée à appréhender au moment du partage.

b. Les tensions philosophiques au moment du partage

920. Philosophie du partage. – La philosophie du partage de communauté pourrait être revue afin de se conformer aux nouvelles lignes directrices de la philosophie législative.

921. *Clean break*. – Le *clean break* est une philosophie de séparation venue des pays de *Common law*. Il consiste en une volonté de rompre les relations entre époux au plus vite lors d'une dissolution du lien conjugal par divorce¹⁹²³. Cette volonté se retrouve au niveau patrimonial, le partage des biens communs ou indivis devant être effectué au plus vite après le divorce. Les ex-époux peuvent alors exercer leur qualité de propriétaire sur les biens reçus. Cela évite les difficultés de gestion d'une indivision post-communautaire, notamment lorsque le divorce n'est pas apaisé. Il existe une certaine promotion de cette philosophie avec la volonté d'entériner les conventions des époux portant sur la répartition de leurs biens, ou encore au regard de la loi visant à limiter, puis supprimer, les droits de partage de l'indivision post-communautaire¹⁹²⁴. Cette philosophie évite que les biens présents dans l'indivision post-communautaire ne deviennent des biens de mainmorte faute de réel propriétaire pour les administrer. Cependant, elle se heurte à la protection des personnes par les biens dans son volet de préservation des biens de subsistance.

922. Le rôle des biens de subsistance. – La difficulté dans l'application du *clean break* est l'importance accordée aux biens de subsistance. Ainsi, dans la lignée de la jurisprudence *Zrilić contre Croatie*¹⁹²⁵ de la Cour européenne des droits de l'homme, le règlement du divorce devrait désormais prendre en compte la préservation du domicile¹⁹²⁶. À l'idée d'une rupture nette et franche des relations patrimoniales du couple lors du divorce est substituée une volonté de préserver le cadre de vie des deux ex-époux. Ainsi, le droit du divorce pourrait être modifié pour faire prévaloir la protection du domicile des deux époux lorsque la configuration du logement des époux leur permet de le diviser en deux logements distincts, notamment lorsque les deux époux souhaitent conserver le bien. Dans la même ligne, certains auteurs avancent l'idée selon laquelle « il peut aussi s'avérer intéressant de constituer une société civile quand

¹⁹²³ D. ESKENAZI et I. AMAR, « L'impossible existence du concept de "régime matrimonial" dans les pays de *common law* », *AJ fam.* 2020, p. 167.

¹⁹²⁴ L. n° 2019-1479 du 28 déc. 2019 de finances pour 2020n J.O. 29 déc. 2020, texte 1.

¹⁹²⁵ CEDH, *Zrilić c. Croatie*, 3 oct. 2013, Req. n° 46726/11, préc.

¹⁹²⁶ V. *supra* n° 527.

les époux, mariés sous le régime de la communauté, possèdent un patrimoine immobilier qui rapportent des bénéfices. Ainsi, en cas de divorce, le patrimoine n'a pas besoin d'être vendu : il suffira de partager les parts sociales »¹⁹²⁷. Les relations patrimoniales du couple ne seraient alors pas rompues, ce qui peut créer des difficultés dans la gestion de la société civile immobilière. Cependant, une telle répartition réalise un partage équitable des ressources et assure à chaque ex-époux un revenu stable lui permettant de subvenir à ses besoins.

923. Nul doute que la philosophie à retenir pour le partage devrait s'articuler entre cette volonté de séparer rapidement les intérêts des époux, afin d'assurer leur pouvoir de propriétaires, et la préservation des biens de subsistance. Aussi, la divisibilité du logement devrait être une mesure subsidiaire, cantonnée aux hypothèses où en l'absence d'une telle répartition l'un des époux serait dans l'impossibilité de se reloger. Tel serait le cas si, par exemple, un époux marié en communauté ne peut pas acquérir un bien grâce à la part qu'il a reçue lors du partage de la communauté ou que la faiblesse de ses ressources l'empêche d'accéder à la location. La part des biens propres repris par l'époux devrait également être prise en considération. En effet, si ces derniers sont suffisants pour permettre à l'époux de se reloger, il ne serait alors pas utile de mettre en œuvre les mécanismes de solidarité subsidiaires.

924. L'adaptation du droit du couple nécessite de prendre en compte des situations diverses, ce qui rend difficile l'harmonisation parfaite avec la philosophie législative contemporaine. En effet, l'équilibre entre la volonté des membres du couple et la préservation de leurs moyens de subsistance doit être adapté à chaque temps de la vie en couple. Tel est également le cas lorsqu'un des membres du couple est en situation de vulnérabilité.

§ 2 ADAPTER LE DROIT DU COUPLE EN PRÉSENCE DE VULNÉRABILITÉ

925. Le droit des majeurs protégés est particulièrement lié à celui des régimes matrimoniaux, des aménagements de la législation actuelle sont envisageables pour poursuivre la conformité des mécanismes, à la jonction de ces deux droits, avec la nouvelle philosophie législative. D'une part, le régime primaire impératif pourrait être utilement complété par l'instauration d'un mandat de protection future entre époux (A). D'autre part, la législation concernant le choix du régime matrimonial en présence d'un majeur protégé doit être modifiée (B).

¹⁹²⁷ D. DE SAINT AFFRIQUE-TIBERGHEN, *La société civile comme mode d'organisation du patrimoine*, Litec, 2003, p. 155.

A. L'intégration du mandat de protection future dans le régime primaire impératif des conjoints

926. Protection des majeurs et régimes matrimoniaux. – Les liens entre le droit des régimes matrimoniaux et celui des majeurs protégés sont certains. Il s'incarne dans l'article 428 du Code civil qui prévoit la subsidiarité des mesures de protection judiciaire des majeurs par rapport aux règles des régimes matrimoniaux. Plusieurs objectifs peuvent être tirés de ce lien : garantir le maintien de la capacité des majeurs, assurer la prééminence de la famille dans la protection des majeurs et particulièrement des membres les plus proches. Le renforcement des liens entre ses deux branches du droit civil mérite d'être poursuivi. Une solution consisterait en l'insertion dans le régime primaire impératif des couples mariés d'un mandat de protection future¹⁹²⁸. Cette mesure a déjà été envisagée par la doctrine¹⁹²⁹. Elle permettrait de renforcer l'interdépendance et la solidarité des époux et de maintenir une protection familiale des majeurs par une personne qui a une bonne connaissance de la consistance du patrimoine, sans pour autant priver le majeur de sa capacité.

927. Prise d'effet du mandat de protection entre époux. – Les éléments principaux du mandat de protection future pourraient ainsi se retrouver dans le régime primaire impératif. Pour que le mandat de protection future puisse s'exécuter, il faudrait que la personne protégée se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425 du Code civil, qu'elle ne fasse pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'habilitation familiale et que l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts soit constatée par un certificat médical dans les mêmes conditions que les autres mesures de protection. La prise d'effet du mandat aurait lieu par le biais du greffe du tribunal judiciaire comme pour un mandat de protection future. En effet, le recours au juge n'irait pas dans le sens de la déjudiciarisation.

928. Pouvoirs du mandataire. – Le conjoint, mandataire, aurait les mêmes pouvoirs que dans le mandat de protection future sous seing privé. Il pourrait effectuer les actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation judiciaire tant à l'égard des biens que de la personne du majeur. Le régime primaire du couple consacre tant des obligations personnelles que des obligations patrimoniales, cela ne serait donc pas en contradiction avec son esprit. Pour effectuer des actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du juge, il faudrait alors que l'époux requiert

¹⁹²⁸ Pour une étude sur l'utilisation du mandat de protection future comme outil de protection des biens dans le cadre du couple, v. 106^e congrès des notaires de France, *op. cit.*, p. 537 et s.

¹⁹²⁹ F. SAGAUT, « Et si le mandat de protection future intégrait le régime primaire en devenant un effet du mariage ? », art. préc., p. 745 et s.

une autorisation ou une habilitation judiciaire sur le fondement de l'article 217, 219 ou dans les mêmes conditions que l'article 493 du Code civil.

929. Articulation du mandat de protection entre époux avec un mandat de protection future. – Ce mandat issu du régime primaire impératif s'exécute dans la mesure où le majeur n'a pas conclu un autre mandat de protection future. Deux cas peuvent se présenter : le mandataire désigné est le conjoint ou, au contraire, une autre personne. Le mandat de protection future pourrait être utilement conclu avec l'autre conjoint dans la mesure où le mandat sera notarié. En effet, le mandat de protection future notarié permet au mandant d'autoriser le mandataire à réaliser tous les actes que le tuteur peut faire seul ou avec une autorisation judiciaire. Il ne perd donc pas toute utilité. Par ailleurs, pour respecter le choix du majeur concernant la personne chargée de sa protection, il convient de lui laisser la possibilité de conclure un mandat de protection future avec un mandataire autre que le conjoint. Dans un tel cas, le mandat de protection future entre conjoints ne trouverait pas à s'appliquer. Un tel mandat faisant l'objet d'une publication, il n'y aura pas de difficulté à écarter le mandat entre époux. Le mandat de protection du régime primaire impératif ne serait applicable qu'à défaut de la conclusion d'un mandat de protection future par le majeur. Cette solution ne choque pas. En effet, certaines règles du régime primaire impératif s'appliquent à défaut de prévision, c'est le cas de la contribution aux charges du mariage qui prévoit une contribution à proportions respectives à défaut de précision dans un contrat de mariage¹⁹³⁰.

930. Un mandat contraignant ? – Un époux pourrait refuser que l'autre conjoint assure la mission de protection. Corrolairement, un époux pourrait refuser d'assurer le rôle de protecteur.

931. Si l'époux devant être protégé ne souhaite pas que l'autre conjoint assure la mission de protection, alors qu'il n'a lui-même pas conclu d'autre mandat de protection future, il devrait être en mesure de refuser la mise en œuvre du mandat de protection entre époux. En effet, la prise en compte croissante de la volonté du majeur protégé conduit à ne pas imposer au majeur un protecteur qui ne lui convient pas. Dans une telle hypothèse, il y aurait alors une nécessité de saisir le juge aux fins de mettre en place une mesure de protection judiciaire qui serait assurée par une personne désignée par le majeur. Le majeur pourrait conclure un mandat de protection future en désignant le mandataire de son choix, mettant fin au mandat de protection entre époux.

¹⁹³⁰ C. civ., art. 214.

932. L'époux devant être en charge de la mission de protection serait en mesure de refuser cette mission en n'effectuant pas les démarches auprès du greffe du tribunal – par volonté de ne pas assurer la mesure ou par négligence. Ainsi, le juge serait saisi aux fins de mettre en place une mesure de protection judiciaire. Celui-ci, constatant les raisons de l'inaction de l'époux, déciderait s'il est opportun que l'époux soit en charge de la protection. Par ailleurs, de manière classique, il faut considérer qu'un époux ne pourra pas être en charge de la protection de son époux s'il fait lui-même l'objet d'une mesure de protection.

933. Le régime primaire impératif pourrait donc servir à renforcer les liens entre droit des régimes matrimoniaux et droit du patrimoine des majeurs vulnérables. La protection des biens pourrait gagner en cohérence. Le choix du régime matrimonial pourrait également être remis en cause.

B. Le choix du régime matrimonial en présence d'un majeur protégé

934. Pour assurer la conciliation entre la protection des biens, la liberté matrimoniale des époux et la cohérence du système de protection, trois solutions semblent envisageables : soumettre le mariage du majeur protégé à la rédaction d'une convention matrimoniale, établir la séparation de biens comme régime légal lorsque l'un des époux fait l'objet d'une mesure de protection, établir la séparation de biens comme régime légal. Il ne s'agit pas, dans ces développements, de revenir sur l'acquisition par le majeur protégé de la possibilité de se marier sans avoir recours à une autorisation préalable, mais d'envisager les solutions permettant de mieux concilier ce nouveau droit avec les conséquences patrimoniales engendrées.

935. D'abord, il serait concevables d'obliger les époux à établir une convention matrimoniale lorsque l'un d'eux est sujet d'une mesure de protection – curatelle, tutelle ou habilitation familiale. Cette solution s'inscrit dans la droite ligne de l'obligation faite aux partenaires de PACS de rédiger une convention, notamment pour organiser leur situation patrimoniale commune¹⁹³¹. Elle permettrait de recourir aux conseils du notaire pour la rédaction de la convention et conduirait à l'assistance du majeur par la personne en charge de la mesure de protection en vertu du premier alinéa de l'article 1399 du Code civil. La volonté matrimoniale du majeur protégé serait, ainsi, respectée et les conséquences patrimoniales d'une telle union feraient l'objet de discussions lors de l'élaboration de la convention. Le versant patrimonial du mariage serait alors véritablement pris en compte. La convention pourrait aboutir à l'adoption d'un régime de communauté d'acquêts, mais celui-ci ne serait pas le résultat du simple refus du

¹⁹³¹ C. civ., art. 515-3.

conjoint d'établir une convention, ce qui semble aboutir à une meilleure adéquation avec les droits du majeur protégé. Bien qu'il s'agisse de la solution la plus opportune, notamment au regard de son fort volet informatif, d'autres solutions, fondées sur le changement de régime légal, sont envisageables¹⁹³².

936. Ensuite, le mariage des majeurs sous un régime de tutelle, de curatelle et d'habilitation familiale pourrait être autorisé mais le régime légal, dans un tel cas, serait le régime de la séparation de biens. En effet, la séparation des patrimoines des époux permet une meilleure protection des biens de la personne protégée. Il est vrai que la présence du régime primaire impératif, notamment de la solidarité des dettes ménagères, ne permet pas d'assurer une protection totale du majeur protégé à la suite de son mariage¹⁹³³. Il est également vrai qu'une telle solution pourrait paraître discriminatoire en ce qu'elle impose un régime légal distinct de celui du droit commun. Pour autant, cette solution semble être une solution de compromis qui, d'un côté, favorise la prise en compte de la personne, d'un autre, lui assure une plus grande autonomie patrimoniale, par la séparation des patrimoines, tout en conservant un minimum de mise en commun des intérêts par l'application du régime primaire impératif. De plus, cette solution n'empêcherait pas le majeur protégé, ainsi que l'autre époux, d'opter pour le régime de la communauté d'acquêts. Simplement, l'assistance du curateur ou du tuteur serait nécessaire, conformément à l'article 1399, alinéa premier, du Code civil, et celle du notaire également, ce qui permettrait de s'assurer que les risques liés à la communauté d'acquêts sont compris par les époux et la personne chargée de la mesure de protection.

937. Enfin, le changement pur et simple de régime légal est aussi envisageable. Le régime de séparation de biens comme régime légal se justifierait au-delà de la seule protection des majeurs sous tutelle et curatelle. En effet, il serait également plus idoine pour les jeunes époux lorsque leur avenir professionnel est incertain. Il éviterait ainsi de devoir changer de régime matrimonial lorsque l'un d'eux souhaite créer une entreprise. De telles remarques ont déjà pu être émises par la doctrine¹⁹³⁴. Cependant, cette solution semble la moins pertinente car peu proportionnée au but recherché. En effet, malgré les contraintes induites par la communauté, la réflexion doctrinale conduit davantage à en atténuer les défauts plutôt qu'à la remplacer en tant que

¹⁹³² Bien qu'il ait été rappelé que la communauté légale est un régime qui se fonde parfaitement dans la philosophie législative contemporaine, la présence d'un majeur protégé nécessite de discuter à nouveau l'opportunité d'une telle mesure.

¹⁹³³ BATTEUR (A.), MAUGER-VIELPEAU (L.) et RAOUL-CORMEIL (G.), « La conclusion forcée du contrat de mariage du majeur protégé », D. 2019, p. 825.

¹⁹³⁴ Ph.SIMLER, « Pour une révision du droit des régimes matrimoniaux », art. préc.

régime légal¹⁹³⁵. La généralisation du changement de régime légal ne semble donc pas à privilégier¹⁹³⁶.

938. Les deux dernières solutions, consistant en l'adoption du régime de la séparation de biens, ne permettent pas une protection optimale du majeur protégé en raison de l'application du régime primaire impératif. Cependant, les risques liés au régime primaire impératif sont ou peuvent être limités, notamment par un aménagement de ce régime. En ce qui concerne la solidarité des dettes ménagères, la difficulté est limitée par le fait que cette organisation de la répartition de la dette ne concerne que l'obligation à la dette et non la contribution. Il y a également un risque qu'en régime séparatiste le financement par le majeur protégé d'un logement, bien que personnel à l'autre époux¹⁹³⁷, soit considéré comme faisant partie de la contribution aux charges du mariage de l'époux majeur protégé. Cette solution jurisprudentielle semble particulièrement préoccupante si elle venait à concerner des majeurs protégés. Il faudrait alors que le législateur revienne sur la jurisprudence actuelle en excluant de la contribution aux charges du mariage les dépenses d'investissement visant à constituer un patrimoine personnel à l'autre époux¹⁹³⁸.

939. Ces quelques mesures qui, certes, réforment parfois en profondeur le droit des régimes matrimoniaux, concilient la protection des biens et la liberté matrimoniale du majeur protégé. Elles permettraient de dépasser les difficultés liées au refus par le conjoint d'établir une convention matrimoniale. Elles contribueraient à redonner de la cohérence au système de protection des biens : en assurant la primauté de la personne, sans pour autant remettre en cause le minimum de protection qu'il convient d'octroyer aux majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection. La volonté du majeur serait préservée d'un point de vue extrapatrimonial et ne serait pas remise en cause d'un point de vue personnel. De plus, l'accès au mariage des majeurs protégés, leur permet de bénéficier des mécanismes protecteur du droit des régimes matrimoniaux et du droit des successions, en leur qualité de conjoint ou de conjoint successible.

¹⁹³⁵ En ce sens, v. les actes du colloque, P. BLOCH, (dir.), « La communauté de biens entre époux Bilan critique », *JCP N*, n° 22, 29 mai 2009, 1185 ; en particulier, v. G. CHAMPENOIS, « Rapport de synthèse », *JCP N* n° 22, 29 mai 2009, 1193 ; R. CABRILLAC, « Le passif : professionnel : l'efficacité des parades pour protéger le patrimoine familial », *JCP N* n° 22, 29 mai 2009, 1189 ; F. LAROCHE-GUISSEROT, « Les régimes séparatistes – Un environnement législatif favorable », *JCP N* n° 22, 29 mai 2009, 1191. Voir également Ph. SIMLER, « Pour une révision du droit des régimes matrimoniaux », art. préc.

¹⁹³⁶ V. *supra* n° 904 s.

¹⁹³⁷ Civ. 1^{re}, 18 janv. 2017, n° 15-28.164, préc.

¹⁹³⁸ V. *supra* n° 898 s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

940. Des adaptations sont nécessaires pour que le droit patrimonial de la famille soit en conformité avec la philosophie législative de la protection des biens par les personnes.

941. En matière de transmission des biens, l'adaptation la plus centrale est celle de la conversion de la réserve héréditaire en une réserve alimentaire. En effet, une réserve alimentaire permettrait d'adapter la transmission des biens au besoin réel des héritiers. Ainsi, lorsqu'aucun héritier n'est pas dans le besoin, le *de cuius* retrouve l'entière disponibilité de son patrimoine. Le mécanisme serait donc un mécanisme de protection des biens de subsistance tout en augmentant les pouvoirs du propriétaire sur la transmission de ses biens. Ce dispositif pourrait être utilement complété par l'instauration d'un droit de préemption familial qui permettrait de reconnaître l'attache sentimentale que les membres de la famille peuvent avoir à l'égard de certains biens immobiliers. Ce mécanisme permettrait une prise en compte des souvenirs de famille qui prennent corps dans les biens immeubles. Plus encore, l'attribution préférentielle, qui est déjà un mécanisme clef de la nouvelle philosophie législative, devrait être utilement étendue. Par ailleurs, la contractualisation du droit des successions pourrait également être poursuivie en permettant une reconnaissance plus large du consensus entre le *de cuius* et ses héritiers.

942. Le droit des régimes matrimoniaux doit également subir des retouches. En particulier, le dispositif relatif au logement du couple marié doit être étendu aux partenaires de PACS. En effet, le logement est un bien primordial dans le dispositif de protection des personnes par les biens. Or, rien ne justifie que les partenaires ne bénéficient pas d'une telle protection. Par ailleurs, la place qui est donnée au conjoint dans le dispositif de protection devrait être renforcée en instaurant, dans le régime primaire des couples mariés, un mandat de protection future dont la mise en œuvre doit se conformer à la nouvelle manière d'appréhender le droit patrimonial des personnes vulnérables.

Chapitre 2

LA COHÉRENCE DE LA PROTECTION EN DROIT PATRIMONIAL DES PERSONNES EN SITUATION DE VULNÉRABILITÉ

943. Les personnes en situation de vulnérabilité. – Les personnes en situation de vulnérabilité peuvent se diviser en deux catégories : celle des mineurs et celle des majeurs protégés.

944. Les biens du mineur. – Prenant le parti de ne pas revenir sur les dernières réformes entreprises par le législateur et au regard du droit existant en matière des biens du mineurs, il n'apparaît pas nécessaire de développer la question de la cohérence du droit du mineur au regard de la philosophie de la protection. En effet, les dispositions qui encouragent la prise en compte de la volonté du mineur, celles relatives à son audition en justice¹⁹³⁹ et à la protection de ses biens¹⁹⁴⁰, semblent suffisantes à satisfaire les lignes directrices de la protection des biens. Sa qualité de propriétaire n'est pas entièrement exclue malgré sa minorité, mais simplement limitée eu égard à ses facultés.

945. L'adaptation du droit des majeurs. – Le droit des majeurs protégés doit, pour se conformer à la nouvelle philosophie législative, promouvoir la volonté du majeur, ce qui permettra de renforcer ses pouvoirs en tant que propriétaire. La protection devra se limiter au maintien de son cadre de vie et à la préservation de ses moyens de subsistance. Ainsi, il sera nécessaire d'adapter les mesures de protection à ces nouvelles exigences. En effet, il convient d'assurer la prise en compte des volontés du majeur (**Section 1**), mais également d'assurer la protection des moyens de subsistance (**Section 2**).

¹⁹³⁹ V. *supra* n° 419.

¹⁹⁴⁰ V. *supra* n° 423 et 425.

SECTION 1

ASSURER LA PRISE EN COMPTE DES VOLONTÉS

946. L'adaptation du droit des majeurs protégés doit passer par une refonte des mesures de protection qui sont toutes articulées autour d'une philosophie ancienne, dans laquelle l'intérêt du majeur doit primer sa volonté particulièrement lorsqu'il fait l'objet d'une mesure de représentation. Des propositions de réforme du droit des majeurs ont conduit à envisager l'instauration d'une mesure unique de protection. Une telle mesure peut s'ancrer dans les lignes directrices de la philosophie actuelle. En effet, la mesure de protection permettrait une meilleure prise en compte des volontés du majeur. Par ailleurs, cette rénovation des mesures de protection induit également des changements complémentaires en vue d'assurer la cohérence de la matière après l'instauration de la mesure unique.

947. L'instauration d'une mesure judiciaire unique de protection (§1) rend nécessaire la mise en cohérence de la matière (§2).

§ 1 UNE MESURE JUDICIAIRE UNIQUE DE PROTECTION

948. La mesure unique dans le rapport CARON-DÉGLISE. – La mesure de protection unique a été envisagée à l'occasion d'un rapport dirigé par A. CARON-DÉGLISE. La mesure prend la forme d'une curatelle simple pour ce qui est de la protection des biens et se conforme à l'article 459 du Code civil pour la protection de la personne¹⁹⁴¹. La personne garderait, par principe, sa pleine capacité juridique. La tutelle serait supprimée, sans que la technique de la représentation ne le soit. En effet, la représentation pourrait être prononcée par le juge, tant pour la protection des biens que pour la protection de la personne, mais uniquement lorsque l'assistance n'est pas suffisante. Cependant, l'assistance du majeur ne serait elle-même prononcée que lorsqu'elle est nécessaire, le juge devant strictement limiter le recours à la restriction de la capacité du majeur. L'objectif visé par cette nouvelle mesure de protection, dénommée « sauvegarde des droits »¹⁹⁴², est de permettre une individualisation de la mesure au plus proche des besoins du majeur. Cette mesure unique est présentée comme un rassemblement de « la curatelle et de la sauvegarde autonome »¹⁹⁴³. Le maintien affiché de la

¹⁹⁴¹ A. CARON-DÉGLISE, (dir.), *L'évolution de la protection juridique des personnes : reconnaître, soutenir et protéger les personnes vulnérables*, Rapport de mission interministérielle, 21 sept. 2018, p. 71.

¹⁹⁴² *Ibid.*, p. 70.

¹⁹⁴³ *Ibidem*.

technique de la représentation tend à plaider pour le fait que la tutelle est également en partie incluse dans cette nouvelle mesure de protection, bien qu'elle le soit à titre subsidiaire. L'objectif principal de cette mesure est de permettre une meilleure individualisation de la mesure de protection, afin que la restriction de capacité du majeur soit strictement proportionnée à ses besoins. Ainsi, la mesure tiendrait mieux compte de la volonté du majeur, notamment en s'appuyant sur ses directives anticipées¹⁹⁴⁴. Le juge conserverait un rôle important dans cette mesure de protection qui resterait judiciaire : intervention renforcée lors de l'ouverture de la mesure en raison du souci qui devra être portée à l'individualisation, intervention en cours de mesure pour adapter sa décision aux besoins du majeur et pour autoriser « les actes les plus importants »¹⁹⁴⁵. Par ailleurs, serait conservée « la distinction entre les actes conservatoires/d'administration/de disposition et le décret du 22 décembre 2008 également, tout en l'aménageant »¹⁹⁴⁶. Le juge serait aidé dans sa démarche d'individualisation de la mesure de protection par une « évaluation de la situation médico-sociale de la personne plus développée que celle qui existe actuellement »¹⁹⁴⁷. Le rapport dresse une liste des points sur lesquels le juge devra se prononcer pour déterminer les actes soumis à assistance notamment « la perception des revenus et [le] paiement des dépenses »¹⁹⁴⁸, les actes patrimoniaux et personnels concernés. De même, si le juge considère que la technique de la représentation doit être employée, il devra déterminer les actes soumis à représentation¹⁹⁴⁹.

949. Cette proposition doit être discutée car, si elle paraît se conformer à la philosophie législative contemporaine, certains points doivent être précisés. De plus, malgré la conformité de la mesure unique à la philosophie législative, celle-ci ne semble pas faire l'objet d'un consensus. Si la mesure unique de protection est conforme à la philosophie législative contemporaine (A), elle est indûment contestée (B).

A. Une mesure unique de protection conforme à la philosophie législative

950. La présentation de la mesure de protection permet de souligner les traits communs entre le principe d'une telle mesure et la philosophie législative contemporaine. Toutefois, certaines réflexions autour de la mesure unique de protection pourraient être développées afin qu'elles se conforment davantage à la philosophie contemporaine. Des aménagements peuvent ainsi être

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 69.

¹⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 70.

¹⁹⁴⁶ *Ibidem.*

¹⁹⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 71.

¹⁹⁴⁹ *Ibidem.*

envisagés tant à l'égard de la personne en charge de la protection (1), qu'à l'égard de la capacité du majeur en situation de vulnérabilité (2).

1. Les aménagements relatifs à la personne en charge de la protection

951. La question des pouvoirs qui seront accordés à la personne en charge de la protection est un point important de la structuration de cette nouvelle mesure de protection. En effet, pour que la mesure puisse être en conformité avec la philosophie actuelle, il convient de repenser la hiérarchie des pouvoirs de la personne en charge de la protection (1). Par ailleurs, la désignation de cette personne peut également être repensée pour permettre une meilleure conformité à la philosophie actuelle (2).

a. La hiérarchie des pouvoirs

952. Une hiérarchie complétée, modulable et évolutive. – Trois modalités peuvent être mises en place pour la protection des biens en droit des majeurs protégés : soit la personne en charge de la protection n'a pas à intervenir, soit elle assiste la personne protégée, soit elle la représente. Il convient d'ajouter à ce triptyque une nouvelle modalité, l'accompagnement. Par ailleurs, ces modalités pourront être présentes au sein d'une même mesure de protection, en fonction des actes concernés, et pourront évoluer au cours de la mesure.

953. L'insertion de l'accompagnement. – Si la notion d'accompagnement est retranscrite dans le rapport réalisé sous la direction d'A. CARON-DÉGLISE¹⁹⁵⁰, une partie de la doctrine a précisé les contours de la notion et les utilités qu'elle pourrait avoir en matière civile, et non plus seulement en matière sociale¹⁹⁵¹. En effet, la notion d'accompagnement se retrouve, en l'état actuel du droit, essentiellement dans les mesures d'accompagnement social personnalisé ou judiciaire. La notion d'accompagnement est mobilisée en ce qu'elle permet de « construire un régime juridique de protection qui parte non pas de ce que l'on considère comme des nécessités de la protection, mais des droits et libertés de l'individu »¹⁹⁵². En effet, l'accompagnement permet au majeur, ne faisant l'objet d'aucune restriction de capacité, de se faire accompagner lors de la réalisation d'un acte. L'accompagnant lui donne les informations

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 95 et s.

¹⁹⁵¹ Pour une étude complète v. S. ZOUAG, *L'accompagnement dans la protection juridique des majeurs : une notion en devenir*, thèse, Lyon III, 2015.

¹⁹⁵² H. FULCHIRON, « L'accompagnement des personnes majeures vulnérables entre nécessité juridique et exigence éthique », *Dr. fam.*, mars 2017, doss. 17.

nécessaires pour le soutenir dans sa prise de décision¹⁹⁵³. Les informations peuvent concerner « sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part »¹⁹⁵⁴. L'accompagnement du majeur se distingue de l'assistance en ce que « dans l'accompagnement, le pouvoir d'agir est tout entier conservé par le majeur »¹⁹⁵⁵. L'accompagnant agit uniquement comme un conseil, il n'agit ni avec, ni à la place du majeur. Ainsi, cette notion d'accompagnement pourrait être utilement mobilisée dans le cadre de la mesure unique de protection.

954. Il faut tout de même déterminer si cet accompagnement doit être généralisé dans la mesure de protection¹⁹⁵⁶ ou si l'accompagnement doit rester cantonné à un besoin du majeur¹⁹⁵⁷. En effet, si l'accompagnement ne prive pas le majeur de sa capacité, il peut en résulter une certaine infantilisation notamment au regard des informations qui devraient lui être communiqué. Ainsi, l'accompagnement devrait être prononcé dans la limite des besoins du majeur. L'accompagnement se situerait alors à mi-chemin entre l'action pleine et entière du majeur et l'assistance de celui-ci. L'accompagnement, en ce qu'il se caractérise par un devoir renforcé d'information de la personne en charge de la protection, s'inscrit dans le rapprochement du droit des personnes et de la famille et des logiques du droit de la consommation¹⁹⁵⁸. Il permet d'accroître la hiérarchie des pouvoirs de la personne en charge de la protection, ce qui permet de renforcer l'individualisation des mesures de protection, d'adapter la mesure au plus près des besoins du majeur en situation de vulnérabilité. Il participe également au renforcement des considérations liées aux droits de l'homme en maintenant la capacité du majeur, en faisant prévaloir sa volonté. En effet, le modèle des mesures d'accompagnement judiciaire est promu par le Défenseur des droits, qui est en faveur de l'extension de leur application « aux personnes majeures faisant face à de grandes difficultés dans la gestion de leurs ressources lorsque ces difficultés sont susceptibles de les mettre en danger, et ce quand

¹⁹⁵³ L'article 457-1 du Code civil prévoit déjà une sorte d'obligation d'information dans le cadre de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne, cette obligation serait donc étendue à la protection des biens et acquerrait une autonomie par rapport à la technique d'assistance et celle de représentation.

¹⁹⁵⁴ A. CARON-DÉGLISE, (dir.), « L'évolution de la protection juridique des personnes (...) », préc., p. 96.

¹⁹⁵⁵ G. MILLERIOUX, *La capacité juridique des majeurs vulnérables*, thèse, Lyon III, 2021, p. 289.

¹⁹⁵⁶ Comme le propose le rapport CARON-DÉGLISE, en ce qu'il fait figurer dans les principes généraux de la mesure cette obligation d'information. Voir, A. CARON-DÉGLISE, (dir.), « L'évolution de la protection juridique des personnes (...) », préc., p. 96.

¹⁹⁵⁷ Cette solution pourrait ressortir de la proposition de H. FULCHIRON qui considère que cette mesure d'accompagnement s'analyse en « une sorte de sauvegarde de justice qui perdrait son caractère temporaire ou d'un mandat de protection future allégé », l'accompagnement devant être sollicité par le majeur. V. H. FULCHIRON, « L'accompagnement des personnes âgées vulnérables (...) », art. préc.

¹⁹⁵⁸ V. *supra* n° 593.

bien même elles ne seraient pas bénéficiaires de prestations sociales »¹⁹⁵⁹. L'accompagnement serait alors un remède, en droit civil, à ces difficultés sans rendre perméable la distinction entre le droit civil et le droit social. Ainsi, l'adjonction de l'accompagnement s'inscrit entièrement dans la nouvelle philosophie législative qui conduit à remettre au centre du dispositif de la protection des biens leur propriétaire, au service de la protection de sa personne. L'accompagnement pourrait soit être sollicité par le majeur, soit être prévu par le juge. Ce n'est que si l'accompagnement n'est pas suffisant que le juge serait susceptible de prononcer l'assistance du majeur.

955. L'assistance n'est pas un modèle. – L'assistance est souvent avancée comme la technique sur laquelle doit se fonder la nouvelle mesure unique de protection. Au regard de ce qui a été dit sur l'accompagnement, il semblerait qu'assimiler la nouvelle mesure de protection à la curatelle simple¹⁹⁶⁰, notamment en matière de protection des biens, conduise de fait à orienter le juge sur la mise en œuvre de la mesure de protection. Il est plus adéquat de penser cette nouvelle mesure de manière détachée de l'existant et donc de ne pas s'appuyer sur un modèle de référence. La mesure unique serait entièrement modulée par le juge en fonction des besoins du majeur en situation de vulnérabilité. Plutôt que d'être considérée comme la technique de principe de la protection des majeurs vulnérables, il faudrait considérer l'assistance comme la forme de protection au-delà de laquelle le juge doit spécialement motiver sa décision. En effet, l'assistance constitue la dernière modalité de protection qui n'entraîne pas une mesure substitutive de décision. De plus, l'assistance pourrait être prononcée de manière temporaire¹⁹⁶¹ avec pour objectif de « restructurer [le] patrimoine » du majeur en situation de vulnérabilité, afin d'en « simplifier sa gestion quotidienne (...). La restructuration du patrimoine effectuée, la mesure d'assistance devient alors inutile »¹⁹⁶². Cette restructuration du patrimoine du majeur permettrait donc de simplifier son contenu avec l'assistance de la personne en charge de la protection, pour que le majeur puisse par la suite le gérer seul ou simplement avec une mesure d'accompagnement. Pour que la mesure de protection unique serve réellement le majeur en situation de vulnérabilité et prenne au mieux en considération ses droits et libertés, il faut que la mesure de protection puisse envisager ce type d'adaptation du patrimoine du majeur à ses capacités de gestion, lorsque cela est opportun. Ces réflexions autour

¹⁹⁵⁹ Défenseur des droits, *Rapport sur la protection juridique des majeurs vulnérables*, préc., p. 19.

¹⁹⁶⁰ E. PECQUEUR, CARON-DEGLISE (A.) et VERHEYDE (T.), « Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies (...) », art. préc.

¹⁹⁶¹ Défenseur des droits, *Rapport sur la protection juridique des majeurs vulnérables*, préc., p. 20.

¹⁹⁶² *Ibidem*.

de l'assistance, et les possibilités de la rendre temporaire, ne doivent pas masquer les situations dans lesquelles il sera nécessaire d'avoir recours à la technique de la représentation en matière patrimoniale.

956. Le maintien de la représentation¹⁹⁶³. – Le maintien de la représentation à titre d'exception semble faire l'objet d'un certain consensus¹⁹⁶⁴. Ce maintien pose cependant des difficultés dans la manière de l'appréhender. En effet, le rapport du Défenseur des droits préconise le maintien de la représentation dans les seuls cas « où la personne est dans l'incapacité totale d'exprimer sa volonté ou ses préférences », tout en indiquant qu'elle doit « s'exercer dans le respect d'une interprétation optimale de la volonté et des préférences de la personne »¹⁹⁶⁵. Le représentant doit-il alors se fonder sur les volontés et préférences que le majeur a pu exprimer avant d'être dans un état lui empêchant leur expression ou doit-il continuer de consulter le majeur afin de déterminer, au moment présent, les directions à prendre dans la gestion des biens ? Il semblerait qu'il faille entendre l'impossibilité d'exprimer ses volontés et ses préférences comme une impossibilité de les exprimer sur la scène juridique, ce qui n'empêche pas que le majeur puisse les exprimer dans sa relation avec la personne en charge de la protection¹⁹⁶⁶. Celles-ci pourront alors guider la personne en charge de la protection dans son action. Cependant, le recueil de la volonté et des préférences du majeur n'empêche pas la personne en charge de la protection d'agir en sens contraire si la décision souhaitée par le majeur conduirait à nuire gravement à ses intérêts patrimoniaux. Cela traduit la volonté que le majeur continue d'être associé, dans la mesure de ses capacités, à la prise de décisions dans la gestion de ses biens. Ainsi, bien que sous mesure de représentation, le majeur n'est pas privé de tout droit à l'expression. Envisager la représentation d'une telle manière en changerait véritablement la philosophie. Cette manière de concevoir la représentation conduit nécessairement à en faire un dispositif subsidiaire et exceptionnel ; elle ne dérange que peu les prescriptions de la CIDPH, en ce qu'elle permet également la prise en compte de la volonté et des préférences du majeur. Cependant, il ne semble pas possible de considérer, comme certains auteurs le font, que la représentation se fonde sur l'idée de soutien de la capacité du majeur¹⁹⁶⁷.

¹⁹⁶³ Seul le maintien de la représentation en matière patrimoniale sera envisagé. Ce maintien essentiel en matière patrimoniale ne préjuge pas de la nécessité de conserver un tel mécanisme en matière personnelle, notamment au regard des développements sur la distinction souhaitée entre le personnel et le patrimonial. V. *supra* n° 477.

¹⁹⁶⁴ En ce sens voir A. CARON-DÉGLISE, (dir.), « L'évolution de la protection juridique des personnes (...) », préc., p. 71 ; Défenseur des droits, Rapport sur la protection juridique des majeurs vulnérables, préc., p. 16.

¹⁹⁶⁵ Défenseur des droits, Rapport sur la protection juridique des majeurs vulnérables, préc., p. 16.

¹⁹⁶⁶ Certains auteurs font la distinction entre « participation et consentement » sur ce même modèle. V. Y. FAVIER, « Vulnérabilité et fragilité : réflexions autour du consentement des personnes âgées », *RDSS* 2015, 702.

¹⁹⁶⁷ *Contra*, v. G. MILLERIOUX, *op. cit.*, pp. 274-275.

En effet, la représentation ne sera une mesure de soutien que lorsque la décision prise par la personne en charge de la protection sera conforme à la volonté et aux préférences du majeur. Tel ne sera pas le cas lorsque la décision souhaitée par le majeur nuirait gravement à ses intérêts patrimoniaux. Ainsi, la personne en charge de la protection devra adopter une solution contraire, s'appuyant sur un dispositif de décision substitutive. De plus, considérer que la représentation est une mesure de soutien de la capacité ne va pas dans le sens de la volonté de faire de la représentation une mesure d'exception, car cela participe à la justification d'un tel dispositif. Il est préférable de voir le dispositif de représentation pour ce qu'il est : un mal, certes, mais un mal nécessaire lorsque la personne en situation de vulnérabilité n'est plus à même de faire valoir ses intérêts sur la scène juridique. La représentation doit donc être une technique subsidiaire, exceptionnelle et se fondant autant que possible sur les volontés et préférences de la personne. De ce fait, l'instauration de la mesure unique devrait également conduire à la suppression de l'habilitation familiale avec représentation¹⁹⁶⁸.

957. Ainsi, le juge pourrait en fonction des capacités du majeur prévoir, en considération des actes, que le majeur agira seul, qu'il agira avec l'accompagnement ou l'assistance de la personne en charge de la mesure, ou que la personne en charge de la mesure sera chargée de représenter le majeur. Cette hiérarchie qui se dessine entre les différentes modalités évoquées interroge nécessairement sur le passage de l'une à l'autre lorsque l'état de la personne protégée évoluera.

958. Évolution de la mesure. – Limiter les pouvoirs de la personne en charge de la protection au strict besoin actuel de la personne en situation de vulnérabilité conduit nécessairement à s'interroger sur l'évolution de la mesure. En effet, les pouvoirs de la personne en charge de la protection devront parfois s'accroître au fur et à mesure de l'évolution de la situation du majeur. À défaut d'évolution, la mesure risquerait « de perdre progressivement en pertinence après son prononcé »¹⁹⁶⁹, alors même que l'objectif de la mesure unique est d'assurer une individualisation de la protection. La doctrine a exclu le fait de confier à la personne en charge de la protection « un pouvoir de modulation de la mesure unique »¹⁹⁷⁰ car « l'organisation de la mesure unique impacte l'exercice des droits de la personne fragile. Elle paraît donc relever du domaine du juge »¹⁹⁷¹. L'exclusion de cette solution est bienvenue. Il serait, toutefois, possible,

¹⁹⁶⁸ Sur les mesures de protection à conserver ou à supprimer, v. *infra* n° 986 s.

¹⁹⁶⁹ N. PETERKA, « Réflexions sur la création d'une mesure unique de protection à la française », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Bateau*, LGDJ, 2021, p. 459.

¹⁹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 459-460.

¹⁹⁷¹ *Ibid.*, pp. 459-460.

pour le juge, de s'appuyer sur le certificat médical circonstancié et sur l'enquête sociale pour anticiper les évolutions envisageables de la mesure. Ainsi, le certificat médical circonstancié pourrait être complété par les évolutions prévisibles d'une maladie et sur leurs conséquences pour le discernement de la personne. Le juge pourrait alors indiquer dans sa décision que si les évolutions se réalisent, l'accompagnement initialement prévu se transformerait en une assistance. Le rôle de la personne en charge de la protection serait alors, lorsqu'il constate une évolution de la situation du majeur ou à l'occasion d'une visite médicale, de pouvoir solliciter au cours de la mesure un nouveau certificat médical circonstancié. Si ce nouveau certificat établit que le majeur en situation de vulnérabilité se trouve dans la situation qui avait été anticipée par le médecin dans le certificat médical circonstancié initial, ce dernier serait alors porté à la connaissance du greffe et entérinerait la modification des pouvoirs attribués, lors du jugement d'ouverture de la mesure, à la personne en charge de la protection. Cette évolution dans les modalités d'exercice de la mesure se ferait sur le modèle de la prise d'effet du mandat de protection future. En effet, comme le rappelle l'article 481 du Code civil, « le mandataire produit au greffe du tribunal judiciaire le mandat et un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste mentionnée à l'article 431 ». Cette modalité éviterait une sollicitation du juge au cours de la mesure, lorsque l'anticipation est rendue possible au regard des évolutions prévisibles d'une maladie. Cette mesure s'inscrit parfaitement dans la nouvelle philosophie législative en ce qu'elle permet de diminuer le recours au juge et d'anticiper les situations futures, tout en assurant l'individualisation de la protection du majeur. Cependant, il faudrait aussi que le majeur puisse saisir le juge aux fins de contester l'évolution de la mesure de protection. En effet, pour que les droits des majeurs soient respectés et que leurs volontés soient prises en compte, il est nécessaire d'introduire un mécanisme correctif. Cette conception du recours au juge est également conforme à la philosophie législative puisqu'elle conduit à ne recourir au juge que lorsque l'évolution est contentieuse, le recours au juge est alors *a posteriori*. Ce système nécessite, il est vrai, de renforcer la précision et le détail des certificats médicaux circonstanciés, pour que le juge puisse avoir une connaissance précise des évolutions envisageables de la situation du majeur et de leurs conséquences pour qu'il soit en mesure de prévoir de manière spécifique les évolutions qui pourraient s'avérer pertinentes. Les modalités de mise en œuvre de ce dispositif seraient certes rigoureuses, mais pourraient être une vraie solution à envisager en ce que cette anticipation se conforme à la philosophie législative contemporaine.

959. Les aménagements des pouvoirs des personnes en charge de la protection conduisent également à s'interroger sur les personnes qui seront en charge de la mesure.

b. La désignation de la personne en charge de la protection

960. Renforcer les dispositifs existants. – La désignation de la personne en charge de la protection doit assurer au majeur d'avoir toutes les garanties que ses droits seront respectés avec, au premier chef, le droit d'exprimer sa volonté et ses envies. Ainsi, la mise en place d'une protection bicéphale semble la plus à même de s'assurer du respect des droits du majeur en situation de vulnérabilité. Il convient également de réaffirmer la nécessité de privilégier la protection familiale. En effet, la famille, par la connaissance des préférences de la personne est la mieux à même d'en assurer le respect.

961. Un protecteur bicéphale. – L'idée d'une protection bicéphale n'est pas nouvelle. En effet, l'article 454 du Code civil prévoit que « le juge peut, s'il l'estime nécessaire (...), désigner un subrogé curateur ou un subrogé tuteur ». Sa désignation est une simple possibilité pour le juge. Elle peut être rendue nécessaire par l'existence d'un conflit familial¹⁹⁷². Il est possible de s'interroger sur la pertinence de la nomination d'un protecteur bicéphale pour le majeur protégé. Le rôle du subrogé curateur et du subrogé tuteur est essentiellement un rôle de surveillance¹⁹⁷³. Cette surveillance doit être comprise, au regard de l'article 454 du Code civil, comme étant celle des agissements du curateur ou du tuteur. Il est également « informé et consulté par le curateur ou le tuteur avant tout acte grave accompli par celui-ci », selon l'alinéa 6 de l'article 454 du Code civil. Il assiste ou représente le majeur lorsque le curateur ou le tuteur est en opposition d'intérêts avec le majeur.

962. Dans le cadre de la mesure unique, le subrogé protecteur serait susceptible de se voir confier, en sus des missions précédemment énoncées, une mission de surveillance du respect de la volonté et des préférences du majeur. De cette manière, il pourrait vérifier, spécialement lorsque la représentation est prononcée, que la personne en charge de la protection associe le majeur à la prise de décision et suit effectivement les volontés et préférences de la personne, sauf à justifier ses actions contraires par le fait que suivre la volonté du majeur conduirait à mettre en péril la situation patrimoniale du majeur. Ainsi, il semblerait opportun de généraliser la nomination d'un subrogé protecteur, ou d'un co-protecteur, lorsque le majeur en situation de vulnérabilité fait l'objet d'une mesure de représentation. Si la mesure unique permet

¹⁹⁷² En ce sens, Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 12 avr. 2012, RG n° 11/07503, *Dr. fam.* 2012. comm. 156, obs. MARIA.

¹⁹⁷³ F. MARCHANDIER, « Majeur protégé », *Rép. Civ.*, préc., n° 128.

effectivement de limiter le recours à la représentation, cette nécessité de désigner un subrogé protecteur, ou un co-protecteur, ne devrait pas être très fréquente. L'atteinte portée à la capacité du majeur et une nouvelle philosophie de protection fondée sur le respect des volontés et des préférences du majeur nécessite qu'un contre-pouvoir puisse être désigné afin de limiter les risques d'abus du protecteur en charge de la protection. S'il constate des abus dans la gestion de la personne chargée de la protection, le subrogé protecteur pourrait alors utilement saisir le juge. Le subrogé protecteur sera utile dans tous les contextes familiaux « soit lorsqu'il existe des difficultés de communication ou, au contraire, pour limiter l'intervention de l'autorité judiciaire en cas d'excellente entente »¹⁹⁷⁴. L'absence de nomination d'un subrogé protecteur, ou co-protecteur, pourrait se justifier en cas d'inexistence d'un autre membre de la famille que la personne en charge de la protection, du refus des membres de la famille d'assurer une telle mission ou du refus du majeur en situation de vulnérabilité de voir un membre de sa famille assurer un tel rôle. S'il l'estime nécessaire, le juge pourrait alors opter pour la désignation d'un mandataire judiciaire à la protection des majeurs en qualité de subrogé protecteur ou co-protecteur. Toutefois, il est certain que le caractère familial de la protection est à favoriser.

963. Une protection familiale. – Favoriser la protection familiale des majeurs en situation de vulnérabilité est un des objectifs du législateur¹⁹⁷⁵. Il est tout de même requis que « la qualité de la protection et les intérêts de la personne vulnérable [soient] garantis, tout en préservant son environnement, ses sentiments et ses habitudes de vie »¹⁹⁷⁶. La protection familiale doit s'articuler avec les nouvelles exigences de la protection des majeurs en situation de vulnérabilité : la garantie des droits fondamentaux du majeur, le respect de ses volontés et la préservation de ses biens de subsistance. Ainsi, après une conception largement inspirée par le recours au juge, le droit de la protection s'articule désormais autour de la famille. Ce changement de perspective révèle un changement dans la manière d'appréhender la solidarité qui est due aux majeurs en situation de vulnérabilité¹⁹⁷⁷. Si, lors de la réforme du 5 mars 2007, certains auteurs ont pu écrire que « conclure sur la place de la famille dans le nouveau dispositif de protection revient à dire qu'il s'agit d'une place reconnue et réaffirmée, reposant sur le pari de la légitimité et de la confiance. La confiance est un enjeu en soi, ce qui signifie faire

¹⁹⁷⁴ E. PECQUEUR, « Majeurs protégés : bilan de la réforme, Le point de vue d'un juge des tutelles », *AJ fam.* 2011 p.188.

¹⁹⁷⁵ V. *supra* n° 276 s.

¹⁹⁷⁶ A. BROUSSE et S. BRETON, « La protection juridique est avant tout une affaire de famille », *AJ fam.* 2011 p.189.

¹⁹⁷⁷ E. DESCHAVANNE et P.-H. TAVOILLOT, *op. cit.*, p. 432.

confiance, donner confiance sans incarner une confiance à tout prix »¹⁹⁷⁸, l'instauration d'une mesure unique fondée sur le respect de la volonté du majeur nécessitera plus encore une relation de confiance entre le protecteur et le majeur, pour que ce dernier soit dans un environnement lui permettant de s'exprimer en toute liberté, qu'il sache qu'il sera écouté et entendu. Confier la protection à la famille comporte « une symbolique très forte du point de vue de l'identité familiale qui repose sur une présomption de légitimité : quoi de plus logique, en effet, de confier l'exercice d'une mesure de protection à ceux qui connaissent *a priori* le mieux la personne à protéger ? »¹⁹⁷⁹. Il est vrai que la connaissance de la personne en situation de vulnérabilité sera particulièrement importante dans les cas où la personne sera dans l'impossibilité totale d'exprimer sa volonté et ses préférences et que le protecteur devra effectuer « une interprétation optimale de la volonté et des préférences de la personne »¹⁹⁸⁰. Elle le sera peut-être moins dans tous les autres cas, mais c'est la confiance réciproque qui sera alors déterminante.

964. La mesure unique de protection nécessitera donc d'aménager les pouvoirs de la personne en charge de la mesure et d'adapter sa désignation aux nouvelles exigences de la philosophie législative. Cependant, il convient également, au regard des évolutions proposées, d'aménager les dispositions portant sur la capacité du majeur en situation de vulnérabilité.

2. Les aménagements de la capacité du majeur en situation de vulnérabilité

965. La capacité juridique de principe du majeur en situation de vulnérabilité. – Le principe doit être que le majeur, bien qu'en situation de vulnérabilité, conserve sa pleine capacité juridique. Le rapport, mené sous la direction de A. CARON-DÉGLISE, préconise l'insertion d'un alinéa 2 à l'article 414 du Code civil prévoyant que « la capacité du majeur est présumée jusqu'à preuve contraire. Elle peut, à titre exceptionnel et sur décision spécialement motivée du juge, être partiellement restreinte dans les conditions prévues au présent titre »¹⁹⁸¹. Ce principe a été réaffirmé par la doctrine¹⁹⁸². L'incapacité du majeur en situation de vulnérabilité ne serait plus issue de la loi, mais résulterait uniquement de la décision du juge. Cette manière de procéder conduit à renforcer la préservation des droits de l'homme, mais également l'individualisation des mesures de protection. Elle permet spécialement de détacher le régime juridique des mineurs et des majeurs en situation de vulnérabilité. En effet, « le

¹⁹⁷⁸ K. LEFEUVRE, « La place de la famille dans la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », in K. LEFEUVRE et S. MOISDON-CHATAIGNER, (dir.), *op. cit.*, p.40.

¹⁹⁷⁹ K. LEFEUVRE et S. MOISDON-CHATAIGNER, (dir.), *op. cit.*, p.16.

¹⁹⁸⁰ Défenseur de droits, Protection juridique des majeurs vulnérables, rapport, préc., p. 16.

¹⁹⁸¹ A. CARON-DÉGLISE, (dir.), « L'évolution de la protection juridique des personnes (...) », préc., p. 95.

¹⁹⁸² N. PETERKA, « Réflexions sur la création d'une mesure unique de protection à la française », art. préc., p. 454.

principe du maintien de la capacité juridique de la personne protégée conduit à cantonner, s'agissant des personnes vulnérables, et sous réserve de la décision contraire du juge, le domaine de l'incapacité d'exercice aux seuls mineurs »¹⁹⁸³.

966. Le maintien de principe de la capacité juridique du majeur en situation de vulnérabilité doit s'articuler avec la mesure de protection mise en place. Ainsi, les auteurs réfléchissent à cette coexistence au prisme du mandat de protection future qui permet déjà, en droit positif, d'assurer la protection du majeur sans lui faire perdre sa capacité juridique¹⁹⁸⁴. Cette technique pose cependant des difficultés car le majeur et la personne en charge de sa protection peuvent réaliser des actes contraires. Le maintien de la capacité juridique du majeur pourrait s'étendre à l'ensemble des actes pour lesquels la représentation n'est pas prononcée. En effet, tant que le majeur ne fait pas l'objet d'une mesure de représentation c'est que le juge considère qu'il est suffisamment apte pour agir. La décision pourrait tout de même être laissée à l'appréciation du juge car, dans certains cas, la restriction de capacité ne saurait être nécessaire même lorsque la représentation est retenue. Le juge prendrait en considération le comportement du majeur en situation de vulnérabilité pour déterminer s'il doit restreindre sa capacité juridique. Ainsi, si le majeur fait l'objet d'une mesure de représentation en raison de son inaction sur la scène juridique, la restriction de sa capacité ne semble pas nécessaire. En revanche, si le majeur fait l'objet d'une mesure de représentation en raison de ses agissements sur la scène juridique, qui conduisent à mettre le majeur dans une situation financière difficile ou qui nuisent gravement à ses ressources ou ses biens, le juge serait à même de décider de cantonner la capacité juridique du majeur pour éviter qu'il obère gravement et rapidement son patrimoine. La privation de capacité pourrait être cantonnée par le juge, sur le plan patrimonial, aux seuls majeurs qui se mettent dans une situation financière les empêchant de faire face aux dépenses nécessaires ou à ceux qui mettent en péril leurs moyens de subsistance.

967. Une partie de la doctrine considère, *a contrario*, que l'« incapacité n'exclut pas des exceptions ponctuelles lorsqu'une manifestation de volonté se révèle possible »¹⁹⁸⁵. Cependant, cette conception de l'incapacité poserait de nombreuses difficultés. Si l'acte projeté nécessite l'intervention du juge, les difficultés sont ici restreintes car le juge pourrait, après audition du majeur, considérer qu'il est apte à conclure seul ledit acte. Toutefois, si l'acte projeté ne nécessite pas l'intervention du juge, la difficulté résidera dans le rôle de la personne en charge

¹⁹⁸³ *Ibidem.*

¹⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 455.

¹⁹⁸⁵ L'auteure raisonne à partir des actes comportant un « caractère personnel », in N. GALLUS, « L'accompagnement des vulnérabilités en droit belge », *Dr. fam.* n°3, mars 2017, doss. 24.

de la protection. En effet, il ne semble pas de son ressort de déterminer si la personne peut ou non effectuer seul un acte, sa responsabilité serait importante : soit il laisse le majeur effectuer l'acte, il pourrait lui être reproché de ne pas avoir assuré la mesure de protection si l'acte cause un préjudice au majeur ; soit il empêche le majeur d'effectuer l'acte, il pourrait lui être reproché de ne pas assurer l'autonomie du majeur. Il faut penser que les membres de la famille en charge de la protection ne sont pas des professionnels, il ne convient pas d'accroître le risque de voir leur responsabilité engagée, notamment si un conflit familial surgit, alors qu'ils peuvent agir en toute bonne foi¹⁹⁸⁶. Si la capacité du majeur en situation de vulnérabilité est maintenue, il conviendrait d'instaurer, spécialement lorsqu'une représentation est prononcée, un mécanisme permettant à la personne en charge de la protection de saisir le juge lorsque l'acte projeté ou effectué par le majeur seul risque de compromettre manifestement et substantiellement ses intérêts patrimoniaux. Cette intervention judiciaire donnerait la possibilité au majeur de conserver sa capacité juridique, par principe, tout en confiant à la personne en charge de la protection une vraie mission de protection lorsque le majeur projette de réaliser un acte qui risque de nuire gravement à ses intérêts. En cas de représentation, il semblerait tout de même qu'il soit préférable de considérer que la capacité du majeur est restreinte. Si les principes de proportionnalité et d'individualisation sont respectés, la restriction de capacité n'est pas inique.

968. La difficulté se présenterait alors essentiellement pour les cas d'assistance. Le maintien de la capacité du majeur conduit à lui permettre de réaliser des actes seuls alors même que le juge aura estimé que son état requiert qu'il bénéficie d'une assistance. Le maintien de la pleine capacité juridique pourrait être prononcé, mais peut paraître paradoxal. Dans une telle configuration, la question de la sanction des actes effectués est alors déterminante.

969. La sanction des actes effectués. – En l'état actuel du droit, la remise en cause des actes accomplis par la personne protégée, alors même qu'elle pouvait les faire seule, est possible. Les deux techniques consacrées sont la rescision pour simple lésion et la réduction en cas d'excès¹⁹⁸⁷. L'acte peut également être annulé en vertu de l'article 414-1 du Code civil¹⁹⁸⁸. Lorsque la personne protégée a passé seule un acte pour lequel l'assistance était requise, la nullité de l'acte ne peut être prononcée que si l'acte cause un préjudice à la personne protégée¹⁹⁸⁹. Enfin, lorsque la personne effectue seule un acte pour lequel la représentation était

¹⁹⁸⁶ Sur les rapports entre volonté du majeur en situation de vulnérabilité et la nécessité de prendre en compte le contexte familial, v. Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, 16 avril 2015, p.20.

¹⁹⁸⁷ En ce sens, v. C. civ., art. 435, 465, 1° et 488.

¹⁹⁸⁸ C. civ., art. 466.

¹⁹⁸⁹ C. civ., art. 465, 2°.

requis, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de démontrer un préjudice à son encontre¹⁹⁹⁰. Dans la perspective d'une mesure unique et au regard des nouvelles préoccupations du droit des personnes en situation de vulnérabilité, il convient d'adapter ces sanctions. Lorsque la personne aura sa pleine capacité maintenue, il convient de transposer les solutions déjà existantes¹⁹⁹¹ : rescision pour simple lésion ou réduction en cas d'excès. La nullité fondée sur l'article 414-1 du Code civil sera également utilement maintenue. Lorsque l'assistance est requise, il serait possible d'appliquer les mêmes sanctions, car le majeur conserve, par principe, sa capacité juridique. Pour les cas de représentation, le majeur n'aura plus sa pleine capacité juridique, selon la solution retenue. Seulement, pour se conformer aux prescriptions internationales, aux recommandations du défenseur des droits et aux conclusions du rapport CARON-DÉGLISE, il semblerait qu'il ne faille pas retranscrire la sanction actuellement prévue dans un tel cas. En effet, la nullité de plein droit de l'acte réalisé par le majeur en contrariété avec la mesure de représentation ne se conforme pas à la prise en compte de la volonté du majeur, ni à son droit de prendre des risques. Il apparaîtrait plus opportun, pour se conformer aux nouvelles lignes directrices de la protection, de favoriser la nullité lorsque la personne en situation de vulnérabilité a subi un préjudice. Par ailleurs, l'article 465 du Code civil prévoit que « le curateur ou le tuteur peut, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, engager seul l'action en nullité, en rescision ou en réduction ». Si la mesure unique reprend une telle solution, il conviendrait d'introduire dans le raisonnement du juge l'étude de la volonté du majeur, afin que celle-ci ne soit pas écartée. Une telle conception des sanctions des actes effectués par le majeur conduit nécessairement à renforcer son pouvoir d'action car ses actes ne seraient plus remis en cause de plein droit. Cela conduit aussi à un allègement de sa protection, au sens de protection paternaliste telle que conçue en 1804. Dans un système qui reconnaît au majeur en situation de vulnérabilité un « droit de prendre des risques et de faire des erreurs »¹⁹⁹², doit-il en assumer les conséquences lorsque l'acte ne lui porte pas de préjudice ? Il est possible de le penser. Ce n'est que lorsque l'acte porte préjudice à la personne qu'il convient d'assurer une protection.

970. Le traitement différencié de la personne et des biens. – Une mesure unique permettrait également de mieux adapter l'aide dont le majeur en situation de vulnérabilité a besoin à l'égard de sa personne, d'une part, et à l'égard de ses biens, d'autre part. En effet, malgré les dispositifs permettant une différenciation de la protection de la personne et des biens,

¹⁹⁹⁰ C. civ., art. 465, 3°.

¹⁹⁹¹ N. PETERKA, « Réflexions sur la création d'une mesure unique de protection à la française », art. préc., p. 457.

¹⁹⁹² Défenseur de droits, Protection juridique des majeurs vulnérables, préc., p. 16.

dans certaines mesures de protection, il existe une certaine systématique à réserver le même sort aux deux protections¹⁹⁹³. L'article 459 du Code civil permet, en effet, de différencier les pouvoirs du protecteur pour les biens et la personne¹⁹⁹⁴. Il est envisageable de prévoir une mesure d'assistance pour la protection de la personne et une mesure de représentation pour la protection des biens. Ainsi, « cet article préfigure les réflexions autour de l'instauration d'une mesure unique »¹⁹⁹⁵, notamment en ce qu'il illustre la modulation dont le juge peut faire preuve quant à la protection de la personne. Cette même modulation devrait être prévue pour les biens de la personne¹⁹⁹⁶. Le juge devrait donc s'interroger spécifiquement sur la protection à mettre en place pour la personne, puis sur la protection de ses biens. Il ne faudrait plus prendre la protection de la personne et des biens comme un tout. Cela permettrait d'avoir une protection renforcée des biens tout en ayant une autonomie du majeur en situation de vulnérabilité quant aux décisions relatives à sa personne, en fonction des spécificités de sa situation personnelle. Lorsque la représentation est ordonnée pour certains actes concernant les biens du majeur en situation de vulnérabilité, la restriction de capacité pourrait alors ne porter que sur ces actes, à l'exclusion de ceux concernant la personne. Fonder la mesure unique sur cette idée montre la scission qu'il existe entre la protection de la personne et celle des biens. Cette distinction entre protection de la personne et protection des biens ne doit pas non plus conduire à restreindre systématiquement la capacité du majeur à effectuer des actes relatifs à ses biens. En effet, le droit de propriété contribue à faire du « patrimoine (...) un élément primordial de la liberté de la personne »¹⁹⁹⁷. Toutefois, il est parfois nécessaire d'assurer une protection des biens de la personne pour qu'elle puisse continuer de jouir de sa liberté, notamment lorsque la protection concerne les biens de subsistances.

971. Une prise en compte spécifique des biens de subsistance. – La protection des biens de subsistance pourrait constituer une dérogation à la volonté du majeur en situation de vulnérabilité. Toutefois, cette restriction devrait se cantonner aux seuls biens strictement nécessaires à la subsistance du majeur. Lorsque le majeur en situation de vulnérabilité fait l'objet d'une mesure d'assistance ou de représentation quant à la gestion de ses revenus et de ses dépenses, il serait possible de distinguer, au sein de ses revenus, entre la part qui est

¹⁹⁹³ M. REBOURG, « La distinction de la mesure et des pouvoirs de la personne en charge de la protection : réflexions sur la protection de la personne », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur*, *op. cit.*, pp. 514-515.

¹⁹⁹⁴ *Ibid.*, pp. 511-512.

¹⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 510.

¹⁹⁹⁶ En ce sens, v. M. BAUDEL, « Repenser la protection des majeurs protégés (...) », art. préc.

¹⁹⁹⁷ A. DE MARTEL, « La loi du 3 janvier 1968, perspectives d'une réforme, (...) », in M. SASSIER, Th. FOSSIER, H. NOGUES et G. BROVELLI, (dir.), *op. cit.*, p. 39.

nécessaire aux dépenses de sa subsistance et la part qui n'est pas nécessaire à de telles dépenses. Ainsi, il serait possible de limiter la gestion des revenus par la personne en charge de la protection et la capacité du majeur à la seule part qui est nécessaire pour les dépenses telles que la nourriture, le logement, la santé. Les économies de revenus pourraient, quant à elles, être librement utilisées par le majeur dans la mesure où leur utilisation ne remet pas en cause la pérennité du cadre de vie du majeur ou la satisfaction de ses besoins, même si le majeur les utilise de manière dispendieuse. Cette distinction pourrait s'appliquer par exemple lorsque le majeur n'est plus en mesure de gérer son budget, tout en continuant de pouvoir exprimer ses volontés. Ainsi, son droit au risque serait cantonné à la part des revenus qui ne lui est pas indispensable, assurant la protection des biens de subsistance dans une perspective de conformité de la mesure unique avec la philosophie législative. Pour la part des revenus que le majeur peut continuer de gérer seul, les actions en rescision pour lésion, réduction pour excès et en nullité pourrait utilement protéger le majeur. Il serait même envisageable, lorsque l'altération des facultés du majeur s'aggrave, de ne pas le priver de tout pouvoir sur cette part de revenus, qui n'est pas employée pour les dépenses nécessaires, mais de prévoir un simple accompagnement du majeur ou une assistance, toujours dans l'objectif d'assurer l'individualisation de la protection.

972. L'organisation de la mesure de protection permet donc d'assurer la qualité de propriétaire du majeur, et les prérogatives associées, mais également d'instaurer une protection des biens de subsistance. La conformité de la mesure unique à la philosophie législative est donc certaine. Pourtant, celle-ci fait l'objet de contestations.

B. Une mesure unique de protection indûment contestée

973. Opposition d'un rapport de l'Assemblée Nationale. – À l'occasion d'un rapport sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, les rapporteurs ont opposé leur désaccord à la mesure unique de protection pour quatre raisons. La première raison avancée est que « le juge peut d'ores et déjà décider de (...) moduler [la mesure] pour l'adapter aux facultés du majeur »¹⁹⁹⁸. Une remarque peut être émise à l'encontre du vocabulaire employé. La modulation est pour le juge une possibilité, alors que la mesure unique est entièrement pensée autour de la question de l'individualisation de la mesure, la philosophie n'est donc pas la même. La deuxième raison tient au fait qu'« il existe aujourd'hui un grand nombre de dispositifs

¹⁹⁹⁸ C. ABADIE et A. PRADIÉ, *Rapport d'information n° 2075 sur les droits fondamentaux des majeurs protégés*, A. N., 26 juin 2019, pp. 40-41.

différents permettant de garantir la subsidiarité et la proportionnalité de la protection. En basculant vers une mesure unique, l'usage de certaines mesures risquerait de décroître au profit des mesures les plus simples »¹⁹⁹⁹. La remarque semble peu pertinente car le principe de la mesure unique réside dans la suppression des différentes formes de mesure judiciaire. Le risque d'un décroissement de l'usage de certaines mesures est donc écarté car les mesures restantes ne seraient pas réellement en concurrence les unes par rapport aux autres, comme c'est le cas dans le système actuel. Il est cependant vrai que les changements concernant la subsidiarité et la proportionnalité de la mesure dépendront de la pratique que les juges mettront en place. La troisième raison est que « la mesure unique demanderait un travail particulièrement fastidieux aux juges »²⁰⁰⁰. Il est certain que l'individualisation de la mesure, au regard du certificat médical circonstancié et de la situation sociale du majeur, constituera une charge de travail pour le juge. Cependant, s'il lui est permis d'anticiper l'évolution de la mesure sans qu'il soit nécessaire qu'il intervienne, il ne sera pas plus sollicité qu'il ne l'est aujourd'hui. Il n'interviendra que lors de l'ouverture ou du renouvellement de la mesure. Les enjeux du maintien de la capacité du majeur en situation de vulnérabilité et l'aménagement de la mesure dont il est sujet ne devraient pas être dictés par les économies de temps et d'argent de l'institution judiciaire. Enfin, la dernière raison tient au fait que « la mesure unique ne permettrait pas de contourner [l']écueil » constaté selon lequel le juge prend des « mesures plus restrictives que ne l'exige la situation du majeur afin d'anticiper la dégradation de son état et d'éviter de réviser la mesure trop régulièrement »²⁰⁰¹. Là encore, le changement de philosophie profond innervant la mesure unique devra être suivi dans la pratique judiciaire, et sera notamment possible si les juges peuvent prévoir les évolutions de la mesure dans leur jugement initial. Il est intéressant de voir qu'à l'occasion d'un rapport parlementaire une opposition à la mesure unique est affichée car elle se fonde pourtant dans la philosophie législative qui gouverne désormais la protection des biens.

974. La loi du 5 mars 2007 suffisante ? – Lors de l'adoption de l'habilitation familiale, la doctrine s'était déjà posé la question de savoir si « les objectifs recherchés n'étaient pas déjà assez largement atteints par la réforme de la loi du 5 mars 2007 »²⁰⁰². Au regard des débats contemporains autour de la question de la place du majeur protégé dans la mesure de protection,

¹⁹⁹⁹ *Ibidem.*

²⁰⁰⁰ *Ibidem.*

²⁰⁰¹ *Ibidem.*

²⁰⁰² Th. VERHEYDE, « Le rôle du juge dans la mesure d'habilitation familiale : de la lumière à l'éclipse ! », art. préc.

du sort de sa capacité, et de la philosophie législative qui a pu être instaurée, il semblerait que la question puisse à nouveau être posée. Le changement de philosophie impose un changement des mécanismes à l'œuvre. En effet, la mesure unique de protection est pensée dans son essence autour des nouveaux principes directeurs de la protection des biens au sein de la famille.

975. Une mesure conforme à la philosophie législative. – La mesure unique de protection s'inscrit mieux dans la philosophie législative que les mesures ayant cours, tant à l'égard du renforcement de la volonté du propriétaire que de la préservation des biens de subsistance. Au regard du renforcement de la volonté du propriétaire, la conformité de la mesure unique ne fait pas de doute. En effet, étant pensée sur le renforcement de la volonté et les préférences du propriétaire, sur le maintien de principe de la capacité juridique du majeur en situation de vulnérabilité, plus largement dans la prise en compte des droits de l'homme, la mesure unique est, dans ses fondements mêmes, conforme à la nouvelle philosophie. Plus spécifiquement, l'accroissement souhaité de l'individualisation, et donc de la proportionnalité, de la mesure s'inscrit dans la ligne de la promotion de l'individu, tel que décrite par la pensée post-moderne. La mesure prend acte des engagements internationaux en limitant le recours à la représentation aux stricts cas nécessaires. La promotion de la famille est également assurée tant au regard de sa légitimité que de son implication dans la mesure.

976. L'instauration d'une mesure unique entraînerait un bouleversement de l'entière matière relative au majeur protégé rendant nécessaire l'adaptation de celle-ci.

§ 2 LA MISE EN COHÉRENCE DE LA MATIÈRE

977. L'instauration d'une mesure de protection unique conduit à la fois à repenser l'articulation des mesures de protection conservées (A) et invite à rénover le vocabulaire ayant cours (B).

A. L'articulation des mesures de protection

978. L'articulation des mesures de protection sera déterminée par les traits directeurs communs (1) qui permettront de dresser la hiérarchie des mesures de protection (2).

1. Les traits directeurs communs

979. La reprise des traits directeurs actuels. – Au-delà de la mesure unique de protection, il convient de déterminer les traits directeurs communs de la protection des majeurs en situation de vulnérabilité. De tels traits directeurs s’inscrivent dans le prolongement des objectifs de la loi du 5 mars 2007. Par conséquent, les objectifs de nécessité, subsidiarité et proportionnalité de la mesure sont, évidemment, maintenus. Au regard de l’esprit guidant la mesure unique, ces traits sont même accentués, en particulier les objectifs de nécessité et de proportionnalité. Ces derniers se renforcent par une individualisation²⁰⁰³ accrue de la mesure de protection en considération des seuls besoins du majeur, notamment par la mise en œuvre d’un nouveau mécanisme d’accompagnement. La volonté législative de privilégier une participation de la famille à la mesure de protection sera également renforcée. En effet, la mise en œuvre des volontés et préférences du majeur en situation de vulnérabilité renforce l’implication de la famille. De même, seront repris les objectifs liés à la participation du majeur à la désignation de la personne en charge de sa protection²⁰⁰⁴ en maintenant la prise en compte de sa volonté pour une telle désignation qu’elle soit contractuelle, dans le cadre du mandat de protection future, ou à l’occasion d’une audition en justice, dans le cadre de la mesure unique de protection.

980. La réduction de l’intervention judiciaire. – Les mesures de protection se caractériseront également par une intervention moins importante du juge. En effet, le mandat de protection future ne nécessite que peu l’intervention du juge. La mesure unique sollicite le juge essentiellement pour l’ouverture de la mesure, d’autant plus qu’un pouvoir de modulation initial lui est autorisé, et ponctuellement à l’occasion de difficultés. En effet, si la représentation reste un cas très limité de modalité de la mesure unique de protection, le juge est moins sollicité pour la réalisation des actes au cours de la mesure. Il intervient essentiellement, *a posteriori*, lorsque le majeur a agi seul est qu’il est nécessaire de rescinder ou de réduire l’acte conclu par le majeur ; ou, *a priori*, s’il est reconnu un pouvoir d’opposition à la personne en charge de la mesure de protection lorsque l’acte projeté par le majeur risque de porter une atteinte importante à son patrimoine. Cette intervention judiciaire réduite s’inscrit dans le prolongement de la réduction de la sollicitation du juge de manière générale dans la protection des biens dans le cadre familial.

²⁰⁰³ Sur la nécessité de mettre en place une approche individualisée de la protection, par opposition à une protection pensée par rapport à un groupe de personnes, v. E. DESCHAVANNE et P.-H. TAVOILLOT, op. cit., p. 505.

²⁰⁰⁴ H. FULCHIRON, « L’accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau concept juridique, nouvelle conception de la protection », *Dr. fam.*, mars 2017, doss. 19.

981. Le respect des volontés du majeur. – Un des nouveaux traits directeurs commun de la protection des majeurs en situation de vulnérabilité sera le respect des volontés du majeur en situation de vulnérabilité²⁰⁰⁵. L'expression de la volonté du majeur s'incarne d'abord dans le maintien de sa capacité juridique, qu'il s'agisse du mandat de protection future ou de la mesure unique de protection. Le maintien de la capacité du majeur est un des principes directeurs, la restriction ne devant être que strictement circonscrite à la situation particulière d'un majeur donné. Ainsi, les mesures de protection s'inscrivent dans une prise en compte renforcée des droits de l'homme. La distinction entre la situation du majeur en situation de vulnérabilité et du majeur sera également réduite par le maintien de principe de la capacité du majeur et la stricte limitation des exceptions. Cette prise en compte des volontés passe également par le recours à la contractualisation de la protection. En effet, la protection « doit s'organiser préférentiellement dans un contexte de type "contractuel" d'adhésion à une protection individualisée qui permet à toute personne de rester acteur de sa vie »²⁰⁰⁶. L'idée de contractualisation de la protection des majeurs vulnérables s'incarne dans le mandat de protection future, mais aussi dans la démarche d'acceptation de la personne de la protection à laquelle elle sera soumise dans le cadre de la mesure de protection unique, bien qu'elle ne soit pas une protection contractuelle. Le respect des volontés du majeur en situation de vulnérabilité s'inspire donc à la fois de la logique contractuelle, mais également de la logique du droit des biens, par le biais de la prise en compte de la qualité de propriétaire. Le majeur doit être en mesure de passer les accords selon sa propre volonté, afin de gérer ses biens selon son droit de propriété. Il apparaît alors que la protection des majeurs vulnérables s'inscrit dans la droite ligne de la philosophie législative actuelle.

982. Conformité aux lignes directrices de la protection de la personne par les biens. – Ces traits directeurs de la protection des majeurs en situation de vulnérabilité s'inscrivent plus largement dans les traits qui ont pu être étudiés de la protection des biens dans le cadre de la famille, au sens de protection de la personne par les biens. En effet, l'idée de préservation de la volonté du propriétaire se retrouve au cœur des mesures de protection des majeurs en situation de vulnérabilité : tant par le maintien de leur capacité juridique, de principe, que par le respect de leurs volontés et préférences. La protection des majeurs ne peut plus s'inscrire dans une préservation des biens au sein de la famille, comme elle l'était en 1804. Elle est désormais toute tournée vers, et conduite par, le majeur en situation de vulnérabilité. La famille n'intervient donc que parce qu'elle est la mieux à même de réaliser les volontés du majeur, notamment

²⁰⁰⁵ En ce sens, v. G. MILLERIOUX, *op. cit.*, p. 243. L'auteur préconise en effet, « d'inscrire dans la lettre de la loi le prisme de la volonté et des préférences préconisé par le Comité des droits des personnes handicapées ».

²⁰⁰⁶ N. GALLUS, art. préc.

lorsque celui-ci ne sera plus en mesure de les exprimer et que ses volontés actuelles devront être recherchées par la personne en charge de la protection notamment au regard des volontés passées. Cela s'inscrit, en outre, dans l'individualisme décrit dans le postmodernisme.

983. La protection des biens se tournera également vers la protection des biens de subsistance. D'abord, par le maintien de la protection spécifique du logement, des meubles meublants, et des souvenirs de famille du majeur en situation de vulnérabilité. Ensuite, par la prise en compte particulière de la préservation des revenus du majeur en situation de vulnérabilité pour lui permettre de subvenir à ses besoins, lorsque ses agissements risqueraient de compromettre son cadre de vie ou la réalisation de ses besoins.

984. Ces traits directeurs viennent à interroger la structuration des mesures de protection des majeurs en situation de vulnérabilité.

2. La structuration des mesures de protection

985. Au regard des traits directeurs communs de la protection des majeurs en situation de vulnérabilité et des développements sur la mesure de protection unique, il convient d'interroger la structuration des mesures de protection.

986. La disparition des mesures surabondantes et inopportunes. – L'instauration de la mesure de protection unique rend nécessaire la disparition des mesures de protection auxquelles elle se substitue. Ainsi, la curatelle et la tutelle disparaissent. Il semble également nécessaire d'abroger la mesure d'habilitation familiale. En effet, si le législateur souhaite maintenir cette mesure récente de protection, la mesure unique de protection perdrait de sa spécificité, et ne serait pas unique. La nouvelle philosophie qui innove la mesure unique ne gouvernerait pas l'ensemble des mesures judiciaires de protection. Il serait préférable que le législateur instaure dans le cadre de la mesure unique des dispositions particulières qui pourraient être dérogatoires lorsque la protection est assurée par un membre de la famille. Cette solution permettrait de maintenir la spécificité familiale sans pour autant que le cadre général de la protection ne soit différent. Ainsi, pourrait être reprise la volonté d'alléger les obligations de la personne en charge de la mesure de protection, telle que la tenue des comptes de gestion²⁰⁰⁷. Il serait cependant préférable de ne pas retranscrire intégralement la décharge de comptes prévue par l'habilitation familiale. Si la personne en charge de la mesure unique est un membre de la

²⁰⁰⁷ Sur les différences entre la tutelle et l'habilitation familiale, v. G. RAOUL-CORMEIL, « L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond », art. préc.

famille, il faudrait instaurer le principe selon lequel la famille est tenue d'établir des comptes. Toutefois, le juge pourrait instaurer, à l'occasion de l'ouverture de la mesure, une décharge de la vérification des comptes. Cette décharge aurait notamment lieu eu égard au patrimoine du majeur. Toutefois, la vérification devrait être maintenue lorsque, par exception, une mesure de représentation est prononcée, lorsqu'il existe une mésentente familiale et lorsqu'aucun subrogé protecteur n'a été nommé. Cette disposition s'inscrit dans l'idée d'individualisation de la mesure de protection.

987. La mesure unique de protection serait une mesure judiciaire unique en ce qui concerne la protection civile des majeurs. Le maintien des autres mesures de protection ne s'avèrerait pas nécessaire car la mesure unique reprendrait les traits des mesures supprimées, tout en changeant profondément leur philosophie. En ce qui concerne la curatelle, la modalité d'assistance serait ainsi maintenue. Les adaptations en raison de la protection familiale et la diminution de l'intervention judiciaire seraient empruntées à l'habilitation familiale. Enfin, la représentation, qui ne disparaît pas, proviendrait de la tutelle, mais la philosophie qui l'accompagne serait quant à elle entièrement abandonnée.

988. Le maintien des autres dispositions. – Les autres dispositions seraient maintenues, qu'il s'agisse du mandat de protection future ou des dispositions issues du droit des régimes matrimoniaux.

989. En ce qui concerne le mandat de protection future, son maintien est rendu nécessaire par ses modalités de mise en œuvre. En effet, le mandat de protection future est une protection dont l'origine de l'organisation et de la mise en œuvre sont laissées à la personne elle-même. Malgré la difficulté du mandat de protection future à s'installer dans la pratique, il reste la forme de protection la plus conforme aux différents objectifs tant internationaux, que ceux issus de la philosophie législative contemporaine, notamment eu égard à la place de la volonté du mandant et au maintien de sa capacité. Le mandat de protection entre époux²⁰⁰⁸ agirait comme un liant entre le droit des régimes matrimoniaux et celui des majeurs protégés.

990. En ce qui concerne les dispositions du droit des régimes matrimoniaux, les articles 217, 219, 1426 et 1429 du Code civil devraient être maintenus. Bien que certains d'entre eux conduisent à une représentation du majeur²⁰⁰⁹, le fait que les dispositions soient incluses dans le droit des régimes matrimoniaux conduit nécessairement à une prise en compte plus familiale.

²⁰⁰⁸ V. *supra* n° 926 s.

²⁰⁰⁹ V. *supra* n° 100 s.

En effet, l'intérêt de la famille innerve ces dispositions. Leur remise en cause pour la préservation de la capacité du majeur conduirait à remettre en cause la prise en compte de tout intérêt familial. C'est la particularité de l'articulation entre le droit des majeurs protégés et celui des régimes matrimoniaux qui commande leur maintien.

991. L'articulation des mesures de protection. – Ainsi, ne devraient rester, au titre des mesures de protection des majeurs en situation de vulnérabilité, que les dispositions du droit des régimes matrimoniaux, le mandat de protection future et la mesure unique de protection. Au regard des objectifs de subsidiarité et de respect des volontés du majeur, il conviendrait de reprendre la subsidiarité prévue à l'article 428 du Code civil. Le mandat de protection future serait préféré aux dispositions du droit des régimes matrimoniaux et la mesure judiciaire serait, comme aujourd'hui, la dernière à être envisagée. Il y aurait donc bien une prévalence de la volonté contractuelle du majeur, puis une prévalence de mesures ponctuelles, avant d'envisager une mesure plus durable de protection judiciaire, qui serait par ailleurs elle-même graduée en son sein.

992. Une structure intégrée au Code civil. – Pour marquer la subsidiarité des mesures de protection, il faudrait que le plan du Code civil la révèle. Ainsi, après la présentation des dispositions communes aux mesures de protection, il conviendrait de faire figurer le mandat de protection future, puis la mesure de protection unique. La structure même du Code civil afficherait, de ce fait, la subsidiarité des mesures de protection souhaitée. La primauté de la volonté du majeur, qui serait précisée dans les dispositions communes, serait visible dans l'enchaînement des différentes mesures de protection. Au sein de la mesure de protection unique, seraient développées tour à tour les spécificités de l'accompagnement, de l'assistance et enfin de la représentation.

993. Une structuration simplifiée. – La structuration des mesures de protection sera ainsi simplifiée. Cependant, cette simplification structurelle ne s'accompagnera pas réellement d'une simplification du fond du droit de la protection des majeurs. Si certains auteurs le pensent²⁰¹⁰, la progressivité de la mesure unique de protection révèlera sans doute une mise en œuvre difficile, à l'instar des mesures qu'elle remplacera.

994. Ces changements profonds de la philosophie et des dispositions relatives à la protection des majeurs entraînent la nécessité de rénover le vocabulaire de la matière.

²⁰¹⁰ A. CARON-DÉGLISE, (dir.), « L'évolution de la protection juridique des personnes (...) », préc., p. 69.

B. Rénover le vocabulaire

995. Le terme de vulnérabilité doit être précisé (1) avant de discuter le vocabulaire à retenir (2).

1. La vulnérabilité

996. Le rapport d'altérité lié à la vulnérabilité. – Il est, d'abord, possible de dire ce que la vulnérabilité n'est pas, en adoptant des éléments de définition négative. La vulnérabilité n'est pas un caractère intrinsèquement lié à la personne²⁰¹¹. En effet, de manière positive, la vulnérabilité se caractérise par « une atteinte venant de l'extérieur »²⁰¹², elle « trouve son expression dans le rapport aux autres »²⁰¹³. La vulnérabilité trouve sa source²⁰¹⁴ dans une « faiblesse »²⁰¹⁵, une « fragilité »²⁰¹⁶. L'approche par la vulnérabilité permet de rendre compte de « l'être individuel »²⁰¹⁷ et s'inscrit dans le sillon « des droits fondamentaux individuels »²⁰¹⁸. Ainsi, la vulnérabilité naît des relations qu'entretiennent les personnes entre elles. Le rapport d'altérité induit par la vulnérabilité se comprend tant à l'égard de la famille de la personne en situation de vulnérabilité, que des tiers, qui peuvent notamment contracter avec le majeur. La vulnérabilité nécessite donc de protéger le majeur dans ces situations, ou du moins de sécuriser ces rapports, pour compenser le jeu de pouvoir qui peut naître à ses dépens²⁰¹⁹. Conçue dans ce rapport d'altérité, il est possible de déduire deux principes : d'abord, la personne n'est pas intrinsèquement vulnérable²⁰²⁰ ; ensuite, il n'est pas nécessaire de protéger la personne contre elle-même mais uniquement contre autrui, la famille et les tiers en général, la personne en charge de la protection en particulier. Les relations entre le majeur et la personne en charge de sa protection requièrent d'être encadrées pour permettre au majeur de pouvoir réellement s'exprimer. Dans le rapport avec la personne en charge de la mesure de protection, la relation

²⁰¹¹ En ce sens, v. J.-L. CHRÉTIEN, *Fragilité*, Les éditions de minuit, 2017, p.7 ; G. MILLERIOUX, *op. cit.*, p. 243.

²⁰¹² J.-L. CHRÉTIEN, *op. cit.*, p.7.

²⁰¹³ F. FIECHTER-BOULVARD, « Rapport de synthèse », in F. COHET-CORDEY, *Vulnérabilité et Droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000, p.322.

²⁰¹⁴ En ce sens, v. C. LALIVE D'ÉPINAY et S. CAVALLI, *Le quatrième âge ou la dernière étape de la vie*, Presses polytechniques et universitaires romandes, Le savoir suisse, 2013, pp.27-28. Les auteurs avancent l'idée selon laquelle « la fragilité ne résulte pas d'une cause simple, mais de l'effet combiné de plusieurs phénomènes. Leur conséquence est décrite comme (...) une vulnérabilité accrue ». La source de la vulnérabilité se trouve donc bien dans une fragilité.

²⁰¹⁵ F. FIECHTER-BOULVARD, « Rapport de synthèse », in F. COHET-CORDEY, *op. cit.*, p.322.

²⁰¹⁶ C. LALIVE D'ÉPINAY et S. CAVALLI, *op. cit.* p.27.

²⁰¹⁷ U. BASSET, « La vulnérabilité à deux visages : entre soigné et soignant, entre accompagné et accompagnant », *Dr. fam.* n°3, mars 2017, doss. 26.

²⁰¹⁸ *Ibidem.*

²⁰¹⁹ Pour une explication de la relation de pouvoir pouvant naître entre le représentant et le représenté, v. Ph. DIDIER, *op. cit.*, p. 153.

²⁰²⁰ En ce sens, v. G. MILLERIOUX, *op. cit.*, p. 243.

peut se transformer en dépendance. En effet, la dépendance « est d'abord une relation entre deux personnes »²⁰²¹. Ainsi, il semble difficile de maintenir l'appellation de majeur protégé pour caractériser le majeur qui nécessite la mise en place d'une mesure de protection. Le recours au vocabulaire du handicap peut donner des clefs pour l'évolution du vocabulaire.

997. Rapprochement avec les personnes en situation de handicap. – Bien que la CIDPH utilise le terme de « personnes handicapées »²⁰²², le vocabulaire a évolué dans un sens permettant de rendre compte du « fait que ce sont le cadre de vie et l'organisation sociale, du fait de contraintes incompatibles avec les capacités restreintes d'une partie croissante de la population, qui créent les handicaps »²⁰²³. Ainsi, il est désormais plutôt fait référence aux « personnes en situation de handicap »²⁰²⁴. Sur le même modèle, la vulnérabilité naissant du rapport à autrui, il serait préférable de parler de « personnes en situation de vulnérabilité », et plus particulièrement pour le majeur, de « majeur en situation de vulnérabilité ».

998. L'autonomie du majeur en situation de vulnérabilité. – En retenant le critère de l'altérité, et en évinçant celui du caractère intrinsèque, il est plus commode d'assurer « l'autonomie »²⁰²⁵ de la personne. En effet, si la personne n'est pas intrinsèquement vulnérable, il est alors possible de lui reconnaître une autonomie, de lui accorder la possibilité d'exprimer sa volonté et ses préférences. Certains auteurs opposent alors ce « libre choix » du majeur à l'idée de protection²⁰²⁶.

999. Les difficultés de la protection. – La notion de protection se pare d'un vocabulaire à connotation péjorative. Certains auteurs soulignent « les contraintes de la protection »²⁰²⁷, la protection est regardée comme contribuant « à annihiler l'agir d'un individu »²⁰²⁸. Il semblerait alors qu'il faille sortir du paradigme de la protection en droit des majeurs, qui ne devraient donc plus être « protégés ». Le régime, pourtant dit, « de protection » ne doit plus avoir pour fondement « ce que l'on considère comme des nécessités de la protection, mais des droits et libertés de l'individu »²⁰²⁹.

²⁰²¹ B. ENNUYER, *Les malentendus de la dépendance, de l'incapacité au lien social*, Dunod, 2004, p.26.

²⁰²² Notamment dans sa Convention relative aux droits des personnes handicapées, préc..

²⁰²³ C. HAMINET, *Les personnes en situation de handicap*, PUF, Que sais-je ?, 2016, pp. 7-8.

²⁰²⁴ *Ibidem*.

²⁰²⁵ Commission nationale consultative des droits de l'Homme, Avis sur le consentement des personnes vulnérables, préc., pp. 4-5.

²⁰²⁶ G. LAROQUE, « Une utopie nécessaire », *Gérontologie et société* n°131, 2009, p.10.

²⁰²⁷ *Ibidem*.

²⁰²⁸ G. MILLERIOUX, *op. cit.*, p. 247.

²⁰²⁹ H. FULCHIRON, « L'accompagnement des personnes majeures vulnérables entre nécessité juridique et exigence éthique », préc.

1000. Ces quelques considérations poussent alors à une réflexion sur la rénovation du vocabulaire, afin de déterminer celui qu'il serait à propos de retenir.

2. Le vocabulaire à retenir

1001. La réflexion autour du vocabulaire dans le droit des majeurs est nécessaire au renouvellement de la philosophie que le droit va véhiculer. La rénovation du vocabulaire touche à la fois la discipline même du droit des majeurs protégés, mais également le vocabulaire lié à la notion de mesure unique.

1002. Des majeurs protégés aux majeurs en situation de vulnérabilité. – Au regard de l'approche par la vulnérabilité du droit des majeurs et d'un certain rejet doctrinal de l'idée de protection, il convient de renommer la discipline. En effet, le terme « protéger » signifie « faire que quelqu'un ou quelque chose soit mis à l'abri d'un danger, d'une agression, d'un risque quelconque »²⁰³⁰. L'autonomie de la personne, l'expression de sa volonté et de ses préférences ne semble donc pas primordiale, la protection dénote une certaine passivité de la personne sujet de la protection. Ainsi, l'expression de « majeurs en situation de vulnérabilité » permet de souligner que le majeur se trouve dans une situation de faiblesse en raison de son environnement. L'idée de son autonomie, de l'expression de sa volonté et de ses préférences n'est pas exclue. Cette expression ne chasse pas pour autant l'idée d'une certaine protection. Toutefois, l'idée n'est pas que le majeur est protégé, de manière continue, mais qu'il est protégeable. La protection n'intervient donc que dans certaines situations particulières, lors d'interaction avec autrui. L'idée de protection n'est que sous-jacente. Une fois le vocabulaire de la discipline modifié, il convient de s'intéresser au vocabulaire particulier des mesures de protection.

1003. Vocabulaire de la mesure unique. – Le rapport rédigé sous la direction de A. CARON-DÉGLISE préconise de nommer cette mesure « sauvegarde des droits ». La personne en charge de la mesure serait alors désignée comme « l'assistant » et la personne sujet de la mesure « l'assisté »²⁰³¹. Le rapport fait lui-même état de la difficulté terminologique liée à la dénomination « d'assisté » et au caractère péjoratif qu'il véhicule. D'autres propositions ont été faites pour que la personne en charge de la mesure soit désignée comme « la personne en charge

²⁰³⁰ CNRTL, V° « Protéger ».

²⁰³¹ A. CARON-DÉGLISE, (dir.), « L'évolution de la protection juridique des personnes (...) », préc., p. 70.

du soutien » ou encore « le soutien », et la personne sujet de la mesure « la personne dont la capacité est soutenue » ou « la personne soutenue »²⁰³².

1004. Le vocabulaire proposé pour la mesure unique. – Pour la mesure unique, il est proposé de retenir l'appellation de « mesure judiciaire de garantie des droits ». La précision du caractère judiciaire de la mesure est rendue possible par la suppression de toutes les autres mesures judiciaires de protection. De plus, l'intérêt de la précision réside dans la lecture de l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées qui prévoit qu'un « contrôle est nécessaire par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire ». La mesure unique s'inscrit parfaitement dans la lignée des prescriptions de l'article 12 de la Convention, il s'agira alors d'afficher cette conformité. De plus, la précision permet d'opposer le mandat de protection future²⁰³³, mesure juridique de protection, à la mesure unique, mesure judiciaire de protection. L'idée de « garantie des droits » a été préférée à celle de « sauvegarde des droits » pour plusieurs raisons. D'abord, l'idée de sauvegarde pourrait entraîner une confusion à l'égard du justiciable avec le droit antérieur de la sauvegarde de justice, la « garantie » permet d'éviter cet écueil. Ensuite, l'utilisation d'un vocabulaire neuf permet de mieux véhiculer une idée neuve. D'autant que l'idée de garantie des droits est un vocabulaire connu qui renvoie à l'idée de protection des droits et libertés²⁰³⁴, ce qui est conforme à la philosophie législative. Enfin, l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées renvoie cinq fois à l'idée de garantie, la conformité à l'article 12 peut passer par la reprise du vocabulaire utilisé. En outre, s'il a été reproché à l'idée de soutien de ne pas englober l'ensemble des situations pouvant être rencontrées dans cette mesure unique²⁰³⁵, l'idée de « garantie des droits » permet d'englober un plus grand nombre de situations. Les droits du majeur en situation de vulnérabilité pourront ainsi être garantis par la personne en charge de la protection par l'accompagnement ou l'assistance qui seront prononcées par le juge, et au besoin par une représentation. Cette désignation permet également d'englober la situation dans laquelle le majeur, bien que sous mesure judiciaire, garde un espace de liberté totale au sein duquel la personne en charge de la protection ne peut intervenir. L'idée de « garantie de la dignité » aurait pu tout autant retenir l'attention, le respect de la dignité est mentionné à plusieurs reprises dans la Convention relative aux droits des personnes handicapées, notamment dans la première phrase de son préambule ou encore à l'article

²⁰³² G. MILLERIOUX, *op. cit.*, p. 412.

²⁰³³ Sur le vocabulaire du mandat de protection future, v. *infra* n° 1006.

²⁰³⁴ En ce sens, v. G. CORNU, V° « Garantie des droits », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, pp.487-488.

²⁰³⁵ V. *supra* n° 956.

premier. Cependant, il semble que la notion de dignité ne soit pas assez certaine²⁰³⁶. En démontre, les conceptions contraires dont elle peut faire l'objet. Ainsi, certains auteurs considèrent « le libre choix » comme nécessaire au maintien de la dignité²⁰³⁷, d'autres au contraire considèrent que « la dignité de la personne (...) relativise (...) la portée de l'autodétermination »²⁰³⁸. Ces conceptions antagonistes du rapport entre l'autonomie de la personne au regard de sa dignité, disqualifie l'utilisation de ce terme en raison de sa plasticité. De même, la notion de « protection » a été écartée de la désignation de la mesure en raison de la connotation qu'une partie de la doctrine lui associe. Une fois la dénomination de « mesure judiciaire de garantie des droits », il convient de nommer les personnes en cause.

1005. La personne en charge de la protection serait « le garant », en ce qu'il permet d'assurer la garantie des droits du majeur en situation de vulnérabilité. Il pourrait être reproché à cette dénomination la polysémie qui en résulterait. Cependant, la polysémie n'est pas en soi une difficulté, il en va ainsi de bon nombre des mots du droit. Une idée intéressante ressort du mot de « garant ». En effet, la garantie peut renvoyer à « l'obligation mise » à la charge d'une personne²⁰³⁹. À défaut, la personne engage sa responsabilité. L'idée de garant comporte alors, une dimension de responsabilité à l'égard du majeur en situation de vulnérabilité. La responsabilité, contenue dans la fonction attribuée à la personne en charge de la mesure, permet de gommer l'idée selon laquelle la personne en charge de la protection bénéficie d'un certain pouvoir sur le majeur, tout au contraire, elle est responsable de ses actes à son égard. Le majeur, en situation de vulnérabilité, à l'égard duquel sera prononcée une mesure judiciaire de garantie des droits sera désigné comme étant « le bénéficiaire ». En effet, le majeur est bénéficiaire de l'action du garant dans la garantie de ses droits. Cette désignation permet, de plus, d'éviter les périphrases, telles que : « la personne dont les droits sont garantis » ou encore « la personne sujet d'une mesure judiciaire de garantie des droits ». L'idée de « bénéficiaire » permet de montrer que l'action du garant doit être toute tournée vers le majeur qui doit tirer un bénéfice de l'intervention du garant en matière de garantie de ses droits. En présence d'une personne subrogée²⁰⁴⁰, celle-ci serait désignée « subrogé garant ». Le vocabulaire retenu permet de rendre

²⁰³⁶ Pour une étude sur la question, v. P. CASSIA, *Dignité(s)*, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2016.

²⁰³⁷ G. LAROQUE, art. préc.

²⁰³⁸ Commission nationale consultative des droits de l'Homme, Avis sur le consentement des personnes vulnérables, préc., pp. 4-5.

²⁰³⁹ En ce sens, v. G. CORNU, V° « Garantie », in *Vocabulaire juridique*, op. cit., p.487. Particulièrement les définitions de garantie des vices cachés, garantie d'éviction, garantie du fait personnel.

²⁰⁴⁰ V. *supra* n° 961.

compte du changement de philosophie législative et contribue à une redéfinition de la manière de protéger, notamment les biens, en droit des personnes et de la famille.

1006. Vocabulaire du mandat de protection future. – En ce qui concerne le mandat de protection future, deux attitudes peuvent être retenues. Dans une première hypothèse, le vocabulaire du mandat de protection peut être maintenu. En effet, le mandat de protection future reste un mécanisme méconnu. La modification du vocabulaire contribuerait à troubler plus encore sa visibilité. La conservation se justifierait par la permanence de ses fondements et de sa mise en œuvre. Toutefois, la persistance du terme « protection » ne s’inscrirait pas entièrement dans la nouvelle philosophie législative, sauf à considérer que, la volonté de protection émanant de la personne elle-même, l’atteinte portée à son autonomie est justifiée²⁰⁴¹. Dans une seconde hypothèse, le vocabulaire retenu pour la mesure unique pourrait utilement inspirer une modification de la dénomination du mandat de protection future. Celui-ci pourrait être désigné comme le « contrat de garantie future des droits ». Trois avantages résultent de cette solution. D’abord, la cohérence du vocabulaire des mesures de protection serait parfaite. Ensuite, l’ensemble du vocabulaire serait conforme à la nouvelle philosophie législative. Enfin, l’abandon du terme « mandat » élargit les modalités de mise en œuvre de la protection dans un cadre contractuel. En effet, la représentation ne serait plus la seule technique mobilisée. Le majeur pourrait, en sus, prévoir des dispositions relatives à son accompagnement ou à son assistance.

1007. L’accroissement de la volonté du majeur en situation de vulnérabilité nécessite de s’interroger sur la préservation de ses moyens de subsistance.

²⁰⁴¹ En effet, « dans ce type de configuration, la liberté de l’individu est effectivement restreinte ; mais l’individu a lui-même consenti à de telles interférences le protégeant contre le mal qu’il pourrait se causer à lui-même par faiblesse de la volonté », in Ch. BÉAL, « Le paternalisme peut-il être "doux" ? Paternalisme et justice pénale », *Raisons politiques*, 2011/4, p. 49.

SECTION 2

ASSURER LA PROTECTION DES MOYENS DE SUBSISTANCE

1008. Sur le schéma de la philosophie législative qui se développe, il convient d'adjoindre à la volonté du propriétaire des mécanismes venant assurer une protection minimale des biens nécessaires à la vie du majeur en situation de vulnérabilité. La gestion des biens de subsistance (§1) et leur cession doivent être envisagées (§2).

§ 1 LA GESTION DES MOYENS DE SUBSISTANCE

1009. La gestion des moyens de subsistance se retrouve tant dans le maintien des moyens de subsistance du majeur (A) que dans la constitution de ceux-ci (B).

A. Maintenir les moyens de subsistance

1010. Si les revenus du majeur peuvent faire l'objet d'une protection particulière²⁰⁴², le logement du majeur connaît une protection spécifique qui mérite d'être préservée (1). Par ailleurs, la technique de la fiducie-gestion est un outil qui permettrait de faciliter la gestion des biens du majeur (2).

1. *Le logement du majeur en situation de vulnérabilité*

1011. Le droit positif. – La protection du logement du majeur a été instaurée par la loi du 3 janvier 1968 qui a entendu « réserve[r] au logement un sort à part, considérant tout acte touchant au logement comme potentiellement dangereux et devant bénéficier d'un respect tout particulier »²⁰⁴³. La loi du 5 mars 2007, puis la loi du 16 février 2015, sont venues apporter quelques correctifs. Désormais, selon l'article 426 du Code civil, le logement, tant la résidence principale que les résidences secondaires, et les meubles qui le garnissent, du majeur protégé bénéficient d'une protection particulière. En effet, ils doivent être « conservés à la disposition » du majeur « aussi longtemps qu'il est possible ». La disposition des droits portant sur le logement du majeur protégé est soumise à autorisation du juge ou du conseil de famille lorsqu'il a été constitué. De plus, « si l'acte a pour finalité l'accueil de l'intéressé dans un établissement,

²⁰⁴² V. *supra* n° 971.

²⁰⁴³ L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Logement et majeur protégé », *AJ Fam.* 2008, p. 384.

l'avis préalable d'un médecin, n'exerçant pas une fonction ou n'occupant pas un emploi dans cet établissement » est nécessaire en vertu de l'article 426, alinéa 3, du Code civil. Il en va de même pour la résiliation ou la conclusion d'un bail. Ces dispositions s'appliquent à l'ensemble des mesures de protection, tant judiciaires que juridiques, en ce qu'elles prennent place dans les dispositions générales du chapitre portant sur les mesures de protection juridique des majeurs.

1012. La spécificité de la protection du logement du majeur est donc à souligner. Un certificat médical peut être nécessaire lorsque la finalité est l'accueil du majeur en établissement. L'autorisation du juge, à défaut de conseil de famille, est indispensable pour un acte de disposition, même lorsqu'elle n'est pas requise par principe, notamment en curatelle, mais également pour la conclusion d'un bail alors qu'il s'agit d'un acte d'administration²⁰⁴⁴. La même logique s'applique pour la protection du logement du majeur que pour la protection du logement de la famille²⁰⁴⁵ : il y a une volonté de garantir la jouissance effective du logement.

1013. La protection du logement du majeur est incluse dans la logique de protection de la personne par les biens, puisque « le logement n'est pas protégé uniquement en raison de son aspect patrimonial, mais d'abord et avant tout en raison du fait qu'il est considéré comme un droit fondamental de tout citoyen et un élément indispensable à la vie de ce dernier »²⁰⁴⁶. La protection s'effectue tant sur la résidence principale que sur les résidences secondaires, ce qui montre la volonté du législateur de maintenir le cadre de vie du majeur et spécialement de préserver la résidence secondaire dans le cas où « l'attachement à la maison de famille, que le majeur a pu devoir quitter pour s'installer ailleurs en raison des nécessités professionnelles ou familiales, peut être plus important que l'attachement au logement actuellement occupé »²⁰⁴⁷. Là encore l'attachement entre la personne et les biens immeubles est à souligner²⁰⁴⁸.

1014. La formalité requise du certificat médical lorsque l'acte a pour finalité un accueil en établissement « s'explique dans le contexte d'un transfert définitif d'un majeur vers un établissement »²⁰⁴⁹. Il en ressort une volonté de s'assurer que le majeur ne retournera plus dans son logement, qu'il n'en a plus l'utilité. Alors que le prix de la vente ou les fruits de la location peuvent lui permettre d'assurer les dépenses liées à l'accueil en établissement. Il est également

²⁰⁴⁴ En ce sens, v. Th. VERHEYDE, « Le logement dans la réforme de la protection des majeurs », *AJ fam.* 2009, p. 448.

²⁰⁴⁵ V. *supra* n° 128.

²⁰⁴⁶ Th. Verheyde, « Le logement dans la réforme de la protection des majeurs », art. préc.

²⁰⁴⁷ L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Logement et majeur protégé », art. préc.

²⁰⁴⁸ V. *supra* n° 857.

²⁰⁴⁹ L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Logement et majeur protégé », art. préc.

possible de voir dans ce schéma une volonté du législateur de s'assurer que le majeur aura effectivement un logement qu'il lui soit personnel ou par le biais d'un accueil.

1015. Indisponibilité et insaisissabilité. – Comme pour le logement de la famille²⁰⁵⁰, la protection du majeur protégé ne conduit pas à l'insaisissabilité du logement²⁰⁵¹. Il s'agit de mettre en balance les intérêts du majeur protégé avec ceux de ces créanciers.

1016. La prise en compte de la volonté du majeur. – La prise en compte de la volonté du majeur dans la nouvelle mesure unique conduit à s'interroger sur l'influence que ce nouveau paradigme aura sur la protection du logement du majeur en situation de vulnérabilité. La volonté du majeur est déjà prise en compte dans le dispositif actuel « lorsque le majeur est apte à exprimer une décision éclairée concernant son logement, celle-ci doit être respectée, dans la limite du danger que cette expression de volonté est susceptible de causer. Or, le logement du majeur constituera souvent le principal actif de son patrimoine »²⁰⁵². Plusieurs remarques s'imposent. D'abord, le « danger que l'expression de volonté est susceptible de causer » semble se heurter avec le droit au risque du majeur. De plus, si le juge décide de maintenir la capacité juridique du majeur, le majeur devra-t-il tout de même solliciter l'autorisation du juge pour disposer de son logement ? Lorsque le majeur sera privé de sa capacité juridique, il ne fait pas de doute que le garant devra s'adresser au juge afin d'obtenir une autorisation, celle-ci pourra s'accompagner d'un certificat médical lorsque la finalité de l'acte sera l'accueil en établissement, encore qu'il soit possible de s'interroger sur l'action du garant qui agit en représentation mais conformément aux volontés du majeur. Toutefois, même dans un tel cas il semblerait que la logique de protection des personnes par les biens conduise à obtenir l'autorisation du juge. Lorsque le majeur ne sera pas privé de sa capacité juridique, la question est plus délicate. En effet, d'un côté la volonté est érigée en principe directeur du droit des majeurs, de l'autre, la philosophie législative en matière de protection tend à instaurer un cadre de protection spécifique pour les biens qui sont nécessaires à la subsistance de la personne. Ainsi, sur le même principe que dans les autres disciplines du droit de la famille, comme il a pu être dit pour les revenus du majeur en situation de vulnérabilité²⁰⁵³, il faudrait qu'une protection minimale puisse être instaurée. Par conséquent, la protection des biens de subsistance conduira à limiter la volonté du majeur à agir en tant que propriétaire. Plusieurs scénarii sont envisageables : soit le texte est maintenu en l'état, ainsi la disposition du logement du majeur

²⁰⁵⁰ V. *supra* n° 170.

²⁰⁵¹ Civ. 2^e, 21 mars 2013, n° 11-25.462, Bull. civ. II, n° 59 ; *LEFP*, 15 mai 2013, p. 4, note RAOUL-CORMEIL.

²⁰⁵² A.-M. LEROY, « Majeurs protégés et actes mixtes », *Gaz. Pal.*, n° 286, 13 oct. 2015, p. 7.

²⁰⁵³ V. *supra* n° 971.

en situation de vulnérabilité devra toujours faire l'objet d'une autorisation par le juge, ou du conseil de famille ; soit le régime peut être allégé afin de se conformer à l'esprit de la Convention sur les droits des personnes handicapées. Aussi, il serait possible lorsque le majeur conserve sa capacité juridique de le laisser effectuer les actes sur ses biens sans établir de règles spécifiques pour son logement ; seule l'intervention du garant, par l'accompagnement ou l'assistance, serait requise. Si le garant considère que la volonté du majeur de disposer de son logement pourrait nuire à ses intérêts, il serait possible pour lui de saisir le juge. Le juge ne serait ainsi sollicité qu'en cas de difficulté. Par ailleurs, il est envisageable de limiter le périmètre de l'article au seul logement effectif du majeur en situation de vulnérabilité à l'exclusion des résidences secondaires pour cantonner les restrictions à l'expression de sa volonté. La disposition du logement du majeur en situation de vulnérabilité pourrait être soumise à la condition qu'il dispose d'un autre logement pour vivre, car tel est l'objectif du législateur, s'assurer que le majeur dispose d'un moyen de se loger. Il faudrait alors s'assurer de l'effectivité de ce logement. Le notaire chargé de la vente du bien du majeur pourrait ainsi devoir inscrire dans l'acte de vente que le majeur a effectivement une solution de relogement. La difficulté résulte dans la vérification du caractère pérenne du logement de substitution du majeur, une telle vérification ne pourra incomber au notaire, il s'agirait davantage d'une prérogative du juge qui semble le seul acteur à pouvoir véritablement contrer la volonté du majeur en situation de vulnérabilité dans le schéma de la mesure unique. La protection du logement, en tant que bien de subsistance, pourrait s'articuler avec la volonté du majeur, mais il est nécessaire d'instaurer un mécanisme qui permette de s'assurer que la disposition du logement ne mette pas le majeur dans une situation personnelle difficile.

1017. L'initiative du garant. – Lorsque le majeur n'est plus en mesure d'exprimer ses volontés et préférences, le garant gardera la possibilité de saisir le juge aux fins de disposer de son logement dans les mêmes conditions posées par l'article 426 du Code civil. Il devra simplement faire valoir que la disposition du logement s'inscrit dans une interprétation optimale des volontés et des préférences du majeur ou qu'elle est nécessaire pour le majeur, notamment si la vente du logement permet de financer un accueil ou un maintien en établissement.

1018. Au-delà de la gestion isolée du majeur en situation de vulnérabilité, la fiducie-gestion permettrait une gestion globale et fluide des biens du majeur.

2. La fiducie-gestion

1019. La fiducie-gestion et les majeurs protégés. – Conformément à l'article 2011 du Code civil, « la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». La fiducie-gestion consiste, en particulier, en la gestion par le fiduciaire des biens transférés. Cette technique a ainsi pu être envisagée pour la gestion des biens des majeurs protégés. Cette possibilité est ouverte, en vertu de l'article 468 du Code civil, aux majeurs placés sous un régime de curatelle, l'assistance du curateur est alors nécessaire. *A contrario*, il est impossible pour un majeur placé sous un régime de tutelle de conclure un tel contrat, car l'article 509 du Code civil insère la fiducie dans la liste des actes interdits au tuteur même avec l'autorisation du juge.

1020. Conformité à la philosophie législative. – Les utilités de la fiducie pour la gestion du patrimoine du majeur protégé, ou des majeurs en situation de vulnérabilité, sont multiples²⁰⁵⁴. Les revenus du patrimoine fiduciaire peuvent utilement « servir à régler les frais d'hébergement dans une maison de retraite ou dans un établissement médicalisé ou les échéances d'une dette à régler »²⁰⁵⁵. Le caractère professionnel de la gestion²⁰⁵⁶ permet une optimisation des revenus du constituant, ou du moins un maintien des revenus de la personne. Ainsi, la fiducie permet une gestion des biens du majeur dans le but de lui assurer les moyens de sa subsistance. Cependant, il est possible de se demander si cette gestion se conforme entièrement à l'idée d'une mesure de protection fondée sur l'idée du respect des volontés et des préférences du majeur en situation de vulnérabilité. En effet, la fiducie-gestion est envisagée comme un moyen de gestion des biens du majeur « dans son seul intérêt »²⁰⁵⁷. Cette manière d'envisager la gestion des biens du majeur n'est donc pas, *a priori*, conforme à la nouvelle philosophie. Toutefois, en ce que la fiducie est fondée sur un contrat, elle se conforme à l'idée que c'est le propriétaire lui-même qui accepte le transfert de ses biens. Ainsi, la volonté du propriétaire est respectée, par le biais de la contractualisation.

1021. Par ailleurs, l'objectif de protection des biens de subsistance peut être réalisé grâce à l'insaisissabilité des biens contenus dans le patrimoine fiduciaire, en vertu de l'article 2025 du

²⁰⁵⁴ Pour une étude complète, v. F. FRESNEL, *La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficulté*, Thèse, Paris II, 1995.

²⁰⁵⁵ A. CARON-DÉGLISE, (dir.), « L'évolution de la protection juridique des personnes (...) », préc., p. 48.

²⁰⁵⁶ H. LETELLIER, « La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables », *Dr. et patr.* 2012, n° 212, p. 52.

²⁰⁵⁷ H. DE RICHEMONT, *Rapport fait au nom de la commission des lois (...)*, 7 février 2007, préc., p. 219.

Code civil. Cette insaisissabilité ne s'étend pas aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement au transfert des biens dans le patrimoine fiduciaire²⁰⁵⁸.

1022. De plus, une fois la fiducie mise en place « le fiduciaire exercerait sa mission conformément aux stipulations du contrat sans avoir à solliciter de nouvelles autorisations judiciaires »²⁰⁵⁹. L'article 2018, 6°, du Code civil prévoit que le contrat de fiducie doit prévoir « les missions du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition ». En conséquence, le fiduciaire peut réaliser une série d'actes plus importante que la personne en charge de la mesure de protection sans avoir à solliciter le juge. L'objectif de déjudiciarisation est donc atteint²⁰⁶⁰.

1023. La fiducie peut également être considéré comme opportune pour la paix des familles. En effet, « le recours à une tierce personne, *a priori* neutre et objective, peut avoir un caractère bénéfique, notamment lorsque les membres de la famille ne s'entendent pas »²⁰⁶¹.

1024. Enfin, l'intérêt de la fiducie réside dans l'anticipation qu'elle permet. Lorsqu'elle est conclue avant que le majeur soit mis sous mesure de protection, celui-ci peut organiser la gestion de ses biens²⁰⁶².

1025. La fiducie et la mesure unique. – La doctrine s'accorde sur le fait que l'extension du recours à la fiducie aux majeurs placés sous un régime de tutelle nécessite l'obtention d'une autorisation judiciaire²⁰⁶³. Appliqué à la mesure unique, il s'agirait alors de distinguer les cas en fonction de la modalité retenue par le juge quant à la gestion des biens du majeur. Si le majeur fait l'objet d'un accompagnement pour la gestion de ses biens, il pourra constituer un patrimoine fiduciaire en se faisant accompagner par son garant, c'est-à-dire en ayant les informations nécessaires à la bonne compréhension de l'opération envisagée. Si la gestion des biens du majeur est soumise à l'assistance du garant, la solution de l'article 468 du Code civil pourrait être utilement conservée, le transfert des biens dans le patrimoine fiduciaire sera soumis à l'assistance du garant. Si la représentation est retenue pour la gestion des biens du majeur, le garant pourra solliciter une autorisation judiciaire, notamment si un tel transfert des biens peut

²⁰⁵⁸ H. LETELLIER, « La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables », art. préc.

²⁰⁵⁹ A. CARON-DÉGLISE, (dir.), « L'évolution de la protection juridique des personnes (...) », préc., p. 49.

²⁰⁶⁰ En ce sens, v. *ibid.*, p. 50 ; J. MASSIP, « Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés », *Deffrénois*, n° 15, 15 sept. 2009, p. 1546.

²⁰⁶¹ J. MASSIP, « Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés », art. préc.

²⁰⁶² H. LETELLIER, « La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables », art. préc.

²⁰⁶³ En ce sens, v. A. CARON-DÉGLISE, (dir.), « L'évolution de la protection juridique des personnes (...) », préc., pp. 48-49 ; CSN, « Observation du Conseil supérieur du notariat », 19 juin 2018, in A. CARON-DÉGLISE, (dir.), « L'évolution de la protection juridique des personnes (...) », annexe, préc., p. 204.

s'inscrire dans la prise en compte de la volonté du majeur ou, pour le moins, de l'interprétation optimale de cette volonté. Tel pourrait être le cas si le majeur avait opté pour le transfert de son patrimoine immobilier dans un patrimoine fiduciaire, lorsqu'il n'était pas placé sous une mesure de protection et que seul le transfert des biens présents avait été envisagé. Si ce même majeur hérite de biens immobiliers pendant la durée de sa mesure de protection, l'interprétation optimale de sa volonté pourrait conduire le garant de ses droits à solliciter le juge afin que ces biens immobiliers, reçus par héritage, puissent être intégrés au patrimoine fiduciaire existant.

1026. L'utilité de la fiducie lorsque le majeur est soumis à un régime de représentation a pu être soulignée par la doctrine, qui aborde la question sous le prisme de la tutelle²⁰⁶⁴. Lorsque la fiducie-gestion sera mise en place, elle pourra être utilement articulée avec la mesure unique dans deux cas. D'une part, la mesure judiciaire de garantie des droits pourra être mise en place afin de protéger la personne du majeur en situation de vulnérabilité car la fiducie-gestion ne concerne que la gestion des biens²⁰⁶⁵. D'autre part, la mesure permettra également de prévoir la gestion des biens du majeur en situation de vulnérabilité quand seule une partie de ses biens aura été transférée dans un patrimoine fiduciaire. Si la fiducie est envisagée lors de l'ouverture de la mesure de protection, et qu'une représentation est nécessaire, le juge pourra limiter les pouvoirs du garant des droits à la seule constitution de la fiducie. Dans ce dernier cas, il semble que la volonté de constituer un patrimoine fiduciaire devrait relever de l'interprétation optimale des volontés et préférences du majeur, sans quoi le majeur se verrait écarter de la gestion de ses biens afin d'avoir une gestion conforme à ses intérêts ce qui ne réalise plus les objectifs souhaités par le nouveau droit des majeurs en situation de vulnérabilité.

1027. Le cas particulier du logement du majeur. – Une difficulté peut naître lorsque le bien qui constitue le logement du majeur protégé est transféré dans le patrimoine fiduciaire. En effet, par principe le bien devrait échapper à la protection instaurée par l'article 426 du Code civil et pourrait faire l'objet d'un acte de disposition si le contrat de fiducie prévoit une telle possibilité. Ainsi, il faudrait que le contrat de fiducie prévoie des dispositions spécifiques en la matière en transposant les limitations prévues à l'article 426 du Code civil. Le fiduciaire ne devrait pas pouvoir effectuer d'actes de disposition sur le bien servant effectivement au logement lorsque la personne du constituant fera l'objet d'une mesure de protection. Les actes d'administration, telle la conclusion d'un bail, pourraient également être limités. Il serait davantage conforme à

²⁰⁶⁴ H. LETELLIER, « La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables », art. préc.

²⁰⁶⁵ Pour une analyse de l'articulation entre fiducie et mandat de protection future voir, CSN, annexe 2 à « Observation du Conseil supérieur du notariat », 19 juin 2018, in A. CARON-DÉGLISE, (dir.), « L'évolution de la protection juridique des personnes (...) », annexe, préc., p. 204.

la philosophie de la protection des biens de subsistance de prévoir un nouvel alinéa à l'article 426 du Code civil disposant que la présence du logement du majeur en situation de vulnérabilité dans un patrimoine fiduciaire ne fait pas obstacle à l'application de cet article²⁰⁶⁶.

1028. La fiducie comme mesure de protection autonome. – Le conseil supérieur du notariat a pu envisager d'ériger la fiducie, renommée « fiducie-protection »²⁰⁶⁷, comme une mesure autonome de protection. Elle a pu être envisagée comme « une alternative au mandat de protection future »²⁰⁶⁸. Il semblerait que la fiducie soit, en réalité, une simple technique de gestion des biens qui s'applique indépendamment de l'existence d'une mesure de protection. Elle ne semble donc pas constituer en soi une mesure de protection. Si elle peut être utilisée comme telle, cela ne relève pas de son essence.

1029. La gestion des biens du majeur doit donc prendre en compte la particularité des biens nécessaires à sa subsistance, notamment le logement de la personne. Cependant, le majeur peut parfois être dénué des biens nécessaires à sa subsistance, il convient alors d'envisager les mécanismes de solidarité familiale qui permettraient au majeur de se constituer les moyens de sa subsistance.

B. Constituer les moyens de subsistance

1030. Deux techniques peuvent être envisagées afin de constituer les moyens de subsistance nécessaires à un majeur : la fiducie pour autrui (1) et le fonds familial (2).

1. La fiducie pour autrui

1031. La fiducie pour autrui. – La fiducie pour autrui peut être envisagée en permettant au « constituant [de transférer] (comme aujourd'hui) des biens dans un patrimoine affecté dont les revenus gérés par le fiduciaire, servirait à la protection du bénéficiaire vulnérable (soit mineur soit majeur, placé ou non sous une mesure de protection) »²⁰⁶⁹. Cette utilisation de la fiducie permettrait, par exemple, d'« assurer l'avenir d'un enfant handicapé après le décès de ses parents »²⁰⁷⁰. Cette forme de fiducie serait d'autant plus utile que le patrimoine fiduciaire serait constitué par une personne morale. En effet, le contrat de fiducie cesse par le décès du

²⁰⁶⁶ En ce sens, v. A. CARON-DÉGLISE, (dir.), « L'évolution de la protection juridique des personnes (...) », préc., p. 50.

²⁰⁶⁷ CSN, « Observation du Conseil supérieur du notariat », 19 juin 2018, in A. CARON-DÉGLISE, (dir.), « L'évolution de la protection juridique des personnes (...) », annexe, préc., p. 203.

²⁰⁶⁸ N. PETERKA, « La fiducie, une alternative au mandat de protection future ? », *Dr. patr.*, n° 283, 1^{er} sept. 2018.

²⁰⁶⁹ CSN, « Observation du Conseil supérieur du notariat », 19 juin 2018, in A. CARON-DÉGLISE, (dir.), « L'évolution de la protection juridique des personnes (...) », annexe, préc., p. 204.

²⁰⁷⁰ A. CARON-DÉGLISE, (dir.), « L'évolution de la protection juridique des personnes (...) », préc., pp. 48-49.

constituant personne physique, en vertu de l'article 2029 du Code civil. Or, dans un tel cas, « le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession » conformément à l'article 2030 du même Code. Pour éviter cet écueil, il conviendrait de créer une société qui aurait la qualité de constituant de la fiducie. Ainsi, le décès du parent n'entraînerait pas la fin du contrat de fiducie. Une telle analyse a pu être faite pour la gestion des biens dans une société commerciale²⁰⁷¹. Elle pourrait également l'être, par analogie, pour des biens immobiliers avec la création d'une société civile immobilière qui transférerait les biens immobiliers détenus dans un patrimoine fiduciaire. Cette technique permet davantage la création de revenus pour le bénéficiaire. Plus qu'un maintien ou une optimisation des moyens de subsistance, il s'agit, par cette technique, de créer des moyens de subsistance pour un autre membre de la famille.

1032. À cette même fin, il est possible de renouveler les propositions faites autour de la constitution d'un fonds familial.

2. Le fonds familial

1033. Présentation de la mesure. – L'instauration d'un fonds familial a été envisagée par la doctrine notariale. Le fonds familial est pensé comme « un mécanisme de mutualisation des aides familiales consenties. Il s'agit de mobiliser une épargne et/ou un capital familial pour se prémunir d'un accident de la vie à survenir à l'un des membres de la famille »²⁰⁷². L'idée est qu'un fonds serait constitué entre plusieurs membres d'une famille, certains pouvant apporter au fonds des biens en nature ou en numéraire. Cette mesure entend spécifiquement prendre en compte les évolutions liées au grand âge et à la dépendance²⁰⁷³. En effet, « la dépendance a un coût important »²⁰⁷⁴, il convient donc de permettre aux familles d'organiser, sur le temps long l'entraide en son sein. Le manque d'organisation de la solidarité familiale dans la prise en charge d'un majeur en situation de vulnérabilité conduit à une mauvaise prise en compte de la dimension familiale de l'aide apportée²⁰⁷⁵. Deux possibilités peuvent être retenues pour faire croître le fonds : soit apporter un bien frugifère au fonds, soit abonder en numéraire²⁰⁷⁶.

²⁰⁷¹ P. LECLÈRE, « Fiducie : gestion patrimoniale des actifs sociétaires et protection des personnes physiques avant et après leur décès », *AJ fam.* 2015, p. 202.

²⁰⁷² F. LUZU, « Le fonds familial : pour la création d'un outil de solidarité familiale entre les générations », *Dr. pat.*, n° 224, 1^{er} avr. 2013.

²⁰⁷³ *Ibidem.*

²⁰⁷⁴ F. DOUET, « Aspects civils et fiscaux des donations d'usufruit temporaire », *JCP N* n° 14, 5 avr. 2013, 1077.

²⁰⁷⁵ En ce sens, v. Y. FAVIER, « Successions : gare aux procurations bancaires ! », *JCP G* n° 44-45, 29 oct. 2012, 1167.

²⁰⁷⁶ F. LUZU, art. préc.

1034. La place de la famille. – La famille serait alors actrice de la constitution des biens de subsistance du majeur en situation de vulnérabilité. Un bien apporté en nature au fond pourrait servir de logement à un membre de la famille dans le besoin, ou encore les sommes versées pourraient servir au paiement d'un établissement accueillant un majeur en situation de vulnérabilité. Contrairement à la fiducie-gestion, qu'elle soit faite par le majeur en situation de vulnérabilité ou pour autrui, le fonds familial à l'avantage d'impliquer une plus large partie de la famille dans la solidarité qu'elle doit à ses membres. Cette manière d'envisager la solidarité familiale est conforme à la nouvelle philosophie législative en ce que la famille s'implique de son propre consentement, de manière contractualisée et spontanée. L'intervention du juge n'est donc pas requise. La solidarité alimentaire ne serait pas imposée²⁰⁷⁷, mais choisie. La solidarité s'inscrit dans une dynamique « intergénérationnelle »²⁰⁷⁸. Mieux organisée, la solidarité est aussi plus prévisible. Intrafamiliale, elle limite l'intervention de la solidarité publique.

1035. Les membres du fonds familial. – Le caractère familial du fonds conduit ses penseurs à réduire la composition des membres aux « personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales »²⁰⁷⁹. L'idée est simple à comprendre. Si la famille doit contribuer à la solidarité de ses membres, seules les personnes physiques devraient pouvoir en être membre. Cependant, une telle conception peut paraître restrictive et limiter les possibilités de croiser les différentes manières d'assurer la protection des membres de la famille. En effet, si seules les personnes physiques membres de la famille peuvent composer et abonder le fonds familial, il ne sera pas possible de faire croître ce fonds directement avec les revenus d'un patrimoine fiduciaire ou encore les revenus d'une société civile immobilière familiale. Aussi, la technique fiduciaire pourrait-être utilement associée avec celle du fonds familial : les revenus d'un bien immobilier, placé dans un patrimoine fiduciaire, pourraient être directement affectés au fonds familial.

1036. Partage des utilités d'un bien. – Le fonds familial pourrait se montrer particulièrement utile lorsqu'une personne s'est dépouillée, de son vivant, de ses biens et qu'elle ne peut plus assurer seul les moyens de sa subsistance. Ainsi, un parent, effectuant une donation-partage de l'essentiel de ses biens et qui ne se ménage pas la conservation de l'usufruit, pourrait se retrouver en difficulté pour assumer ses dépenses liées à la maladie ou à la dépendance, l'obligeant à vendre son logement. Dans un tel cas, si la personne s'était dépouillée d'un autre bien immobilier habitable, l'enfant qui en était donataire pourrait apporter le bien objet de la

²⁰⁷⁷ Sur les solidarités imposées, v. P. CAIGNAULT et X. GUÉDÉ, « L'entraide familiale : des enfants envers les parents », *JCP N* n° 17, 26 avril 2013, 1115.

²⁰⁷⁸ F. LUZU, art. préc.

²⁰⁷⁹ *Ibidem*.

donation au fonds. Le fonds mettrait alors la jouissance du bien à la disposition du majeur dans le besoin²⁰⁸⁰. Il s'opèrerait donc un partage des utilités des biens. Il est vrai que le bien pourrait également être mis à la disposition du majeur. Toutefois, en l'absence de droit s'exerçant sur le logement mis à disposition l'article 426 du Code civil ne trouverait pas à s'appliquer faute de droit à protéger. Le fonds familial agirait comme une sécurisation du logement du majeur, dans une forme qui retranscrit plus fidèlement le caractère solidaire de la mise à disposition du bien.

1037. La qualification de libéralité. – Il a été relevé qu'un tel système pourrait conduire à qualifier les transferts de libéralités ce qui engendrerait à un double inconvénient : fiscal, certes, mais également au titre du règlement des diverses successions des donateurs. Il s'agit du cas où « un bien ayant initialement fait l'objet d'une donation au fonds familial est transféré à un bénéficiaire déterminé »²⁰⁸¹. Une telle difficulté ne se poserait plus sur le volet civil si la réserve héréditaire venait à être supprimée ou transformée en réserve alimentaire. Le fonds familial pourrait d'ailleurs être pris en compte dans le calcul de la réserve alimentaire en montrant qu'un héritier a déjà bénéficié de l'aide de sa famille par la mise à disposition d'un bien ou le versement de sommes. Ainsi, soit le fonds familial fait disparaître l'état de nécessité de l'héritier, et la réserve alimentaire ne serait pas due, soit l'état de nécessité persiste, le montant alloué au titre de la réserve alimentaire pourrait être diminué des avantages reçus via le fonds familial. La réserve alimentaire et le fonds familial constitueraient donc des piliers de la solidarité familiale en ce qu'ils assureraient à la famille les moyens de sa subsistance.

§ 2 LE TRANSFERT À TITRE GRATUIT DES BIENS DE SUBSISTANCE

1038. Les nouvelles lignes directrices de la protection des biens de la famille nécessitent de reconsidérer le transfert des biens à titre gratuit par le majeur. En effet, une tension peut se créer entre le respect de la volonté du majeur en situation de vulnérabilité et la protection de ses biens de subsistance. Il convient donc d'envisager le cas particulier de l'aménagement des incapacités de défiance (A) mais également le cas général de la prise en compte de l'intention libérale du majeur placé sous mesure de protection unique (B).

²⁰⁸⁰ *Ibidem.*

²⁰⁸¹ *Ibidem.*

A. L'aménagement des incapacités de défiance du majeur en situation de vulnérabilité

1039. Un aménagement nécessaire. – Il a été vu que les incapacités de défiance participent à la philosophie ancienne de la protection des biens, en ce qu'elles permettent le maintien des biens dans la famille²⁰⁸². Il est nécessaire de penser les évolutions de cette technique afin qu'elle s'adapte à la nouvelle philosophie de la protection de la personne par les biens, mais également à la nouvelle philosophie de la protection des majeurs en situation de vulnérabilité. La suppression pure et simple de ces incapacités de défiance ne semble pas être la solution à privilégier au regard de l'utilité qu'elles peuvent avoir et du risque d'abus d'influence sur le majeur. Toutefois, une adaptation est possible pour que ces incapacités se conforment à la nouvelle philosophie. Plusieurs modalités sont envisageables : la prise en compte de la famille, l'autorisation judiciaire, la présomption simple, le cantonnement de la part des biens faisant l'objet de l'incapacité.

1040. La prise en compte de la famille. – Les incapacités de défiance conduisent à une protection de la famille. Ainsi, l'absence de famille pourrait justifier la levée de telles incapacités. Une telle approche de la restriction des incapacités de défiance n'est toutefois pas conforme à la nouvelle philosophie qui préside en droit des majeurs en situation de vulnérabilité. En effet, le nouveau droit des majeurs entend mettre en place une philosophie fondée sur les seules volontés du majeur. Or, il faut rappeler que les incapacités de défiance sont détachées de toute existence d'une mesure de protection à l'égard du majeur. Il serait paradoxal de limiter la capacité d'un majeur ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection, alors qu'une dynamique contraire s'instaure pour les majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection. Cependant, la fonction économique de la famille requiert de la prendre en compte. Dans un système qui connaît la réserve héréditaire, la suppression pure et simple des incapacités de défiance permettrait au majeur de pouvoir disposer de la quotité disponible. La réserve héréditaire permettrait ainsi de cantonner les libéralités faites à l'égard des personnes mentionnées à l'article 909 du Code civil et L. 116- 4 du Code de l'action sociale et des familles. Dans un système qui ne connaît pas la réserve héréditaire, mais seulement la réserve alimentaire, le risque encouru par la famille est beaucoup plus important. Cependant, en considération de la nouvelle philosophie, la famille ne bénéficierait pas d'une protection renforcée. Seul l'état de besoin d'un héritier permettrait de limiter les libéralités faites,

²⁰⁸² V. *supra* n° 465 s.

limitation qui serait dépendante du mode de calcul de cette réserve²⁰⁸³. La seule personne qui pourrait bénéficier d'une certaine protection serait le propriétaire des biens lui-même.

1041. L'autorisation judiciaire et la présomption simple. – Les incapacités de disposer prévues par les articles 909 du Code civil et L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles pourraient n'instaurer qu'une présomption simple de captation. Ainsi, le majeur aurait la possibilité d'apporter, en justice, la preuve contraire. Certains auteurs ont pu proposer des conditions cumulatives pour que la présomption simple puisse être combattue : il faudrait que le majeur « rapport[e] la preuve, par tous moyens, que l'altération de ses facultés personnelles ne l'empêche pas d'exprimer un consentement » et qu'il n'existe pas de « relation de dépendance à l'égard » du bénéficiaire de la libéralité²⁰⁸⁴. La première condition ne devrait pas poser de grandes difficultés toutes les fois qu'aucune mesure de protection n'est ouverte à l'égard du majeur. Lorsqu'une mesure sera ouverte, notamment dans le cadre de la mesure judiciaire unique, le majeur pourra également rapporter la preuve contraire, car sa volonté dicte les orientations de sa protection. Cette conception des incapacités de défiance permet de prendre en compte la volonté du propriétaire, celle-ci n'est pas disqualifiée *ab initio*. Ce système de protection semble proportionné, particulièrement lorsqu'une mesure de protection est ouverte. Il peut toutefois apparaître encore trop contraignant lorsqu'aucune mesure de protection n'est ouverte. Cette protection *a priori* peut sembler incongrue à l'égard d'un majeur qui ne fait ni l'objet d'une mesure limitative de capacité, ni plus largement d'une mesure de protection. Dans un tel cas, il serait sans doute plus conforme d'instaurer une protection *a posteriori* fondée sur l'état de vulnérabilité du majeur ou l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte tel que prévu à l'article 414-1 du Code civil. Il serait également satisfaisant d'insérer à ce système un pouvoir modulateur du juge au regard du contenu de la libéralité dans un souci de protection des biens de subsistance.

1042. La protection renforcée des biens de subsistance. – Les incapacités de disposer se fondent, même en l'absence de mesures de protection, sur la vulnérabilité particulière du majeur en raison de la maladie qui l'affecte. Cette vulnérabilité peut justifier un pouvoir modulateur du juge, par un contrôle de l'opportunité de la libéralité. Plus exactement, le juge pourrait contrôler l'opportunité des donations, donc des libéralités faites du vivant du majeur, lorsque l'objet de la donation est un bien nécessaire à sa subsistance, tel qu'un immeuble – que celui-ci constitue son logement, ou encore lorsque l'immeuble est frugifère et qu'il procure des revenus au

²⁰⁸³ V. *supra* n° 844 s.

²⁰⁸⁴ G. MILLERIOUX, *op. cit.*, p. 390.

majeur. Ainsi, la protection serait particulièrement renforcée lorsque le majeur effectue une libéralité entre vifs, libéralités qui sont plus dangereuses à son égard que les libéralités à cause de mort, et plus spécifiquement lorsqu'un bien de subsistance est en cause. La protection renforcée serait donc doublement cantonnée, donc proportionnée, et conforme à la nouvelle philosophie législative qui entend faire du majeur le seul bénéficiaire de la protection et qui se resserre autour des seuls biens nécessaires au maintien du cadre de vie du majeur.

1043. Il serait également possible d'adopter un système fondé sur le fait que la donation ne doit pas conduire à obérer le patrimoine du majeur. Cette conception est à la fois plus large et plus étroite selon les situations particulières des majeurs. Elle peut être plus large car elle conduit à faire entrer dans le cadre de la protection des biens qui ne sont pas nécessaires au maintien du cadre de vie du majeur ; mais également plus étroite, car le majeur pourrait se dépouiller de son logement sans que cela n'entraîne une atteinte disproportionnée à son patrimoine. Une telle protection est cependant moins spécifique car elle ne s'oriente pas directement vers les biens de subsistance. Un système fondé sur une protection particulière des biens de subsistance semble plus conforme à la philosophie législative. En outre, l'incapacité ne concerne pas les présents d'usage, le majeur pourrait alors librement remercier le personnel l'ayant accompagné par des cadeaux, dont la valeur sera déterminée par la consistance du patrimoine du majeur.

1044. La restriction des incapacités de défiance semble d'autant plus opportune qu'il est permis au majeur d'effectuer des libéralités, même entre vifs, alors qu'une mesure de protection est ouverte à son égard.

B. L'intention libérale du majeur sous mesure de protection

1045. Le renouveau du débat. – La Cour de cassation a rendu un avis, en date du 15 décembre 2021²⁰⁸⁵, lequel traite de la possibilité pour le juge des contentieux de la protection d'autoriser une donation dans le cadre de l'habilitation familiale lorsque le majeur protégé n'est pas apte à manifester sa volonté. La question posée à la Cour est la suivante : « L'absence de caractérisation d'une intention libérale, présente ou passée, de la personne protégée, fait-elle nécessairement obstacle à la possibilité, pour le juge des contentieux de la protection, d'autoriser la personne habilitée à la représenter de manière générale pour l'ensemble des actes relatifs à ses biens, sur le fondement des articles 494-1 et suivants du code civil, à procéder à une

²⁰⁸⁵ Civ. 1^{re}, 15 déc. 2021, n° 21-70.022, préc.

donation ? »²⁰⁸⁶. La Cour de cassation considère que l'autorisation est possible à charge pour le juge de « s'être assuré, d'abord, au vu de l'ensemble des circonstances, passées comme présentes, entourant un tel acte, que, dans son objet comme dans sa destination, la donation correspond à ce qu'aurait voulu la personne protégée si elle avait été capable d'y consentir elle-même, ensuite, que cette libéralité est conforme à ses intérêts personnels et patrimoniaux, en particulier que sont préservés les moyens lui permettant de maintenir son niveau de vie et de faire face aux conséquences de sa vulnérabilité ».

1046. Inspiration familiale. – La philosophie inspirant cet avis se comprend à la lecture du rapport effectué par H. FULCHIRON. En effet, cet avis est dicté par la volonté de permettre une gestion familiale et dynamique des biens en dépit de l'impossibilité du majeur d'exprimer sa volonté. Le rapport avance notamment l'idée qu'il faut encourager « le respect des affections de l'intéressé et le souci de faciliter les transmissions intrafamiliales »²⁰⁸⁷, et corrélativement celle du risque de faire des biens du majeur des biens de mainmorte²⁰⁸⁸. Il est souligné que s'il n'est pas permis au juge d'autoriser une donation lorsque le majeur n'est pas apte à manifester sa volonté, cela « risque également de bloquer toutes les techniques d'anticipation successorale »²⁰⁸⁹. Ainsi, sont mêlés les objectifs de la philosophie de la protection des biens de 1804 dans son versant familial, mais également ceux de la philosophie actuelle dans son versant d'anticipation successorale. Toutefois, l'anticipation successorale est ici sollicitée afin de bénéficier à la famille, alors que dans la philosophie législative, elle est davantage conçue comme une mise en œuvre des pouvoirs du propriétaire pour l'avenir. L'anticipation successorale semble alors quelque peu instrumentalisée car elle n'est pas utilisée dans le sens pour lequel elle a été pensée²⁰⁹⁰. Partant, il apparaît que cette conception s'ancre davantage dans une perspective familiale²⁰⁹¹. Nécessairement, elle se heurte aux nouveaux objectifs du droit des personnes en situation de vulnérabilité, notamment à la prise en compte de la volonté du majeur.

1047. La dilution de la prise en compte de la volonté du majeur. – L'absence de prise en compte des volontés du majeur n'est qu'à peine dissimulée. La volonté de la personne en situation de vulnérabilité semble écartée au bénéfice de la protection de son intérêt. Le rapport

²⁰⁸⁶ H. FULCHIRON, *Rapport*, Civ. 1^{re} 15 déc. 2021, n° 21-70.022, , p. 1.

²⁰⁸⁷ *Ibid.*, pp. 5-6.

²⁰⁸⁸ *Ibidem.*

²⁰⁸⁹ *Ibidem.*

²⁰⁹⁰ V. *supra* n° 665 s.

²⁰⁹¹ En ce sens, v. I. MARIA et L. MAUGER-VIELPEAU, « Habilitation familiale et donation peuvent faire bon ménage », *Dr. fam.* n° 3, mars 2022, comm. 40.

fait notamment état de la possibilité de conformer la donation aux intérêts de la personne²⁰⁹². Toutefois, l'avis de la Cour de cassation n'écarte pas la volonté de la personne au bénéfice de son intérêt. L'avis est plus nuancé en ce qu'il prévoit la combinaison de la volonté présumée de la personne et de son intérêt. Si cette conception fondée sur les intérêts du majeur protégé se comprend au regard de la législation, tel n'est pas le cas eu égard aux engagements internationaux de la France et de la nouvelle philosophie législative qui se dégage tant en matière de protection des biens de manière générale qu'en droit des majeurs protégés spécifiquement. En effet, le recours aux articles 476 et 494-6, alinéa 4, du Code civil se comprennent essentiellement lorsque la personne protégée est à l'origine de la volonté d'effectuer une donation : qu'il s'agisse d'une volonté effectuée avant l'ouverture de la mesure de protection, qui doit être consolidée après, ou pendant la mesure de protection, mais devant faire l'objet d'une assistance, voire d'une représentation. Cependant, l'utilisation de ces articles semblent également être permise, à la lecture du rapport, lorsque « l'initiative vient non pas de la personne protégée mais de la personne chargée de sa protection »²⁰⁹³. Du moins cette possibilité n'est pas exclue lorsque la donation « correspond à ce qu'aurait voulu la personne protégée si elle avait été capable d'y consentir » et qu'elle « est conforme à ses intérêts personnels et patrimoniaux ». Cependant, dans un tel cas, l'intention libérale de la personne protégée ne peut être caractérisée car de fait elle n'est pas à l'initiative de la libéralité. De plus, l'appréciation des circonstances passées et présentes laisse une marge d'appréciation très importante au juge. Si l'appréciation des circonstances passées consistent en la prise en compte d'une volonté de la personne avant qu'elle soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté, cela ne semble pas poser de difficulté. En l'absence d'une telle volonté exprimée pour une donation déterminée, il apparaît difficile de se référer à des circonstances passées pour caractériser la volonté présente du majeur. En effet, le fait que la personne protégée ait souhaité donner à une personne une somme ne signifie pas qu'elle aurait consenti à lui donner à nouveau. De même, le fait que la personne ait donné un bien ou une somme à un enfant ne signifie pas qu'elle aurait consenti à donner à un autre. Ainsi, « les libéralités antérieurement consenties par le couple à ses enfants »²⁰⁹⁴ ne semblent pas pouvoir constituer un « des éléments concordants permettant au juge de présumer l'intention libérale »²⁰⁹⁵. Plus que des donations isolées, il faudrait regarder, pour le moins, si lorsque la personne était pleinement capable, elle avait mis

²⁰⁹² H. FULCHIRON, *Rapport*, préc., p. 7.

²⁰⁹³ *Ibid.*, p. 8.

²⁰⁹⁴ *Ibid.*, pp. 18-19.

²⁰⁹⁵ *Ibidem*.

en place une véritable stratégie patrimoniale, notamment une stratégie de transmission. Dans ces conditions, si un bien est acquis postérieurement à une donation-partage, par exemple, il pourrait faire l'objet d'une donation au regard du comportement du majeur qui a effectivement souhaité que ses biens fasse l'objet d'une transmission durant sa vie.

1048. Le critère des circonstances présentes n'est également que peu adéquat. Quelles circonstances pourraient permettre de caractériser l'intention de la personne ? Si ce n'est l'expression d'une telle volonté dans un intervalle de lucidité ou encore l'expression d'une volonté bien que celle-ci ne soit pas suffisante pour effectuer un acte juridique. Selon une telle conception, l'intention libérale du majeur pourrait tout de même être caractérisée²⁰⁹⁶, la représentation ne serait nécessaire que pour mettre en œuvre l'intention libérale du majeur protégé. Le recours à la « volonté présumée risque souvent d'être divinatoire et donc [contesté] par les opposants à l'acte »²⁰⁹⁷. L'autorisation pourrait être donnée lorsque l'audition du majeur permet au juge de considérer que le majeur protégé est à l'initiative de la libéralité, sans préjudice des pouvoirs d'assistance ou de représentation de la personne en charge de la protection.

1049. La limite de la préservation des biens de subsistance. – L'avis de la Cour de cassation, suivant le rapport, précise que la libéralité doit être « conforme à ses [ceux du majeur] intérêts personnels et patrimoniaux », le juge devant veiller « en particulier que sont préservés les moyens lui permettant de maintenir son niveau de vie et de faire face aux conséquences de sa vulnérabilité ». Le recours à l'intérêt du majeur étonne en matière de libéralités, spécialement en matière de libéralités entre vifs. Les cas dans lesquels une donation sera conforme aux intérêts personnels et patrimoniaux du majeur semblent, faute d'exemple précis, restreints : peut-être le cas d'un bien dont l'entretien ou les charges de conservation sont trop onéreuses. Les intérêts personnels et patrimoniaux du majeur pourraient également être satisfaits dans le cas des donations avec charge. Le donataire pourrait consentir à prendre à sa charge les conséquences de la vulnérabilité du majeur, comme le paiement d'un établissement d'accueil ou du moins de la part que le majeur n'est pas en mesure de payer avec ses revenus propres. Ainsi, la donation s'inscrirait dans une dynamique de solidarité familiale à la fois descendante par la transmission, mais également remontante par la prise en charge des frais éventuels de la personne en situation de vulnérabilité. De plus, cette situation permettrait de remplir la seconde

²⁰⁹⁶ En ce sens, v. I. MARIA et L. MAUGER-VIELPEAU, art. préc. La mesure de représentation n'empêche pas nécessairement la caractérisation de l'intention libérale du majeur protégé.

²⁰⁹⁷ *Ibidem*.

condition liée à la préservation du majeur contre l'impécuniosité. En effet, au regard de l'allongement de la vie il y a un risque que le dépouillement anticipé du majeur conduise à des difficultés financières, risque tempéré par la charge liée à la donation. Pour rééquilibrer les relations, il serait souhaitable que cette charge soit systématiquement prononcée par le juge. Une telle charge permettrait de concilier les différents objectifs antagonistes : permettre une gestion familiale des biens, tout en préservant le majeur de l'état de besoin. Une véritable solidarité familiale réciproque se mettrait en place. À défaut, l'intérêt du bénéficiaire serait en réalité le seul qui soit pris en compte. Le critère lié à la nécessité pour le juge de s'assurer « de maintenir son niveau de vie et de faire face aux conséquences de sa vulnérabilité » s'inscrit dans la protection des moyens de subsistance de la personne. Si la solution de la Cour de cassation devient pérenne, ce critère semble essentiel pour assurer le minimum de protection des biens permettant la subsistance de la personne. La donation ne devrait donc jamais porter sur le logement du majeur, ou devra en tout cas se limiter à la seule nue-propiété du logement. S'il est possible de concilier intérêt de la famille et intérêt du majeur protégé²⁰⁹⁸, il faut veiller à ce que le premier ne l'emporte pas sur le second. En effet, seul devrait être pris en compte le majeur protégé, la réalisation de l'intérêt de la famille ne devant être qu'une conséquence collatérale de la réalisation de la volonté ou de l'intérêt du majeur. Plus largement, aucune donation ne devra conduire le majeur protégé à une situation d'impécuniosité.

1050. Contournement par les règles des régimes matrimoniaux. – Le rapport de H. FULCHIRON rappelle que « la mise en place d'une mesure judiciaire de protection n'exclut pas un tel recours. Ainsi, le conjoint qui, comme en l'espèce, souhaiterait consentir une donation de biens communs aux enfants du couple, pourrait compléter la part de pouvoir qui lui appartient en propre, en se faisant autoriser par le juge à consentir à la donation, par application de l'article 1426 du code civil »²⁰⁹⁹. Une telle solution semble, de prime abord, permettre un contournement des règles du droit des majeurs protégés. Toutefois, elle est moins choquante puisqu'en réalité il s'agit de permettre à un conjoint de donner un bien commun, donc un bien sur lequel un commencement de pouvoir existe à son égard. Or, tel n'est pas le cas lorsqu'un tuteur est à l'initiative d'une donation faite en représentation du majeur. Le recours au droit des régimes matrimoniaux ancre la libéralité dans un contexte familial. L'autorisation du juge s'inscrit dans le prolongement de la mise en commun qui a été souhaité par les époux.

²⁰⁹⁸ H. FULCHIRON, *Rapport*, préc., p. 20.

²⁰⁹⁹ H. FULCHIRON, *Rapport*, préc., p. 21.

1051. Ainsi, la solution retenue par la Cour de cassation ne se conforme pas à la ligne directrice de la volonté du propriétaire car c'est l'intérêt du donataire qui prime. La Cour de cassation s'inscrit, cependant, dans la logique de la préservation des biens de subsistance comme garantie minimale de la protection des biens du majeur. Il semblerait que les critères pour autoriser la donation en l'absence de toute manifestation de volonté de la part du majeur en situation de vulnérabilité devraient être, pour le moins, renforcés, en imposant au juge de rechercher si la donation relève de la même logique que la stratégie patrimoniale mise en place par le majeur du temps où il était capable. Il s'agirait alors d'une véritable présomption de la volonté du majeur, car plausible au regard de ses agissements passés, qui s'inscrirait dans l'interprétation optimale de la volonté et des préférences du majeur. Le critère de la préservation des moyens de subsistance serait également maintenu comme une limite de la mise en œuvre de l'interprétation optimale de la volonté et des préférences du majeur.

1052. Application à la mesure unique. – La création de la mesure unique simplifierait l'approche de la question. En effet, la représentation serait strictement cantonnée, ce qui limiterait d'autant la question de l'impossibilité du majeur de pouvoir exprimer sa volonté. Pour les cas où le majeur en situation de vulnérabilité devra faire l'objet d'une mesure de représentation, la philosophie de la mesure unique conduit à encourager le respect de sa volonté. Partant, l'existence d'une mesure de représentation ne signifie pas que le majeur n'est plus en mesure de pouvoir émettre une intention libérale. Certains auteurs ont émis la possibilité que la mesure unique puisse reconnaître « l'admission d'une intention libérale par procuration »²¹⁰⁰, tout en rappelant la nécessité de « pouvoir déceler les indices propres à révéler les traces d'une intention libérale manifestée par la personne avant l'abolition de ses facultés »²¹⁰¹. Ainsi, il apparaît que la philosophie inhérente à la mesure unique conduise à récuser la position de la Cour de cassation. L'intention libérale du majeur devra être caractérisée. Par conséquent, lorsque le majeur ne sera plus en mesure d'exprimer aucune volonté, mais cette situation ne doit pas être confondue avec l'application d'une mesure de représentation, la libéralité ne pourra plus être faite, même avec l'autorisation judiciaire.

²¹⁰⁰ N. PETERKA, « Réflexions sur la création d'une mesure unique de protection à la française », art. préc., p. 458.

²¹⁰¹ *Ibidem*.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

1053. Plusieurs propositions permettent de mettre en cohérence la protection des biens du majeur en situation de vulnérabilité avec la philosophie législative contemporaine.

1054. Renforcer la prise en compte de la volonté du majeur. – Pour renforcer la prise en compte de la volonté du majeur et, partant, sa qualité de propriétaire, il est proposé d’instaurer une mesure unique de protection. Cette mesure, dénommée mesure judiciaire de garantie des droits, permettra une meilleure individualisation de la protection des biens du majeur et une meilleure prise en compte de ses volontés. L’instauration d’une telle mesure s’inscrit, par ailleurs, dans les mouvements de déjudiciarisation, de libéralisation et d’égalité qui gouvernent les métamorphoses de la protection des biens. L’individualisation renforcée qu’elle implique participe de l’esprit postmoderne de la philosophie législative contemporaine. Cette mesure s’inscrit, de plus, parfaitement dans les lignes directrices de la philosophie législative, tant celle de la prise en compte de la volonté du propriétaire que celle de la préservation des biens de subsistance. Ainsi, cette nouvelle mesure se fonde dans la philosophie législative de la protection de la personne par les biens.

1055. Renforcer la protection des moyens de subsistance. – De nombreuses techniques pourraient être utilement mobilisées pour assurer la préservation ou la constitution des moyens de subsistance des majeurs en situation de vulnérabilité : fiducie-gestion, fiducie pour autrui, fonds familial. La protection du logement, principal bien de subsistance, fera l’objet d’une attention particulière, notamment en permettant son articulation avec la prise en compte des volontés du majeur. En ce sens, la protection des moyens de subsistance devra être strictement cantonnée aux biens effectivement utiles à la subsistance du majeur en situation de vulnérabilité. Celui-ci devant conserver une plus large liberté d’action pour les biens ne relevant pas de cette catégorie.

CONCLUSION DU TITRE 2

1056. Le droit positif requiert des aménagements pour que la philosophie législative contemporaine soit plus lisible et plus unitaire. Ces aménagements doivent se manifester tant en droit patrimonial de la famille qu'en droit des personnes en situation de vulnérabilité. Penser le droit de la protection au prisme de la philosophie législative contemporaine permet d'assurer la cohérence de ce droit.

1057. Quelle cohérence ? – Il est nécessaire pour le législateur de trancher la question de la cohérence qu'il est nécessaire d'attribuer au droit : soit le législateur considère qu'il faut déroger à la cohérence du droit au regard du rôle que joue certaines institutions contraires à la philosophie législative contemporaine ; soit il considère que la cohérence du droit est primordiale auquel cas il devra alors procéder aux aménagements préconisés. Dans le premier cas, bien que l'unité de la philosophie législative soit perfectible, elle demeurera imparfaite. En effet, le maintien de la réserve héréditaire, ou encore de la tutelle, conduira nécessairement à faire perdurer, dans un même temps, la philosophie classique et la philosophie contemporaine. La dérogation à la cohérence du droit serait tout de même importante car la réserve héréditaire et la tutelle sont des institutions structurantes des matières auxquelles elles appartiennent. Leur maintien constitue une exception importante à la philosophie qui se dessine en législation. Dans le second cas, la cohérence du domaine serait renforcée en transformant les institutions qui demeurent fondées sur la philosophie législative ancienne. Ainsi, malgré les réticences à supprimer la réserve héréditaire²¹⁰², il semblerait que son remplacement par une réserve alimentaire permettrait de renforcer l'unité de la philosophie contemporaine. Tel semble être les réflexions contemporaines autour de la réserve héréditaire, ce qui semble indiquer que progressivement la législation va se conformer à la philosophie de la protection des personnes par les biens. Les mêmes considérations peuvent être avancées au sujet de la suppression de la tutelle. Par conséquent, mettre en conformité la philosophie et les règles nécessite de procéder

²¹⁰² V. *supra* n° 708 s.

à des modifications substantielles. Les institutions qui structuraient le droit de la famille devraient être remises en cause.

1058. Il est difficile d'anticiper l'attitude qu'adoptera le législateur. Sans doute que celle-ci dépendra de la prise de conscience que le législateur aura de la philosophie législative qu'il poursuit.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

1059. Une philosophie législative contemporaine structurable. – Les métamorphoses que connaît le droit de la protection des biens en droit de la famille sont structurables à deux égards. D'une part, la compréhension des métamorphoses permet de dégager des lignes directrices. Ainsi, les métamorphoses peuvent être structurées autour d'une philosophie commune. D'autre part, les métamorphoses permettent de poursuivre la construction de la philosophie législative. Ainsi, la structure dépendra des choix que le législateur entreprendra. Il y a donc une structure établie et une structure en devenir.

1060. La structure établie. – Il est possible de donner une structure aux métamorphoses sur le modèle de la structure qui existait en 1804 ; il y a des lignes directrices qui tendent vers un objectif commun. La volonté du propriétaire est clairement la ligne de principe qui se dessine. Elle prend corps dans le mouvement de libéralisation tant du droit patrimonial de la famille que du droit patrimonial des personnes. La qualité de propriétaire justifie désormais de lui redonner les prérogatives qui sont associées à cette qualité : qu'il s'agisse du majeur marié ou non, d'un mineur ou encore d'un majeur en situation de vulnérabilité. L'individualisme conduit à prendre en compte les volontés des membres de la famille à toutes les étapes de leur vie. Les spécificités familiales s'atténuent. Par ailleurs, il est possible d'observer que la protection, *stricto sensu*, se renforce pour les biens de subsistance, c'est-à-dire les biens qui sont nécessaires aux membres de la famille pour pouvoir vivre dignement. Ces lignes directrices servent à préserver la personne par les biens. En effet, l'objectif législatif est moins de préserver les biens pour ce qu'ils sont que de préserver les biens pour ce qu'ils servent. Ainsi, le législateur accorde désormais une place importante à l'utilité que les biens ont pour certains membres de la famille. Cette mise en lumière de la philosophie législative contemporaine permet dorénavant de penser les réformes législatives à travers ce prisme. Cette prise de conscience par le législateur des orientations qu'il suit de manière inconsciente lui permettra, à l'avenir, de renforcer la cohérence de la structure.

1061. La structure en devenir. – L’avenir de la structure établie dépendra des choix effectués par le législateur. Pour que la structure reste cohérente et que la philosophie législative soit unitaire, il est nécessaire que le législateur poursuive la construction qu’il a entamée. Ainsi, il appartient au législateur d’effectuer les réformes en conformité avec la nouvelle philosophie législative. Il ne peut se permettre de renforcer la volonté des propriétaires sans établir des règles spécifiques pour les biens de subsistance. En effet, la protection des biens demeure car le législateur prend en compte les besoins des membres de la famille en activant, ou en créant, des mécanismes de solidarité familiale. Cette prise en compte est nécessaire pour que la protection des biens demeure en droit de la famille. En effet, la seule prise en compte des volontés des membres de la famille n’est pas à même d’assurer une protection satisfaisante des biens. Toutefois, cette liberté accrue du propriétaire lui permet d’adapter la répartition de ces biens à la spécificité de sa famille notamment en prenant en compte les beaux-enfants. Ainsi, si la protection légale des biens de subsistance s’oriente essentiellement vers la protection des membres de la famille nucléaire, il est possible pour les propriétaires d’élargir les bénéficiaires de la protection. Par ailleurs, le législateur peut garder à l’esprit qu’il est possible de favoriser l’esprit familial sans pour autant contrevenir à la philosophie législative contemporaine. Cette conception est retenue en droit des majeurs en situation de vulnérabilité. En effet, une large place est laissée à la famille, même dans un système qui connaîtrait la mesure unique de protection. Toutefois, tel n’est pas le cas d’un système de transmission des biens qui ne connaît pas la réserve héréditaire. Ainsi, le caractère familial des biens pourrait s’exprimer par la mise en place d’un droit de préemption familial qui serait le pendant, pour les biens immobiliers, du régime dérogatoire des souvenirs de famille.

1062. Telles sont les exigences de la nouvelle philosophie de la protection des biens en droit de la famille : favoriser la volonté des propriétaires sans omettre la protection des biens de subsistance, privilégier une approche individuelle de la protection sans exclure des mécanismes complémentaires d’inspiration familiale, assurer la protection des biens pour permettre une protection de la personne. La conciliation de ces objectifs nécessite que le législateur les aborde avec rigueur. La finesse du raisonnement est nécessaire pour pouvoir assurer la mise en place de ces exigences parfois contradictoires.

1063. En l’état actuel du droit, l’unité philosophique n’est pas encore atteinte. Toutefois, elle pourrait être atteinte par des modifications législatives substantielles. Les deux aménagements primordiaux concernent la transformation de la réserve héréditaire en réserve alimentaire, mais

également la transformation du système de protection des majeurs pour mettre en place la mesure judiciaire de garantie des droits.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1064. Les métamorphoses qu'a connues le droit de la protection des biens ont conduit à un changement profond de philosophie législative. Elles ont impulsé le déclin de la philosophie classique fondée sur le paternalisme juridique et l'émergence corollaire d'une philosophie contemporaine fondée sur la protection de la personne par les biens.

1065. Déclin du paternalisme juridique. – Le déclin de la philosophie législative classique, fondée sur le paternalisme juridique, apparaît clairement grâce à l'étude comparée de la législation ancienne et de la législation contemporaine. En effet, les traits directeurs de cette philosophie ne dirigent plus l'action du législateur. La protection des biens ne doit alors plus s'analyser comme la conservation des biens au sein de la famille légitime et de sang. Ce changement se manifeste par la disparition, la contestation ou la transformation des outils qui permettaient d'atteindre ce but. Aussi, les grands principes, qui structuraient le droit patrimonial de la famille, tels que la prohibition des pactes sur succession future ou encore l'immutabilité des régimes matrimoniaux, ne s'imposent plus avec la même vigueur. La verticalité de la protection des biens, impulsée par le législateur puis mise en œuvre par le père et mari, n'a également plus lieu. Les métamorphoses se sont réalisées à l'aune de la redéfinition de la conception de la famille, de l'influence des droits de l'homme, de l'internationalisation des situations familiales, de la contractualisation du droit de la famille ou encore de la perception des membres de la famille en tant que propriétaires. L'ensemble des métamorphoses de la législation qui a trait à la protection des biens a contribué à déstructurer la philosophie législative établie en 1804. Toutefois, la déstructuration de la philosophie législative classique n'a pas laissé le champ vide puisqu'une nouvelle philosophie préside désormais. La protection classique a cédé la place à une protection postmoderne.

1066. Essor de la protection de la personne par les biens. – La protection des biens est structurée autour d'une philosophie législative renouvelée. La structure de la nouvelle philosophie s'articule autour de lignes directrices propres et d'une finalité commune. Les lignes

directrices se dessinent clairement à la lecture de la législation contemporaine. D'une part, à titre principal, il y a une volonté législative de renforcer la qualité de propriétaire des membres de la famille. D'autre part, à titre subsidiaire, le législateur instaure une protection des moyens de subsistance. Ces moyens de subsistance s'incarnent, avant tout, dans les logements qu'occupent les membres de la famille et dans les entreprises dans lesquelles ils travaillent. Toutefois, une conception plus large se développe, notamment avec l'émergence de l'idée de réserve alimentaire, qui conduit à intégrer, dans les moyens de subsistance, tout bien permettant à un membre de la famille de sortir de l'état de précarité financière dans lequel il se trouve. Cette protection subsidiaire permet d'activer les solidarités familiales plutôt que les solidarités publiques. Ces deux lignes directrices concourent à une même finalité : la protection de la personne par les biens. En effet, la protection des biens est devenue le moyen de préserver la personne. Il s'est opéré un changement de l'objet de la protection. Ainsi, plus que les biens eux-mêmes, il est nécessaire de garantir l'utilité que les biens ont pour certains membres de la famille. La personne est désormais au centre du dispositif. Toutefois, la protection des biens se maintient car la préservation des biens devient une condition de la pleine protection de la personne. Dans cette visée, les membres de la famille, en tant qu'individus et propriétaires, voient leurs prérogatives sur leurs biens revalorisées. Parallèlement, les solidarités familiales demeurent nécessaires pour assurer aux membres de la famille dans le besoin les moyens de vivre dans la dignité, leur permettant de s'inscrire dans la société. Il est vrai que, lorsque la protection des biens est abandonnée à la seule volonté de leur propriétaire, il y a un risque que les décisions prises ne se conforment pas à l'idée nouvelle de préservation de la personne par les biens. C'est pourquoi le législateur continue d'instaurer un noyau dur de protection en deçà duquel les volontés individuelles n'ont plus prises.

1067. Les grands mouvements. – Trois mouvements traversent ainsi la législation depuis les années 60 : égalitaire, libéral et social. D'abord, le mouvement égalitaire a permis une horizontalisation des relations entre les membres de la famille. Chaque membre de la famille connaît une promotion de ses droits. Il en va ainsi de la femme mariée, des enfants mais également des majeurs en situation de vulnérabilité. Ce mouvement n'est pas achevé comme en témoigne les réflexions autour des droits successoraux des enfants adultérins. Il convient tout de même de préciser que l'égalité insufflée dans les relations familiales ne doit pas masquer les différences qui persistent entre les membres de la famille. Ainsi, la promotion de l'autonomie du mineur ne doit pas s'accompagner d'une déresponsabilisation des parents. Tel est également le cas dans les relations entre majeur en situation de vulnérabilité et personne en

charge de la mesure. Ensuite, le mouvement libéral a permis de renforcer les prérogatives du propriétaire. Enfin, le mouvement social contribue à la promotion des solidarités familiales.

1068. Les critiques liées à la contractualisation et à la déjudiciarisation du droit de la famille peuvent ainsi être atténuées. En effet, l'impression laissée par ces mouvements, et les réformes qui les incarnent, est que les considérations économiques priment la cohérence du droit de la famille. Toutefois, l'unité naissante, bien que perfectible, de la philosophie législative classique permet de considérer que la manière d'envisager la protection des biens ne suit pas seulement une dynamique d'économie. Bien plus que cela, c'est un renouveau de la pensée qui guide de manière souterraine les réformes. Il faut désormais que le législateur prenne conscience de la philosophie qu'il poursuit, sans jamais l'explicitier. Ainsi, le droit de la protection des biens en droit de la famille gagnera en homogénéité et en cohérence. En effet, l'ensemble de la législation ne suit pas cette nouvelle philosophie. Tel est particulièrement le cas de la réserve héréditaire et des mesures de protection des majeurs.

1069. Réajustement des fonctions économiques de la famille. – Cette mise en lumière de la philosophie législative qui gouverne désormais la protection des biens en droit de la famille permet de comprendre les réformes entreprises depuis les années 60 et permettra de guider les réformes futures. Elle amène également au constat de l'articulation nouvelle des fonctions économiques de la famille. En effet, la législation tend à moins contraindre la transmission des biens au sein de la famille, mais renforce la « fonction de soutien matériel »²¹⁰³. Elle contribue aussi à renouer les liens de dépendance entre « fonction symbolique »²¹⁰⁴ et « fonction opératoire »²¹⁰⁵ du droit de la famille, en conférant davantage de sens aux règles techniques du droit patrimonial de la famille. La progression de l'individualisme n'empêche pas de penser l'intérêt du groupe familial.

1070. Individualisme, intérêt du groupe familial. – Une protection resserrée autour de la personne conduit nécessairement à une prise en compte plus forte de l'individu. Toutefois, il a été vu que le groupe familial ne se trouve pas entièrement écarté du système de protection. D'abord, la libéralisation des outils de protection s'articule avec l'accroissement des outils permettant une gestion commune des biens de la famille. Ainsi, l'individualisme n'exclut pas la gestion collective des biens. Ensuite, la famille reste l'acteur privilégié de la protection des personnes en situation de vulnérabilité, tant des mineurs que des majeurs. Enfin, il est possible

²¹⁰³ P. Murat, « Introduction », in P. Murat, *Droit de la famille*, 6^e éd., p. 4, n° 01-17.

²¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 10-12, n° 01-31.

²¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 12-13, n° 01-32.

de poursuivre la prise en compte des particularités familiales en instaurant des mécanismes reconnaissant les liens qu'entretiennent les membres d'une famille et les conséquences patrimoniales qui en découlent. Tel est le cas du droit de préemption familial. Dès lors, la tension qui semble exister entre individualisme et prise en compte de l'intérêt du groupe conduit davantage à une articulation différente des deux notions, plutôt qu'à la disparition de la seconde au bénéfice de la première. Cette tension se retrouve pareillement dans l'attitude du législateur lorsqu'il procède à la création des outils de protection.

1071. Multiplication ou rationalisation des mécanismes. – Le mouvement libéral et le mouvement social, ayant conjointement contribué aux évolutions de la législation, ont entraîné une multiplication des outils de protection. Tel est, par exemple, le cas en droit des majeurs protégés où le nombre de mesures de protection semble déraisonnable. Il n'est à pas douter des vertus de la multiplication des outils de protection. En effet, elle a permis d'affiner, de manière transitoire, la réflexion autour des traits directeurs de la législation contemporaine. Toutefois, il faudrait désormais que le législateur repense, à l'aune de la philosophie législative implicitement établie, les différents mécanismes mis en place afin de procéder à une rationalisation des outils de protection. Particulièrement, il semble que la mise en place d'une mesure judiciaire de garantie des droits soit souhaitable et possible, eu égard à la maturité des réflexions. Bien évidemment, la rationalisation ne se comprend que lorsqu'une pluralité de mécanismes tend à satisfaire un même but. Ainsi, la rationalisation manquera de sens lorsque des institutions, bien que proches, ne sont pas animées par le même esprit.

1072. Philosophie législative, philosophie jurisprudentielle. – Les travaux ont pu montrer la contribution de la jurisprudence dans les évolutions de la philosophie législative. En effet, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme amènent le législateur français à modifier sa législation pour la rendre conforme au droit européen. La jurisprudence de la Cour de cassation accompagne également les évolutions de la législation. En matière de réserve héréditaire, les décisions concernant l'exclusion de la réserve de l'ordre public international²¹⁰⁶ participent du recul de la réserve héréditaire comme pilier du droit des successions. Toutefois, la thèse se concentrant sur l'étude de la philosophie législative ne permet pas d'aborder l'ensemble des interactions qu'il peut exister entre législation et jurisprudence. Ainsi, il n'est à pas douter que l'étude précise de la jurisprudence en matière de protection des biens en droit de la famille poursuivrait la réflexion sur les métamorphoses de la protection des biens. Le juge

²¹⁰⁶ V. *supra* n° 548.

travaille-t-il de concert avec le législateur dans la mise en place d'une philosophie unique en matière de protection des biens en droit de la famille ? Tel semble être le cas, par exemple, lorsque le juge accorde plus de liberté au propriétaire en considérant que les assurances sur la vie n'entrent pas dans le calcul de la réserve héréditaire²¹⁰⁷. Dans un tel cas, le juge peut être considéré comme un moteur du renforcement de l'unité de la philosophie qui préside en matière de protection des biens. Toutefois, ces prémices sur la recherche jurisprudentielle ne sont pas à même d'exclure que le juge puisse, *a contrario*, être un frein à l'unité d'une telle philosophie.

1073. La déconstruction de la philosophie classique par le législateur s'est donc accompagnée d'un remplacement de celle-ci. S'il a pu apparaître, au cours de la démonstration, que la philosophie législative contemporaine comporte des faiblesses en matière de protection des biens, déjà faut-il se réjouir de l'existence d'une philosophie structurable de remplacement. En effet, il était à craindre que le législateur, à l'instar de Madame DE RËNAL, s'empresse d'oublier les enseignements du législateur de 1804, sans rien mettre à la place²¹⁰⁸.

²¹⁰⁷ V. *supra* n° 715 s.

²¹⁰⁸ V. STENDHAL, *Le Rouge et le noir*, Michel Lévy frères, 1854, p. 35. En effet, STENDHAL précise que « Madame de Rênal s'était trouvée assez de sens pour oublier bientôt, comme absurde, tout ce qu'elle avait appris au couvent ; mais elle ne mit rien à la place, et finit par ne rien savoir ». Il semble que le législateur français ait évité pareil écueil.

BIBLIOGRAPHIE

(Classement par ordre alphabétique)

Traité, manuels et dictionnaires

A

ALLAND (D.) et RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, PUF, 2003

ATIAS (Ch.), *Philosophie du droit*, PUF, Thémis Droit, 1999.

AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.),

Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ, t. VI, L.G.D.J., 4^e éd, 1873.

Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ, t.VIII, par E. BARTIN, LGDJ, 5^e éd., 1916.

B

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et COLIN (M.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1896.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 5^e éd., 2012.

BLANCHARD (Ch.), *Droit des régimes matrimoniaux*, LexisNexis, 2021.

BONFILS (Ph.), **GOUTTENOIRE (A.)**,

Droit des mineurs, Précis, Dalloz, 2^e éd., 2014.

Droit des mineurs, Précis, Dalloz, 3^e éd., 2021.

BRUN-WAUTHIER (A.-S.), *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, Bruylant, coll. Paradigme, 10^e éd., 2021.

BRUSORIO AILLAUD (M.), *Droit des personnes et de la famille*, Paradigme, Bruylant, 10^e éd., 2020.

BUFFELAN-LANORE (Y.), **LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**,

Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, 20^e éd., Dalloz, Sirey, 2018.

Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, 21^e éd., Dalloz, Sirey, 2020.

C

CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, tome 1, vol. 1, Montchrestien, 12^e éd., 2000.

CORNU (G.),

Les régimes matrimoniaux, PUF, 7^e éd., 1995.

Droit civil, La famille, Montchrétien, 9^e éd., 2006.

(dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011.

COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.) et FARGE (M.), *Droit de la famille*, Dalloz Sirey, 8^e éd., 2022.

D

DE GOURMONT (O.), *Jurisprudence du XIXe siècle, 5^e Table décennale, alphabétique et chronologique du recueil général des lois et arrêts (1891 à 1900)*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1902.

DE JUGLART (M.), *Leçons de droit civil, Les régimes matrimoniaux*, tome IV, vol. 1, Montchrestien, 5^e éd., 1982.

DE SINGLY (F.), *Sociologie de la famille contemporaine*, A. Colin, 2017.

DELVINCOURT (C.-É.), *Cour de Code Napoléon*, t. 1, P. GUEFFIER, 1813.

DEMOLOMBE (C.),

Cours de Code Napoléon, t. XXI, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. IV, 3^e éd., Durand, Hachette, 1868.

Cours de Code Napoléon, t. XXIII, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. VI, 3^e éd., Durand, Hachette, 1868.

DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit privé (XVI^e-XXI^e siècle)*, Ellipses, 2^e éd., 2010.

DEVILLENEUVE (L. M.), *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Tome XLIII, Sirey, 1843.

E

ÉGÉA (V.), *Droit de la famille*, LexisNexis, 4^e éd., 2022.

F

FENET (P.-A.)

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. III, Paris, Videcoq, 1836.

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. IV, Paris, Videcoq, 1836

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. X, Paris, Videcoq, 1836.

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. XII, Paris, Videcoq, 1836, p. 567.

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. XIII, Paris, Videcoq, 1836.

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. XV, Paris, Videcoq, 1836.

FLOUR (J.) et CHAMPENOIS (G.), *Les régimes matrimoniaux*, Armand colin, 2^e éd., 2001.

G

GRIMALDI (M.),

Droit civil : successions, 6^{ème} éd., Paris, Litec, 2001.

Droit des successions, Lexis Nexis, 7^e éd., 2017.
(dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz action, 2021.

H

HALPÉRIN (J.-L.),
Histoire du droit privé français depuis 1804, Paris, PUF, 1996.
Histoire du droit des biens, Economica, 2008.

J

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. III, *Les régimes matrimoniaux, Les successions légales, Les libéralités*, 3^e éd., Sirey, 1940.

JULIEN (J.), *Droit de la consommation*, LGDJ, 3^e éd., 2019

L

LEBORGNE (A.), *Droit de l'exécution*, Dalloz, 3^e éd., 2019.

LEROYER (A.-M.), *Droit des successions*, Dalloz, 4^e, 2020.

LEVENEUR (L.) et LEVENEUR (S.), *Leçons de droit civil, Successions – Libéralités*, Tome IV, vol. 2, Montchrestien, 5^e éd., 1999.

LÉVY (J.-P.), **CASTALDO (A.)**, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Paris, Dalloz, Coll. Précis, 2010.

LOCRÉ (J.-G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 11, Treuttel et Würtz, 1827.

LOUSSOUARN (Y.), **BOUREL (P.)**, **DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.)**, *Droit international privé*, Dalloz, Précis, 10^e éd., 2013.

M

MALAURIE (Ph.), **AYNÈS (L.)**, *Droit des personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 9^e éd., 2017.

MALAURIE (Ph.), **AYNÈS (L.)**, **PETERKA (N.)**, *Droit des personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 11^e éd., 2020.

MALAURIE (Ph.), **BRENNER (C.)**, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 9^e éd., 2020.

MALAURIE (Ph.), **PETERKA (N.)**, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 8^e éd., 2021.

MARGUÉNAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 7^e éd., 2016.

MURAT (P.),

(dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2011-2012, 6^e éd., 2011.
(dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016/2017, 7^e éd., 2016.

(dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2020/2021, 8^e éd., 2020.

P

PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989.

PÉRÈS (C.) et VERNIÈRES (Ch.), *Droit des successions*, PUF, 1^{re} éd., 2018, p. 322.

PÉROZ (H.), **FONGARO (É.)**, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Lexis Nexis, 2^e éd., 2017.

PETERKA (N.), **CARON-DÉGLISE (A.)**, **ARBELLOT (F.)**, *Protection de la personne vulnérable, Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Dalloz Action, 5^e éd., 2021.

PIÉDELIÈVRE (S.),

Les régimes matrimoniaux, 1^{re} éd., Larcier, 2016.

Les régimes matrimoniaux, 3^e éd., Larcier, 2020.

Successions et libéralités, Bruylant, 4^e éd., 2022.

PINEAU (J.), **PRATTE (M.)**, *La famille*, Les éditions thémis, Canada, 2006

PLANIOU (M.), **RIPERT (G.)**,

Traité de droit civil français, t. VI, *Obligations*, par P. Esmein, LGDJ, 2^e éd., 1952

Traité pratique de droit civil français, t. IV., *Successions*, 2^e éd., par J. MAURY et H. VIALLETON, LGDJ, 1956, p. 584.

Traité pratique de droit civil français, t. V, *Donations et testaments*, par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, 2^e éd., LGDJ, 1957.

PORTALIS (J.-É.-M.),

Publié par F. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, 1844.

Discours et rapports sur le Code civil, Centre de Philosophie politique et juridique 1989, Université de Caen 1992.

R

RENAUT (M.-H.), *Histoire du droit de la famille*, Ellipses, 2003,

REVILLARD (M.), *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 8^e éd., 2014

REYGROBELLET (A.) et DENIZOT (Ch.), *Fonds de commerce*, Dalloz, 2012.

ROGRON (J. A.), *Codes français expliqué par leurs motifs, par des exemples, et par la jurisprudence*, 1^{ère} partie, 5^e éd., 1863.

S

SEGALEN (M.), *Sociologie de la famille*, A. Colin, 2019.

SIREY (J.-B.), *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Tome III, Sirey, 1802.

STORCK (M.), FAGOT (S.) et de RAVEL d'ESCLAPON (T.), *Les sociétés civiles immobilières*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2019.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. *Droit fondamental*, 6^e éd., 2003.

SZRAMKIEWICZ (R.), *Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, 1995.

T

TERRÉ (F.) et FENOUILLET (D.), *Droit civil, Les personnes, Personnalité, Incapacité, Protection*, Précis, Dalloz, 8^e éd., 2012.

TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, Précis, 2013.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.),
Les biens, Dalloz, 10^e éd., 2018

Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés, Dalloz, 8^e éd., 2019.

TEYSSIÉ (B.), *Droit des personnes*, Lexis Nexis, 23^e éd., 2021.

TOULLIER (C. B. M.), *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 6, Warée, 1814.

V

VILLEY (M.), *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit*, Dalloz, 4^e éd., 2001.

Monographie, thèses et travaux collectifs

75^{ème} congrès des notaires de France, *Le statut matrimoniale du français*, 1978.

95^{ème} congrès des notaires de France, *Demain la famille*, 1999.

96^e congrès des notaires de France, *Le patrimoine au XXI^e siècle*, 2000.

106^e congrès des notaires de France, *Couples, Patrimoine, Les défis de la vie à 2*, Bordeaux, 2010.

108^{ème} congrès des notaires de France, *La transmission*, 2012.

111^e Congrès des notaires de France, *La sécurité juridique, Un défi authentique*, Strasbourg 2015.

A

ALBERTINI (P.), *La crise de la loi, Déclin ou mutation ?*, Lexis Nexis, 2015.

AUBOURD (V.), EID (G.), (dir.), *Familles et temps : modification des liens conjugaux et parentaux*, L'Harmattan, 2016.

AUZOUY (A.), *De la permutatio dotis en droit romain, De la transformation de la dot sous le régime dotal en droit français*, Paris, thèse, 1886.

B

BARRAUD (B.), *Le droit postmoderne, Une introduction*, L'Harmattan, 2017.

BAUER (M.), SCHERER-DARSCH (Ch.), *De l'enfance à la majorité, Droits de l'enfant, de sa famille, de ses éducateurs*, ESF, 1990.

BECCHI (E.), JULIA (D.), *Histoire de l'enfance en Occident, Du XVIIIe siècle à nos jours*, t.2, Seuil, 2004.

BERGSON (H.), *L'évolution créatrice*, Félix Alcan, 1907.

BERTHET (P.), *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, L'Harmattan, 2001.

BESSIÈRE (C.) et GOLLAC (S.), *Le genre du capital, Comment la famille reproduit les inégalités*, La découverte, 2019.

BETHERY DE LA BROUSSE (A.), *Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI^e – XXI^e siècles)*, LGDJ, Bibli. d'hist. du droit, 2011.

BLOCH (P.), (dir.), « La communauté de biens entre époux Bilan critique », actes de colloque, *JCP N*, n° 22, 29 mai 2009, 1185.

BODIN (Ch.), *De la transformation du droit déduit in iudicium par la litiscontestatio sous le système formulaire, Étude sur le gage civil et commercial*, thèse, Rennes, 1891.

BOISVERT (Y.), *Le postmodernisme*, Éditions Boréal, 1995.

BONNECASE (J.), *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de la famille, ses destinées dans le droit civil contemporain*, Paris, E. De Boccard, 2^e éd, 1928.

BRUN (A.-S.), *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Grenoble 2003.

C

CAPITANT (H.), *La loi du 8 avril 1910, complétant l'article 389 du Code civil, relatif à l'administration légale du père*, Recueil Sirey, 1910.

CARBONNIER (J.),

Droit et passion du droit sous la V^e République, Flammarion, 1996.

Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 10^e éd., 2001.

Sociologie juridique, Quadrige, PUF, 3^e éd., 2017.

CASTELAIN MEUNIER (Ch.), *La place des hommes et les métamorphoses de la famille*, PUF, 2002

CATALA (P.), *Famille et Patrimoine*, PUF, 2000.

CASSIA (P.), *Dignité(s)*, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2016.

CELLIER (A.), *La philosophie du notariat, ou lettres sur la profession de notaire, adressées à M. CHARDEL, conseiller à la Cour de cassation*, Paris, Videcoq, Gobelet, 1832.

CHARMONT (J.), *Les transformations du droit civil*, Armand Colin, 1912.

CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, LGDJ, 4^e éd., 2014.

COET (P.), *Les notions-cadres dans le Code civil. Études des lacunes infra-legem*, Thèse, Paris II, 1985.

COHET-CORDEY (F.), *Vulnérabilité et Droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000.

CHRÉTIEN (J.-L.), *Fragilité*, Les éditions de minuit, 2017.

COMMAILLE (J.), *L'esprit sociologique des lois*, PUF, 1994.

COTTEREAU (M.), *La séparation entre droit et morale, Analyse d'une thèse constitutive du positivisme juridique*, thèse, Toulouse 1, 2018.

COUM (D.), (dir.), *La famille change-t-elle ?*, Erès, 2006.

COURT (M.), *Sociologie des enfants*, La Découverte, coll. Repères, 2017.

CRÉTEAU (É.), *Des partages d'ascendants aux libéralités-partages : Approche historique des articles 1075 et suivants du Code civil*, thèse, Montpellier, 2015.

D

DE GOURMONT (O.), *Jurisprudence du XIXe siècle, 5^e Table décennale, alphabétique et chronologique su recueil général des lois et arrêts (1891 à 1900)*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1902.

DE KÉGUELIN DE ROZIÈRE (A.), *Du droit d'administration légale sous l'autorité paternelle et de la juridiction compétente pour en discipliner l'exercice*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal, Billard et Cie, 1881.

DE LA CODRE DE BEAUDREUIL (J.-M.), *Le notaire*, Paris, Imprimerie Le Normant, 1839.

DAGENAIS (D.), *La fin de la famille moderne. Signification des transformations contemporaines de la famille*, Presses universitaires de Rennes, 2000

DEFRÉNOIS (Ch.), *Droits d'hérédité entre époux, Commentaire pratique de la Loi du 9 mars 1891*, Administration du répertoire général pratique du notariat, 4^e éd., 1894.

DESCHAVANNE (E.) et TAVOILLOT (P.-H.), *Philosophie des âges de la vie*, Pluriel, 2011.

DIDIER (Ph.), *De la représentation en droit privé*, thèse, LGDJ, 2000.

DUGUIT (L.),

Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, Félix Alcan, 1912.

Les transformations du droit public, Armand Colin, 1913.

DURKHEIM (É.), *Leçon de sociologie*, PUF, 1950.

E

Éditions Francis Lefebvre, *Mémento patrimoine 2017/2018*

ÉGÉA (V.), *La fonction de juger à l'épreuve de droit contemporain de la famille*, Defrénois, Doctorat & Notariat, 2010.

ENM, IHEJ, *Métamorphoses de la responsabilité*, L'Harmattan, 1996.

F

FARGE (M.) et BERNARD (S.), (dir.), *Les mutations contemporaines du droit de la famille*, PUG, 2020.

FAVARD DE LANGLADE (G.-J.), *Répertoire de la législation du notariat*, t.1^{er}, 2^e éd., Paris, Firmin Didot, 1829.

FERRÉ-ANDRÉ (S.) et CAMOZ (J.-Y.),
(dir.), *Notaire*, Dalloz, Sirey, 2^e éd., 2018.
(dir.), *Notaire*, Dalloz, Sirey, 3^e éd., 2020, pp. 20-22.

FERRET (S.), *Le bateau de Thésée, Le problème de l'identité à travers le temps*, éditions de minuit, 1996.

FOSSIER (T.), BAUER (M.), VALAS-LENERZ (E.), *Les tutelles, accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF, coll. *Action sociales*, 6^e éd., 2014.

FRESNEL (F.), *La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficulté*, Thèse, Paris II, 1995.

G

GAILLARD (E.), *Génération futures et droit privé*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 527, 2011

GALLAND (O.), *Sociologie de la jeunesse*, A. Colin, 2017.

GAND (N.), *Notariat*, impr. de Vassal frères, 1843.

GARGOULLAUD (S.), VASSALLO (B.), *Réinventer la famille ?*, La documentation française, 2013.

GASNIER (F.), (dir.), « Quelles solidarités pour une famille renouvelée ? », actes colloque Université d'Angers, 24 mars 2016, in *Dr. fam.* n° 6, juin 2016, doss. 14 et s.

GÉNY (F.), *Science et technique en droit positif*, t. 1, éd. Sirey, 1913.

GLENDON (M. A.), *The transformation of family law : state, law and family in the United State and Western Europe*, The University of Chicado Press, 1989.

GODELIER (M.), *Métamorphoses de la parenté*, Fayard, 2004.

GUINCHARD (S.), *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976.

H

HAMINET (C.), *Les personnes en situation de handicap*, PUF, Que sais-je ?, 2016.

J

JOURNÉES R. SAVATIER,

Premières journées, L'évolution contemporaine du droit des contrats, PUF, 1986.

Troisièmes Journées, L'évolution contemporaine du droit des biens, PUF, 1991.

Sixièmes Journées, Les métamorphoses de la responsabilité, PUF, 1997.

K

KHAIRALLAH (G.), **REVILLARD (M.)**, (dir.), *Perspectives du droit des successions européennes et internationales, Étude de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, Defrénois, 2010.

KNIBIEHLER (Y.), **ARENA (F.)** et **CID LÓPEZ (R. M.)**, (dir.), *La maternité à l'épreuve du genre : métamorphoses et permanences de la maternité dans l'aire méditerranéenne*, Presses de l'école des hautes études en santé publique, 2012.

L

LALIVE D'EPINAY (C.) et **CAVALLI (S.)**, *Le quatrième âge ou la dernière étape de la vie*, Presses polytechniques et universitaires romandes, Le savoir suisse, 2013

LE PLAY (F.), *La réforme sociale en France déduite de l'observation comparée des peuples européens*, 5^e éd., t. I, Henri Plon, 1874.

LEFEUVRE (K.) et **MOISDON-CHATAIGNER (S.)**, (dir.), *Protéger les majeurs vulnérables, Quelle place pour les familles ?*, Presses de l'EHESP, 2015.

LENOBLE (J.), *Droit et communication : la transformation du droit contemporain*, Les éditions du cerf, 1994.

LEPROVAUX (J.), *La protection du patrimoine de la famille*, éd. Lextenso, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, T. 34, 2008.

Les transformations du droit : mélanges en l'honneur du Professeur François Colly, La mémoire du droit, 2021.

LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 408, 2004.

LYOTARD (J.-F.), *La condition postmoderne*, Les éditions de minuit, 1979.

M

MAISONNASSE (F.), *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, thèse, LGDJ, 2016.

MALLEVILLE (J.), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. deuxième, 3^e éd., 1822.

MARIA (I), (dir.), *Simplification et modernisation du droit de la famille : mythe ou réalité ?*, Connaissances et savoirs, 2018.

MARIA (I) et FARGE (M.), (dir.), *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Institut Universitaire Varenne, 2014.

MEKKI (M.), (dir.), *L'avenir du notariat, Passé, présent, futur*, Lexis Nexis, 2016.

Mélanges offerts à Geneviève Pignarre : un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018.

MEULDERS-KLEIN (M.-T.), *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant, LGDJ, 1999.

MICHEL-DANSAC (H.), *Des modifications apportées par la loi du 25 mars 1896 aux droits successoraux des enfants naturels reconnus*, Thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1898.

MILL (J. S.), *La liberté*, trad. de l'anglais par Dupont-White, Guillaumin, 1864.

MILLERIOUX (G.), *La capacité juridique des majeurs vulnérables*, thèse, Lyon III, 2021.

MOREAU (H.-C.), *De l'administration légale du père d'après la loi du 6 avril 1910*, Administration du bulletin-commentaire des lois nouvelles et décrets, 1910.

N

NICOD (M.), (dir.), *Métamorphoses de l'acte juridique*, P.U.T 1, LGDJ, 2011

NICOLAS (E.), *Penser les flux normatifs, Essai sur le droit fluide*, Mare & Martin, coll. Libre droit, 2018.

P

PARDESSUS (J.-M.), *Œuvre complète du Chancelier d'Aguesseau*, t. XII, *Suite de la correspondance officielle : Ordonnances des donations, testaments, substitutions, avec les pièces inédites relatives à leur rédaction*, Fantin, H. Nicolle, de Pelafol, 1819.

PASCANU (Ph.), *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, Paris, thèse, 1937.

PETERKA (N.), *Les dons manuels*, LGDJ, 2001.

POIRRET (J.), *La représentation légale du mineur sous autorité parentale*, thèse, Paris-Est, 2011.

PORTALIS (J.-É.-M.), *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, Librairie de la Cour de cassation, 1844.

POTTIER (I.-É.), *Droits du père de famille sur la personne et spécialement sur les biens de l'enfant avant et depuis le Code Napoléon*, Thèse, A. Durand Librairie, 1859, p. 111.

PUIJALON (B.) et TRINCAZ (J.), *Le droit de vieillir*, Fayard, 2000, p.208.

PUTMAN (E.), AGRESTI (J.-Ph.) et SIFFREIN-BLANC (C.), (dir.), *Lien de famille, lien obligationnel, lien social*, PUAM, 2013.

R

RAINGUET (P.-D.), *Le notariat considéré dans ses rapports intimes et journaliers avec la morale*, Paris, Durand, 1847.

RENAUT (A.), *La libération des enfants : Contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, Bayard, Calmann-Lévy, 2002.

REVILLARD (M.),

Stratégie de transmission d'un patrimoine internationale, Nouvelles perspectives, Defrénois, 2^e éd., 2016.

Les régimes patrimoniaux des couples en droit international privé, européen et comparé, Defrénois, 2020.

RUFFIEUX (G.), *Les sanctions des obligations familiales*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2014.

S

SAINT AUGUSTIN, *Les confessions*, trad. L. Moreau, Flammarion, 1914.

SAVATIER (R.),

Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, deuxième série, L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques, Dalloz, 1959.

Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, troisième série, Approfondissement d'un droit renouvelé, Dalloz, 1959.

Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, première série, Panorama des mutations, 3^e éd., 1964, Dalloz.

SAYAG (A.), (dir.), *L'entreprise personnelle, t. 2, Critique et prospective*, coll. « Le droit des affaires, Librairies Techniques, 1981.

SIMON (D.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, P.U.S., 2003.

SIROTA (R.), (dir.), *Éléments pour une sociologie de l'enfance*, Presses univ. Rennes, 2006.

SOLODOVNIKOFF (P.), *La notion de l'ordre public en droit international privé dans la jurisprudence française relative au droit de la famille*, thèse, Domat-Montchrétien, 1936.

STENDHAL, *Le Rouge et le noir*, Michel Lévy frères, 1854.

T

TANI (A.), *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille : contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, Defrénois, Doctorat & notariat, 2020.

TAULELLE (J.), *De l'influence de la législation du travail sur les transformations et l'évolution du droit*, Montpellier, thèse, 1927.

V

VERNIÈRES (Ch.), *Les libéralités à trois personnes*, thèse, Paris II, 2012.

VIGIÉ (A.), *Loi du 25 mars 1896 sur les droits des enfants naturels dans la succession des parents qui les ont reconnus et sur la dévolution de la succession des enfants naturels*, Librairie Cotillon, 1896.

Y

YOUF (D.), *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant*, thèse, Septentrion, 1999.

Z

ZOUAG (S.), *L'accompagnement dans la protection juridique des majeurs : une notion en devenir*, thèse, Lyon III, 2015.

Articles, chroniques, chapitres d'ouvrage, encyclopédies

A

AMRANI-MEKKI (S.),

« Le sens de la déjudiciarisation », *JCP N* n°14, 6 avril 2018, 1150.

« La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* N° 157, 5 juin 2008, p. 2.

ALBIGES (C.), « Indivision : régime légal », *Rep. civ.*, mars 2011 (act. mai 2022).

ANCEL (F.), « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? », *D.*, 2017, p. 721.

AULAGNIER (J.), « La réserve héréditaire peut-elle survivre à l'assurance-vie ? », *Gaz. Pal.* n° 29, 29 janv. 2011, p. 23.

AUQUE (F.), « Coup de grâce à la théorie d'Aubry et Rau ? », *AJDI* 2022, p. 241.

AZAVANT (M.), « L'ordre public successoral », *Dr. fam.* 2013, doss. 38.

AZEMA (B.), « Les rapports entre le mineur, le juge et la famille. Sous l'angle du droit civil et pénal », *Informations sociales* 2006, n° 133, p. 74.

B

BADEL (A.), « Mariage, pacs, concubinage : Le guide, Quels droits à la sécurité sociale ? », *AJ fam.* 2015, p. 31.

BAHUREL (Ch.), « Gestion des biens propres », in M. GRIMALDI, (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz action, 7^e éd., 2021, p.181

BAILLON-WIRTZ (N.), « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étu. 44.

BAILLON-WIRTZ (N.), **DELFOSE (A.)**, « La protection des intérêts personnels et patrimoniaux de la personne vulnérable. - Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *JCP N* n° 25, 22 juin 2007, 1196.

- BAILLOT (P.)**, « Les évolutions annoncées par la démographie dans le conseil patrimonial », *JCP N* n° 48, 2 déc. 2016, 1328.
- BALENSI (Y.)**, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978.42 et p. 233.
- BARBIÉRI (J.-F.)**, « Les souvenirs de famille : mythe ou réalité juridique ? », *JCP N* n° 35, août 1985, 100926.
- BARRAL (O.)**, « Le juge et la vulnérabilité : protéger ou contraindre ? », *Cahiers de la justice* 2019, p. 631.
- BARRIÈRE-BROUSSE (I.)**, « Les incidences des arrêts du 27 septembre 2017 en droit international privé », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 24.
- BASSET (U.)**, « La vulnérabilité à deux visages : entre soigné et soignant, entre accompagné et accompagnant », *Dr. fam.* n°3, mars 2017, doss. 26.
- BATTEUR (A.) et DOUVILLE (T.)**, « Présentation critique de la réforme de l'administration légale », *D.* 2015, p. 2330.
- BATTEUR (A.), MAUGER-VIELPEAU (L.) et RAOUL-CORMEIL (G.)**, « La conclusion forcée du contrat de mariage du majeur protégé », *D.* 2019, p. 825.
- BAUDEL (M.)**, « Repenser la protection des majeurs protégés au regard de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », *Dr. fam.*, n°4, avril 2018, étude 8.
- BÉAL (Ch.)**, « Le paternalisme peut-il être "doux" ? Paternalisme et justice pénale », *Raisons politiques*, 2011/4, p. 41.
- BEIGNIER (B.)**,
 « La jurisprudence de la CEDH gardienne des droits des enfants adultérins », *Dr. fam.* n° 6, juin 2001, comm. 60.
 « L'enfant adultérin et le conjoint trompé : le nœud gordien du droit patrimonial de la famille », *Dr. fam.* n° 12, déc. 2001, chron. 27.
 « La loi du 3 décembre 2001 : dispositions politiques. Le droit des successions, entre droits de l'homme et droit civil », *Dr. fam.* 2002, chron. 3.
 « La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial », *Dr. fam.* n°3, mars 2002, chron. 5.
 « Métamorphoses du Pacs », *Dr. fam.* n° 9, sept. 2006, rep. 8
 « Après la médecine préventive, pour un "notariat préventif" », *JCP N* n° 37-38, 15 sept. 2017, act. 797.
 « La réserve héréditaire. Nuances sur un rapport en nuances », *Dr. fam.* n° 4, avr. 2020, repère 4.
 « La réserve héréditaire : évolution ou révolution ? », *JCP N* n° 11, 19 mars 2021, 1136.
 « Faut-il réformer la réserve héréditaire ? », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 19.
 « Contribution », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, 13 déc. 2019, p. 9.
 « Contrats de mariage en séparation de biens : vigilance quant à la clause sur la contribution aux charges du mariage », *JCP N* n° 38, 23 sept. 2022, 1226.
- BELLIVIER (F.) et ROCHFELD (J.)**, « Droit successoral – conjoint survivant – enfant adultérin », *RTD civ.*, 2002, p. 156.
- BENZINA (S.)**, « Les enjeux constitutionnels de la réserve héréditaire », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, 13 déc. 2019, p. 25.

- BERLIOZ (P.)**, « L'affectation au cœur du patrimoine », *RTD civ.*, 2011, p. 635.
- BÉVIÈRE-BOYER (B.)**, « La famille, une entité à reconnaître juridiquement », in *Mélanges en l'honneur de Francis Kernaleguen*, Liber amicorum, Presses universitaires de Rennes, coll. L'Univers des Normes, 2016, p. 24.
- BLANCHARD (Ch.)**,
 « Le notaire dans le projet de loi de réforme pour la justice », *JCP N* n° 18-19, 4 mai 2018, act. 435.
 « Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : points intéressant le notariat », *JCP N* n° 13, 29 mars 2019, act. 332.
- BOICHÉ (A.)**, « Présentation du Règlement "régimes matrimoniaux" », *AJ Fam.* 2018, p. 644.
- BOISSON (J.)**,
 « La réserve héréditaire en lien avec les libéralités philanthropiques », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, 13 déc. 2019, p. 74.
 « Règles de fond des donations : parties au contrat », in M. GRIMALDI (dir.), (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz action, 2021, p. 1043.
- BONDUELLE MICHELEZ (P.) et ROMAN (B.)**, « Les dix ans de la loi du 23 juin 2006 : célébrer et préparer l'avenir », *JCP N* n° 24, 17 Juin 2016, 1191.
- BONNET (V.)**, **BOSSE-PLATIÈRE (H.) et MULLOT-THIÉBAUD (A.)**, « Obligation alimentaire », *Rép. Civ.*, oct. 2020.
- BONVALET (C.)**, **LELIÈVRE (É.)**, « De la famille à l'entourage, Questionner les contours d'une institution », *Mouvements, La découverte*, n° 82, 2015/2, p. 90.
- BOSSE-PLATIÈRE (H.)**, « Les suites de l'arrêt Mazurek dans le droit interne français », *D.* 2001, p. 1068.
- BOSSE-PLATIÈRE (H.) et PIERROT-BLONDEAU (J.)**, « Droit à la prestation compensatoire », in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 8^e éd., 2020-2021, p. 359.
- BOULANGER (D.)**,
 « L'efficacité totale des clauses d'exclusion de la jouissance ou de l'administration légale », *JCP N* n° 50, 16 déc. 1994, 101258
 « Droit patrimonial du couple et contractualisation », *LPA*, 20 déc. 2007, n° 254, p. 34.
- BOUQUEMONT (A.)**, « La vente des titres du mineur sous administration légale pure et simple », *Dr. et patr.* 2014, n° 237, p. 28.
- BOUQUEMONT (A.) et TEITGEN (A.)**, « Le LBO familial », *JCP N* n° 47, 22 nov. 2019, 1319 ;
- BRAS MIRANDA (G.)**, « Canada : Succession en droit civil québécois », fasc. 23, *J.-Cl. Droit comparé*, 20 mars 2012.
- BREDIN (J.-D.)**, « L'évolution du trust dans la jurisprudence française », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 34-36^e année, 1973-1975, p. 153.
- BRENNER (C.)**,
 « La succession », in *1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un futur*, Dalloz, 2004, p.427.
 « La gestion de la succession », *D.* 2006, p. 2559.

« Rapport de synthèse », *JCP N* n°2, 15 janv. 2016, 1012.

« Successions, Paiement des dettes, obligations au passif successoral, étendue de l'obligation », fasc. 20, *J.-Cl. Civil code*, art. 870 à 877, 1^{er} nov. 2018.

« Contribution », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, 13 déc. 2019, p. 91.

« Partage : modes d'attribution spécifiques », *Rep. civ.*, oct. 2020 (act. oct. 2021), n° 30.

BRIÈRE (G.), « L'obligation alimentaire survit désormais au décès du débiteur », *Revue générale de droit*, vol. 20, n° 4, 1989, p. 647.

BROUSSE (A.) et BRETON (S.), « La protection juridique est avant tout une affaire de famille », *AJ fam.* 2011 p.189.

BRUN-WAUTHIER (A.-S.), « Proposition de structuration d'un droit des couples dans le Code civil français », in *Hommage au Professeur Jean-Louis Renchon*, vol. 1, Larcier, 2022, p. 471.

BUCHER (C.-É.), « Le droit à réserve du conjoint survivant », *Defrénois* n° 46, 14 nov. 2019, p. 20.

BUGADA (A.), « État des lieux des réformes de la justice prud'homale et questions d'actualité », *JCP S* 2016. 1283.

BUTUILLE-CARDEW (Ch.), « Le couple et la mondialisation », *AJ Fam.* 2008, p. 67.

C

CABRILLAC (R.),

« Le passif : professionnel : l'efficacité des parades pour protéger le patrimoine familial », *JCP N* n° 22, 29 mai 2009, 1189.

« Il n'y a certainement aucun secteur de l'activité humaine qui dégage un ennui aussi total que le droit », *D.* 2019, p. 193.

CADIET (L.), « La déjudiciarisation, Rapport introductif », in *La déjudiciarisation*, O. BOSKOVIC, dir, Mare et Martin, coll. Droit privé et science criminelle, 2012, p. 15.

CAIGNAULT (P.) et GUÉDÉ (X.), « L'entraide familiale : des enfants envers les parents », *JCP N* n° 17, 26 avril 2013, 1115.

CAPITANT (H.), « La loi du 3 décembre 1930 relative aux droits successoraux du conjoint survivant », *D. H.*, 1931, Chron., p. 5.

CARBONNIER (J.), « Le Code civil », « Les lieux de mémoire », t. 2, vol. 2, Éditions Gallimard, 1986, reproduit in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 31.

CARTON (M.-T.), « Le point de vue de l'UNAPEI », in LEFEUVRE (K.) et MOISDON-CHATAIGNER (S.), (dir.), *Protéger les majeurs vulnérables, Quelle place pour les familles ?*, Presses de l'EHESP, 2015, p.68.

CASEY (J.),

« Le mandat posthume », *Dr. fam.* n° 12, déc. 2006, ét. 53.

« Séparation de biens et logement de la famille : une décision qui dérange », *AJ fam.* 2018, p. 303.

« Logement et contribution aux charges du mariage : irréfragable, vous avez dit irréfragable ? », *AJ fam.* 2018, p. 697.

« Recentrer le juge sur l'essentiel, où le juge Bean devenu français, Billet d'humeur », *AJ fam.* 2019, p. 232.

« Des réalités de terrain oubliées », *AJ Fam.* 2021, p. 231.

CATALA (P.),

« Observations sur l'exercice en société de la profession de notaire », *Defrénois* 1994, p. 857.

« La métamorphose du droit de la famille », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 341.

« La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* 2006, étu. 43.

« Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* n° 26, 29 juin 2007, 1206.

CERQUEIRA (G.) et CHOISEL (G.), « Le retour inattendu d'un fondement moral de la réserve héréditaire », *D.* 2020, p. 2302.

CHABOT (G.), « Retour sur la distinction du titre et de la finance », *Mélanges R. Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 35.

CHAMOULAND-TRAPIERS (A.),

« Les exécuteurs testamentaires », *D.* 2006, p. 2577.

« Communauté conventionnelle », *Rep. civ.*, mars 2013 (act. janv. 2020).

CHAMPAUD (C.), « Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'entreprise personnelle à responsabilité limitée dans le droit français », *RTD com.* 1979. 579.

CHAMPAUD (C.) et DANET (D.), « Sociétés et entreprises personnelles à responsabilité limitée au regard de la responsabilité des dettes de l'entreprise », *RTD com.* 2010, p. 361.

CHAMPENOIS (G.),

« L'article 1413 du Code civil condamne-t-il le régime légal de communauté ? », in *Études Ponsard*, Litec, 2003, p. 129.

« Rapport de synthèse », *JCP N* n° 22, 29 mai 2009, 1193.

« Changement et droit des régimes matrimoniaux », *Revue de droit d'Assas* n° 10, fév. 2015, p. 129.

« Contribution », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, 13 déc. 2019, p. 117.

CHAMPENOIS (G.) et KLAA (M.), « Les donations-partages conjonctives et cumulatives », *Defrénois*, 2014, 377.

CHAZAL (J.-P.), « Raisonement juridique (suite) : sortir de la liturgie doctrinale », *D.* 2016, p.417.

CHÉNEDÉ (F.), « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges champenois*, Defrénois, 2012, p. 139.

CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.), « Les lois pour : des lois privées pour de nouveaux privilèges », in *Les métamorphoses de la loi, en hommage à Jean Foyer*, p. 97.

COIFFARD (D.), « La succession contractuelle en droit comparé », *Dr. et patri.* n° 127, 1^{er} juin 2004, p. 50.

COMBRET (J.) et BAILLON-WIRTZ (N.), « L'habilitation familiale : une innovation à parfaire », *JCP N* n° 51-52, 18 déc. 2015, 1248.

CORNU (G.),

« L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. II., Dalloz & Sirey, 1961, p. 15.
« Regard d'un civiliste », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 21

CORPART (I.), « Administration légale des biens du mineur », *Rep. civ.*, oct. 2018 (actu. sept. 2020).

COUM (D.), « La démocratie familiale est-elle un progrès...pour l'enfant ? », in D. COUM *La famille change-t-elle ?*, Eres, 2006, p. 128.

COUZIGOU-SUHAS (N.) et CLAUX (P.-J.), « La gestion de l'indivision successorale », *AJ fam.* 2006, p. 313.

CRÉMONT (G.) et LENOUEVEL (H.), « La donation avec charges, alternative patrimoniale à la constitution de revenus pour une personne vulnérable », *Deffrénois* n° 7, 15 avr. 2006, p. 541.

CRÉMONT (G.), LENOUEVEL (H.) et LOUSTALET (F.),

« La transmission à titre gratuit du patrimoine d'une personne vulnérable », *LPA* n° 94, p.53.
« La donation-partage, outil de constitution et de gestion du patrimoine d'une personne vulnérable », *JCP N* n° 19, 12 mai 2006, 1191.

CRESP (M.), « Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? », *AJ fam.* 2014, p. 107.

CSN, « Observation du Conseil supérieur du notariat », 19 juin 2018, in A. CARON-DÉGLISE, (dir.), *L'évolution de la protection juridique des personnes : reconnaître, soutenir et protéger les personnes vulnérables*, annexes au rapport de mission interministérielle, 21 sept. 2018, , préc., p. 204.

D

DE LA TAILLE (S.), PEZARD (S.), « La menace virtuelle de l'article 924-4 du Code civil, Plaidoyer pour un retour à la raison », *JCP N* n° 48, 27 nov. 2009, 1321.

DE LAMY (B.), « L'enfant adultérin et le droit au respect de ses biens : la cour européenne des droits de l'homme condamne la France », *Dr. fam.* n° 2, fév. 2000, comm. 33.

DE MARTEL (A.), « La loi du 3 janvier 1968, perspectives d'une réforme, préserver la spécificité des mesures de protection du Code civil », in SASSIER (M.), FOSSIER (T.), NOGUES (H.) et BROVELLI (G.), (dir.), *L'avenir des tutelles*, Dunod, 2000, p. 39.

DE POULPIQUET (J.), « Notaire », *Rep. civ.*, janv. 2009 (act. juil. 2022).

DE SAINT AFFRIQUE-TIBERGHEN (D.), *La société civile comme mode d'organisation du patrimoine*, Litec, 2003, p. 155.

DAGOT (M.), « Successions : acceptation à concurrence de l'actif net et conservation d'un bien par l'héritier », *Deffrénois* n°5, 15 mars 2007, p. 337.

DAURIAC (I.), « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *D.* 2006, p. 2574.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, p. 290.

DECORPS (J.-P.), « La réserve héréditaire en droit comparé », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 21.

DELBANO (F.), « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection », *D.* 1999, chron. 408.

DEMOGUE (R.), « Partage d'ascendant fait par le conjoint survivant et englobant la succession indivise du prédécédé », *Journal du notariat*, n° 1, 10 janvier 1933, p. 105.

DENEUVILLE (C.) et GODECHOT-PATRIS (S.), « Le choix d'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire », *JCP N* 2018, p. 1239

DENIZOT (A.), « L'entrepreneur individuel face à la dé-simplification du droit », *RTD civ.*, 2022, p. 458.

DESRAYAUD (A.), « Le père dans le Code civil, un magistrat domestique », *Napoleonica, La revue, La fondation Napoléon*, 2012/2, n° 14, p. 5.

DEVERS (A.), « Effets du mariage », Chapitre 522, in *Dalloz action Droit de la famille*, P. MURAT, (dir.), 8^e éd., 2019, p. 1807.

DEVILLE (S.), « Demain, une promotion des droits du partenaire survivant ? », *Gaz. Pal.*, 30 nov. 2021, p. 48.

DONDERO (B.),

« Les sociétés par les nombres », *D.* 2022, p. 611.

« Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) ! », *Rev. sociétés.* 2022, p. 199.

DOUET (F.), « Aspects civils et fiscaux des donations d'usufruit temporaire », *JCP N* n° 14, 5 avr. 2013, 1077.

DROSS (W.),

« L'irrévocabilité spéciale des donations existe-elle ? », *RTD Civ.* 2011, p. 25.

« L'appréhension du lien familial par le droit des biens », in I. MARIA et M. FARGE, (dir.), *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 45.

DWORKIN (G.), « Paternalism », in R. A. WASSERSTROM, *Morality and the Law*, Wadsworth Publishing, 1971, p. 181.

E

ÉGÉA (V.),

« L'essor de la médiation familiale, un modèle pour les MARC ? », *Lamy Droit civil*, n°88, 1^{er} déc. 2011.

« Les solidarités familiales à la suite du divorce », *Dr. fam.* n° 6, juin 2016, doss. 22.

« La réserve héréditaire à l'épreuve du contrat d'assurance-vie », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 23.

ENNUYER (B.), *Les malentendus de la dépendance, de l'incapacité au lien social*, Dunod, 2004, p.26.

ESKENAZI (D.) et AMAR (I.), « L'impossible existence du concept de "régime matrimonial" dans les pays de *common law* », *AJ fam.* 2020, p. 167.

F

FARGE (C.), « Modalités de réalisation du partage », in M. GRIMALDI, (dir.), (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz action, 2021, p. 823.

FARGE (M.), « Loi applicable à la protection du majeur », Chapitre 542, in P. MURAT (dir.) *Droit de la famille*, Dalloz Action, 8^e éd., 2020-2021, p. 2096.

FAVIER (Y.),

« La constitution du patrimoine du mineur par les libéralités », *AJ fam.* 2002, p. 360.

« La nécessaire protection des revenus du travail de l'enfant », *AJ fam.* 2006, p. 147.

« Successions : gare aux procurations bancaires ! », *JCP G* n° 44-45, 29 oct. 2012, 1167.

« Vulnérabilité et fragilité : réflexions autour du consentement des personnes âgées », *RDSS* 2015, 702.

« L'immeuble du couple non marié : investissement ou contribution ? », *JCP N* n° 22-23, 3 juin 2016, 1181.

FAVIER (Y.) et TISSERAND (A.), « L'enfant adultérin, le législateur et le juge », *LPA*, 3 mai 1995, n° 53, p. 11.

FERRE-ANDRE (S.), « Introduction au droit "géronologique" », *Deffrénois*, 30 janvier 2009, n°2, p.121

FEZZANI (F.), « L'attribution de nouveaux objectifs à la loi ou la métamorphose de la loi par sa nature », in *Les métamorphoses de la loi, en hommage à Jean Foyer*, éd. Panthéon-Assas, 2022, p. 203.

FLAMENT (V.), « Observations sur un régime matrimonial à liquidation alternative », *Deffrénois* n° 12, 30 juin 1993, p. 737.

FLEURIOT (C.), *Réforme du droit de la famille : « les interrogations des juges sont nombreuses »*, *D. act.* 7 déc. 2015.

FLOUR (Y.) et DONZEL-TABOUCOU (Ch.), « Règles de fond des donations : parties au contrat », in M. Grimaldi (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 6^e éd., 2018-2019 p. 939.

FONGARO (É.),

« Vers un droit patrimonial européen de la famille ? », *JCP N*, 12 avr. 2013, n° 15, p. 27

« Le pacte successoral à l'épreuve de la mobilité internationale », *JCP N*, 6 mai 2016, p. 1148.

« La protection du conjoint survivant en droit international privé De quelques stratégies de transmission hors libéralités », in Études offertes à Jacques Combret, *Deffrénois*, 2017, p. 193.

« La réserve héréditaire ne relève pas, en principe, de l'ordre public international », *JCP N* 2017, p. 1305.

« La protection patrimoniale du couple en droit international privé », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2018, doss. 7.

FONGARO (É.) ET NAUDIN (E.), « Comment calculer le montant de la réserve héréditaire en cas d'atteinte à l'ordre public international ? », *JCP N* 2019, p. 1193.

FORTIS (E.), « La lutte contre l'abus de dépendance des personnes âgées », *RDSS* 1992, p. 481.

FOSSIER (T.),

« L'objectif de la réforme du droit des incapacités: protéger sans jamais diminuer », *Defrénois*, 15 janv. 2005 n° 1, p.3.

« Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux », *JCP N* 2008, 1277

FRÉSARD (Ph.), « Aperçu théorique et pratique relatif au pacte successoral en Suisse », *Dr. et patri.* n° 158, 1^{er} avr. 2007, p. 103.

FRESNEL (F.), « Le contentieux de l'ouverture d'une mesure de protection », in G. Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2012, pp. 29- 31.

FRICERO (N.),

« Le droit transitoire de la loi de 2001 est conforme à la Convention européenne », *Procédures*, n° 10, oct. 2011, comm. 305.

« Non-discrimination entre enfants », *Procédures* n° 4, avril 2013, comm. 105.

FULCHIRON (H.),

« Réserve et ordre public : protection nécessaire ou protection du nécessaire ? », *Dr. et patri.*, avr. 2015, p. 59.

« L'accompagnement des personnes majeures vulnérables entre nécessité juridique et exigence éthique », *Dr. fam.*, mars 2017, doss. 17.

« L'accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau concept juridique, nouvelle conception de la protection », *Dr. fam.*, mars 2017, doss. 19.

« Ordre successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin », *D.* 2017, p. 2310.

« La part du flou dans le droit. Variations sur la souplesse de la règle de droit », *RTD civ.*, 2022, p. 333.

G

G'SELL-MACREZ (F.), « Vers la justice participative ? Pour une négociation à "l'ombre du droit" », *D.* 2010, p. 2450.

GALLUS (N.), « L'accompagnement des vulnérabilités en droit belge », *Dr. fam.* n°3, mars 2017, doss. 24.

GANNAGÉ (P.), « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 425.

GASTÉ (J.), RICARD (X.),

« Le nouveau règlement successoral, pourquoi une professio juris ? », *Defrénois*, 1^{er} juin 2014, p. 38.

« Résumé d'audition », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, 13 déc. 2019, p. 144.

GAUDMET (S.), « "L'intérêt de la famille", élément d'un ordre public familial », in *Mélanges Champenois*, Defrénois, 2021, p. 287.

GENICON (T.), « De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriété à titre gratuit », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 311.

GERRY-VERNIÈRES (S.), « Qu'est-ce que moderniser et simplifier le droit ? », in I. MARIA, (dir.), *Simplification et modernisation du droit de la famille : mythe ou réalité ?*, Connaissances et savoirs, 2018, p. 21.

GIAMPINO (S.), « Propos sur la parentalité d'aujourd'hui », in D. COUM, *La famille change-t-elle ?*, Eres, 2006, p. 34.

GIRARD (P. A.), « Les interdits fondés sur la présomption de captation », *Defrénois*, 30 août 2017, n°15-16, p. 887.

GISSER (F.), « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP N* n° 5, 1^{er} fév. 1985, 100138.

GORÉ (M.), « La profession juris », *Defrénois* n° 15-16, 20 août 2012, p. 762.

GOURDON (V.), « Aux sources de la grand-parentalité gâteau (XVIIIe-XIXe siècles), [Deux siècles de représentation politique et sociale des grands-parents] », *Recherches et Prévisions*, n° 71, 2003, p.68

GOUTTENOIRE (A.), « Le statut juridique de l'enfant », *RLDC* 2011, supplément au n° 87, p. 39

GOUTTENOIRE (A.), MARCHANDIER (F.), « La famille dans la Convention européenne des droits de l'homme : retour sur 70 ans de jurisprudence », *Dr. fam.* n° 4, avril 2021, étu. 8.

GOUTTENOIRE (A.), SUDRE (F.), « L'incompatibilité de la réduction de la vocation successorale de l'enfant adultérin à la Convention EDH », *JCP G* n° 14, 5 avril 2000, II, 10286.

GRAEFF (B.), « Le choix du protecteur des majeurs vulnérables : quelles pratiques au Brésil ? », in LEFEUVRE (K.) et MOISDON-CHATAIGNER (S.), (dir.), *Protéger les majeurs vulnérables, Quelle place pour les familles ?*, Presses de l'EHESP, 2015, p.109.

GRIMALDI (M.)

« Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *D.* 2006, p.2551.

« Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* n° 40, 6 oct. 2006, 1320.

« Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois*, 30 août 2012, n° 15-16, p. 755.

« Les crises patrimoniales : la difficulté d'anticiper », *Gaz. Pal.*, 05 avril 2016, p. 15.

« Liberté contractuelle et ordre public de la famille », *Gaz. Pal.*, 11 mars 2017, hors-série 2, p. 11.

« La famille, la cité et la réserve », *Defrénois* n° 12, 21 mars 2019.

« Conditions de la libéralité-partage », in GRIMALDI (M.), dir., *Droit patrimonial de la famille 2021-2022*, 7^e éd., 2021, p. 1422.

« Les droits successoraux des enfants », in *Hommage au Professeur Jean-Louis Renchon*, vol. 1, Larcier, 2022, p. 801.

GUENZOU (Y.), « La crainte révérencielle », *D.* 2010, p.984.

GUÉVEL (D.),

« Des enfants moins égaux que les autres... », *D.* 2018, p. 65.

« Et si on reparlait de « séniorité » ? », *D.* 2018, p. 1201.

GUIGUET-SCHIELÉ (Q.),

« Prohibition des testaments conjonctifs et contrôle de conventionalité », *Dalloz act.*, 5 sept. 2018.

« Habilitation familiale et donation : une autorisation sous conditions », *D. actu.*, 5 janv. 2022.

H

HARTMAN (F.), « Vers une primauté du droit du divorce sur le droit des procédures collectives ? », *D.* 2019, p. 980.

HAUSER (J.),

« Des renonciations à la prestation compensatoire », *RTD civ.*, 1992.

« La filiation et la loi du 8 janvier 1993 », in Colloque, Autour de l'enfant, Actes du colloque du 6 mai 1993, Centre de droit de la famille et Université Jean Moulin- Lyon III, p. 29.

« La promotion immédiate des enfants adultérins », *RTD Civ.* 2001, p. 124.

« Une famille récupérée », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 336.

J. HAUSER, « Renonciation à la prestation compensatoire », *RTD civ.* 2002, p. 789.

« Les difficultés de la recodification : les personnes », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 214.

« Réforme des tutelles. Les acteurs de la protection : la famille et l'incapable majeur », *AJ fam.* 2007, p. 198.

« Les restrictions à l'application rétroactive de la nouvelle vocation successorale de l'enfant adultérin », *RTD Civ.* 2008, p. 90.

« L'administration aux biens légués ou donnés », *Defrénois*, n° 1, 15 janv. 2009, p. 25.

« Nul ne peut invoquer sa propre négligence ou l'extraction douloureuse d'une balle dans le pied par la Grande chambre ! », *RTD Civ.* 2013, p. 358.

« Sans juge », *JCP G* n° 6, 6 fév. 2017, 130.

« Majeurs protégés : difficile équilibre entre volonté et protection », *RTD Civ.*, 2017, p.356.

« Un sexe que je veux et quand je veux...mais un sexe quand même, selon la loi », *RTD civ.* 2017, 607.

HÉNAFF (P.), « L'unité des notions-cadre », *JCP G*, n° 48, 30 nov. 2005, doct. 189.

HENNION-MOREAU (S.), « Les incapacités de défiance à l'égard du personnel des établissements sociaux », *RDSS* 1992, p. 342.

HUGON (Ch.), « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *LPA*, n° 247, 11 déc. 2003, p. 4.

HOUSIER (J.),

« Les principes de l'administration légale », *JCP N* n° 19, 8 mai 2020, 1102.

« Le notaire à l'heure des nouvelles mutations familiales », *JCP N* n° 10, 11 mars 2022, 1106.

HOUSIER (J.) et AVENA-ROBARDET (V.), « Le privilège des derniers nés », *AJ fam.* 2018, p. 135.

J

JEAMMAUD (A.),

« La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199.

« Judiciarisation/Déjudiciarisation », in L. CADIET, (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 675.

JOBIN (P.-G.), « Chronique de droit civil québécois », *RTD Civ.* 1993, p. 911.

JOURDAIN (P.), « Les actes de disposition sur la chose indivise », *RTD civ.* 1987, p. 498.

K

KARM (A.),

« Solidarités familiales et dettes d'un époux », *Dr. fam.* n° 6, juin 2016, doss. 21.

« Mariage, Organisation de la communauté conjugale, Communauté de résidence », fasc. 30, *J.-Cl. civil code*, art. 212 à 215, 27 juin 2019.

« Logique de l'indivision et logique de la séparation de biens à propos des créances en cas d'acquisitions indivises entre époux séparés de biens », *JCP N* n° 51-52, 24 déc. 2021, 1356.

KERBRAT (Y.), « Comités des droits de l'homme et autres comités mis en place par les conventions de protection des droits de l'homme des Nations Unies », *Juris.-Cl.*, 1^{er} avril 2015.

KHAIRALLAH (G.), « La loi du 23 juin 2006 et les successions internationales », *JCP N* n° 29, 18 juil. 2008, 1244.

KILGUS (N.), « La vente du logement familial détenu par une SCI », *Lamy Droit civil*, n° 169, 1^{er} avril 2019.

KORNICKER (H.-W.), « Allemagne. Droit civil. Successions et donations », *J.Cl. Dr. comp.*, oct. 2011.

L

LAGARDE (P.),

« Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 691.

« Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 291.

LAGRANGE (P.), « L'état des personnes. Les personnes vulnérables », in L. Burgogue-Larsen, (dir.), *La France face à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2005, p. 223.

LALOUE (F.), « Partager les héritages entre les générations », *Commentaire* n°158, été 2017, p. 389.

LAMARCHE (M.), « Dispositions transitoire, "sécurité juridique" et paix des familles versus égalité des filiations ou les retentissements dans le temps de la jurisprudence Mazurek : Fabris c/ France, Acte II », *Dr. fam.* n° 3, mars 2013, alerte 11.

LAMARCHE (M.) et LEMOULAND (J.-J.), « Mariage : effets », *Rep. civ.*, avril 2014 (act. juin 2021), n° 208.

LAMBERT-WIBER (S.), « Le principe d'unité du patrimoine à l'épreuve de la responsabilité financière d'une personne mariée sous le régime de la communauté », *Defrénois*, n°21, 15 novembre 1999, p. 1153.

LANSIAUX-MORNET (H.), « Du juge du danger patrimonial », *AJ Fam.* 2016, p. 364.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.) et AZAVANT (M.), « Administration légale et tutelle », *Rep. proc. civ.*, juin 2016 (act. sept. 2021).

LAROCHE-GUISSEROT (F.), « Les régimes séparatistes – Un environnement législatif favorable », *JCP N* n° 22, 29 mai 2009, 1191.

LAROQUE (G.), « Une utopie nécessaire », *Gérontologie et société* n°131, 2009, p.10.

LARROUMET (Ch.), « La fiducie inspirée du trust », *D.* 1990, p. 119.

LATINA (M.),

« Le notaire est un “magistrat de l’amiable” », *Defrénois* n° 12, 22 mars 2018, p.35

« L’efficacité et les nouvelles compétences du notaire », *JCP N* n° 23, 8 juin 2012, 1252.

LAURENT-BONNE (N.), « L’avenir de la réserve héréditaire est-il dans son histoire ? », *RTD Civ.* 2021, p. 55.

LE GUIDE (R.),

« Successions et libéralités », *JCP G* n° 49, 6 déc. 2000, doct. 278.

« Successions et libéralités », *JCP N* n° 1, 3 janv. 2003, 1007.

« Les libéralités-partages », *D.* 2006, p. 2584.

« La réserve héréditaire : quel avenir ? », *Dr. Rural* n° 476, oct. 2019, rep. 8.

« Contribution », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir.), *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, 13 déc. 2019, p. 177.

LECLÈRE (P.), « Fiducie : gestion patrimoniale des actifs sociétaires et protection des personnes physiques avant et après leur décès », *AJ fam.* 2015, p. 202.

LECHEVALLIER (V.), « Discrimination en matière de droit des successions et respect de la vie familiale », *Europe* n° 3, mars. 2005, comm. 107.

LÉCUYER (H.),

« L’irrévocabilité spéciale des donations », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 415.

« Pour la justice gracieuse », *Defrénois* n°9, 1^{er} mars 2018, p. 1.

« Rapport de synthèse », *Dr. patr.*, n° 301, 1^{er} avril 2020.

LEFEUVRE (K.), « La place de la famille dans la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », in K. LEFEUVRE et S. MOISDON-CHATAIGNER, (dir.), *Protéger les majeurs vulnérables, Quelle place pour les familles ?*, Presses de l’EHESP, 2015, p.40.

LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *Rép. civ.*, sept. 2015 (act. déc. 2021)

LEPROVAUX (J.), « Les nouveaux pactes de famille en droit des successions et des libéralités », *LPA*, n° 215, 28 oct. 2009, p.5.

LEQUETTE (Y.), « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l’honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 524.

LEROYER (A.-M.),

- « Réforme des successions et des libéralités », *RTD civ.* 2006, p. 612.
« Entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RTD civ.* 2010, p. 632.
« Majeurs protégés et actes mixtes », *Gaz. Pal.*, n° 286, 13 oct. 2015, p. 7.
« Faut-il supprimer la prestation compensatoire ? », *RTD civ.*, 2018, p. 369.
« Quand l'enfant adultérin hérite de l'État, une nouvelle fois ! », *RTD Civ.* 2019, p. 306.

LESCURE (N.), « Couple et protection des majeurs », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, Lexis Nexis, 2015, p. 370.

LETELLIER (H.),

- « La réforme de l'exécution testamentaire », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étu. 47
« Déterminer les choix patrimoniaux à effectuer par les époux en anticipation d'un décès ou d'un divorce », *AJ Fam.* 2008, p. 52.
« La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables », *Dr. et patr.* 2012, n° 212, p. 52.
« Le passé de la réserve héréditaire : une leçon pour le futur ? Bref historique de la réserve héréditaire », *JCP N* n° 39, 25 sept. 2020, 1189.

LEVENEUR (L.), « Intérêts et limites du mandat de protection future », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p.572.

LEVILLAIN (N.),

- « Loi du 23 juin 2006 : principales nouveautés relatives aux successions », *JCP N* n° 26, 30 juin 2006, act. 446.
« La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* n° 45, 10 nov. 2006, 1349.
« Droits successoraux de l'enfant adultérin : un accord sur la réparation des droits successoraux dans un partage à venir ne vaut pas partage au sens de l'article 25, II, 2°, de la loi du 3 décembre 2001 », *AJ Fam.* 2019, p. 300.

LÉVY (J.-Ph.), « Les transformations du droit familial français depuis le milieu du XXe siècle », in *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 667.

LIBCHABER (R.),

- « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p.315.
« Des successions en quête d'avenir », *RTD Civ.* 2016, p. 729

LIENHARD (C.), « Besoin et nécessité d'un juge », *Gaz. Pal.*, 1^{er} avril 2014, n° 91, n° 173c3.

LISANTI (C.), « La *professio juris* dans le règlement Successions du 4 juillet 2012 », *Gaz. Pal.* n° 166, 15 juin 2013, n° 134s0.

LOISEAU (G.), « De la réglementation à la régulation », in *Les métamorphoses de la loi, en hommage à Jean Foyer*, éd. Panthéon-Assas, 2022, p. 309.

LOUIS-CAPORAL (D.), « La fiducie-libéralité, Réflexion sur une opération prohibée », *RTD Civ.* 2016, p. 49.

LUZU (F.), « Le fonds familial : pour la création d'un outil de solidarité familiale entre les générations », *Dr. pat.*, n° 224, 1^{er} avr. 2013.

M

MAFFESOLI (M.), « Tribalisme postmoderne », *Sociétés* n° 112, 2011, p. 13.

MALAUURIE (Ph.),

, « Les antinomies des règles et de leurs fondements », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 31.

« La convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *JCP N* n° 49, 6 déc. 2002, 1678.

« Examen critique du projet de loi portant réforme des successions », *Defrénois* n° 24, 30 déc. 2005, p. 1963.

« La réforme des successions et des libéralités », *Defrénois* n° 22, 30 nov. 2006, p. 1719.

« Les libéralités graduelles et résiduelles », *Defrénois*, n° 23, 15 déc. 2006, p. 1801

« La réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois*, n°8, 30 avril 2007, p. 557.

MARCHANDIER (F.), « Majeur protégé », *Rép. Civ.*, fév. 2020 (act. fév. 2022),.

MARGUÉNAUD (J.-P.),

« De l'indifférence des juridictions de l'ordre judiciaire aux leçons de l'arrêt *Marckx* », *RTD Civ.* 1999, p. 497

« La reconnaissance de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les juges du fond ou comment expurger le droit de la famille de ses archaïsmes sans attendre le législateur », *RTD Civ.* 2000, p. 930.

« Les prolongements sonnante et trébuchant de l'arrêt *Mazurek* », *RTD Civ.* 2005, p. 335.

« La Cour européenne des droits de l'homme empêtrée dans les difficultés transitoires d'application de l'arrêt *Mazurek* ou l'art européen de se tirer une balle dans le pied », *RTD Civ.* 2011, p. 732.

« La socialisation du droit des contrats à la mode strasbourgeoise », *Rev. contrats* n° 3, 1^{er} août 2011, p. 949.

« Alerte européenne sur le droit des régimes matrimoniaux », *RTD Civ.* 2013, p. 810.

« *Mazurek* revigoré ou l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet des normes de la Convention telles qu'interprétées par le Cour de Strasbourg », *RTD Civ.* 2013, p. 333.

MARGUÉNAUD (J.-P.) et DAUCHEZ (B.), « L'enfant adultérin devenu enfant roi par la grâce de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP N* n° 3, 17 janv. 2020, 1020.

MARGUÉNAUD (J.-P.), DAUCHEZ (C.) et DAUCHEZ (B.),

« La légitimation du notariat par le droit européen des droits de l'Homme », *JCP N* n° 18, 1^{er} mai 2015, 1147.

« Le notaire, "magistrat de l'amiable" au regard du juge européen des droits de l'Homme », *JCP N* n° 36, 8 sept. 2017, comm. 1257.

MARGUÉNAUD (J.-P.), MOULY (J.), « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux », *D.* 2009, p. 739.

MARIA (I.),

« Les majeurs protégés surendettés », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2012, pp. 115 à 124.

« Intérêt versus volonté : le premier l'emporte largement, même devant la Cour EDH », *Dr. fam.* n° 5, Mai 2017, comm. 110.

« L'acte toujours annulable pour insanité d'esprit malgré le respect des formalités de protection », *Dr. fam.* n°9, septembre 2018, comm. 222.

« Représentation et administration légale », Chapitre 236, in *Dalloz action Droit de la famille*, P. MURAT, (dir.), 8^e éd., 2019, p. 1102.

« Majeur vulnérable : protection judiciaire : sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, habilitation familiale », Chapitre 335, in P. MURAT (dir.) *Droit de la famille*, Dalloz Action, 8^e éd., 2020-2021, p. 1420.

MARIA (I.) et MAUGER-VIELPEAU (L.), « Habilitation familiale et donation peuvent faire bon ménage », *Dr. fam.* n° 3, mars 2022, comm. 40.

MARIA (I.) et RAOUL-CORMEIL (G.), « La nouvelle administration légale : 1 + 1 = 1 ? », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2016, dossier 4.

MARTINET (M.), « Donations-partage et immeuble à l'étranger », *JCP N* n° 48, 29 nov. 1991, 2038.

MARY (L.), « Actualité en droit pénal de la famille », *AJ Fam.* 2021, p. 6.

MASSIP (J.),

« Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille », *Defrénois* 1990, art. 34682, p. 149.

« Réaffirmation par les juges français du principe d'égalité successorale entre enfants légitimes et adultérins », *LPA* n° 193, 27 sept. 2001, p. 21.

« Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés », *Defrénois*. n° 15, 15 sept. 2009, p. 1546.

MATHIEU (B.), « L'office du juge de l'homologation d'une transaction : du nouveau ? », *D.* 2018, p. 2220.

MAUGER-VIELPEAU (L.), « La nouvelle clause d'exclusion de l'administration légale », *LPA* n° 179, 8 sept. 2017, p. 19.

MAURY (J.), « Le principe participatif en régime matrimonial séparatiste », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 243.

MAZEAUD (D.), Rédaction Lextenso, « En guise de préambule... », *Defrénois*, 15 janvier 2017, n°1, p. 7.

MEILLER (E.), « L'universalité de fait », *RTD civ.*, 2012, p. 651.

MEKKI (M.), « Le patrimoine aujourd'hui », *JCP G* n°46, 14 novembre 2011, doct. 1258.

MERCAT-BRUN (M.), « Le rôle variable de la famille dans la protection des majeurs aux États-Unis », in LEFEUVRE (K.) et MOISDON-CHATAIGNER (S.), (dir.), *Protéger les majeurs vulnérables, Quelle place pour les familles ?*, Presses de l'EHESP, 2015, p.113.

MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « Famille », in CADIET (L.), dir., *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 511.

MINARD (M.), « Mutations de la famille ? Mutations de la société ? Mutations de la psychiatrie ? », *Sud/Nord, folies et cultures*, Eres, 2019/1, n° 28, p. 18.

MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.* 2016 p.773.

MORIN (Ch.), « Le droit civil québécois : un droit successoral d'origine française ignorant la réserve », *Dr. fam.* n°5, mai 2005, étude 12.

MORTAIN (B.),

« Des grands-parents aux petits enfants : trois générations face à la transmission des objets », *Recherches et Prévisions*, n° 71, 2003, p. 51.

« Transmettre des objets à ses enfants : "petites choses", grands enjeux ? », *Union nationale des associations familiales*, 2011/1, n° 8, p. 7.

MOULIGNER (N.), « Communauté conventionnelle, Clause d'administration conjointe », fasc. unique, *J.-Cl. civil code*, art. 1503, janv. 2020.

MOURET-BETELAUD (S.), « Liquidation complexe », *Gaz. Pal.* n° 313, 9 nov. 2002, p. 24.

MURAT (P.),

« L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, nouveau mode d'établissement de la filiation naturelle ? », *Dr. fam.* n° 10, oct. 2000, comm. 107.

« De la réforme du droit de la filiation et de quelques autres projets », *Dr. fam.* n° 6, juin 2001, comm. 55.

« Droit de la famille 2030... », *Dr. fam.*, n° 1, janv. 2008, repère 1.

« Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 777.

« Introduction », in P. MURAT, (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016/2017, 7^e éd., p. 12.

« Rapport de synthèse », in I. MARIA, (dir.), *Simplification et modernisation du droit de la famille : mythe ou réalité ?*, Connaissances et savoirs, 2018, p. 257.

N

NAJJAR (I.), « Donation », *Rep. civ.*, janv. 2008, (act. fév. 2022), n° 618.

NAUDIN (E.), « Que sont les notions devenues ? Libres propos sur la distinction du titre et de la finance », *Mélanges D. R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 467.

NICOD (M.),

« Le nouveau droit des libéralités : une modernisation en douceur », *AJ fam.* 2006, p. 346.

« Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, ét. 45.

« L'anticipation de la succession », *JCP N* n° 12, 24 mars 2006, 1136.

« Le droit patrimonial des couples et la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* n° 24, 17 juin 2016, 1203.

« Vingt ans d'évolution de la législation applicable aux successions et aux libéralités », *Dr. Fam.* n° 12, déc. 2016, doss. 53.

« Liberté de disposer de la personne âgée et lutte contre les captations d'héritage », *Dr. Fam.* n°10, oct. 2016, doss. 36.

« Dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 : décision irrévocable de réparation des droits successoraux », *Dr. fam.* n° 6, juin 2017, comm. 137.

« Le renouvellement saccadé de la législation familiale », *Defrénois*, 30 août 2017, n°15-16, p.873

« Quelques réformes à venir en droit des successions ou le parachèvement de la loi J21 », *Dr. fam.* n°5, mai 2018, étu. 14.

« Règles de fond de testaments : notion et capacité », in M. GRIMALDI, (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz action, 2021, p. 940.

« Oscillations idéologiques autour de la réserve héréditaire », *Dr. fam.* n° 3, mars 2021, repère 3.

« *Le de cuius est encore vivant* », *Dr. fam.* n° 7-8, juil. 2021, rep. 7.

« Quelques propositions pour parachever l'œuvre de la loi du 3 décembre 2001 », *Dr. fam.* n°2, fév. 2022, doss. 5.

NOGUÉRO (D.), « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées », *RDSS*, 2016, p. 964.

NORD (N.), « Quelles limites dans l'optimisation d'une succession internationale ? », *Dr. et patri.* 2013, p. 56.

NOURISSAT (C.) et REVILLARD (M.), « Le notaire français et le règlement "succession" », *Deffrénois*, 15 oct. 2015, p. 985.

P

PAILLUSSEAU (J.), « Mais qu'est-ce que la personnalité morale ? », *JCP E* n°19, 9 mai 2019, 1224.

PARANT (A.), « Les enjeux du vieillissement de la population », *Revue française d'administration publique*, n° 113, 2005, p. 84.

PAVY (B.), « Les donations-partages cumulatives et conjonctives sont-elles possibles en dehors des liens du mariage ? », *Deffrénois*, 1994. 695.

PÉCAUT-RIVOLIER (L.),

« Logement et majeur protégé », *AJ Fam.* 2008, p. 384.

« Le droit des contrats, droit régulateur ou protecteur ? », in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre, Un droit en perpétuel mouvement*, LGDJ, 2018, p. 638.

PECQUEUR (E.),

« Majeurs protégés : bilan de la réforme, Le point de vue d'une juge des tutelles », *AJ fam.* 2011 p.188.

« Sort des majeurs protégés dans la réforme », *AJ Fam.* 2019, p. 266.

PECQUEUR (E.), CARON-DEGLISE (A.) et VERHEYDE (T.), « 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, p. 958.

PÉGLION-ZIKA (C.-M.), « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *RTD Civ.* 2018, p. 1.

PELLETIER (Ch.),

« Première application de la jurisprudence Mazurek par le juge français », *D.* 2001, p. 1270.

« Le patrimoine du mineur est-il protégé depuis la réforme de l'administration légale ? », *Gaz. Pal.* n° 21, 6 juin 2017, p. 73.

PÉRÈS (C.),

« Le principe de sécurité juridique, dont bénéficie le contrat en matière successorale, légitime les discriminations fondées sur la naissance », *Revue des contrats* n° 1, 1^{er} janv. 2012, p. 32.

« Le notaire, auxiliaire de justice », *JCP N* n° 20, 20 mai 2016, 1166.

« La déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille », *JCP N* n° 14, 6 avril 2018, 1151.

PÉROZ (H.),

« Le nouveaux règlement européen sur les régimes matrimoniaux », *JCP N* n° 29, 22 juil. 2016, 1241.

« Incidences du règlement (UE) 2016/1103 sur le droit applicable au régime primaire en droit international privé français », *JDI* 2017, doct. 9, p. 813.

« La réserve en droit international privé », *Deffrénois*, n° 46, 14 nov. 2019, p. 44.

PERREAU-SAUSSINE (L.), « Le nouveau Règlement européen "Régimes matrimoniaux" », *JCP N* n° 42, 17 oct. 2016, doct. 1116.

PETERKA (N.),

« Le droit des successions et des libéralités hors du Code civil », *LPA*, 5 oct. 2005, p. 5.

« Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité », *D.* 2006, p. 2580.

« Les incidences de la réforme des successions et des libéralités sur le droit des régimes matrimoniaux », *AJ fam.* 2006, p. 358.

« Les dispositifs alternatifs de protection de la personne mariée », *AJ fam.* 2012 p.253.

« Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui », *JCP N* n° 29, 19 juil. 2013, 1190.

« Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs. - À propos de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 », *JCP G* n° 44, 26 oct. 2015, 1160.

« La fiducie, une alternative au mandat de protection future ? », *Dr. patr.*, n° 283, 1^{er} sept. 2018.

« La lésion dans les contrats passés par les mineurs et les majeurs protégés », *AJ contrat* 2018, p. 107.

« La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019 : Progrès ou recul de la protection ? », *JCP G* n° 16, 22 avr. 2019, doct. 437.

« Gestion du patrimoine des personnes en tutelles, Actes du tuteur », fasc. unique, J.- Cl. civil Code, art. 503 à 509, déc. 2019.

« Réflexions sur la création d'une mesure unique de protection à la française », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p. 459.

PICHARD (M.), « La réserve et l'enfant », *D.* 2019, p. 2002.

PILLET (G.), « Prémption et retraits », *Rép. Immo.*, mars 2010.

PLAZY (J.-M.), « Les incapables majeurs en 1804 », in HOAREAU-DODINAU (J.), TEXIER (P.), textes réunis par, *Résolution des conflits, Jalons pour une anthropologie historique du droit*, Limoges, PULIM, 2003.

POLLET (D.), « Quand le Conseil constitutionnel dénonce la discrimination par l'âge », *AJ Fam.* 2021, p. 230.

POMIAN (K.), « Post- ou comment l'appeler ? », *Le Débat*, 1990, n° 60, p. 231.

POTENTIER (Ph.), « Le juge et le notaire », *JCP N* n° 23, 6 juin 2008, 1214.

POUYAUD (D.), « Nullité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS, (dir.), Quadriga, PUF, 2003, p. 1088

Q

QUENTEL (J.-C.), « Transformations familiales et fondements anthropologiques », in D. COUM, *La famille change-t-elle ?*, Eres, 2006, p. 69.

« Transformations familiales et fondements anthropologiques », in D. COUM, *La famille change-t-elle*, Eres, 2006, p. 69.

« Protéger, c'est prévoir », *Champ social, Le sociographe*, 2015/2, n°50, p. 146

R

RANDOUX (N.),

« La déjudiciarisation : opportunité ou danger ? », *Defrénois* n° 18-19, 17 mai 2018, p. 15.

« Logement familial détenu en société, quelles questions lors de la cession ? », *JCP N* n° 36, sept. 2018, 1275

RAOUL-CORMEIL (G.),

« L'habilitation familiale : la nouvelle mesure de protection juridique », *LEFP*, 15 nov. 2015 n° 10, p.3.

« L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond », *D.*, 2015, p.2335.

« La donation par représentation : un acte en marge de la finalité de la protection ! », *LEFP*, n° 2, 1^{er} fév. 2022, p. 1.

REBOURG (M.),

« Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* 2007, étu. 16.

« La distinction de la mesure et des pouvoirs de la personne en charge de la protection : réflexions sur la protection de la personne », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p. 511.

RÉMOND-GOUILLOUD (M.) , « L'avenir du patrimoine », *Esprit*, nov. 1995, p. 63.

REVEL (J.), « Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ? », *D.* 2006, p. 2591.

REVEL (Th.), « Loi n° 99-944 du 15 nov. 1999, relative au pacte civil de solidarité », *RTD Civ.* 2000, p. 173.

REVILLARD (M.),

« Le droit patrimonial de la famille dans les conventions de La Haye et le droit international privé notarial », *Defrénois*, 15 déc. 1992, p. 1473.

« Les changements de régimes matrimoniaux dans l'ordre international », in *Droit international privé : travaux du comité de droit international privé*, 13^e année, 1995-1998, 2000, p. 265.

« Successions internationales : le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions », *Defrénois*, 30 août 2018, n°15-16, p. 743.

« Testament international », *Juris.-Cl.*, 13 janv. 2015 (act. 6 juin 2019).

REXAND-GALAIS (F.), « Les soignants : une nouvelle famille ? », in d'A. VINAY, (dir.), *La famille aux différents âges de la vie, approche clinique et développementale*, Dunod, 2017, p. 222.

ROCHFELD (J.),

« Du patrimoine de dignité... », *RTD civ.* 2003, p. 743.

« Réforme du PACS », *RTD Civ.* 2006, p. 624.

ROBICHEZ (J.), « Les critères de qualification de la notion de souvenir de famille », *D.* 1999, p. 624.

ROQUE (J.), « La prémajorité », *Dr. fam.* n° 4, avril 2009, étu. 20.

ROUSSEAU (É.),

« La conformité du changement de régime matrimonial à l'intérêt de la famille après le 25 mars 2019 », *D.* 2019, p. 2259.

« La protection du logement de la famille ne prend pas fin avec le mariage ! », *D.* 2019, p. 1643.

ROUSSEL (F.) et MROZ (H.), « Les engagements de conservation de titres après la loi de finances pour 2009. L'émergence d'un véritable "LBO familial" au service des PME et des ETI », *JCP N* n° 10, 6 mars 2009, 1108.

RUBELLIN-DEVICHI (J.),

« La famille et le droit au logement », *RTD civ.* 1991, p. 245.

« Regards sur quelques incohérences en matière de droit de l'enfance », *D.* 2001, p. 1323.

« La réception des Conventions internationales par les juges français en droit de la famille », *JCP G* n° 5, 31 janv. 2001, doct. 293.

S

SAGAUT (J.-F.),

« La donation-partage transgénérationnelle », *JCP N* n° 40, 6 oct. 2006, 1321.

« La nature identitaire de la déontologie notariale », *Dr. et patri.*, n° 195, 1^{er} sept. 2010.

« Et si le mandat de protection future intégrait le régime primaire en devenant un effet du mariage ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 753.

SADI (D.), « L'apport personnel dans l'acquisition du logement de la famille indivis : une charge qui n'en est pas une ! », *JCP N* n° 19, 14 mai 2021, 1188.

SALATI (O.), « Obstacles liés au statut des biens : les insaisissabilités », in S. GUINCHARD, T. MOUSSA, N. CAYROL et É. DE LEIRIS, (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz, 10^e éd., 2022 p. 149.

SALEILLES (R.), « Lettre adressée au Secrétaire générale », *Bull. soc. Législ.*, 1911, p. 52.

SAUVAGE (F.),

« La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ fam.* 2006, p. 355.

« Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2008, 1248.

« Libéralités graduelles et résiduelles », *Rep. civ.*, mai 2018

« Le nouveau visage des droits des indivisaires : de la protection des intérêts particuliers à la préservation de l'intérêt commun ? », *JCP N* n° 30, 26 juil. 2019, 1256.

« Mandat de protection future », *Rep. Civ.*, juil. 2021.

« Libéralités-partages », *Rep. civ.*, sept. 2009 (act. juin 2022).

SÉGINGER (G.), « De la fiction au modèle de pensée, Épistémocritique des métamorphoses », *Romantisme*, Armand Colin, 2019/1, n° 183, p. 107.

SÉRIAUX (A.),

« La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801.

« Réserve, légitime et quarte du conjoint pauvre : Où va le droit successoral français ? », *Dr. fam.*, n° 5, mai 2019, doss. 20.

« La réserve à la croisée des chemins. Rapport au garde des Sceaux du 13 décembre 2019 », *Dr. fam.* n° 4, avr. 2020, étude 14.

SÈVE (R.), « L'avenir libéral du droit », in *Mélanges en hommage à François Terré*, L'avenir du droit, PUF, Dalloz, éd. Du Juris-Classeur, 1999, p.58.

SIFFREIN-BLANC (C.), BONIFAY (E.), « Renforcer la philosophie d'une justice consensuelle et collaborative ». *AJ Fam.* 2017, p. 343.

SIMLER (Ph.),

« L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté ? », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 461.

« Pour un autre régime matrimonial légal », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 457.

« Pour une révision du droit des régimes matrimoniaux », *Dr. fam.* 2000, hors-série, étude 5, p. 30.

« Régimes matrimoniaux », *JCP G* n° 39, 25 sept. 2002, doct. 167.

« Régimes matrimoniaux », *JCP G* n° 18, 29 avr. 2009, doct. 140.

SOYER (J.-C.), « Pèlerinage aux sources du droit privé », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 33.

STORCK (J.-P.), « Application de l'article 215 du Code civil lorsque l'immeuble est détenu par une société civile immobilière », *JCP N* n° 40, oct. 2018, 1301.

STOUFFLET (J.), « L'activité juridique du mineur non émancipé », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre VOIRIN*, LGDJ, 1966, p. 782.

SUDRE (F.), « Droits successoraux des enfants "adultérins" : zéro pointé pour la Cour de cassation », *JCP G* n° 9, 25 fév. 2013, 242.

T

TABET (S.), « Du projet moderne au monde liquide, Entretien avec Zygmunt Bauman », *Socio – La nouvelle revue de sciences sociales*, n°8, éditions Fondation maison des sciences de l'homme, 2017, p. 47.

TANI (A.), « La promotion successorale du conjoint 20 ans après la loi du 3 décembre 2001 », *Dr. fam.* n° 2, doss. 3.

TEPEDINO (G.), KONDER (C.), RENTERIA (P.), SABRINI (F.), « Rapport brésilien, Réponses au questionnaire n°1 "vulnérabilité et aptitude" », in *Journées internationales de l'Association Henri Capitant 2018, Montréal et Ottawa : « La vulnérabilité »*, 2018.

TERRÉ (F.), « L'ordre public entre deux siècles », in *L'ordre public*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, t. 58, 2015, p. 189.

THÉRY (Ph.),

« Homologation des transactions : quel contrôle du juge ? », *RTD civ*, 2015 p. 695.

« Rapport de synthèse du colloque sur le notaire et la déjudiciarisation », *JCP N* n° 14, 6 avril 2018, 1154.

THIBIERGE (C.), « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD. Civ.*, 2003, p. 599.

THIERRY (J.), « Droit successoraux des enfants adultérins », *D.* 2000, p. 332.

THOMAT-RAYNAUD (A.-L.) et PELIZZA (L.), « Protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel et droit des créanciers : vers quel équilibre ? », *RDLA*, 2010, p. 51.

TISSERAND-MARTIN (A.), « La nouvelle dynamique de la donation-partage », *AJ fam.* 2006, p. 349.

TORRICELLI-CHRIFI (S.), « Apport en capital : la contribution aux charge du mariage neutralisée », *Dr. fam.* n° 5, mai 2021, comm. 72.

TRIPET (F.), « La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? », *Gaz. Pal.* n° 294, 21 oct. 2006, p. 6.

V

VAN SEGGELEN (M.) et BASSEVILLE (B.), « La profession juris : une institution méconnue à découvrir », *LPA* n° 74, 14 avril 2005, p. 44.

VAREILLE (B.),

« Étude critique de l'article 760 du code civil », *RTD civ.* 1991, p.475.

« L'enfant de l'adultère et le juge des droits de l'homme », *D.* 2000, p. 626.

« La société civile immobilière chasse l'article 215, alinéa 3 », *RTD civ.* 2018, p. 469.

« Ne jetons pas les descendants avec l'eau du bain ! », *Deffrénois* n° 21, 23 mai 2019, p. 1.

« Avantage matrimonial », *Rep. civ.*, oct. 2013 (act. fév. 2020).

VASSAUX (J.), « Contribution aux charges du mariage et financement d'un bien à usage familial : enfin une solution claire et novatrice », *JCP N* n° 51, 20 déc. 2019, 1343.

VAUCHER (A.), « La déjudiciarisation, le notaire et l'avocat en droit des personnes et de la famille », *JCP N* n° 14, 6 avril 2018, 1153.

VERHEYDE (Th.),

« La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français ? », *JCP N*, n°42, 22 octobre 1993, I. 396., 101290.

« Le logement dans la réforme de la protection des majeurs », *AJ fam.* 2009, p. 448.

« Le rôle du juge dans la mesure d'habilitation familiale : de la lumière à l'éclipse ! », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2016, dossier 42.

VERNIÈRES (Ch.),

« Droits successoraux des enfants adultérins : pas de remise en cause des dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 », *AJ Fam.* 2011, p. 556.

« Successions anormales », in M. GRIMALDI, (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz action, 2021, p. 566.

VERNIÈRES (Ch.) et BONNET (G.), « Réflexions pratiques sur les libéralités graduelles et résiduelles », *Deffrénois*, 15 janv. 2017, p. 59.

VIAUT (L.), « Le contentieux familial à la lumière de la conflictualité », *LPA* n° 107, 28 mai 2020, p. 16.

VIGNEAU (D.), « La nouvelle donation-partage », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étu. 46.

VIX (O.), « Le notaire, le juge et l'auxiliaire de justice. Variations sur le statut du notaire dans le domaine gracieux », *JCP N* n° 36, septembre 2019, act. 708.

VUITTON (X.), « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », *RTD civ.* 2019, p. 771.

W

WICKER (G.), « Contribution », in C. PÉRÈS et Ph. POTENTIER, (dir *La réserve héréditaire*, Annexes au rapport du groupe de travail, 13 déc. 2019, p. 294.

WILLEMS (G.), « Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne : Nature, culture et autodétermination », in *Hommage au Professeur Jean-Louis Renchon*, vol. 1, Larcier, 2022, p. 269

Z

ZALEWSKI-SICARD (V.), « Réserve et assurances-vie », *Defrénois* n° 46, 14 nov. 2019, p. 49.

ZENATI (F.), « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667.

ZIELINSKI (A.), « De l'autonomie rêvée à l'attention aux capacités », *Gérontologie et société* 2009, n°131, p.20.

Avis et rapports

Assemblée nationale et Sénat

ABADIE (C.) et PRADIÉ (C.), *Rapport d'information n° 2075 sur les droits fondamentaux des majeurs protégés*, A. N., 26 juin 2019.

ABOUT (N.), *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée Nationale, relative aux droits du conjoint survivant, et sur la proposition de loi visant à améliorer les droits et les conditions d'existence des conjoints survivants et à instaurer dans le Code civil une égalité successorale entre les enfants légitimes et les enfants naturels ou adultérins*, Sénat, 13 juin 2001, p. 10.

AVIA (L.) et PARIS (D.), *Rapport sur les projets de loi ordinaire et organique, adoptés par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice et relatif au renforcement de l'organisation judiciaire*, t. I, 9 nov. 2018.

BLESSIG (É.), *Rapport sur le projet de loi (n°3462), portant réforme de la protection juridique des majeurs*, n° 3557, A.N., 10 janv. 2007.

BLOCHE (P.), **présid.**, **et PÉCRESSE (V.)**, **rapp.**, *Rapport n° 2832 fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants*, t. 1 Rapport, A.N., 25 janv. 2006

BUFFET (F.-N.) et DÉTRAIGNE (Y.), *Rapport sur le projet de loi (procédure accélérée) de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et sur le projet de loi organique (procédure accélérée) relatif au renforcement de l'organisation des juridictions*, Sénat, 3 oct. 2018.

CARREZ (G.), *Rapport sur le projet de loi n° 4, en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, A.N., 5 juillet 2007.

COLLETTE (H.), *Rapport sur le projet de loi (n° 885) portant modification des dispositions du code civile relative à la tutelle et à l'émancipation*, J.O.R.F., doc. A. N., Annexes aux procès-verbaux des séances, séance du 23 juin 1964, Année 1963-1964, n° 42, 11 mai 1965, p. 722.

COLOMBIER (G.), *Rapport sur la proposition de loi portant modification de la loi n° 2001-647 du 20 juillet 2011 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie*, A. N, 6 mars 2003.

DE RICHEMONT (H.),

Rapport sur le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités, Sénat, 10 mai 2006, n° 343, t. 1.

Rapport sur le projet de loi, portant réforme de la protection juridique des majeurs, Sénat, 7 février 2007.

DEJOIE (L.)

Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, Sénat, 2 déc. 1992.

Rapport n° 324 sur le projet de loi modifiant le code civil applicable aux régimes matrimoniaux, Sénat, 23 avril 1997.

DELSOL (J.), *Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi ayant pour objet de modifier les droits de l'époux survivant sur la succession de son conjoint prédécédé*, Sénat, séance du 20 février 1877, J.O. 4 mars 1877.

DUPONT (B.), *Avis présenté sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs, annexe au procès verbale de la séance du 7 février 2007*, Sénat, session ordinaire de 2006-2007.

GÉLARD (P.),

Rapport n° 258, sur la proposition de loi relative au pacte civil de solidarité, déposé le 10 mars 1999.

Rapport n° 120, sur le projet de loi relatif au divorce, Sénat, annexé au PV de la séance du 17 déc. 2003.

GIROD (P.), *Avis sur la proposition de loi tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires*, Sénat, déposé le 2 février 2000, n° 201, p. 33.

HUILLIER (J.), *Rapport sur le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement*, A. N., 16 juil. 2015.

HUYGHE (S.), *Rapport sur le projet de loi n° 2427, portant réforme des successions et des libéralités*, A.N., 8 février 2006.

HYEST (J.-J.), *Rapport n° 40 sur la proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins*, Sénat, 24 oct. 2001.

HYEST (J.), BOCANDÉ (A.) et TRÉGOUËT (R.), *Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour l'initiative économique*, Sénat, 19 mars 2003.

JAEGER (J.), *Rapport sur la loi modifiant l'art. 767 du C. civ., relatif à l'usufruit du conjoint survivant*, du 28 fév. 1924, J. off. Doc. Parl., A. N., mai 1924.

LARDEUX (A.), *Rapport sur la proposition de loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée*, Sénat, 25 fév. 2003.

MARCILHACY (P.), *Rapport sur le projet de loi portant réforme des régimes matrimoniaux*, 29 avr. 1965,

MICHEL (J.-P.), *Rapport n° 1482 sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat, relative au mariage, au concubinage et aux liens de solidarité*, A.N., 24 mars 1999.

PÉCRESSE (V.), *Rapport sur le projet de loi réformant la protection de l'enfance*, 5 juil. 2006.

PINVILLE (M.), *Rapport sur le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement*, A. N., 17 juil. 2014.

ROCHE (G.) et LABAZÉE (G.), *Rapport sur le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement*, Sénat, 4 mars 2015

VAUTRIN (C.), rap., et NOVELLI (H.), prsd., *Rapport fait au nom de la commission spéciale sur le projet de loi pour l'initiative économique*, Assemblée Nationale, déposé le 28 janvier 2003.

VIDALIES (A.),

Rapport, n° 2910 sur la proposition de Loi (n° 2867), relative aux droits du conjoint survivant, A.N., 1^{er} fév. 2001.

Rapport sur la proposition de loi, modifié par le sénat, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins t réformant le droit des successions, A.N., 27 juin 2001.

VIDALIES (A.) et HYEST (J.-J.), *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins*, 13 nov. 2011.

Rapport au Président de la République

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, J.O. 16 oct. 2015.

Rapports aux ministères

CARON-DÉGLISE (A.), (dir.), *L'évolution de la protection juridique des personnes : reconnaître, soutenir et protéger les personnes vulnérables*, Rapport de mission interministérielle, 21 sept. 2018.

Commission sur la répartition des contentieux, prsd. GUINCHARD (S.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport à la garde des sceaux, août 2008.

Delmas-Goyon (P.), « *Le juge du 21^{ème} siècle* », *Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Rapport à Madame la garde des sceaux, ministre de la justice, décembre 2013.

EL HAÏRY (S.) et MOUTCHOU (N.), *La philanthropie à la française*, Rapport remis au Premier Ministre, fév. 2020.

Institut des hautes études sur la justice, *La prudence et l'autorité, L'office du juge au XXI^e siècle*, Rapport de la mission de réflexion sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, confiée par Madame Chr. Taubira, garde des Sceaux, mai 2013.

LIBAULT (D.), *Concertation Grand âge et autonomie*, Ministère des solidarités et de la santé, mars 2019.

PÉRÈS (C.) et POTENTIER (Ph.), (dir.), *La réserve héréditaire*, Rapport du groupe de travail, 13 déc. 2019.

ONU

Comité des droits de l'enfant, *Examen des rapports présentés par les États parties, Observations finales : France* (CRC/C/5/Add. 240), 30 juin 2004.

Comité des droits de l'enfant, *Examen des rapports présentés par les États parties, Observations finales : France*, (CRC/C/FRA/CO/4), 22 juin 2009.

Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 12, Le droit de l'enfant d'être entendu, Cinquante et unième session*, 20 juil. 2009.

Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*, 29 mai 2013.

Comité des droits de l'enfant, *Liste des points concernant le cinquième rapport périodique de la France*, (CRC/C/FRA/Q/5), 23 juillet 2015.

Comité des droits de l'enfant, *Examen des rapports présentés par les États parties, Observations finales : France* (CRC/C/FRA/CO/5), 23 février 2016.

Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n° 1 (2014)*, Onzième session, 31 mars-11 avril 2014, CRPD/C/GC/1.

Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n° 1 sur l'article 12, Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité* (CRPD/C/GC/1), 19 mai 2014.

Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n° 7 sur la participation des personnes handicapées, y compris des enfants handicapés, par l'intermédiaire des organisations qui les représentent, à la mise en œuvre de la Convention et au suivi de son application* (CRPD/C/GC/7), 9 nov. 2018.

Comité des droits des personnes handicapées, *Liste des points concernant le rapport initial de la France* (CRPD/C/FRA/Q/1), 30 oct. 2019.

Organisation des Nations Unies, Department of economic and social affairs, Population division, *World population ageing 2019*, 2020, réf. ST/ESA/SER.A/444.

Rapport de la France aux Comités onusiens

Rapport initial de la France devant être soumis aux Comités des droits de l'Homme en application de l'article 44 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CRC/C/3/Add.15), 8 avril 1993.

Deuxième rapport périodique de la France devant être soumis aux Comité des droits de l'enfant en application de l'article 44 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CRC/C/65/Add.26), 1^{er} août 2002.

Troisième et quatrième rapports périodiques de la France devant être soumis aux Comité des droits de l'enfant en application de l'article 44 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CRC/C/FRA/4), 11 sept. 2007.

Réponses écrites du gouvernement de la France à la liste des points à traiter (CRC/C/FRA/Q/4) établie par le comité des droits de l'enfant à l'occasion de l'examen des troisième et quatrième rapports périodiques de la France (CRC/C/FRA/Q/4/Add. 1), 21 avril 2009.

Cinquième rapport périodique de la France devant être soumis aux Comité des droits de l'enfant en application de l'article 44 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CRC/C/FRA/5), 28 janv. 2015.

Rapport initial soumis par la France en application de l'article 25 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées au Comité des droits des personnes handicapées (CRPD/C/FRA/1), 8 mai 2016.

Défenseur des droits

BLATMAN (M.), *L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport au défenseur des droits*, déc. 2016.

Défenseur des droits, *Rapport 2013 consacré aux droits de l'enfant, L'enfant et sa parole en justice*, 2013.

Défenseur des droits, *Avis n° 14-06, sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant*, 2 juin 2014.

Défenseur des droits, *Rapport du défenseur des droits au comité des droits de l'enfant des nations unies*, 27 fév. 2015.

Défenseur des droits, *Rapport sur la protection juridique des majeurs vulnérables*, sept. 2016.

Défenseur des droits, *Avis n° 18-22, audition par les rapporteurs de la commission des loi du Sénat sur le projet de loi n° 463 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice*, 27 sept. 2018.

Défenseur des droits, *Avis n° 18-26, audition par les rapporteurs de la commission des lois l'Assemblée nationale sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice*, 31 oct. 2018.

Défenseur des droits, *Avis n° 19-10, audition de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur les droits fondamentaux des majeurs protégés*, 10 janv. 2019.

Défenseur des droits, *Rapport sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH)*, juil. 2020.

Défenseur des droits, *Prendre en compte la parole de l'enfant : un droit pour l'enfant, un devoir pour l'adulte*, nov. 2020.

Autres

ALFANDARI (E.), DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), MONEGER (F.), VERDIER (P.) et VERKINDT (P.-Y.), *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la convention internationale sur les droits de l'enfant, Rapport au secrétaire d'état à la Famille, aux Personnes âgées et aux rapatriés*, La documentation française, 1993.

Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, 16 avril 2015.

Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs, Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, septembre 2016.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, la documentation française, coll. Rapports officiels, 1999.

Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, 6 juin 2005.

Guide de légistique, 3^e éd., la documentation française, 2017.

FULCHIRON (H.), *Rapport*, Civ. 1^{re} 15 déc. 2021, n° 21-70.022.

HAUSER (J.), *Rapport de la mission de recherche « Droit et Justice » sur le Pacte d'intérêt commun*, 1998.

Haut Conseil de la famille, *Présentation générale des dispositifs en faveur des familles*, note, 20 oct. 2009.

INSEE, « Population par âge », in *Tableaux de l'économie française*, coll. INSEE Référence, fév. 2020, p. 25.

JEVAKHOFF (A.) et CAVAILLILÈS (D.), *Le rôle économique des fondations*, IGF, avr. 2017.

MOREL (B.) et SBAIHI (M.), *Supprimer la réserve héréditaire. Pour la liberté, le mérite et la philanthropie*, Rapport du think-tank GénérationLibre, mars 2019.

Débats parlementaires, exposé des motifs de lois, proposition de lois, question écrite et réponses ministérielles

ADIGARD (P.), *Exposé des motifs de la loi complétant l'article 389 du Code civil, relatif à l'administration légale du père, du 6 avril 1910*, in *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Sirey, 1810, p. 1119.

Assemblée nationale, Discussion du projet de loi portant : 1° ouverture au titre du budget ordinaire des services civils de l'exercice 1918 de crédits provisoires applicables au mois de janvier, de février et de mars 1918 ; 2° autorisation de percevoir, pendant les mêmes mois, les impôts et revenus publics, première séance du 21 décembre 1917, J.O. déb. parl., p. 3429

Assemblée nationale, *Discussion sur la loi pour l'initiative économique*, 3^e séance du 4 février 2003, J.O., déb. parl., Comte rendu intégral, 5 février 2003.

Assemblée nationale, *Discussions sur la loi pour l'initiative économique*, 2^e séance du 5 février 2003, J.O., déb. parl., Comte rendu intégral, 6 février 2003.

Chambre des députés, Débats, séance du 26 février 1891, J.O., déb. parl., du 27 février 1891, p. 449.

CLÉMENT (P.), *Exposé des motifs de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités*.

FOYER (J.), *Exposé des motifs du projet de loi portant réforme des régimes matrimoniaux*, 17 mars 1965.

IBORRA (M.), **KHATTABI (F.) et alii**, *Proposition de loi visant à agir pour préserver l'autonomie et garantir les choix de vie de nos aînés*, A. N., 15 juin 2021

MARC (A.), Question écrite n° 26300, J.O. Sénat 20 janv. 2022, p. 304.

RÉAL (P.-F.), *Exposé des motifs de la loi contenant organisation du notariat du 25 ventôse an XI*.

Rép. Min. Europe et des affaires étrangères, J.O., Sénat, 31 janv. 2019, p. 571.

VIDALIES (A.) et alii, *Exposé des motifs de la proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant*, n° 2867, A.N., 17 janvier 2001.

TABLE DE JURISPRUDENCE

(Classement par ordre chronologique)

I. Juridictions judiciaires

A. Cour de cassation

Req., 5 fév. 1850 : D.P., 1850, 1, 97 in J.A. ROGRON, *Codes français expliqués par leurs motifs, par des exemples, et par la jurisprudence*, 1^{ère} partie, 5^e éd., 1863, pp. 486 à 488.

Req. 23 mars 1903 : DP 1903. 1. 337, note PLANIOL.

Req. 30 oct. 1911 : DP 1916. 1. 5, note SARRUT.

Civ. 11 janv. 1933 : D. 1933. 1. 10, note CAPITANT.

Req., 4 juin 1935 : *Rev. crit* 1936. 755, BASDEVANT ; S. 1936. 377, note NIBOYET ; DP 1936. 1. 7, note SAVATIER ; *GAJDIP* n° 15. 128. comm. ANCEL, LEQUETTE.

Req. 14 mars 1939 : *D.H.* 1939, 260 ; *D.P. 1940*, 1, 9, note R. Savatier.

Req. 30 juin 1942 : *JCP.* 1943, II, 2254, note R.S. ; *D.A.* 1943, 3.

Civ. 1^{re}, 20 juin 1955 : D. 1955. 537 ; *JCP* 1955. II. 8781, note BLIN.

Civ. 1^{ère}, 22 oct. 1974 : D. 1975, 643, note FOULON-PIGANIOL ; *JCP* 1975, II, 18041, note CHARTIER ; *RTD civ.*, 1975, 296, note NERSON.

Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1978, n° 76-13.365.

Civ. 1^{re}, 21 fév. 1978 : D. 1978. 505, note LINDON.

Civ. 1^{ère}, 9 mai 1978 : *JCP* 1979, II, 19257, note DAGOT.

Civ. 1^{re}, 20 nov. 1985 : *RTD civ.* 1986, 620, obs. PATARIN.

Civ. 1^{re}, 23 juin 1987 : *Gaz. Pal.* 1988, 1, 109, note J. M.

Civ. 1^{re}, 20 oct. 1987 : *JDI* 1988, 447, note HUET ; *Rev. crit. DIP* 1988, 540, note LEQUETTE.

Civ. 1^{re}, 26 avr. 1988 : *JCP* 1989, II, 21246, note TESTU.

Civ. 1^{re}, 20 mars 1990 : *Defrénois* 30 nov. 1990, n° 4912, p. 1301, note MASSIP.

Civ. 1^{re}, 12 juin 1990 : D. 1991. 405, note MASSIP.

Civ. 1^{re}. 10 mars 1993 : D. 1993. 361. note MASSIP ; *RTD civ.* 1993. 341, obs. HAUSER ; *RDSS* 1993. 533, note MONÉGER.

Civ. 1^{re}, 15 juin 1994 : D. 1995. 342, note LEBORGNE.

Civ. 1^{re}, 13 déc. 1994 : *RTD civ.* 1995. 327, obs. HAUSER ; *Defrénois* 1995. 734, obs. MASSIP.

Civ. 3^e, 21 juin 1995 : *RDI*, 1995. 715, note BERGEL.

Civ. 1^{re}, 25 juin 1996 : *JCP G* 1997, I, 4021 ; *JCP G* 1997, II, 22834, note MALAURIE ; *D.* 1998, p. 453, note BRUNET ; *D.* 1997. 275, obs. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *Defrénois* 1997. 310, obs. MASSIP ; *Dr. fam.* 1996, n° 26, note BEIGNIER ; *RTD civ.* 1996. 873, obs. HAUSER, *ibid.* 1997. 542, obs. Marguenaud.

Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996 : *JCP* 1997. I. 4047, n° 11, obs. WIEDERKEHR ; *Defrénois* 1997. 814, obs. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1997. 725, obs. VAREILLE.

Com., 17 juin 1997 : *JCP E*, 1997, II, 1007, note LEGEAIS ; *Defrénois*, 1997, 1424, obs. AYNÈS.

Civ. 1^{re}, 30 juin 1998 : *Defrénois* 1999. 311, obs. MASSIP ; *RTD civ.* 1999. 363, obs. HAUSER.

Civ. 1^{re}, 19 janv. 1999, n°97-10.054 et 11 mai 1999, n°97-16.058 ; *D.* 2000, p.107, note DELMAS SAINT-HILAIRE ; *RTD Civ.*, 1999, p.814, HAUSER.

Civ. 1^{re}, 16 mai 2000 : *D.* 2000. 192 ; *Defrénois* 2001, art. 37341, obs. CHAMPENOIS ; *Dr. fam.* 2001, comm. 2, note BEIGNIER ; *Loyers et copr.* 2000, comm. n° 2264, note VIAL-PEDROLETTI ; *RTD civ.* 2001. 416, obs. VAREILLE.

Soc. 18 juil. 2001 : *JCP S* 2016. 1283, note A. BUGADA.

Civ. 1^{re}, 29 janv. 2002 : *D.* 2002. 1938, note DEVERS ; *Dr. fam.* 2002. 21, n° 45, obs. BEIGNIER ; *Defrénois* 2002. 692, obs. MASSIP.

Civ. 2^e, 20 juin 2002 : *RTD civ.* 2002. 789, note HAUSER.

Com., 8 oct. 2002 : *D.* 2003. 414, note KOERING ; *JCP G* 2003, II, 10017, note PICOD ; *RTD Civ.* 2003. 125, obs. CROCQ ; *Defrénois.* 2003. 456, obs. PIEDELIÈVRE ; *ibid.* 2003. 411, obs. THÉRY.

Ch. mixte, 23 nov. 2004 : *Dr. fam.* 2005. étu. 6, LÉCUYER ; *D.* 2005. 1905, BEIGNIER. ; *RTD civ.* 2005. 434. note GRIMALDI.

Civ. 1^{re}, 18 mai 2005 : *Rev. crit. DIP* 2005. 679, note BUREAU ; *D.* 2005. 2125, note LEMOULAND ; *JCP* 2005. IV. 2481 ; *RTD civ.* 2005. 583, obs. HAUSER.

Civ. 1^{re}, 18 mai 2005 : *RDSS* 2005. 814 obs. NEIRINCK ; *D.* 2005. 1909, note ÉGÉA ; *RTD civ.* 2005, note REMY-CORLAY.

Civ. 1^{re}, 14 juin 2005 : *Rev. crit. DIP* 2005. 679, note BUREAU ; *RTD civ.* 2005, note REMY-CORLAY ; *D.* 2005. 2790, note BOULANGER.

Civ. 1^{re}, 13 juil. 2005, n° 05-10.519 et n° 05-10.521 : *RTD civ.* 2005. 763, obs. HAUSER ; *D.* 2006. 1778, note JAULT-SESEKE et PIGACHE.

Civ. 1^{re}, 22 nov. 2005 : *RTD civ.* 2006. 802, obs. GRIMALDI ; *D.* 2006. 902, note MAHINGA ; *JCP* 2006. II. 10026, note SAUVAGE ; *RLDC* 2006-28, n° 2124, note MAURY ; *AJ fam.* 2006. 36, obs. BICHERON.

Civ. 1^{re}, 22 nov. 2005 : *RTD civ.* 2006. 101, obs. HAUSER ; *RDSS* 2006. 349, note BRUGGEMAN ; *D.* 2006. 554, note BOULANGER.

Civ. 1^{re} 14 mars 2006 : *JCP* 2006. 193, obs. WIEDERKEHR ; *AJ fam.* 2006. 293, obs. HILT.

Civ. 1^{re}, 31 oct. 2007 : *RTD civ.* 2008, 126, note REVET ; *D.* 2008.963, note THOMAT-RAYNAUD ; *RDC* 2008/1, obs. LAITHIER ; *Rev. sociétés.* 2008, 321, note SCHILLER.

Civ. 1^{re}, 14 nov. 2007 : *D.* 2008. 133, note MBOTAINGAR ; *RTD civ.* 2008. 90, obs. HAUSER ; *RTD civ.* 2008. 337, note GRIMALDI.

Ch. mixte, 21 déc. 2007, : *D.* 2008.1314, note DOUET ; *D.* 2008. 218, note BRUGUIÈRE-FONTENILLE ; *RTD civ.* 2008. 137, note GRIMALDI.

Civ. 1^{re}, 11 juin 2008 : *RTD civ.* 2008. 712 , obs. GRIMALDI.

Civ. 1^{re}, 3 déc. 2008 : *AJ fam.* 2009. 88, obs. HILT ; *JCP G* 2009. 140, obs. SIMLER.

Civ. 1^{re}, 9 déc. 2009 : *Dr. fam.* 2010, comm. 51, note MARIA.

Civ. 1^{re}, 3 mars 2010 : *AJ fam.* 2010. 187, obs. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2010. 305, obs. HAUSER ; *RTD civ.* 2010. 365, obs. VAREILLE ; *D.* 2010. 1608, obs. MAUGER-VIELPEAU.

Civ. 1^{re}, 3 mars 2010 : *D.* 2010. 2092, chron. AUROY et CRETON ; *D.* 2011. 1040, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *AJ fam.* 2010. 188, obs. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2010. 305, obs. HAUSER ; *RTD civ.* 2010. 363, obs. VAREILLE.

Civ. 1^{re}, 8 juil. 2010 : *JCP N* 2010, n° 48, 1371, note HOVASSE.

Civ. 1^{re}, 4 nov. 2010 : *D. actu.* 16 nov. 2010, obs. LAVRIC ; *JCP* 2011, n° 251, obs. LE GUIDEC ; *JCP N* 2011, n° 1054, note MASSIP ; *Deffrénois* 2011. 837, obs. MASSIP ; *Dr. fam.* 2011, n° 9, obs. BEIGNIER ; *RLDC* 2010/78, n° 4111, obs. LE GALLOU ; *RTD civ.* 2011. 163, obs. GRIMALDI ; *RGDA* 2011. 164, note KULLMANN.

Civ. 1^{re}, 9 nov. 2011 : *D.* 2012. 2699, obs. NOGUÉRO et PLAZY.

Civ. 1^{re}, 10 oct. 2012 : *AJ fam.* 2012. 627, obs. VERNIÈRES.

Civ. 2^e, 21 mars 2013 : *LEFP*, 15 mai 2013. 4, note RAOUL-CORMEIL.

Civ. 1^{re}, 29 mai 2013 : *Deffrénois* 2013. 1146, obs. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 2013. 590, obs. HAUSER.

Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013 : *AJ fam.* 2013. 654, obs. LEVILLAIN ; *RTD Civ.* 2013, 874, obs. GRIMALDI.

Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013 : *Deffrénois flash* 14 oct. 2013. 7 ; *Deffrénois* 15 juill. 2014. 764, obs. VAREILLE. ; *JCP G* 2013. 1167, note JEAN ; *RTD civ.* 2014. 86, obs. HAUSER. ; *Dr. fam* 2013, comm. 154, MARIA et comm. 166, BEIGNIER.

Civ. 1^{re}, 30 avr. 2014 : *AJ fam.* 2014. 375, obs. VERHEYDE.

Civ. 1^{re}, 9 juil. 2014 : *AJ fam.* 2014. 503, obs. VERHEYDE ; *Dr. fam.* 2014. comm. 149, obs. MARIA ; *D.* 2014. 2259 ; *Dr. et patr.* 2014. 97, obs. FULCHIRON ; *RLDC* 2014. 47, obs. DUCROCQ-PAUWELS ; *RTD civ.* 2014. 868, obs. HAUSER.

Civ. 1^{re}, 4 mars 2015, n° 14-11.119.

Civ. 1^{re}, 18 mars 2015, n° 14-11.392. : *D.* 2015. 1919, obs. BONFILS et GOUTTENOIRE ; *D.* 2016. 674, obs. DOUCHY-LOUDOT ; *RTD civ.* 2015. 352, obs. HAUSER ; *AJ fam.* 2015, obs. THOURET.

Civ. 1^{re}, 1^{er} avr. 2015 : *AJ fam.* 2015. 297, obs. Casey ; *D.* 2015. 864 ; *ibid.* 1408, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *ibid.* 2094, obs. BRÉMOND, NICOD et REVEL ; *ibid.* 2016. 674, obs. DOUCHY-LOUDOT ; *RTD civ.* 2015. 362, obs. HAUSER.

Civ. 1^{re}, 15 mai 2013 : *AJ fam.* 2013. 383, obs. BLANC-PELLISSIER ; *D.* 2013. 1208 ; *ibid.* 2242, obs. BRÉMOND, NICOD et REVEL ; *ibid.* 2014. 1342, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *ibid.* 1905, obs. BRÉMOND, Nicod et REVEL ; *RTD civ.* 2013. 582, obs. HAUSER ; *ibid.* 2014. 698, obs. VAREILLE.

Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013 : *AJ fam.* 2013. 647, obs. HILT ; *D.* 2013. 2682, note MOLIÈRE ; *ibid.* 2014. 1342, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *ibid.* 1905, obs. BRÉMOND, NICOD et REVEL ; *RTD civ.* 2013. 821, obs. HAUSER ; *ibid.* 2014. 698, obs. VAREILLE ; *ibid.* 703, obs. VAREILLE.

Civ. 1^{re}, 25 nov. 2015 : *Dr. fam.* 2016, comm. 32, note NICOD.

Civ. 1^{re}, 11 mai 2016 : *AJ Fam.* 2016, 350, obs. LEVILLAIN ; *JCP N* 2016, n° 1251, note RANDOUX ; *RTD Civ.* 2016, 673, obs. GRIMALDI.

Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016 : *D.* 2016. 2569, obs. VIALLA ; *D.* 2017. 332, note SAULIER ; *AJ fam.* 2017. 68, obs. RAOUL-CORMEIL ; *RTD civ.* 2017. 97, obs. HAUSER ; *JCP* 2017. 79, note HAUSER ; *Dr. fam.* 2017. Comm. 48, note MARIA ; *RJPF* 2017/2, note MAUCLAIR.

Com., 8 fév. 2017, n° 15-23.043.

Civ. 1^{re}, 22 mars 2017 : *Dr. fam.* n° 6, juin 2017, comm. 137. NICOD.

Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017 : *D.* 2017. 2185, note GUILLAUMÉ ; *AJ fam.* 2017. 595 ; *ibid.* 510, obs. BOICHÉ ; *ibid.* 598, obs. LAGARDE, MEIER-BOURDEAU, SAVOURÉ et KESSLER ; *JCP* 2017. 1236, note NOURISSAT et REVILLARD ; *JCP N* 2017. 1305, note FONGARO ; *Defrénois* 2017. 26, note GORÉ ; *RTD civ.* 2017. 833, note USUNIER ; *Dr. et patri.* 2017, note TORRICELLI-CHRIFI ; *RJPF* 2017, note GODECHOT-PATRIS et POTENTIER.

Civ. 1^{re}, 11 oct. 2017 : *Gaz. Pal.* 27 mars 2018. 58, note DUPIRE ; *Defrénois* 26 avr 2018. 40, note GAUDEMET ; *LEFP* 1^{er} fév. 2018. 6, note PÉTRONI-MAUDIÈRE ; *AJ fam.* 2017. 657, note LEVILLAIN ; *D. act.* 30 oct. 2017. note LOUIS-CAPORAL.

Civ. 1^{re}, 7 fév.. 2018 : obs. LEMOULAND et VIGNEAU.

Civ. 1^{re}, 7 fév. 2018 : *AJ fam.* 2018. 303, obs. Casey.

Civ. 1^{re}, 7 fév. 2018 : *Gaz. Pal.* 2018, p. 49, obs. FATHI.

Civ. 1^{re}, 14 mars 2018 : *Dr. & Patr.* Hebdo, n° 1142, obs. LE GALLOU ; *RJPF* 2018-5/32, obs. DUBARRY ; *Dr. sociétés* 2018, comm. 101, obs. HOVASSE ; *JCP N* 2018, 1275, obs. RANDOUX ; *RLDC* 2018/162, n° 6474, note KOUKOUVITAKIS ; *Rev. sociétés* 2019. 59, note NAUDIN ; *RTD civ.* 2018. 469, obs. VAREILLE ; *D.* 2018. 1104, obs. LEMOULAND ; *D.* 2018. 1428, note SADI ; *AJ fam.* 2018. 300, obs. CASEY ; *Dr. fam.* 2018, comm. 152, note TORRICELLI-CHRIFI.

Civ. 1^{re}, 11 avril 2018 : *AJ fam.* 2018. 406, obs. CASEY ; *RTD civ.* 2018. 956, obs. VAREILLE.

Civ. 1^{re}, 3 oct. 2018 : *AJ fam.* 2018. 697, obs. CASEY ; *D.* 2019. 910, obs. LEMOULAND et VIGNEAU.

Civ. 1^{re}, 3 oct. 2018 : *RTD civ.* 2019, p. 172, obs. NICOD ; *AJ fam.* 2018, 701, obs. HOUSSIER.

Civ. 1^{re}, 17 oct. 2018 : *D.* 2019. 682, note RAOUL-CORMEIL ; *D.* 2019. 1412, obs. LEMOULAND et NOGUÉRO ; *Dr. fam.* 2018. comm. 287, obs. MARIA.

Com. 16 janv. 2019 : *D.* 2019. 125 ; *D.* 2019, 980, note HARTMAN, *JCP N.* 2019, actu. 233, obs. PIÉDELIÈVRE ; *JCP G.* 2019, obs. BOSSE-PLATIÈRE.

Civ. 1^{re}, 17 avril 2019 : *D.* 2019. 555, obs. LEROYER ; *AJ fam.* 2019. 414, obs. MONTOURCY.

Civ. 1^{re}, 3 oct. 2019 : *AJ fam.* 2019. 604, obs. CASEY ; *D.* 2020. 60, note CHAFFOIS ; *ibid.* 901, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *RTD civ.* 2019. 913 ; *JCP N* 2019, 791 p. 9, obs. BOISSON.

Civ. 1^{re}, 17 mars 2021 : *D. actu.* 31 mars 2021, obs. GUIGUET-SCHIELÉ ; *JCP N* 2021, 188, note SADI ; *Dr. fam.* 2021, 72, comm. TORRICELLI-CHRIFI.

Civ. 1^{re}, 15 déc. 2021 : *LEFP.* 2022. 1. note RAOUL-CORMEIL ; *D. actu.* 2022, note GUIGUET-SCHIELÉ ; *RTD civ.* 2022. 101, note LEROYER.

Civ. 1^{re}, 9 juin 2022 : *D. act.* 28 juin 2022, obs. GUIGUET-SCHIELÉ ; *LEFP* 2022. 5. Obs. MAUGER-VIELPEAU ; *JCP N* 2022. 1226, note BEIGNIER ; *Dr. fam.* 2022. comm. 126 ; comm. SADI ; *JCP G* 2022. 1018, comm. MICHELIN-BRACHET.

B. Cour d'appel

Dijon, 31 déc. 1891 : in O. DE GOURMONT, *Jurisprudence du XIXe siècle, 5^e Table décennale, alphabétique et chronologique du recueil général des lois et arrêts (1891 à 1900)*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1902, p. 1200, n° 42.

Douai, 22 janv. 1894 : cité in O. DE GOURMONT, *Jurisprudence du XIXe siècle, 5^e Table décennale, alphabétique et chronologique du recueil général des lois et arrêts (1891 à 1900)*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1902, p. 1200, n° 40.

Pau, 30 mars 2000 : *Dr. fam.* n° 10, oct. 2000, comm. 121, note BEIGNIER.

Pau, 28 nov. 2000 : *Dr. fam.* 2001, comm. 60, BEIGNIER ; *LPA.* 2001. n° 193. 21, MASSIP.

Saint-Denis, 20 mars 2007 : *LPA.* 3 juin 2009. 7, note POMART-NOMDÉDÉO.

Versailles, 12 avr. 2012 : *Dr. fam.* 2012. comm. 156, obs. MARIA.

C. Juridiction de première instance

TGI Montpellier, 2 mai 2000 : *Defrénois* 2000. 1435, note MASSIP ; *Dr. fam.* 2000, n° 99, obs. GOUTTENOIRE.

TGI Versailles, 6 avril 2004 : *Dr. fam.* 2004, comm. 199, obs. MURAT.

TI Caen, 10 oct. 2017 : *LPA* 25 avr. 2018. 13, note RAOUL- CORMEIL.

II. Conseil constitutionnel

Cons. Constit., 12 mars 2021, n° 2020-888, QPC ; *D. act.* 25 mars 2021, note COTTET ; *AJ fam.* 2021. 231 comm. CASEY ; *AJ fam.* 2021. 247, POLLET ; *JCP N*, 26 mars 2021, act. 339, PETERKA ; *JCP N*, 19 fév 2021. 1114, comm. MOISDON-CHATAIGNER et PETERKA.

III. Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*.

CEDH, 1^{er} fév. 2000, *Mazurek c. France* : *D.* 2000. 332, note THIERRY ; *ibid.* 626, chron. VAREILLE ; *RDSS* 2000. 607, obs. MONÉGER ; *RTD civ.* 2000. 311, obs. HAUSER ; *ibid.* 429, obs. MARGUÉNAUD ; *ibid.* 601, obs. PATARIN ; *GAJC*, 12^e éd., 2007, n° 99.

CEDH, 22 juin 2004, *Pini et autres c. Roumanie* : *D.* 2004. 3026, note RENUCCI et BERROLEFÈVRE ; *D.* 2005. 1748, obs. GRANET-LAMBRECHTS.

CEDH, 22 déc. 2004, *Merger et Cros c. France* : *RTD civ.* 2005. 335, note MARGÉNAUD ; *JCP G* 2005. 103, n° 16, obs. SUDRE.

CEDH, 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c. Turquie* : *D.* 2009. 739, note MARGUÉNAUD ; *AJDA* 2009. 872, note FLAUSS.

CEDH, 10 fév. 2009, *E.S. c. France*.

CEDH, 5^e section, 21 juil. 2011, *Fabris c. France* : *RTD civ.* 2011. 732, note MARGUÉNAUD ; *AJ fam.* 2011. 556, obs. VERNIÈRES ; *D.* 2011. 2036, obs. I. GALLMEISTER ; *RTD civ.* 2011. 732, obs. HAUSER.

CEDH, Grande ch., 7 fév. 2013, *Fabris c. France* : *D.* 2013. 434, obs. GALLMEISTER ; *ibid.* 1436, obs. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2013. 189, obs. LEVILLAIN ; *RTD civ.* p. 333, obs. MARGUÉNAUD ; *Dr. fam.* 2013. Focus 11, obs. LAMARCHE ; *RJPF* 2013-3/38, obs. DOUCET.

CEDH, 3 oct. 2013, *Zrilić c. Croatie* : *RTD Civ.* 2013, 810, obs. MARGUÉNAUD.

CEDH, 23 fév. 2016, *Çam c. Turquie*.

CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France* : *RTD civ.* 2016. 590, obs. HAUSER ; *JCP* 2016. 760. Obs. SUDRE ; *RTD civ.* 2016. 797, note MARGUÉNAUD.

CEDH, 21 mars 2017, *Ana Ioniță c. Roumanie* : *JCP N*, n° 36, sept. 2017, 1257, p. 45, obs. MARGUÉNAUD, DAUCHEZ et DAUCHEZ ; *Deffrénois*, n° 12, mars 2018, p. 35, obs. LATINA.

CEDH, 14 mars 2019, *Quilichini c. France* : D. actu. 27 mars 2019, obs. BOISSON ; AJ fam. 2019. 300, obs. LEVILLAIN ; RTD Civ. 2019, 306, obs. LEROYER.

CEDH, 25 juin 2019, *Glaisen c. Suisse*.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

- A -

Acceptation à concurrence de l'actif net, 190 s.

- gage des créanciers, 190
- personnes vulnérables, 191

Acceptation sous bénéfice d'inventaire, 190

Acte authentique, 248

Administrateur *ad hoc*, 295 s.

Administration légale,

- actes, 300, 302
- exclusion de, 298
- gestion paternelle, 264 s., 272 s.
- gestion parentale, 268 s.
- gestion unique, 270
- mesure d'alertes, 306 s.
- pure et simple, 274
- restriction judiciaire, 301
- rôle du juge, 230
- sous contrôle judiciaire, 274

Affectation, 12 s.

Allocations familiales, 370

Altération des facultés, 454

Anticipation, 458, 665 s., 852 s.

Approbation, 106

Assurance-vie, 715 s.

Attribution préférentielle,

- de droit, 690
- exploitation agricole ou commerciale, 685
- extension du champ d'application, 864 s.

- facultatives, 690

- fonctions, 722 s.

- logement, 684

- PACS, 691

- pouvoir de la volonté, 693

- protection de la personne, 722

Autorisation judiciaire, 99 s., 215 s.

Autorité parentale

- association de l'enfant, 419
- délégation, 337
- renoncement, 337
- retrait, 334

- B -

Beaux-enfants, 445

Biens,

- liens avec la famille, 21
- origine, 618 s.
- utilités, 20, 42
- valeur, 20, 612 s.

Biens de famille, 9, 18, 174

- C -

Capacité, 326, 965 s.

Cautionnement, 196

CEDH,

- et conventions internationales, 507
- influence, 517 s.

Changement de régime matrimonial, 911 s.

- création d'entreprise, 666
- droit international privé, 551

Clause,

- alsacienne, 916
- commerciale, 685, 691
- d'administration conjointe, 124
- d'attribution intégrale de la communauté, 684, 691
- d'exclusion de l'administration légale, 298
- d'inaliénabilité, 175 s.
- de préciput, 691

Compte de gestion, 309 s.**Concubinage,**

- droits successoraux, 887
- famille, 370
- gestion des biens, 372

Confirmation, 107**Conjoint successible, 377 s.**

- ascendants, 384, 385
- collatéraux, 380 s.
- descendants, 384
- droit annuel au logement, 684, 689
- droit viager au logement, 684, 689
- exclusion, 378
- pleine propriété, 393 s.
- réserve, 385
- successeur irrégulier, 379
- usufruit, 389 s.

Conseil de famille, 279**Conservation des biens,**

- dans la famille, 41, 59
- déclin, 633
- risque de captation, 471

Contractualisation, 112 s., 575, 784**Contribution aux charges du mariage, 898 s.****Contribution aux dettes, 187****Convention relative aux droits de l'enfant, 496 s.**

- applicabilité directe, 514, 516
- influence, 500

Convention relative aux personnes handicapées, 496 s.

- applicabilité directe, 515 s.

- influence, 501, 956

Curatelle,

- actes du curateur, 300, 302
- initiative familiale, 288
- restrictions judiciaires, 301
- suppression, 986

- D -**Défenseur des droits, 505****Déjudiciarisation,**

- juge, 226 s.
- notaire, 238 s.
- mesure judiciaire de garantie des droits, 980

Délai d'opposition, 249 s.**Délai de réflexion, 250 s., 594****Dépendance, 455****Distinction personnel/patrimonial, 477, 768 s.**

- mariage du majeur protégé, 510
- mesure judiciaire de garantie des droits, 970

Divorce,

- *clean-break*, 527, 921
- procédure collective, 178 s.

Donations,

- avec charge de soin, 462
- entre époux, 83
- irrévocabilité, 364
- personnes interposées, 445
- remariage, 84, 364
- révocabilité, 363, 373

Donation-partage,

- biens communs, 146
- conjonctive, 144 s.
- cumulative, 148
- transgénérationnelle, 147

Droit de préemption familial, 857 s.**Droit de retour légal,**

- ascendants, 395, 623
- collatéraux privilégiés, 616

Droit patrimonial de la famille, 829

- E -

Égalité, 636

- entre époux, 261 s., 366
- entre parents,
 - entre le père et la mère, 269
 - famille monoparentale, 270

EIRL, 194

Emprunts, 186

Entrepreneur individuel, 169, 195 s.

Entreprise, 794 s.

Exécution testamentaire, 670 s.

Exhérédation, 76

- F -

Famille, 22 s.

- évolutions, 351 s., 485
- couple homosexuel, 369
- fonction socio-économique, 31, 676
- indépendance du couple, 358 s.
- légitime, 60, 634
- lignagère, 60
- monoparentale, 270, 508
- nucléaire, 15
- par le sang, 60, 634
- recomposée, 445

Fiducie,

- libéralité, 566
- gestion, 1019 s.
- pour autrui, 1031 s.

Filiation

- adoptive, 431
- égalité, 440 s.
- légitime, 430 s.
- naturelle, 433 s., 441, 520 s.
- naturelle adultérine, 438, 442 s.
- naturelle incestueuse, 438, 444, 874 s.

Fonds familial, 17, 1033 s.

Formalisme, 246 s.

- G -

Gestion,

- cogestion, 119 s., 657
- concurrente des époux, 123, 606
- concurrente des parents, 274

Grand-âge, 452 s.

Grands-parents, 459 s.

- H -

Habilitation familiale,

- ouverture, 290 s.
- suppression, 986

Habilitation judiciaire, 99, 101

Holding, 163

Homologation judiciaire, 104 s.

- I -

Immutabilité du régime matrimonial, 82

Inaliénabilité, 173, 175

Incapacité,

- femme mariée, 87 s.
- majeur, 92 s.

Indignité successorale, 662

Individualisme, 322 s., 776 s.

Indivision

- gestion, 132
- pacs, 135

Insaisissabilité,

- déclaration d', 172 s.
- légale, 168 s., 684

Interdiction de recevoir à titre gratuit,
465 s., 1039 s.

Interdiction des actes à titre onéreux, 470

Interdits, 68 s., 96 s., 197, 222

Intérêt de la famille, 32, 110, 667

Intérêt de l'enfant,

- gestion des biens, 415 s.
- rôle du juge, 233

Inventaire, 305

- J -

Juge, 213 s., 533 s.

Judiciarisation, 219 s.

- L -

Législateur, 206 s., 539 s.

Lésion, 576 s., 581

Libéralités graduelles, 725 s.

Libéralités résiduelles, 726 s.

Logement de la famille,

- acte de disposition, 128
- détenu par une SCI, 139, 895
- droit international privé, 553 s.
- insaisissabilité, 170
- meubles meublant, 128
- partage, 528 s.

Loi,

- modernisation et simplification, 640
- élaboration, 641

- M -

Majeurs protégés,

- choix du régime matrimonial, 934 s.
- intention libérale, 1045 s.
- intérêts de la famille, 277
- logement, 1011 s., 1027
- mesures d'alertes, 306 s.
- préférence familiale, 278, 281
- principe de subsidiarité, 280
- qualité de propriétaire, 655
- refus d'assurer la mesure, 336
- retrait de la charge de la mesure, 331 s.

Majorats, 16

Mandat à effet posthume, 670

Mandat de protection future, 325

- contrat de garantie future des droits, 1006
- désignation mandataire, 282
- régime primaire impératif, 926 s.

- volonté, 509

Mari,

- chef de famille, 257
- gestion biens communs, 121, 259

Materna maternis, paterna paternis, 622

Mesure judiciaire de garantie des droits, 948 s.

- capacité juridique du majeur, 965
- évolution de la mesure, 958
- pouvoir du garant, 952 s.
- protection bicéphale, 961 s.
- sanction des actes, 969

Mesures de crises conjugales,

- autorisation et habilitation, 285
- droit international privé, 555
- maintien, 988 s.

Métamorphose, 44 s.

- notion, 44
- philosophie législative, 53
- temporalité, 748 s.

Meubles, 600 s.

Mineur, 944

- acte de la vie courante, 425 s.
- discernement, 233, 409, 419, 500
- droit à l'expression, 419, 499, 500
- émancipation, 410 s., 420
- prémajorité, 421 s.
- qualité de propriétaire, 655
- revenus du travail, 423

- N -

Notaire, 236 s., 593

Nullité,

- administration légale, 317
- cogestion,
 - communauté, 125
 - logement familial, 128
- indivision, 133
- majeurs protégés, 315 s.

- O -

Obligation *ultra vires successionis*, 189 s.

Ordre public familial,

- interne, 73
- international, 544 s.

- P -**PACS,**

- droit successoraux, 884 s.
- famille, 370
- gestion des biens, 372
- protection du logement, 897

Pactes sur succession future,

- pacte de famille élargi, 876 s.
- prohibition, 77
- aliénation du bien donné, 159
- droit international privé, 547

Partage,

- action en complément de part, 581
- discrimination, 521 s.
- sécurité juridique, 523 s.

Paternalisme juridique,

- principe, 46
- déclin du, 57 s., 343, 635

Patrimoine, 6

- à affectation familiale, 14 s.
- de la famille, 8 s.
- familial, 7

Pluralisme, 779**Post-modernisme, 774 s.****Préservation des moyens de subsistances, 673 s., 745, 791, 922****Principe de non-discrimination, 519 s.****Procédure collective, 178 s.****Prodigue, 94****Professio juris,**

- droit des régimes matrimoniaux, 560
- droit des successions, 559

Protection

- changement de l'objet, 741 s.
- collective, 116 s.
- contre le propriétaire, 34, 92 s.
- contre l'administrateur, 35
- contre les tiers, 36 s.

- domicile, 527 s.
- effectivité, 787 s.
- et volonté, 487
- des biens, 19
- notion, 2 s.
- privatisation, 339
- raisons de la, 28 s.
- socialisation, 674 s.

- R -**Rapport, 612****Réduction des libéralités excessive, 612****Régime matrimonial légal, 904 s.****Renonciation anticipée à l'action en réduction des libéralités excessives, 77, 112**

- contournement de la réserve, 714
- formalisme, 247
- vices du consentement, 575
- et réserve alimentaire, 853

Représentation,

- principe, 473
- remise en cause, 474 s., 501
- maintien, 481 s., 956

Réserve alimentaire, 833 s.

- anticipation successorale, 852 s.
- principe, 834 s.
- modalités d'exécution, 837
- masse de calcul, 844 s.
- *quantum*, 851 s.

Réserve héréditaire, 697 s., 797

- ascendants, 396
- conjoint, 385, 712, 880
- droit international privé, 548 s., 686, 692, 713
- fonctions, 698
- principe, 76
- *quantum*, 711
- remise en cause, 706 s.
- volonté du propriétaire, 658 s.

Responsabilité, 319**Retranchement des avantages matrimoniaux, 912**

- S -

Sentiments,

- biens, 613
- membres du couple, 363 s.
- parents/enfants, 662

Société civile immobilière,

- entre époux, 137 s.
- transmission, 161 s.

Société d'acquêts, 129

Solidarité familiale, 676 s., 836

Solidarité ménagères, 184 s.

Souvenirs de famille, 9, 613, 762 s.

Substitution fidéicommissaires, 78

Testament,

- conjonctif, 152 s.
- international, 568
- liberté de tester, 621

Testament-partage conjonctif, 150

Trust, 564 s.

Tutelle

- actes du tuteur, 300, 302
- initiative familiale, 288
- restrictions judiciaires, 301
- rôle du juge, 231
- suppression, 986

Universalité de fait affecté à un but familial, 17

Vices du consentement, 575

Volonté, 742 s., 799 s.

- difficultés, 480
- droit international privé, 557 s.
- faculté de choisir, 778
- histoire, 79
- mesure judiciaire de garantie des droits, 981, 1016
- mineur, 418 s.
- prise en compte de la, 114 s., 198
- propriétaire, 654 s.
- valorisation de, 344

Vulnérabilité, 25 s., 785, 996 s.

- descendant vulnérable, 854
- intérêts des personnes en situation de, 111
- personnes âgées, 450 s.
- et contractualisation, 587

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	5
INTRODUCTION	7
A. Les contours de la protection	8
1. <i>L'objet de la protection : les biens</i>	10
2. <i>Le cadre de la protection : le droit de la famille</i>	18
3. <i>Les raisons de la protection : la réalisation de certains objectifs</i>	22
4. <i>Protéger les biens contre un risque</i>	25
5. <i>La manière de protéger</i>	28
B. Les métamorphoses de la protection	30

Première partie DES MÉTAMORPHOSES DÉSTRUCTURÉES

TITRE 1 LES MANIFESTATIONS DES MÉTAMORPHOSES	43
Chapitre 1 Les métamorphoses des outils de la protection	45
Section 1 Le mouvement de libéralisation des outils de protection.....	46
§ 1 <i>L'apogée de l'interdit comme outil de protection des biens</i>	46
A. Les interdits en raison de la dangerosité de l'acte.....	47
1. <i>Les interdits dans les relations familiales verticales</i>	48
2. <i>Les interdits dans les relations familiales horizontales</i>	51
B. Les interdits en raison de la faiblesse d'un membre de la famille	53
1. <i>L'incapacité de la femme mariée</i>	53
2. <i>Le majeur interdit</i>	56
§ 2 <i>La libéralisation progressive de la protection des biens</i>	57
A. Les outils de la protection judiciaire	58
1. <i>Les outils judiciaires de protection a priori</i>	58
2. <i>Les outils judiciaires de protection a posteriori</i>	60
3. <i>Le recours aux notions-cadres</i>	64

B.	L'exaltation de la volonté des membres de la famille.....	66
Section 2	Le mouvement d'accroissement des outils de protection collective	69
§ 1	<i>La protection collective des biens dans les relations familiales</i>	69
A.	La gestion collective des biens du couple	70
1.	<i>Les solutions du droit de la famille</i>	70
a.	<i>Le modèle de la gestion conjointe</i>	70
b.	<i>La diffusion de la gestion conjointe</i>	74
2.	<i>Les solutions hors du droit de la famille</i>	75
a.	<i>L'indivision</i>	76
b.	<i>Les sociétés civiles immobilières</i>	78
B.	La transmission collective des biens	81
1.	<i>Une transmission collective étendue : les libéralités-partages conjonctives</i>	81
a.	<i>La transmission collective permise par la donation-partage conjonctive</i>	81
b.	<i>La transmission collective refusée par le testament-partage conjonctif</i>	85
2.	<i>Une transmission collective ciblée</i>	88
a.	<i>L'accord familial à l'aliénation d'un bien donné</i>	88
b.	<i>La protection des biens par le droit des sociétés</i>	89
§ 2	<i>La protection collective des biens contre les tiers</i>	91
A.	La recherche de la protection collective par la suppression du risque	91
1.	<i>L'insaisissabilité de certains biens de la famille</i>	91
a.	<i>Les biens déclarés insaisissables par la loi</i>	92
b.	<i>Les biens insaisissables par la volonté des membres de la famille</i>	94
2.	<i>Les privilèges de la famille sur les créanciers</i>	97
B.	La recherche de protection collective par l'individualisation du risque	99
1.	<i>L'individualisation du risque par la séparation des masses de biens</i>	99
a.	<i>La protection contre les créanciers d'un époux commun en biens</i>	99
b.	<i>La protection contre les créanciers du défunt</i>	101
2.	<i>L'individualisation du risque par la séparation des patrimoines</i>	104
	Conclusion du chapitre 1	109

Chapitre 2 Les métamorphoses des acteurs de la protection	111
Section 1 La redistribution des rôles entre acteurs étatiques.....	112
§ 1 <i>La démobilisation des acteurs étatiques stricto sensu</i>	113
A. Le désengagement progressif du législateur	113
B. Le recours fluctuant au juge	116
1. <i>Un recours traditionnel restreint : pallier la faiblesse d'un membre de la famille</i>	116
2. <i>Un recours transitoire accru : accompagner l'égalité dans la famille...</i>	117
3. <i>Un recours contemporain subsidiaire : accompagner la liberté dans la famille</i>	120
§ 2 <i>Le renforcement du rôle du notaire</i>	126
A. La pertinence du notaire comme acteur de la protection	126
B. Les moyens d'intervention du notaire	133
Section 2 L'implication renouvelée des acteurs familiaux	137
§ 1 <i>Un acteur privilégié de la protection</i>	137
A. La pérennité de la légitimité de la famille.....	137
1. <i>La légitimité des époux dans la protection des biens du couple</i>	138
2. <i>La légitimité des parents dans la protection des biens de leurs enfants</i> .	140
a. <i>La légitimité des parents</i>	140
b. <i>Le moyen d'intervention des parents : l'administration légale</i>	144
3. <i>La légitimité de la famille dans la protection des biens des majeurs protégés</i>	148
a. <i>La préférence familiale dans les mesures de protection des majeurs</i> .	148
b. <i>Le privilège de l'initiative familiale</i>	152
B. Les limites à la légitimité de la famille	157
1. <i>Le remplacement ponctuel du protecteur familial</i>	157
2. <i>Une légitimité encadrée</i>	159
3. <i>Le contrôle nécessaire de la famille</i>	160
4. <i>Les sanctions de la défaillance familiale</i>	164
§ 2 <i>Un acteur écarté de la protection</i>	167
A. La disqualification de la famille par la promotion de l'individu.....	167
B. La disqualification de la famille pour une gestion des biens par les tiers ..	171
1. <i>La déchéance judiciaire du protecteur</i>	172
2. <i>La renonciation familiale à la protection</i>	174

Conclusion du chapitre 2	177
CONCLUSION DU TITRE 1	179
TITRE 2 LES FACTEURS DES MÉTAMORPHOSES	181
Chapitre 1 L'influence de la conception de la famille	183
Section 1 L'influence de la conception du couple	184
§ 1 <i>La redéfinition du couple pendant la vie de famille</i>	185
A. La conception des relations du couple	185
1. <i>L'indépendance du couple face à la famille</i>	185
2. <i>La nature des relations au sein du couple</i>	186
B. La diversité des structures du couple	190
§ 2 <i>L'influence de la place du conjoint dans les successions</i>	193
A. L'évolution de la place du conjoint survivant	194
B. L'évolution de la nature des droits du conjoint survivant	200
Section 2 L'influence de la conception des autres membres de la famille.....	205
§ 1 <i>La redéfinition de la place de l'enfant</i>	206
A. La redéfinition de la place de l'enfant mineur dans sa relation avec ses parents	207
1. <i>La conception hiérarchique de la protection : l'enfant sujet de la protection</i>	207
a. <i>L'enfant mineur non émancipé : une protection paternelle assurée ...</i>	207
b. <i>L'enfant mineur émancipé : une liberté limitée</i>	210
2. <i>La conception horizontale de la protection : la qualité de propriétaire de l'enfant</i>	211
a. <i>La prise en compte nécessaire de l'intérêt de l'enfant</i>	212
b. <i>L'expansion inutile de la volonté du mineur</i>	214
B. La redéfinition de la place de l'enfant héritier	221
1. <i>La conservation des biens dans la famille légitime par la catégorisation des filiations</i>	221
a. <i>Le maintien des biens dans la famille légitime</i>	221
b. <i>Les enfants naturels dans le Code civil de 1804</i>	223
2. <i>Le déclin de la conservation des biens dans la famille légitime par l'égalité des filiations</i>	227
§ 2 <i>La nouvelle perception des ascendants</i>	232
A. La protection des biens des ascendants non protégés.....	232
1. <i>La protection individuelle des personnes âgées vulnérables par l'anticipation</i>	232

a.	<i>Les moyens nécessaires des personnes âgées</i>	233
b.	<i>Les risques de la transmission entre grands-parents et petits-enfants</i>	236
2.	<i>La protection familiale des biens contre les tiers aidants</i>	239
B.	La protection des biens des ascendants représentés	245
1.	<i>La représentation en question</i>	245
2.	<i>La suppression difficile de la représentation</i>	250
	Conclusion du chapitre 1	255
	Chapitre 2 L'influence des évolutions extérieures au droit de la famille	257
	Section 1 L'influence internationale mesurée	258
§ 1	<i>L'influence des droits de l'homme</i>	258
A.	L'influence du droit onusien des droits de l'homme.....	259
1.	<i>L'influence des conventions internationales sur la législation</i>	259
a.	<i>L'influence initialement limitée des conventions internationales sur la législation</i>	259
b.	<i>L'influence progressive des conventions internationales sur la législation</i>	264
2.	<i>L'influence des conventions internationales sur le juge</i>	268
B.	L'influence de la CEDH.....	270
1.	<i>La construction d'un droit matériel</i>	270
a.	<i>L'approche principale : la non-discrimination</i>	271
b.	<i>L'approche discrète : la protection du domicile</i>	277
2.	<i>L'influence des arrêts sur le droit français</i>	280
a.	<i>L'influence des arrêts sur la jurisprudence française</i>	280
b.	<i>L'influence des arrêts sur la législation française</i>	284
§ 2	<i>L'influence de l'internationalisation des situations</i>	286
A.	Le recul de l'ordre public français par l'internationalisation.....	286
1.	<i>L'ordre public français écarté par la loi étrangère</i>	286
a.	<i>Les relations intergénérationnelles</i>	287
b.	<i>Les relations entre époux</i>	291
2.	<i>La promotion de la volonté</i>	294
B.	L'émergence de nouveaux outils de protection par l'internationalisation .	297
	Section 2 L'influence interne avérée.....	301
§ 1	<i>L'influence du droit des contrats</i>	302
A.	Les interactions du droit de la famille avec le droit commun des contrats	302
1.	<i>Une protection parcellaire</i>	302

2. Une protection insuffisante.....	307
B. Les interactions du droit de la famille avec le droit de la consommation ..	310
1. Des facteurs d'évolution divergents	310
a. Les enjeux du droit de la consommation	310
b. Application au droit patrimonial de la famille	311
2. Des outils de protection convergents.....	313
§ 2 L'influence de la conception des biens	314
A. La diversification du contenu du patrimoine.....	314
1. La nature des biens	314
a. L'importance croissante des meubles dans le patrimoine.....	314
b. Les distinctions au sein de la catégorie des meubles	317
2. La valeur des biens	320
B. L'origine des biens	321
Conclusion du chapitre 2.....	327
CONCLUSION DU TITRE 2	329
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	331

Seconde partie

DES MÉTAMORPHOSES STRUCTURABLES

TITRE 1 L'UNITÉ POSSIBLE DE LA PHILOSOPHIE LÉGISLATIVE.....	341
Chapitre 1 Les lignes directrices de la philosophie législative contemporaine	343
Section 1 L'identification des lignes directrices	344
§ 1 La restauration des pouvoirs du propriétaire	344
A. La revalorisation de la qualité de propriétaire au sein de la famille	345
B. L'anticipation au service du respect de la volonté du propriétaire.....	350
§ 2 La préservation des moyens de subsistance	355
A. La socialisation de la protection.....	355
B. La catégorisation des mécanismes	359
Section 2 L'adéquation des institutions anciennes.....	365
§ 1 Le maintien contesté de la réserve héréditaire	366
A. La contestation de l'opportunité de la réserve héréditaire	366
B. Les contournements de la réserve héréditaire	373
§ 2 L'adaptation des institutions aux lignes directrices	376

A. Une lecture renouvelée des utilités de l'attribution préférentielle	377
B. Une lecture renouvelée des utilités des libéralités graduelles et résiduelles.....	379
Conclusion du chapitre 1	383
Chapitre 2 Les objectifs de la philosophie législative contemporaine	385
Section 1 La protection de la personne par les biens	386
§ 1 <i>Une finalité personnaliste</i>	386
A. L'avènement de la finalité contemporaine	386
1. <i>Une métamorphose constatée de l'objet de la protection</i>	387
2. <i>Une métamorphose inachevée de l'objet de la protection</i>	390
B. Les difficultés de la finalité contemporaine	394
1. <i>Les limites idéologiques</i>	394
2. <i>Les limites méthodologiques</i>	400
§ 2 <i>Une finalité post-moderne</i>	403
A. L'individualisme	404
B. Le pragmatisme	407
Section 2 L'effectivité de la protection des biens	411
§ 1 <i>Une approche catégorisée</i>	411
A. Une protection circonscrite dans les relations familiales.....	412
1. <i>Une protection relativement atteinte</i>	412
2. <i>Une protection manquée</i>	415
B. Une protection ambivalente dans les relations avec tiers.....	417
§ 2 <i>Une approche unifiée</i>	420
A. Une recherche relative.....	420
B. Une protection spéciale	422
Conclusion du chapitre 2	425
CONCLUSION DU TITRE 1	427
TITRE 2 L'UNITÉ PERFECTIBLE DE LA PHILOSOPHIE LÉGISLATIVE	429
Chapitre 1 La cohérence de la protection en droit patrimonial de la famille	431
Section 1 La cohérence dans les questions de transmission des biens.....	432
§ 1 <i>Les dispositifs de préservation des moyens de subsistance</i>	432
A. La réserve alimentaire	432
1. <i>Principe</i>	432

2.	<i>Mise en œuvre</i>	437
a.	<i>Le calcul de la réserve alimentaire</i>	438
b.	<i>L'influence sur l'anticipation successorale</i>	442
B.	Les autres dispositifs solidaires	444
1.	<i>Le droit de préemption familial</i>	445
2.	<i>L'attribution préférentielle</i>	448
§ 2	<i>Autres dispositions successorales</i>	451
A.	Conformer le droit successoral aux nouvelles lignes directrices	451
1.	<i>Mesure conforme aux droits de l'homme</i>	451
2.	<i>Mesure conforme à la volonté du propriétaire</i>	452
B.	Transmissions au sein du couple	454
1.	<i>Au sein du couple marié</i>	454
2.	<i>Au sein du couple non marié</i>	456
Section 2	La cohérence dans les questions patrimoniales du couple	459
§ 1	<i>Adapter le droit du couple en l'absence de vulnérabilité</i>	459
A.	Pendant la durée du régime	459
1.	<i>Régime primaire impératif</i>	460
a.	<i>L'extension de la protection du logement du couple</i>	460
b.	<i>L'acquisition d'un immeuble et la contribution aux charges du mariage</i> 463	
2.	<i>Le régime légal</i>	466
B.	La fin du régime matrimonial	469
1.	<i>Changement de régime matrimoniaux</i>	469
2.	<i>Opérations de liquidation-partage</i>	470
a.	<i>Liquidation alternative du régime matrimonial</i>	471
b.	<i>Les tensions philosophiques au moment du partage</i>	473
§ 2	<i>Adapter le droit du couple en présence de vulnérabilité</i>	474
A.	L'intégration du mandat de protection future dans le régime primaire impératif des conjoints	475
B.	Le choix du régime matrimonial en présence d'un majeur protégé	477
Conclusion du chapitre 1	481
Chapitre 2 La cohérence de la protection en droit patrimonial des personnes en situation de vulnérabilité	483
Section 1	Assurer la prise en compte des volontés	484

§ 1	<i>Une mesure judiciaire unique de protection</i>	484
A.	Une mesure unique de protection conforme à la philosophie législative...	485
1.	<i>Les aménagements relatifs à la personne en charge de la protection</i>	486
a.	<i>La hiérarchie des pouvoirs</i>	486
b.	<i>La désignation de la personne en charge de la protection</i>	492
2.	<i>Les aménagements de la capacité du majeur en situation de vulnérabilité</i>	494
B.	Une mesure unique de protection indûment contestée.....	499
§ 2	<i>La mise en cohérence de la matière</i>	501
A.	L'articulation des mesures de protection	501
1.	<i>Les traits directeurs communs</i>	502
2.	<i>La structuration des mesures de protection</i>	504
B.	Rénover le vocabulaire	507
1.	<i>La vulnérabilité</i>	507
2.	<i>Le vocabulaire à retenir</i>	509
	Section 2 Assurer la protection des moyens de subsistance.....	513
§ 1	<i>La gestion des moyens de subsistance</i>	513
A.	Maintenir les moyens de subsistance	513
1.	<i>Le logement du majeur en situation de vulnérabilité</i>	513
2.	<i>La fiducie-gestion</i>	517
B.	Constituer les moyens de subsistance	520
1.	<i>La fiducie pour autrui</i>	520
2.	<i>Le fonds familial</i>	521
§ 2	<i>Le transfert à titre gratuit des biens de subsistance</i>	523
A.	L'aménagement des incapacités de défiance du majeur en situation de vulnérabilité.....	524
B.	L'intention libérale du majeur sous mesure de protection	526
	Conclusion du chapitre 2	533
	CONCLUSION DU TITRE 2	535
	CONCLUSION DE LA PARTIE 2	537
	CONCLUSION GÉNÉRALE	541
	BIBLIOGRAPHIE	547
	TABLE DE JURISPRUDENCE	589
	INDEX ALPHABÉTIQUE	597

TABLE DES MATIÈRES 603

Résumé

En 1804, la protection des biens en droit de la famille est une protection des biens eux-mêmes. La protection s'entend comme un maintien des biens dans la famille. Sous l'influence de la définition de la famille, de l'internationalisation des situations, des évolutions du droit civil en général, la conception de la protection des biens en droit de la famille a fortement évolué. La thèse défendue avance que les métamorphoses de la protection des biens en droit de la famille ont abouti à un changement de la philosophie de la protection qui peut se résumer en une protection de la personne au moyen des biens. Les lois ne protègent donc plus les biens, mais davantage leurs utilités mises au service des membres de la famille. La protection est recentrée autour de la personne. La protection de l'avoir est un moyen d'atteindre la protection de l'être. Ce changement de philosophie passe notamment par une mise en valeur, par principe, de la volonté individuelle de membres de la famille, considérés en leur qualité de propriétaire. Le droit repose désormais moins sur la prescription de comportements jugés comme étant la norme, le bon comportement à adopter, que sur la liberté de chaque membre de la famille d'agir conformément à sa volonté. Ainsi, le droit familial ne prescrit plus le comportement attendu des individus dans le cadre familial. Il tend simplement à assurer la plus grande liberté de chacun. La solidarité familiale devient dépendante des choix opérés par les individus du groupe. La prise en compte du lien familial par la loi n'est que résiduelle. Elle agit comme la garantie du minimum de solidarité que la famille doit assurer à l'égard de ses membres. Le législateur accorde davantage de place à la volonté des membres de la famille pour déterminer la manière dont la protection des biens sera assurée. Il y a donc une privatisation de la protection des biens, qui s'incarne dans un libéralisme législatif, ainsi qu'une déjudiciarisation de la protection des biens.

Abstract

In 1804, the protection of property in family law was envisaged as protecting the property itself. This protection was understood as ensuring the property remained in the family. However, influenced by the changing conceptions of the family, the internationalisation of situations, and developments in civil law in general, the conception of the protection of property in family law has evolved considerably. The present thesis argues that transformations in the protection of property in family law have led to a change in the philosophy of protection which can be summarised as the protection of the person through property. The laws thus no longer protect property, but rather their capacity to be useful to the family members. This protection is refocused on the person. The protection of possession becomes a means to protect the possessor. This change of philosophy is notably achieved by emphasising, as a matter of principle, the individual will of family members, considered in their capacity as owners. The law is now premised less on the stipulation of behaviours deemed to be the norm or correct than on the freedom of each family member to act in accordance with his or her will. Thus, family law no longer dictates the behaviour expected of individuals within the family. It tends simply to ensure the greatest possible freedom for each individual. Family solidarity becomes dependent on the choices made by the individuals in the group. The law only takes the family bond into account in a residual way. The law acts as a guarantee of the minimum solidarity that the family must ensure in respect of its members. The legislator gives more space to the will of the family members to determine the way in which the protection of property will be ensured. In this way, property protection becomes privatised – a process embodied in legislative liberalism – and de-judicialised.