

THÈSE PRÉSENTÉE  
POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE  
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT  
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ

Par **Gwendoline TAFFIN**

## **LA CAPACITÉ DE LA PERSONNE REPRÉSENTÉE**

Sous la direction de Madame la Professeure Adeline Gouttenoire

Soutenue le 09 octobre 2024

### **Membres du jury :**

Mme MARIA Ingrid	Professeure à l'Université de Grenoble Alpes	Rapporteure
M. RAOUL-CORMEIL Gilles	Professeur à l'Université de Caen	Rapporteur
M. MARCHADIER Fabien	Professeur à l'Université de Poitiers	Président du jury
M. PLAZY Jean-Marie	Professeur à l'Université de Bordeaux	Examineur
Mme GOUTTENOIRE Adeline	Professeure à l'Université de Bordeaux	Directrice de thèse



L'Université n'entend accorder aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



Que Madame la Professeure Adeline Gouttenoire trouve ici l'expression de ma respectueuse gratitude pour ses conseils, sa disponibilité et son aide au fil de ces quelques années, me permettant ainsi de mener à bien mes recherches.

Je tiens tout particulièrement à remercier mes chers parents ainsi que mon frère et ma sœur pour leur présence si précieuse et leurs constants encouragements.

Mes remerciements vont également à vous tous, proches, amis ou collègues qui avez fait preuve d'une généreuse bienveillance.

Ma plus affectueuse reconnaissance va à Marceau pour sa patience à toute épreuve, pour son indéfectible soutien au quotidien et pour avoir toujours eu confiance en moi.



*À mes parents  
et à Marceau  
qui m'ont rendue capable...*



# PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ. Contrat	Actualité Juridique Contrat
AJDA	Actualité juridique Droit Administratif
AJ. Fam.	Actualité Juridique Famille
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass.plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Chron.	Chronique
CIDE	Convention internationale relative aux droits de l'enfant
CIDPH	Convention relative aux droits des personnes handicapées
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNAOP	Conseil national d'accès aux origines personnelles
Coll.	Collection
Civ. 1ère, 2e , 3e civ.	Première, deuxième, troisième chambre civile de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Cons.const.	Conseil constitutionnel
Coord.	Sous la coordination
D.	Recueil Dalloz
D.actu	Dalloz Actualité
Dir.	Sous la direction de
Dr.fam.	Revue de Droit de la famille
Droit prospectif RRJ	Revue de la recherche juridique – droit prospectif
Dr.soc.	Revue de Droit Social
Ed.	Edition(s)
Fasc.	Fascicule
Gaz.pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem (au même endroit)
In.	Dans
Infra	Ci-dessous
IFJD	Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie
Jcl. Civil code	Juris-Classeur de droit civil

JCP	Juris-Classeur Périodique (semaine juridique)
JCP G	Juris-Classeur Périodique (semaine juridique), édition générale
JCP N	Juris-Classeur Périodique (semaine juridique), édition notariale
Lamy dr.civ.	Revue Lamy droit civil
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Revue Les Petites Affiches
MAJ	Mesure d'accompagnement judiciaire
MASP	Mesure d'accompagnement social personnalisée
N°	Numéro
Obs.	Observations
ONU	Organisation des Nations Unies
Op.cit.	Opere citato (ouvrage précité)
Ord.	Ordonnance
P.	Page(s)
Pan.	Panorama
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rép.civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép.min.	Réponse ministérielle
Rép.proc.civ.	Répertoire de procédure civile Dalloz
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RGDM	Revue Générale de Droit Médical
RJPF	Revue Juridique Personnes et Famille
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD.eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Suivants
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Spéc.	Spécialement
ss.	Sous
Supra	Ci-dessus
TI	Tribunal d'instance
TGI	Tribunal de grande instance
V.	Voir





# SOMMAIRE

<b>PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</b> .....	<b>9</b>
<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>13</b>
<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE</b> .....	<b>15</b>
<b>PARTIE 1 : LA CAPACITE DECISIVE DE LA PERSONNE REPRESENTEE</b> .....	<b>37</b>
TITRE 1 : LA CAPACITE USUELLE DE LA PERSONNE REPRESENTEE .....	39
<i>Chapitre 1 : Une capacité explicite fondée sur la nature de l'acte</i> .....	41
<i>Chapitre 2 : Une capacité implicite fondée sur la remise en cause de l'acte</i> .....	67
TITRE 2 : LA CAPACITE PERSONNELLE DE LA PERSONNE REPRESENTEE .....	95
<i>Chapitre 1 : L'exclusion de la représentation</i> .....	97
<i>Chapitre 2 : Les conséquences de l'exclusion de la représentation</i> .....	201
<b>PARTIE 2 : LA CAPACITE PARTICIPATIVE DE LA PERSONNE REPRESENTEE</b> .....	<b>233</b>
TITRE 1 : LA CAPACITE DE LA PERSONNE REPRESENTEE DE PARTICIPER A LA DECISION D'UN TIERS .....	235
<i>Chapitre 1 : La consultation de la personne représentée</i> .....	237
<i>Chapitre 2 : La recherche de l'adhésion de la personne représentée à la décision d'un         tiers</i> .....	281
TITRE 2 : LA PARTICIPATION DU TIERS A LA DECISION DE LA PERSONNE REPRESENTEE .....	321
<i>Chapitre 1 : La diversité des interventions du tiers</i> .....	323
<i>Chapitre 2 : La généralisation d'une intervention graduée du tiers</i> .....	401
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....	<b>435</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>439</b>
<b>INDEX ALPHABÉTIQUE</b> .....	<b>459</b>
<b>TABLE DES MATIERES</b> .....	<b>465</b>



# INTRODUCTION GÉNÉRALE

**1. Constat.** En écrivant que : « *Le droit a peu à dire sur la capacité, qui est l'état habituel de l'être humain* »<sup>1</sup>, le Doyen Carbonnier met en lumière toute la difficulté d'évoquer le concept de capacité. En effet, le droit évoque très peu la capacité, et aucune définition légale de la capacité n'existe dans le Code civil ; seul l'article 414 de ce code fixe la majorité à l'âge de dix-huit ans accomplis qui est l'âge à partir duquel « *chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance* ». Dès lors, la capacité est inhérente à l'acquisition de la majorité : l'individu capable est celui âgé de plus de dix-huit ans. La question reste de savoir ce que signifie être capable. En l'absence de définition précise de la capacité, il faut tenter d'en dessiner les contours.

**2. Langage courant.** La première définition de la capacité se trouve dans le langage courant. En effet, ce terme est très largement utilisé dans la langue française. Le terme capacité vient du latin *capax* signifiant qui contient. En effet, le sens premier de la capacité est la contenance d'une chose alors que son second sens est figuré et correspond à la qualité de l'esprit capable<sup>2</sup>. La capacité s'entend en effet de différentes manières dans la langue française. Elle peut viser la propriété de contenir une certaine quantité de substance ou de gens, mais elle peut également se définir comme la puissance de faire quelque chose, mais c'est aussi la qualité de quelqu'un qui est en état de comprendre, de faire quelque chose<sup>3</sup>. La définition juridique se rapproche notamment de cette dernière définition abstraite de la capacité. En tout état de cause, la capacité est liée à l'idée d'aptitude, il faut alors analyser la forme que va prendre cette aptitude lorsque la capacité s'entend juridiquement.

**3. Définition juridique.** La doctrine juridique s'est attachée à proposer une définition de la capacité. La capacité a pu être définie comme étant « *l'aptitude à s'investir ou se dessaisir d'un droit, à se grever ou se libérer d'une obligation* »<sup>4</sup>. De manière générale, la

---

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil – T.1 Les personnes : personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, 21<sup>ème</sup> éd., 2000, p.13

<sup>2</sup> E.LITTRE, *Dictionnaire de la langue française*, T.1, Hachette et Cie, 1873, p.475

<sup>3</sup> A.REY, J.REY-DEBOVE, *Le petit Robert de la langue française*, 2020, Le Robert, p.345

<sup>4</sup> F.BERRIAT-SAINT-PRIX, *De l'incapacité des femmes mariées, des mineurs, des interdits et des personnes soumises*, BNF, éd.1841, p.4

capacité se définit comme « *l'aptitude à acquérir un droit et à l'exercer* »<sup>5</sup>. D'autres estiment que la capacité juridique permet à la personne d'être acteur de la vie juridique et qu'elle est la « projection dynamique » de la personnalité juridique mettant en mesure l'intéressé de se servir des droits subjectifs et des pouvoirs<sup>6</sup>. Il semble alors important de distinguer les différentes capacités et les notions voisines qui l'entourent afin de comprendre la différence entre la capacité d'être titulaire d'un droit et la capacité de l'exercer.

**4. Différentes capacités.** La capacité est considérée comme « *une notion à multiples terrains d'actions* »<sup>7</sup>. La capacité juridique entendue comme une capacité civile va être l'aptitude à réaliser différents actes juridiques. Néanmoins, d'autres capacités ne concernent pas la réalisation d'actes juridiques. Il en va ainsi de la capacité entendue au sens civique qui va permettre d'être titulaire et d'exercer les droits électoraux. Cette remarque concerne également la capacité pénale qui se définit comme « *l'aptitude d'un individu à engager sa responsabilité et à être sanctionné, autrement dit, à être reconnu pénalement responsable* »<sup>8</sup>. Cette capacité qui relève du droit pénal, même si elle y est liée, se distingue de la capacité civile et civique qui s'entend de la capacité de réaliser des actes juridiques ou de participer à la prise de décision et qui sera seul objet de notre étude. Cette concentration du sujet s'explique en outre par les nombreuses évolutions récentes qui ont eu lieu en ce domaine et qui ne sont pas transposables au droit pénal. Il est également important de différencier la capacité civile de la capacité naturelle qui se définit comme « *un attribut propre à l'être humain. Elle est la somme de ses aptitudes naturelles* ». De manière générale, la capacité naturelle coïncide avec la capacité juridique, mais ce n'est pas toujours le cas. Par ailleurs, la capacité naturelle résulte de la nature même de la personne alors que la capacité civile découle de la loi et notamment de l'acquisition de la personnalité juridique.

**5. Capacité et personnalité juridique.** La capacité d'être titulaire de droits et de les exercer est profondément attachée à l'acquisition de la personnalité juridique puisqu'elle se définit comme l'aptitude « *à être titulaire de droits et assujetti à des obligations qui appartient à toute personne physique* »<sup>9</sup>. Dès lors, « *la personnalité juridique suppose donc*

---

<sup>5</sup> G.CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 13<sup>ème</sup> éd., PUF, 2020, p.146

<sup>6</sup> Ph.CONTE, B.PETIT, *Les incapacités*, PUG, 1992, p.5

<sup>7</sup> J.-P.GRIDEL, *Introduction au droit et au droit français. Notions fondamentales, Méthodologie, Synthèses.*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1994, p.391

<sup>8</sup> C.MARGAINE, *La capacité pénale*, Thèse de doctorat, Droit, Université de Bordeaux, 2011

<sup>9</sup> G.CORNU, *op.cit.*, p.754

*un minimum de capacité* »<sup>10</sup>. Les liens sont très étroits entre la capacité et la personnalité juridique qui permettent chacune une activité juridique<sup>11</sup>. La différence réside dans le fait que la personnalité juridique ne suffit pas, il faut pouvoir agir. C'est donc une différence entre être et agir<sup>12</sup>. La personnalité juridique va permettre à l'individu d'exister juridiquement et de devenir sujet de droit alors que la capacité va lui permettre d'être acteur de cette existence. L'absence de capacité n'empêche pas d'être, mais l'absence de personnalité juridique empêche d'agir puisqu'il n'y a pas de capacité. En effet, la capacité n'est pas une condition d'acquisition de la personnalité juridique alors que la personnalité juridique est une condition d'acquisition de la capacité qui va fonder l'action du sujet de droit. La personnalité juridique serait une notion abstraite alors que la capacité apparaît comme une notion plus concrète. Sa nature abstraite explique sans doute les nombreux débats qui entourent la détermination de l'acquisition de la personnalité juridique. En outre, si la capacité va permettre au sujet de droit d'être un acteur juridique, il faut que le sujet de droit ait le pouvoir de l'être.

**6. Capacité et pouvoir.** Juridiquement, le pouvoir peut se définir comme « *l'aptitude d'origine légale, judiciaire ou conventionnelle à exercer les droits d'autrui (...) et à agir pour le compte de cette personne dans les limites de l'investiture reçue (...) qui correspond en général, pour celui qui l'exerce, non seulement à un droit d'agir qui fonde son intervention (...) mais à une mission* »<sup>13</sup>. Si la capacité s'entend de l'aptitude à être titulaire de droits et à les exercer, il faut la distinguer du pouvoir, la doctrine<sup>14</sup> précise en ce sens que la capacité est « *l'aptitude à agir valablement pour soi-même* » alors que le pouvoir est « *la puissance d'agir sur le patrimoine d'autrui* ». D'autres<sup>15</sup> ont considéré que le pouvoir est une « *habilitation à définir juridiquement l'intérêt d'autrui* » qui se distingue donc de la capacité envisagée classiquement comme « *l'aptitude à agir valablement pour son propre compte* ». De manière générale, la capacité va concerner l'exercice de ses propres droits alors que le pouvoir va viser l'exercice des droits d'autrui. Des auteurs<sup>16</sup> estiment que la distinction repose sur l'étendue de ces notions : pour la capacité, il s'agit de l'activité d'une personne quant à ses propres intérêts alors que le pouvoir peut déborder ce cadre et permettre à une personne de

<sup>10</sup> G.MARTY, P.RAYNAUD, *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., T. 1, Recueil Sirey, 1972., n°503, p.627

<sup>11</sup> I.GALLMEISTER, Y.FAVIER, « Etat et capacité des personnes », *Rép.civ.*, juill.2023, n°115

<sup>12</sup> V. en ce sens : PH.CONTE, B.PETIT, op.cit.

<sup>13</sup> G. CORNU, op.cit.

<sup>14</sup> M.PLANIOL, G.RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 11<sup>ème</sup> éd., T.1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1928, p.537-538

<sup>15</sup> M.BEAURUEL, *La théorie générale du pouvoir en droit des majeurs protégés*, IFDJ, 2019, p.80, n°97

<sup>16</sup> G.MARTY, P.RAYNAUD, op.cit.

gérer les intérêts d'autrui. Dès lors, le pouvoir va permettre d'élargir le domaine d'activité d'une personne qui va être étendu au-delà de celui de ses intérêts<sup>17</sup>. Dès lors que la personne dispose de la capacité, alors elle dispose du pouvoir d'agir pour ses intérêts, et, de surcroît, ceux d'autrui. Si la personne n'a pas la capacité pour agir, elle ne peut pas avoir de pouvoir qui sera exercé par autrui.

**7. Capacité de principe.** En l'absence de définition législative, nous pouvons considérer que la capacité est bien « *la situation normale pour tout être humain* »<sup>18</sup>. Cette affirmation n'a pas toujours été vraie. En effet, en droit romain, tous les individus n'avaient pas la personnalité juridique<sup>19</sup>. Le sujet de droit devait avoir la « *caput* » qui est la personnalité juridique et ne pouvait exister que si trois éléments étaient réunis<sup>20</sup> : la liberté (*status libertatis*), la cité (*status civitatis*) et la famille (*status familiae*). Autrement dit, l'individu devait être libre, citoyen et à la tête d'une famille, c'est-à-dire être *sui juris* qui permet d'être pleinement capable<sup>21</sup>. Il était possible de perdre la qualité de *sui juris* si la *caput* était réduite ou perdue par la *capitus deminutio*<sup>22</sup>. À côté de cette capacité de droit, il y a une capacité de fait, afin que la personne exerce elle-même les droits que la loi lui reconnaît<sup>23</sup>. La personnalité juridique n'était donc pas accordée systématiquement et de surcroît la capacité non plus : il fallait que la loi les octroie. Dans l'Ancien droit, la capacité dépendait surtout de la condition de l'individu dans la société qui était inégalitaire<sup>24</sup>. Il faut attendre la Révolution française pour poser le principe dans l'article 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 que : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.* » C'est ainsi que l'article 8 du Code civil est venu reconnaître les mêmes droits pour tous les individus en affirmant que : « *Tout Français jouira des droits civils.* ». Aujourd'hui la capacité est le principe et l'incapacité l'exception.

**8. Capacité de jouissance.** La définition même de la capacité juridique pose une *summa divisio* entre la capacité de jouissance, autrement dit, la capacité à « *avoir des droits et*

---

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, Thèse de doctorat, droit, Bordeaux, 1998

<sup>19</sup> J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2009, p.28

<sup>20</sup> P.-F. GIRARD, J.-P. LEVY, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2003, p.208

<sup>21</sup> J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2010, p.49, n°59

<sup>22</sup> P.-F. GIRARD, J.-P. LEVY, *op.cit.*

<sup>23</sup> J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op.cit.*

<sup>24</sup> P. MALAURIE, « Capacité », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p.161

des obligations »<sup>25</sup> et la capacité d'exercice qui est la capacité « à mettre en œuvre, exercer soi-même et seul, des droits »<sup>26</sup>. De manière générale, tout le monde détient la capacité de jouissance, car tout le monde peut être titulaire de droits. En effet, priver de manière générale une personne de sa capacité de jouissance reviendrait à une privation de la personnalité juridique<sup>27</sup>. Le droit romain a notamment limité la jouissance de droits qui découlait du statut, de l'état des personnes et relevaient du droit public<sup>28</sup>. De la même manière, certaines catégories de personnes ne disposaient pas de la capacité de jouissance dans l'Ancien droit comme les serfs, les Sarrazins, les Juifs, les morts civils, etc., ou encore les personnes frappées de certaines maladies comme la lèpre<sup>29</sup>. Que ce soit en droit romain ou dans l'Ancien droit, la capacité de jouissance n'était pas le principe et dépendait de l'état des personnes. La capacité de jouissance a été généralisée en droit français par l'article 8 du Code civil, même si elle souffre de quelques exceptions, du fait de la persistance de certaines incapacités de jouissance spéciales<sup>30</sup>. En outre, la capacité de jouissance s'oppose à la capacité d'exercice puisqu'être capable d'être titulaire de droits n'implique pas nécessairement la capacité d'exercer ces droits. *A contrario*, l'incapacité d'exercice peut aboutir à une incapacité de jouissance lorsqu'elle est limitée ou supprimée.

**9. La limitation de la capacité d'exercice.** L'aptitude à exercer les droits peut être limitée pour certaines personnes. Dans ce cadre, la capacité est plutôt étudiée dans son sens négatif. Bien souvent, lorsque le droit français traite de la capacité, ce n'est pas de manière positive, il préfère appréhender la capacité de manière négative c'est-à-dire au titre des incapacités. Autrement dit, il faut s'intéresser aux personnes qui voient leur capacité d'exercice être limitée et donc aux personnes qui sont titulaires de droits, mais qui ne peuvent pas les exercer. La personne est frappée d'une incapacité d'exercice lorsqu'elle ne peut pas mettre en œuvre elle-même ou exercer seule certains droits dont elle demeure malgré tout titulaire<sup>31</sup>. Historiquement, ces incapacités d'exercice ont d'abord pu concerner les femmes en raison de leur sexe puis en raison de leur mariage. Cette incapacité n'existe plus depuis la loi du 18 février 1938 qui supprime l'incapacité de la femme mariée puis la loi du 13 juillet 1965 créant le régime de participation aux acquêts selon lequel chacun des époux conserve

<sup>25</sup> C.PUIGELIER (dir.), *Dictionnaire juridique*, 4<sup>ème</sup> éd., Bruylant, 2023, p.169, n°843

<sup>26</sup> Ibid., p.170, n°845

<sup>27</sup> I.GALLMEISTER, Y.FAVIER, op.cit.

<sup>28</sup> J.-P.LEVY, A.CASTALDO, op.cit., V. *supra* n°7

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Par exemple : l'article 903 du Code civil qui interdit en principe au mineur de 16 ans de disposer.

<sup>31</sup> I.GALLMEISTER, Y.FAVIER, op.cit. ; G.CORNU, op.cit.

l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans distinguer propres ni acquêts<sup>32</sup>. Il n'existe donc plus d'incapacité fondée sur le sexe de la personne. Notre droit a toujours visé particulièrement les mineurs et les aliénés, qui sont des majeurs dont les facultés mentales sont altérées. Ces catégories n'ont eu de cesse d'évoluer. Pour le mineur, la catégorie a surtout évolué à raison de l'âge fixé pour la majorité.

**10. Droit positif.** En droit positif, les incapacités de jouissance ne peuvent donc être que spéciales alors que les incapacités d'exercice peuvent être spéciales ou générales. Si ce droit des incapacités a longtemps été prévu seulement dans le Code civil, il se retrouve aujourd'hui dans de nombreuses sphères du droit à la frontière entre le droit privé et le droit public comme le droit de la santé ou encore le droit du travail. C'est pourquoi notre étude ne se limite pas au droit civil *stricto sensu*, mais plutôt au droit privé au sens large avec des droits de nature hybride envisagés dans le domaine du droit privé. Cette multiplication des sources du droit des incapacités s'explique probablement par l'évolution de leur objet. En effet, l'incapacité frappe une personne en raison de sa jeunesse ou de l'altération de ses facultés mentales. Dans cette hypothèse, le droit civil prévoit une protection de ces personnes. À l'origine, le Code civil de 1804 visait surtout le patrimoine afin d'assurer la conservation des biens dans la famille, mais aujourd'hui le Code civil s'attache avant tout à protéger la personne sans occulter pour autant son patrimoine<sup>33</sup>. Ce développement de la protection de la personne implique nécessairement que d'autres droits que le droit civil traitent des incapacités, notamment le droit de la santé. L'incapacité reposant sur une volonté insuffisante en raison de l'âge ou de l'altération des facultés mentales a donc pour objectif de protéger la personne en limitant l'exercice de ses droits qui sera assuré par un tiers.

**11. Les personnes protégées.** Les deux personnes protégées par une incapacité dans le Code civil sont le mineur et le majeur protégé puisque l'article 488 du Code civil dispose : « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance* ». Or, les mineurs sont les individus qui n'ont pas encore atteints l'âge de 18 ans. De plus, l'article 415 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil précise que : « *Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre.* ». La capacité est donc présumée, elle est la règle, l'incapacité étant l'exception et reposant sur un

---

<sup>32</sup> J.-P.LEVY, A.CASTALDO, op.cit., p.1490-1491, n°1086

<sup>33</sup> P.MALAUURIE, op.cit.

objectif principal de protection. La possibilité d'exercer les droits dont la personne a la jouissance n'est alors que limitativement prévue par la loi qui va prévoir des régimes de protection en raison de l'existence de certaines caractéristiques sources d'incapacité qui sont principalement la jeunesse et la maladie mentale<sup>34</sup>. Pour les personnes dont l'altération des facultés mentales ou corporelles est constatée comme pour le mineur, c'est le besoin de protection qui fonde le régime d'incapacité<sup>35</sup>.

**12. Démographie.** Il faut constater des évolutions démographiques en France avec une population de plus en plus vieillissante, multipliant les hypothèses de vulnérabilité. Selon l'Insee<sup>36</sup>, la population française continue de vieillir, au 1<sup>er</sup> janvier 2020, les personnes âgées d'au moins 65 ans représentent 20,5% de la population contre 19,7% en 2018. Leur part a progressé de 4,7 points en vingt ans<sup>37</sup>. Cette accélération du vieillissement s'explique notamment par l'arrivée à des âges élevés de la génération d'après-guerre appelée les baby-boomers. En outre, les personnes vivent de plus en plus âgées. En effet, l'espérance de vie à la naissance pour une femme était de 81,8 ans en 1994 contre 85,7 ans en 2023 et pour un homme elle était de 73,6 ans en 1994 contre 80 ans en 2023<sup>38</sup>. La protection juridique des majeurs organisée par le droit civil pour les personnes souffrant d'une altération de leurs facultés personnelles les empêchant de pourvoir seul à leurs intérêts concernait plus de 800 000 personnes fin 2023 dont 711 600 étaient sous curatelle ou sous tutelle selon le Ministère de la Justice<sup>39</sup>. En 2023, 61 685 mesures de type tutelle, curatelle, sauvegarde de justice, mesure d'accompagnement judiciaire ont été ouvertes dont 28 059 étaient des tutelles<sup>40</sup>. Pour l'habilitation familiale, 38 646 étaient prononcées de manière générale en 2023 alors qu'elles n'étaient que 16 476 en 2018<sup>41</sup>. La question de la protection juridique concerne donc un nombre important de personnes particulièrement vulnérables, nombre qui ne va cesser de croître au regard du vieillissement de la population et de l'accroissement de l'espérance de vie. La part des mineurs est également importante dans la population puisqu'en

<sup>34</sup> V.MIKALEF-TOUDIC, A.CERMOLACCE, « Catégorie de personnes et capacité », in P.BLOCH, C.DUVERT, N.SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Economica, 2006, p.44, n°8

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Insee. Tableaux de l'économie française. Population par âge, 27 fév. 2020, Insee Références.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Insee. Espérance de vie à divers âges. Données annuelles de 1994 à 2023, 16 janv. 2024, [en ligne], <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2416631#graphique-figure1>

<sup>39</sup> Ministère de la justice. La protection juridique des majeurs. Références statistiques justice. Paris : Ministère de la Justice, 2024.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Ibid.

2024, 15 928 276 personnes étaient âgées de 0 à 19 ans représentant 23,3% de la population dont 4 277 518 étaient âgés de 15 à 19 ans<sup>42</sup>. Dès lors, les personnes susceptibles d'être vulnérables que sont les mineurs ou les personnes vieillissantes représentent une part importante de la population française pour laquelle le droit va devoir organiser une certaine protection.

**13. Les régimes de protection.** Pour le majeur protégé qui souffre d'une altération de ses facultés, le régime de protection mis en place repose, selon l'article 428 du Code civil, sur trois principes : la nécessité, la subsidiarité et la proportionnalité soulignant ainsi le caractère exceptionnel de la mise en place d'un régime de protection. Pour la doctrine, les principes de nécessité et de subsidiarité peuvent se réduire à un seul qu'est celui de proportionnalité : la protection doit être proportionnée à la gravité de l'incapacité<sup>43</sup>. C'est notamment pourquoi la loi du 3 janvier 1968<sup>44</sup> a mis en place trois régimes de protection différents : la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle. La loi du 5 mars 2007<sup>45</sup> a également institué le mandat de protection future et l'ordonnance du 15 octobre 2015<sup>46</sup> a créé l'habilitation familiale. Le mineur est quant à lui protégé par différentes institutions que sont l'autorité parentale, l'administration légale et la tutelle. Tous les régimes concernant le mineur reposent sur la représentation alors que pour le majeur protégé les différents régimes correspondent aux différentes techniques de protection qui sont la surveillance dans le cadre de la sauvegarde de justice<sup>47</sup>, l'assistance dans le cadre de la curatelle<sup>48</sup> ou la représentation dans le cadre de la tutelle<sup>49</sup>. Le principe posé par l'article 477 du Code civil, instaurant le mandat de protection future, est que toute personne majeure ou mineure émancipée qui ne fait pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale peut donner pouvoir à un ou plusieurs tiers par un mandat de la représenter pour le cas où elle ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts. Il s'agit d'une anticipation de l'organisation de la protection juridique, la

---

<sup>42</sup> Insee, Population par sexe et groupe d'âges. Données annuelles 2024, 16 janv. 2024, [en ligne], [https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381474#figure1\\_radio2](https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381474#figure1_radio2)

<sup>43</sup> P.MALAUROU, op.cit.

<sup>44</sup> Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs

<sup>45</sup> Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs

<sup>46</sup> Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille

<sup>47</sup> Art. 433 al.1 du Code civil : « Le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés. »

<sup>48</sup> Art 440 al. 1 du Code civil : « La personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle. »

<sup>49</sup> Art. 440 al. 3 du Code civil : « La personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, doit être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile, peut être placée en tutelle. »

représentation aura une origine conventionnelle. L'habilitation familiale est prévue aux articles 494-1 et suivants du Code civil et repose sur un régime de représentation ou d'assistance ou – l'un et l'autre - par une personne choisie parmi les ascendants ou descendants, frères et sœurs de la personne à protéger ou, à moins que la communauté de vie ait cessé entre eux, le conjoint, le partenaire auquel elle est liée par un pacte civil de solidarité ou le concubin. Lorsque l'habilitation familiale est générale et qu'elle repose sur une représentation, l'incapacité d'exercice qui frappe la personne protégée sur le terrain de la gestion du patrimoine est à la mesure de celle du tuteur<sup>50</sup>. Lorsqu'elle porte également sur la protection de la personne, l'habilitation s'exerce dans le respect des dispositions des articles 457-1 à 459-2 du Code civil. En ce sens, lorsque l'habilitation familiale prévoit une représentation générale portant tout à la fois sur le patrimoine et la personne, elle peut être assimilée à une mesure de tutelle. Puisque la technique de protection du mineur ne repose que sur la représentation, notre étude portera seulement sur les mesures de protection prévoyant la représentation générale de la personne dans le cadre d'une mesure de protection judiciaire à savoir la tutelle et l'habilitation familiale générale par représentation. En effet, l'habilitation familiale peut prévoir une représentation pour certains actes spécifiques ou être générale. Cette étude s'intéressera à cette dernière hypothèse puisque c'est dans ce cas que la représentation est systématique et que la mesure d'habilitation familiale est assimilée à la mesure de tutelle. Autrement dit, il s'agit de viser le mineur et les majeurs protégés bénéficiant d'une mesure de représentation.

**14. La représentation.** La représentation est définie comme une action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel, qu'on appelle le représentant, d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre personne juridiquement incapable ou empêchée (le représenté) un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté<sup>51</sup>. Le représentant va ainsi agir par représentation au nom, à la place et pour le compte du représenté en vertu d'un pouvoir conféré par une convention, par une décision de justice ou par la loi<sup>52</sup>. Le représentant va alors remplacer le représenté dans l'exercice de ses droits. En effet, le représentant va réaliser les actes pour le majeur protégé ou le mineur. C'est pourquoi cette étude ne vise que la capacité de la personne représentée puisque dès qu'une représentation est prévue l'incapacité

---

<sup>50</sup> I.GALLMEISTER, Y.FAVIER, op.cit.

<sup>51</sup> G.CORNU, op.cit.

<sup>52</sup> Ibid.

d'exercice est générale. Il faut également préciser que la protection judiciaire du majeur ne concerne que les actes juridiques ; le majeur comme le mineur sont dotés d'une pleine capacité délictuelle concernant les faits juridiques<sup>53</sup>. C'est pourquoi cette capacité ne fera pas l'objet d'une analyse dans le cadre de notre étude.

**15. Capacité naturelle.** Si la capacité naturelle est à distinguer de la capacité au sens juridique, les deux notions n'en restent pas moins liées. En effet, la prise en compte des aptitudes réelles de la personne pour limiter son incapacité est au cœur des préoccupations du législateur contemporain. En effet, il n'est pas rare que l'incapacité mise en place soit en décalage avec les aptitudes réelles de la personne protégée. Cette affirmation se vérifie particulièrement pour le mineur qui avance en âge, mais elle vaut également pour le majeur protégé qui n'est pas dépourvu de toute capacité naturelle. En ce sens, pour les régimes prévoyant la représentation, cette technique de protection peut parfois être exclue si les aptitudes du majeur protégé le permettent. Pour le mineur, la représentation impliquant son incapacité est absolue. En revanche, se développent de plus en plus des exceptions afin de prendre en compte sa capacité naturelle à travers l'appréciation de son discernement. Le discernement se définit comme « *l'aptitude à distinguer le bien du mal qui, apparaissant chez le mineur, à l'âge de raison (question de fait), le rend capable de s'obliger délictuellement* »<sup>54</sup>. En effet, la notion de discernement est particulièrement présente en droit pénal, mais elle tend à se développer dans les autres matières du droit et pas seulement pour le mineur et peut donc également se définir comme les « *facultés mentales d'un adulte ou d'un enfant lui permettant d'avoir pleinement conscience de ses actes* »<sup>55</sup>. Le législateur a donc multiplié les dispositions afin de permettre au mineur ou au majeur protégé, malgré la mesure de représentation, de pouvoir ponctuellement agir en fonction de leur capacité naturelle. Dès lors, la capacité naturelle va permettre de réduire l'incapacité juridique.

**16. Conséquences.** Cette volonté législative n'est pas sans conséquence pour notre droit positif qui subit un éclatement des règles, notamment en droit des majeurs protégés. Certains ont d'ailleurs parlé de « *protection à la carte devant tenir compte de la capacité naturelle du majeur protégé* »<sup>56</sup>. En effet, la multiplication des régimes de protection démontre la volonté de s'adapter aux aptitudes réelles du majeur protégé, mais également la

---

<sup>53</sup> F.MARCHADIER, *Majeur protégé. Droit civil*, Dalloz, 2020, p.95, n°154

<sup>54</sup> G.CORNU, *op.cit.*

<sup>55</sup> C.PUIGELIER (dir.), *op.cit.*

<sup>56</sup> A.CERMOLACCE, V.MIKALEF-TOUDIC, *op.cit.*

volonté d'assouplir eux-mêmes les régimes de protection. Pour le mineur, ces nombreuses exceptions se multiplient également au sein de notre arsenal législatif. À ce titre, le Professeur Jean Hauser<sup>57</sup> a écrit : « *Le désordre actuel de notre législation qui continue à raisonner théoriquement en termes d'incapacité mais ouvre des fenêtres aléatoires et hasardeuses de pré-capacité n'est pas satisfaisant et révélateur de cette législation en miettes dont la France s'est fait une spécialité ces dernières années* ». En effet, le risque de multiplier les dispositions capacitaires est de rendre le système de protection incohérent et confus, c'est pourquoi il est nécessaire d'évoluer vers une plus grande indifférenciation des règles applicables aux personnes bénéficiant d'une mesure de représentation<sup>58</sup>.

**17. (In)capacité.** Afin de davantage prendre en compte la capacité naturelle, il faut remarquer un renouveau de la capacité plus que de l'incapacité. En ce sens, il a été constaté pour le mineur que « *depuis l'adoption du Code civil, l'incapacité juridique de l'enfant tend à reculer ; une certaine capacité lui est reconnue* »<sup>59</sup>. Pour la doctrine<sup>60</sup>, la réapparition de la capacité dans notre système de protection s'explique notamment par un mouvement de revalorisation de la personne humaine : « *Il est, en effet, de plus en plus question de placer la personne humaine, quel que soit son âge ou son état, au centre des préoccupations du législateur. On assiste à une revalorisation de la personne* ». En ce sens, il a, par exemple, été décidé de ne plus évoquer les personnes incapables pour désigner les personnes bénéficiant d'une mesure de protection juridique dans la loi du 5 mars 2007<sup>61</sup>. Le terme « incapable » était en effet empreint d'une connotation trop négative. Le mineur quant à lui est « *une personne humaine, profondément marquée par la temporalité, qui possède une subjectivité en continuelle évolution. C'est la raison pour laquelle le droit lui reconnaît une certaine capacité juridique* »<sup>62</sup>. Cette revalorisation de la personne humaine expliquant la résurgence de la capacité s'explique également par la volonté de placer la personne au cœur des décisions le concernant.

**18. Repenser le modèle de protection.** Au regard de ces constatations, le modèle de protection reposant sur une représentation stricte et l'incapacité de la personne protégée ne semble plus être un modèle pertinent. En effet, un tel régime manque de souplesse face aux

<sup>57</sup> J.HAUSER, « La notion d'incapacité », *LPA*, 2003, n°164, p.3

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> D.YOUF, *Penser les droits de l'enfant*, 1<sup>ère</sup> éd., PUF, 2002, p.117

<sup>60</sup> A.CERMOLACCE, V.MIKALEF-TOUDIC, op.cit.

<sup>61</sup> J.HAUSER, « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr.fam.*, 2007, n°5

<sup>62</sup> D.YOUF, op.cit.

réalités d'aujourd'hui. Pour la doctrine<sup>63</sup>, le législateur contemporain doit relever le défi de protéger la personne vulnérable ne jouissant plus de toutes ses facultés tout en conservant son autonomie afin de respecter au mieux sa personne. De nombreux textes illustrent ce recul de l'incapacité malgré la mesure de représentation. Le mineur et le majeur protégé ne sont plus seulement appréhendés sous l'angle de l'incapacité, mais comme des sujets de droit actif.

### **19. Recul de l'incapacité du mineur en droit international et européen.**

Aujourd'hui, la tendance est au recul et à l'allègement de l'incapacité dans le but de développer l'autonomie et la liberté d'action du mineur. De nombreuses dispositions visent à encourager l'activité juridique du mineur. La déclaration des droits de l'enfant de 1959 puis l'adoption le 20 novembre 1989 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) par l'Assemblée générale des Nations unies a permis aux mineurs de se voir reconnaître certains droits participatifs, étant précisé que cette Convention protège essentiellement la personne du mineur, mais ne traite pas de la protection de son patrimoine<sup>64</sup>. C'est le législateur de 1964 qui a octroyé aux mineurs le droit de faire seul des actes usuels à travers l'ancien article 389-3 du Code civil<sup>65</sup>. Cette Convention internationale a également inspiré le droit européen donnant naissance à la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 janvier 1996. En ce sens, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe considérait déjà dans sa recommandation 1121 de 1990 : « *qu'outre le droit d'être protégés, les enfants ont des droits qu'ils peuvent exercer eux-mêmes de façon indépendante - même contre la volonté des adultes* » et les rédacteurs de la Convention ont tenu compte de cette remarque. En effet, le Préambule de la Convention prévoit que les États signataires sont « *convaincus que les droits et les intérêts supérieurs des enfants devraient être promus et qu'à cet effet les enfants devraient avoir la possibilité d'exercer ces droits, en particulier dans les procédures familiales les intéressant* ». La Convention consacre essentiellement des droits procéduraux. La Convention Européenne des droits de l'homme contient également des dispositions permettant de protéger l'enfant à tel point que la doctrine affirme que la Cour européenne des droits de l'homme opère « *une protection catégorielle des droits de l'homme au profit de l'enfant en utilisant des dispositions générales de la Convention interprétées à la*

---

<sup>63</sup> F.VASSEUR-LAMBRY, « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme », *Dr.fam.*, février 2011, n°2

<sup>64</sup> J.-M.PLAZY, *op.cit.*

<sup>65</sup> Article 389-3 ancien du Code civil : « L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes. »

lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant »<sup>66</sup>. Cette prise en compte internationale et européenne des droits de l'enfant, qui promeut la prise en compte de sa volonté et le respect de son autonomie dans l'exercice de ses droits, a poussé le législateur à œuvrer dans ce sens également.

**20. Droit comparé mineur.** Les droits étrangers prennent également en compte le développement des droits des mineurs afin qu'il puisse les exercer de manière effective. Bien souvent, la capacité du mineur va surtout varier en fonction de l'âge selon les législations. L'exemple le plus marquant de prise en compte du développement des aptitudes du mineur est le droit allemand qui prévoit une capacité progressive du mineur puisque le §1626 (2) du BGB (Code civil allemand) prévoit que les parents doivent tenir compte des capacités croissantes de leur enfant et de son besoin d'agir de manière indépendante et responsable. Ainsi les mineurs de moins de sept ans sont juridiquement incapables alors que les jeunes entre sept et dix-huit ans disposent d'une capacité juridique limitée puisqu'ils peuvent effectuer des actes juridiques avec l'accord de leur représentant légal sans distinction en fonction de la maturité<sup>67</sup>. En droit québécois, il est considéré que « *Bien que la minorité appelle un besoin de protection, celle-ci s'inscrit dans la perspective des droits de l'enfant qui implique la prise en considération du degré de développement et de maturité du mineur comme mesure de son autonomie dans un nombre croissant de domaines (..)* »<sup>68</sup>. Le droit québécois prend parfois en compte le degré de développement de l'enfant et d'autre fois la capacité va dépendre de l'âge de l'enfant : à quatorze ans notamment il acquiert une autonomie réelle dans de nombreux domaines<sup>69</sup>. Enfin, si les droits anglais et écossais garantissent au mineur la possibilité de participer à la prise de décisions le concernant quand il n'est pas décideur<sup>70</sup>, ils mettent également l'accent sur l'autonomie de l'enfant<sup>71</sup> puisque le droit écossais reconnaît la pleine capacité juridique au mineur de plus de seize ans<sup>72</sup> qui reste malgré tout sous statut protecteur. Les droits anglais et écossais prennent également en

<sup>66</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, *Droit des mineurs*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2021, p.58, n°91

<sup>67</sup> §106, §107 et §108 BGB ; R.FRANK, « Jeunesse et droit en Allemagne », in D.GUERIN (dir.), *Jeunesse et droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021, p.128

<sup>68</sup> D.GOUBAU, « La minorité québécoise, période d'acquisition progressive de l'autonomie », in D.GUERIN (dir.), *Jeunesse et droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021, p.290

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> L.FRANCOZ-TERMINAL, « Minorité et mécanismes palliant l'incapacité juridique du mineur au Royaume-Uni », in D.GUERIN (dir.), *Jeunesse et droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021, p.133 et s.

<sup>71</sup> L.FRANCOZ-TERMINAL, « Minorité et capacité juridique du mineur au Royaume-Uni », D.GUERIN (dir.), *Jeunesse et droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021, p.291 et s.

<sup>72</sup> Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991

compte la maturité de l'enfant, particulièrement en droit médical pour le droit anglais<sup>73</sup> ou encore pour déclencher une procédure en droit écossais<sup>74</sup>. Le droit français a également modifié sa législation afin d'intégrer l'idée d'une capacité progressive du mineur, notamment promue par la Convention internationale des droits de l'enfant. En ce sens, le droit romain reposait également sur un système gradué et individualisé, car il n'y avait pas d'âge fixé pour la majorité, mais la capacité dépendait des aptitudes personnelles de chaque adolescent<sup>75</sup>.

**21. Recul de l'incapacité du mineur en droit français.** Il a toujours été admis que « *dans une mesure limitée, mais moins négligeable qu'on l'affirme parfois, les mineurs non émancipés ont une activité juridique que l'on ne peut sans artifice rattacher aux pouvoirs des parents ou du représentant légal et qu'il faut bien dès lors, faire reposer sur une capacité propre* »<sup>76</sup>. Le droit interne a donc pris en considération les injonctions internationales et le mineur a désormais une place plus importante lorsqu'il s'agit de prendre des décisions le concernant ; le législateur prend en compte la nécessité pour le mineur d'exercer les droits ainsi reconnus. Cette évolution est largement due à l'influence de la Convention internationale des droits de l'enfant. C'est ainsi que la loi du 8 janvier 1993 rend possible l'audition du mineur capable de discernement dans toute procédure le concernant. D'autres lois vont véritablement consacrer une autonomie du mineur comme les lois relatives à la santé de l'enfant, notamment celle du 13 décembre 2000<sup>77</sup> relative à la contraception d'urgence, du 4 juillet 2001<sup>78</sup> relative à la contraception et l'interruption volontaire de grossesse, et du 4 mars 2002<sup>79</sup> qui prévoit l'accès du mineur à des soins confidentiels et instaure l'obligation de rechercher le consentement du mineur en matière médicale. D'autres lois plus récentes poursuivent les objectifs de la Convention internationale des droits de l'enfant comme celle du 27 janvier 2017<sup>80</sup> qui modifie l'article 2 bis de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901<sup>81</sup> et permet aux mineurs d'adhérer librement à une association ou d'en créer une, ou encore celle du 7 juillet 2023<sup>82</sup> qui fixe la majorité numérique à 15 ans pour l'inscription sur les réseaux sociaux. La

---

<sup>73</sup> Affaire Gillick, V. *infra* n°465 et s.

<sup>74</sup> L.FRANCOZ-TERMINAL, *op.cit.*

<sup>75</sup> P.MALAUURIE, *op.cit.*

<sup>76</sup> J. STOUFFLET, « L'activité juridique du mineur non émancipé », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, p.795

<sup>77</sup> Loi n°2000 1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence

<sup>78</sup> Loi n°2001 588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception

<sup>79</sup> Loi n°2002 303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

<sup>80</sup> LOI n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté

<sup>81</sup> Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association

<sup>82</sup> Loi n° 2023-566 du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne

reconnaissance du mineur comme sujet actif de ses droits constitue sans nul doute une des préoccupations du législateur français.

**22. Allègement de l'incapacité du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation en droit international.** Le droit supranational des droits de l'homme n'est pas étranger à « *la construction d'un statut faisant la part belle à la personne et à l'autonomie du majeur vulnérable* »<sup>83</sup>. En ce sens, la Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables adoptée le 23 février 1999 pose le principe de préservation maximale de la capacité (principe 3) et indique notamment qu'une mesure de protection « *ne devrait pas automatiquement conduire à une restriction totale de la capacité juridique. Toutefois, une limitation de cette dernière devrait être possible lorsqu'elle apparaît de toute évidence nécessaire à la protection de la personne concernée.* ». De la même manière, la Cour Européenne des droits de l'homme n'hésite pas à condamner les États sur le terrain de la privation arbitraire de liberté protégée par l'article 5 paragraphe 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme ou du non-respect du procès équitable protégée par l'article 6 de cette même Convention lorsque qu'un majeur se voit privé de sa capacité juridique<sup>84</sup>. Mais ce sont surtout les débats autour de l'article 12 de la Convention internationale des droits des personnes handicapées (CIDPH) qui fonde l'idée d'un recul de l'incapacité. En effet, les paragraphes 2 et 3 de cet article dispose que les États parties : « *reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres* » et « *prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique* ». Le Comité des droits des personnes handicapées dans son observation générale de 2014<sup>85</sup> interprète cet article et appelle les États parties à « *reconnaitre pleinement la « capacité juridique universelle », notion selon laquelle la capacité juridique est inhérente à toute personne, quelque soit son handicap ou sa capacité de décision* » et c'est ainsi que les États parties devraient réviser leurs lois afin de remplacer les régimes de prise de décision substitutive, comme c'est le cadre dans le cadre d'une mesure de protection reposant sur la représentation. Il a ainsi été considéré que l'article 12 de la CIDPH « *impliquerait de relire le droit de la protection des*

<sup>83</sup> F.VASSEUR-LAMBRY, op.cit.

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> Comité des droits des personnes handicapées, Observation générale sur l'article 12 de la Convention relatif à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, CRPD/C/11/4, 2014

majeurs à l'aune d'un droit à la capacité juridique »<sup>86</sup>. Pour la doctrine, le droit positif français « apparaît, dans ses principes, proche des exigences posées par l'article 12 »<sup>87</sup>. Un rapport de mission interministérielle<sup>88</sup> préconise tout de même la suppression de la mesure de tutelle. En effet, « l'évolution du droit international (...) réinterroge le modèle français de protection des majeurs, en particulier le principe de protection de l'intérêt du majeur et le régime de la tutelle qui repose sur la représentation du majeur par son tuteur. »<sup>89</sup>. Dès lors, que ce soit pour le mineur ou le majeur protégé, la protection ne doit plus reposer uniquement sur la représentation impliquant une incapacité trop rigide, mais faire la part belle à la promotion de la capacité tout en garantissant la protection à laquelle ils ont droit. Il est nécessaire de conférer des droits à la personne protégée malgré la mesure de représentation et de lui permettre de les exercer de manière effective, mais il ne faut pas occulter l'importance du maintien d'une certaine protection en raison de leur éventuelle vulnérabilité.

**23. Droit comparé majeur protégé.** De nombreuses législations étrangères ont intégré les exigences internationales concernant le majeur protégé. C'est ainsi que, par exemple, la Belgique a opéré une réforme importante du régime de protection des majeurs dans la loi du 17 mars 2013 dans laquelle la capacité juridique reste le principe<sup>90</sup>. L'Allemagne a adopté depuis la loi du 1<sup>er</sup> janvier 1992 une mesure unique de protection reposant sur l'assistance qui n'a pas d'effet sur la capacité d'exercice de la personne assistée sauf si elle se met en danger<sup>91</sup>. Que ce soit en droit allemand ou en droit belge, la capacité juridique de la personne protégée est le principe et l'incapacité l'exception<sup>92</sup>. La Colombie a également fait le choix d'un système dans lequel le majeur protégé qui ne perd jamais sa capacité d'exercice, sera aidé par des personnes de soutien ou des accompagnants afin d'accomplir des actes juridiques<sup>93</sup>. Le droit espagnol se conforme aux injonctions

<sup>86</sup> G.MILLERIOUX, *La capacité juridique des majeurs vulnérables*, thèse de doctorat, droit, Lyon, 2021

<sup>87</sup> E.PECQUEUR, A.CARON-DEGLISE, T.VERHEYDE, « Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », *D.*, 2016, n°17, p.958

<sup>88</sup> A.CARON-DEGLISE, *L'évolution de la protection juridique des majeurs*, rapport de mission interministériel, 2018

<sup>89</sup> C. ABADIE, A. PRADIÉ, *Rapport d'information sur les droits fondamentaux des majeurs protégés*, n° 2075, Assemblée Nationale, 2019, p.9

<sup>90</sup> N. BAILLON-WIRTZ, « La mesure judiciaire unique en Allemagne et en Belgique : un modèle pour le droit français ? », in G. RAOUL-CORMEIL, M. REBOURG et I. MARIA (dir.), *Majeurs protégés : bilan et perspectives*, LexisNexis, 2020, p. 233.

<sup>91</sup> T.VERHEYDE, « La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français ? », *JCP N*, 1993, n°42, p.396 ; *ibid.*

<sup>92</sup> N.BAILLON-WIRTZ, *op.cit.*

<sup>93</sup> A.DENIZOT, « Le législateur doit-il respecter à la lettre les recommandations du Comité des droits des personnes handicapées ? », *RTD Civ.*, 2020, p.210

internationales puisque la loi du 2 juin 2021 sur les personnes incapables entrée en vigueur le 3 septembre 2021<sup>94</sup> modifie le Code civil espagnol et supprime la tutelle ; la procédure n'a plus pour objectif de rendre la personne incapable, mais plutôt de soutenir sa capacité juridique. La capacité de la personne est également présumée en droit québécois puisque l'article 154 du Code civil du Québec prévoit que : « *La capacité du majeur ne peut être limitée que par une disposition expresse de la loi ou par un jugement prononçant l'ouverture d'une tutelle au majeur, homologuant un mandat de protection ou autorisant la représentation temporaire d'un majeur inapte.* » Les droits étrangers sont ainsi nombreux à changer de paradigme avec une volonté de créer des mesures qui vont soutenir la capacité plutôt qu'accompagner dans l'incapacité. C'est également ce que tente de faire progressivement le législateur français.

**24. La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.** La loi n°2007-308 du 5 mars 2007<sup>95</sup> constitue une réforme essentielle dans la protection juridique des majeurs. Cette loi subordonne notamment l'ouverture d'un régime de protection, restrictif de capacité, au constat médical d'une altération des facultés personnelles dans l'article 425 du Code civil. Elle complète également le droit des majeurs protégés quant à la protection de ses biens. Mais la principale évolution réside dans la prise en considération de la personne dans la mesure de protection en insérant l'article 415 du Code civil qui prévoit notamment dans son deuxième et troisième alinéa que la protection de la personne : « *est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci.* ». De fait, le législateur de 2007 crée un droit commun de protection de la personne aux articles 457-1 et suivants du Code civil qui fait la promotion de l'autonomie du majeur protégé en matière personnelle. C'est ainsi qu'il a été considéré que cette loi vise à « *protéger sans jamais diminuer* »<sup>96</sup>.

**25. Rapport sur la protection juridique des majeurs.** Quelques dizaines d'années plus tard, on relève une tendance à critiquer les insuffisances de la loi du 5 mars 2007, notamment pour ce qui concerne la participation du majeur à sa propre protection. La

<sup>94</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

<sup>95</sup> Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs

<sup>96</sup> T. FOSSIER, « Projet de réforme des incapacités. Un objectif à ne pas oublier : protéger sans jamais diminuer », *Defrénois*, 2005, n°1, p.3

première source de critique est venue du Défenseur des droits dans son rapport sur la protection juridique des majeurs vulnérables<sup>97</sup> puis de manière quasi concomitante de la Cour des comptes<sup>98</sup>. En effet, dans son rapport du 4 octobre 2016 sur la protection juridique des majeurs, cette dernière dénonce des défaillances dans la mise en œuvre de la loi du 5 mars 2007. Dans ce contexte, la garde des Sceaux, la ministre des Solidarités et de la Santé et la secrétaire d'État chargée des personnes handicapées ont conjointement désigné Madame l'Avocate générale Anne Caron-Déglise pour présider les travaux d'un groupe de travail interministériel et interprofessionnel afin notamment de dresser un bilan de la réforme de la protection juridique des majeurs et de proposer des pistes de réformes distinguant les améliorations pouvant être faites à droit constant et celles nécessitant une révision des textes. Le rapport interministériel dirigé par Anne Caron-Déglise<sup>99</sup> remis le 21 septembre 2018 à la Garde des Sceaux et à la Ministre des Solidarités et de la Santé propose une réforme en profondeur du système de protection juridique des majeurs vulnérables. Le rapport met l'accent sur une approche plus humaniste et respectueuse des droits des personnes vulnérables tout en proposant des solutions pratiques pour améliorer le système de protection juridique français afin de le simplifier et d'en améliorer l'efficacité.

## **26. La loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice.**

La loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice<sup>100</sup> est largement inspirée du rapport interministériel dirigé par Anne Caron-Déglise en ce qu'il renforce l'autonomie et les droits fondamentaux du majeur protégé. Dans cet objectif, le législateur étend clairement le domaine de la capacité du majeur protégé. Par exemple, la loi reconnaît le droit de vote du tuteur et supprime les autorisations du juge pour le mariage du majeur en tutelle. Les apports de cette loi répondent aux critiques de la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées de l'ONU sur le dispositif français<sup>101</sup>, notamment quant au recours trop important aux régimes de protection restrictifs de capacité alors même que la reconnaissance de cette capacité est une obligation fondamentale exigée par la Convention internationale du droit des personnes handicapées. Après l'entrée en vigueur de la

---

<sup>97</sup> Rapport du Défenseur des droits, Protection juridique des majeurs vulnérables, sept. 2016

<sup>98</sup> Rapport de la Cour des comptes, La protection juridique des majeurs. Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défaillante, 4 oct. 2016

<sup>99</sup> A.CARON-DEGLISE, Rapport de mission interministérielle, L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables, 21 sept. 2018

<sup>100</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

<sup>101</sup> C.DEVANDAS-AGUILAR, Rapport sur les droits des personnes handicapées, Conseil des droits de l'homme, 40<sup>ème</sup> session du 25 février-25 mars 2019, A/HRC/40/54/Add.1

loi, un rapport présenté par deux députés le 26 juin 2019<sup>102</sup> formule certaines propositions relatives aux droits fondamentaux des majeurs protégés, notamment celle de permettre au majeur vulnérable, à tout moment de la procédure d'instruction, d'exprimer son opposition à l'ouverture de la mesure et prévoir, dans ce cas, son assistance obligatoire par un avocat.

**27. Droit de la santé.** L'ordonnance du 11 mars 2020<sup>103</sup> constitue un apport important en droit des majeurs protégés en ce qu'elle modifie les dispositions du Code de la santé publique relatives au régime des décisions de santé concernant les majeurs protégés notamment pour qu'elles correspondent à celles du Code civil issues de la loi du 5 mars 2007 quant à la protection de la personne. Cette ordonnance favorise l'autonomie du patient en renforçant le principe selon lequel c'est le majeur protégé qui prend lui-même les décisions concernant sa santé dès lors qu'il est apte à exprimer sa volonté et étend ces nouvelles dispositions à tous les majeurs protégés et non plus aux seuls tutélaires. Les dispositions de l'ordonnance du 11 mars 2020 clarifient également le cadre d'intervention des personnes chargées de la mesure de protection juridique et des professionnels de santé.

**28. Reconnaissance d'une autonomie du majeur protégé.** Il émerge clairement une volonté de reconnaissance d'une certaine autonomie du majeur protégé. La loi, les rapports ou encore la jurisprudence poussent à la transformation du droit des majeurs protégés afin de répondre aux injonctions internationales imposant le principe de capacité juridique de la personne dans des conditions d'égalité. Ainsi, la loi du 8 avril 2024<sup>104</sup> portant mesures pour bâtir la société du bien vieillir et de l'autonomie instaure la création d'une conférence nationale de l'autonomie au moins tous les trois ans ayant pour but de définir les orientations et de débattre des moyens de la politique de prévention de la perte d'autonomie. Il est alors fondamental d'envisager la capacité du majeur protégé à l'aune de ces transformations.

**29. Droit français.** Si les différentes législations étrangères ont pris acte des injonctions internationales que ce soit pour le mineur ou pour le majeur protégé, la question se pose de savoir si le législateur français a mesuré l'ampleur du développement de la capacité naturelle du mineur qui va influencer sur sa capacité juridique ainsi que la volonté croissante de

---

<sup>102</sup> C.ABADIE, A.PRADIE, Rapport d'information sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, 26 juin 2019

<sup>103</sup> Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique

<sup>104</sup> Loi n° 2024-317 du 8 avril 2024 portant mesures pour bâtir la société du bien vieillir et de l'autonomie

soutenir la capacité du majeur protégé plutôt que de faire reposer sa protection sur l'incapacité. Il est essentiel de prendre en compte les aptitudes réelles du mineur ou du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation afin que leur protection ne repose pas sur un système incapacitant, mais plutôt sur un soutien de leur capacité.

**30. Promotion de l'autonomie des majeurs protégés et des mineurs.** La résurgence de la capacité en droit des mineurs et en droit des majeurs protégés découle des différentes évolutions législatives récentes. La représentation n'est plus un écran imperméable entre le représentant et la personne représentée qui est au centre de l'exercice de ses droits. De plus en plus de dispositions accordent une autonomie à la personne représentée, qui n'est plus considérée comme un sujet passif, mais qui devient un sujet actif de ses droits. La reconnaissance de la capacité de la personne représentée d'agir elle-même s'inscrit dans la volonté de prendre en compte sa capacité naturelle dans l'exercice de sa capacité juridique. Ainsi, il est reconnu une certaine autonomie à la personne représentée capable de déterminer elle-même son intérêt ou à tout le moins de participer à cette détermination.

**31. Conciliation protection et autonomie.** Toutefois, si la protection du mineur et du majeur bénéficiant d'une mesure de représentation pouvait reposer sur un soutien de leur capacité afin de leur conférer davantage d'autonomie et de mieux respecter leurs droits, il ne faut pas oublier que leur particulière vulnérabilité appelle également à un certain besoin de protection. En effet, la suppression de toute atteinte à la capacité juridique pourrait priver des personnes particulièrement vulnérables de la protection effective à laquelle elles ont droit<sup>105</sup>. Toutefois, le développement de cette autonomie de la personne représentée ne peut pas être considéré comme étant incompatible avec l'impératif de protection intrinsèque au droit des majeurs protégés et au droit des mineurs. Le fait de reconnaître à la personne représentée la possibilité d'agir n'exclut pas systématiquement sa protection. Vont ainsi apparaître différentes formes de reconnaissance de la capacité conciliant à la fois la protection de la personne représentée et le respect de son autonomie.

**32. Gradation de la capacité.** Le double objectif de protection et d'autonomie de la personne représentée, majeure ou mineure, impose de rechercher un équilibre entre l'un et l'autre, lequel ne sera pas le même dans toutes les circonstances et pour toutes les personnes. En conséquence, une reconnaissance graduée de la capacité de la personne représentée

---

<sup>105</sup> E.PECQUEUR, A.CARON-DEGLISE, T.VERHEYDE, op.cit.

s'impose, qu'il s'agisse de ses modalités ou de son étendue. En effet, ce n'est pas la même chose de laisser la personne représentée agir elle-même avec ou sans contrôle d'un tiers, que d'assurer sa participation dans l'acte ou la décision. Dans certaines hypothèses, le droit positif considère comme opportun de reconnaître à la personne représentée la capacité d'agir elle-même et de prendre la décision qui la concerne. Mais dans d'autres cas, cette capacité ne paraît pas conforme à l'objectif de protection de la personne représentée. Il est alors possible de l'associer à la décision qui la concerne de manière plus ou moins intensive selon les situations. Cette étude constitue une typologie des différents actes dans lesquels la personne représentée est impliquée, fondée sur la nature et le degré de sa capacité.

**33. Plan.** L'étude de l'évolution de la capacité des personnes représentées, majeures ou mineures, nécessite d'apprécier tout d'abord comment le droit organise leur capacité décisive pour ensuite mesurer leur capacité participative.

**Partie 1 :** La capacité décisive de la personne représentée

**Partie 2 :** La capacité participative de la personne représentée



# **PARTIE 1 :**

## **LA CAPACITE DECISIVE**

### **DE LA PERSONNE REPRESENTEE**

**34. Capacité résiduelle.** Le principe est l'incapacité d'exercice du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation<sup>106</sup> et du mineur<sup>107</sup> qui sont représentés dans tous les actes de la vie civile. Toutefois, la loi les autorise, de manière exceptionnelle, à agir eux-mêmes dans certains cas et ils disposent alors d'une véritable capacité résiduelle de prendre des décisions en excluant la représentation notamment au regard de la nature de l'acte. En ce sens, la capacité est décisive, car l'initiative émane de la personne protégée et son intervention est nécessaire. Cette autonomie est reconnue dans des domaines où l'acte envisagé n'emporte que peu de risques ou lorsqu'il implique un engagement personnel. En matière personnelle, cette capacité de la personne représentée de prendre les décisions la concernant est de plus en plus importante alors qu'en matière patrimoniale, elle reste très marginale. Cette différence s'explique sans doute au regard des conséquences financières que peuvent avoir les actes patrimoniaux notamment pour les tiers alors qu'en matière personnelle les conséquences ne sont pas les mêmes et concernent avant tout la personne protégée.

**35. Évolution législative.** C'est ainsi que par l'ordonnance du 16 février 2015<sup>108</sup>, le régime de la capacité usuelle des mineurs et des majeurs protégés est désormais le même puisqu'il dispose d'une capacité contractuelle résiduelle qui leur permet d'accomplir seuls les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales. Cette disposition crée une capacité usuelle pour le mineur et le majeur protégé, il s'agit d'une exception résiduelle à l'incapacité essentielle au respect de leur autonomie. Toujours dans l'idée du respect de l'autonomie de la personne protégée, le législateur avait déjà œuvré dans la loi de 2007, en excluant totalement la représentation du majeur protégé dans l'article 458 du Code civil pour les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel. Il se trouve que la représentation du mineur est également exclue pour

---

<sup>106</sup> Art. 473 du Code civil pour la tutelle ; Art.494-6 al.5 du Code civil pour l'habilitation familiale générale par représentation

<sup>107</sup> Art. 388-1-1 du Code civil

<sup>108</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

ces actes à travers diverses dispositions ou par intervention de la jurisprudence. Mais c'est notamment en matière médicale que le législateur a permis au mineur d'exclure les titulaires de l'autorité parentale. Par ailleurs, le législateur a également permis au mineur et au majeur protégé d'agir en fonction de leurs aptitudes réelles en excluant de manière relative la représentation. En effet, pour les décisions relatives à sa personne, le majeur protégé va pouvoir agir dans la mesure où son état le permet selon l'article 459 du Code civil, et depuis l'ordonnance de 2020 il peut consentir à l'acte médical s'il est apte à exprimer sa volonté. Ces évolutions montrent la volonté du législateur de prendre en compte la capacité naturelle dans la capacité juridique de la personne protégée puisqu'il est également intervenu dans ce but pour permettre au mineur d'agir en fonction de son âge ou de son discernement. C'est pourquoi, se pose la question de savoir s'il ne faut pas renverser le paradigme de la protection du mineur ou du majeur bénéficiant d'une mesure de représentation qui ne reposerait plus sur l'incapacité, mais plutôt sur le soutien de sa capacité au regard du développement de ses nombreuses sphères de capacités résiduelles. Ces sphères résiduelles de capacité du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation et du mineur se multiplient et leur permettent ainsi de réaliser seuls les actes autorisés par l'usage (Titre 1) ainsi que certains actes personnels (Titre 2).

# **TITRE 1 :**

## **LA CAPACITE USUELLE**

### **DE LA PERSONNE REPRESENTEE**

**36. Fondements.** Le législateur reconnaît une capacité exceptionnelle aux personnes protégées dès lors que l'acte relève de la loi ou de l'usage. Cette capacité usuelle est consacrée par plusieurs textes du Code civil. Pour le mineur, l'article 388-1-1 du Code civil dispose qu'il est représenté par l'administrateur légal dans tous les actes de la vie civile sauf dans les cas où l'usage l'autorise à agir lui-même. De la même manière, l'article 408 du Code civil concernant le mineur en tutelle indique que le tuteur représente ce dernier dans tous les actes de la vie civile sauf lorsque l'usage l'autorise à agir lui-même. La même formule est utilisée dans l'article 473 du Code civil qui dispose que le majeur en tutelle est représenté dans tous les actes de la vie civile sauf lorsque l'usage autorise ce dernier à agir lui-même. Pour le majeur protégé bénéficiant d'une habilitation familiale générale par représentation, le législateur n'évoque pas la représentation pour tous les actes de la vie civile sauf lorsque l'usage l'autorise à agir comme pour le tuteur, mais indique seulement dans l'article 494-8 du Code civil que : « *La personne à l'égard de qui l'habilitation a été délivrée conserve l'exercice de ses droits autres que ceux dont l'exercice a été confié à la personne habilitée à la représenter en application de la présente section.* ». Néanmoins, en cas d'habilitation familiale générale par représentation l'étendue de cette capacité est réduite et il reste à savoir si elle comprend les actes autorisés par l'usage. En outre, le législateur a récemment consacré la capacité de la personne protégée, qu'elle soit mineure ou majeure protégée sans distinction, à effectuer des actes courants autorisés par l'usage dans l'article 1148 du Code civil<sup>109</sup>. Aussi, la réforme du droit des contrats permet de combler une lacune en consolidant la condition de la personne protégée par une habilitation familiale générale par représentation<sup>110</sup>. Selon la Professeure Adeline Gouttenoire, concernant le mineur, il y a, d'une part, les articles qui viennent définir le domaine de la représentation par

---

<sup>109</sup> Issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

<sup>110</sup> G.RAOUL-CORMEIL, « V° Majeurs protégés, habilitation familiale - mesure de protection juridique », *Jcl. Civil code*, LexisNexis, fasc. unique, janv. 2022, n°41

l'administrateur légal ou le tuteur, remède à l'incapacité, et, d'autre part, ce nouvel article qui poserait l'étendue de l'incapacité du mineur<sup>111</sup>. L'idée peut aisément être transposée au majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation pour lequel les articles 473 et 494-8 du Code civil définiraient les pouvoirs du représentant en tant que remède à son incapacité tandis que le nouvel article 1148 du Code civil poserait l'étendue de l'incapacité du majeur protégé.

**37. Nature et régime de l'acte usuel.** Dans ce contexte, la capacité de la personne représentée peut se fonder sur la nature usuelle de l'acte. En effet, s'il est considéré comme usuel, cela offrira la possibilité à la personne représentée d'acquérir directement une capacité qualifiée de capacité usuelle. Cette capacité reposant sur la nature de l'acte est explicite, car elle est clairement formulée par les textes même si l'appréciation du caractère usuel de l'acte peut faire l'objet d'une certaine appréciation. La capacité peut également reposer sur la remise en cause de l'acte. En effet, l'acte réalisé par la personne représentée peut être remis en cause, qu'il soit considéré comme usuel ou non. Dans ce cadre, une capacité peut indirectement apparaître. Il s'agit d'une capacité implicite, puisqu'elle dépend des modalités de la remise en cause de l'acte, notamment lorsque celle-ci n'aboutit pas ou que l'acte peut être maintenu. La consécration de la capacité usuelle fait alors naître une capacité explicite fondée sur la nature de l'acte en cause (Chapitre 1) ainsi qu'une capacité implicite qui est la conséquence du régime de la remise en cause de l'acte (Chapitre 2).

---

<sup>111</sup> A. GOUTTENOIRE, « Réforme du droit des contrats et des obligations : coup de jeune sur la capacité usuelle du mineur et du majeur protégé ... », *LexBase Hebdo édition privée*, 10 mars 2016, n°646

## **Chapitre 1 :** **Une capacité explicite fondée sur la nature de l'acte**

**38. Processus de consécration.** C'est d'abord à propos du mineur que s'est posée la question de la capacité usuelle. La jurisprudence s'est prononcée la première, ce qui a conduit le législateur à intervenir en 1964. Puis, la question s'est inévitablement posée de la même manière pour le majeur protégé avec une intervention législative plus tardive en 2007. Dès lors, deux régimes distincts existaient avec une consécration qui n'a pas été concomitante. Cette différence pouvait paraître regrettable puisque le mineur et le majeur protégé étaient chacun soumis à un régime de représentation, mais le régime des actes qu'ils pouvaient accomplir était différent. Aussi, le législateur a-t-il décidé de consacrer uniformément la capacité usuelle du majeur protégé et du mineur à travers la réforme du droit des contrats et de la preuve des obligations du 10 février 2016<sup>112</sup>.

**39. Annonce de plan.** La capacité usuelle du mineur et du majeur protégé est consacrée par la réforme du droit des contrats et des obligations après de nombreux arrêts de la jurisprudence civile (Section 1), mais elle n'a pourtant pas éclairé complètement les juristes quant au critère à retenir pour caractériser un acte comme étant un acte de la vie courante autorisé par l'usage (Section 2).

### **Section 1 : La consécration de la capacité usuelle des représentés**

**40. Autonomie par l'usage.** Il est nécessaire de comprendre comment il a été admis que l'usage puisse justifier l'exercice d'une capacité résiduelle par des personnes normalement représentées dans tous les actes de la vie civile. La jurisprudence et le législateur ont permis au mineur et au majeur protégé d'acquérir une certaine autonomie pour

---

<sup>112</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

réaliser les actes considérés comme étant courants et autorisés par l'usage, cette consécration n'a d'abord pas été simultanée (I), mais le législateur est intervenu pour consacrer uniformément la capacité usuelle (II).

### § I. - La consécration différenciée de la capacité usuelle

**41. Présentation.** La consécration de la capacité usuelle de la personne protégée n'a pas été concomitante, elle a d'ailleurs été réalisée de manière différente puisque la consécration de la capacité usuelle des mineurs (A) est à distinguer de la consécration de la capacité usuelle du majeur protégé (B).

#### A.- La consécration de la capacité usuelle des mineurs

**42. Actes non lésionnaires.** C'est d'abord concernant les mineurs que la jurisprudence s'est prononcée par deux arrêts de 1844 et 1861<sup>113</sup>. Dans ces arrêts, à travers la sanction de l'acte accompli par le mineur seul, les juges vont dégager pour la première fois une capacité exceptionnelle. En effet, le principe était, auparavant, une totale incapacité du mineur non émancipé, ce que la jurisprudence n'a pourtant jamais appliqué de manière absolue<sup>114</sup>. Les juges précisent dans ces deux arrêts que le mineur n'est pas incapable de contracter, mais qu'il ne peut pas être lésé. Les juges admettent donc la capacité du mineur, dès lors que l'opération n'est pas lésionnaire, autrement dit dès lors que l'acte réalisé ne désavantage pas le mineur. Cette solution pouvait paraître inédite et surprenante à une époque où il n'était absolument pas question de la capacité du mineur. Pourtant, les juges choisissent de privilégier l'autonomie du mineur dès lors que l'acte accompli ne lui est pas préjudiciable. Ainsi, les solutions retenues par les juges étaient que le mineur pouvait réaliser lui-même les actes que le tuteur était autorisé à réaliser seul sans autorisation préalable, autrement dit le mineur pouvait réaliser seul des actes conservatoires et des actes d'administration non lésionnaires. Il s'agissait d'actes de moindre importance qui n'étaient pas préjudiciables au mineur. En revanche, il ne pouvait pas réaliser les actes de disposition qui étaient des actes pour lesquels le tuteur devait obtenir une autorisation préalable<sup>115</sup>. La capacité usuelle du mineur reposait donc sur le critère des pouvoirs du représentant du mineur. La jurisprudence

---

<sup>113</sup> Civ. 18 juin 1844 et Civ. 25 mars 1861, H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile TI*, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2015, n°59-60, p.377 et s.

<sup>114</sup> J.CL. MONTANIER, P. CONTE, « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *JCP*, n°1986, I, p.401

<sup>115</sup> J.CL. MONTANIER et P. CONTE, *op. cit.*

validait alors les actes accomplis par un mineur non représenté dès lors que ces derniers appartenaient à la catégorie des actes que le tuteur pouvait faire sans autorisation.

**43. Loi n°64-1230 du 14 décembre 1964.** La loi n°64-1230 du 14 décembre 1964 portant réforme de la tutelle et de l'émancipation consacre les solutions dégagées par la jurisprudence sans effacer la nécessité de protéger le mineur, priorité du législateur. Ce dernier reprend de manière quelque peu différente les solutions prétoriennes concernant les actes accomplis par le mineur<sup>116</sup>. Le législateur abandonne la classification tripartite et traditionnelle des actes juridiques pour déterminer les actes autorisés ou interdits aux mineurs en faisant référence à l'usage. Plutôt qu'une classification basée sur la gravité des actes, le législateur a préféré une classification fondée sur des données sociologiques<sup>117</sup>. La classification entre les actes usuels ou non est inédite. Le législateur a consacré une classification originale des actes juridiques propres aux mineurs<sup>118</sup>. Ainsi, les articles 389-3 alinéa 1<sup>er</sup> et 450 alinéa 1<sup>er</sup> disposent que l'administrateur légal et le tuteur représentent le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage l'autorise à agir lui-même. Le législateur limite alors l'étendue de l'incapacité du mineur en lui laissant la possibilité d'accomplir lui-même les actes autorisés par la loi ou l'usage. Toutefois, le principe reste l'incapacité du mineur auquel le législateur apporte des tempéraments<sup>119</sup> afin d'octroyer certains pouvoirs aux mineurs non émancipés. Le législateur pose un véritable principe de capacité juridique à propos des actes usuels<sup>120</sup>. Pour certains auteurs, le législateur a créé une « *pré-majorité ouverte* »<sup>121</sup> ou une « *majorité mobile* »<sup>122</sup> qui évoluerait en fonction des mœurs et de la société, il s'agirait aussi d'une « *dérogation coutumière* » à l'incapacité du mineur<sup>123</sup>. Ces nouvelles dispositions permettent de définir *a contrario* l'étendue des pouvoirs des représentants légaux, qui représentent le mineur ou le tuteur dans tous les actes de la vie civile, tout en reconnaissant aux mineurs une capacité résiduelle.

<sup>116</sup> J.CL. MONTANIER, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacités », *JCP*, 1982, I, 3076

<sup>117</sup> PH. CONTE, J.-C. MONTANIER, op. cit..

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> Ibid.

<sup>120</sup> F. BETAÏLLOLE-GONTHIER, *La capacité naturelle*, Thèse de doctorat, droit, Bordeaux IV, 1995, n°322

<sup>121</sup> J.CL. MONTANIER ET P. CONTE, op. cit.

<sup>122</sup> J. STOUFFLET, « L'activité juridique du mineur non émancipé », in *Mélanges Voirin*, LGDJ, 1967, p.782

<sup>123</sup> J.MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, p.13

**44. Maintien du critère traditionnel.** Après l'adoption de la loi du 14 décembre 1964, la Cour de cassation a rendu un arrêt le 4 novembre 1970<sup>124</sup> qui reconnaît la capacité du mineur en ne recourant non pas au critère de l'usage prévu par la loi, mais en maintenant le critère traditionnel fondé sur les pouvoirs du tuteur. Dans cet arrêt, les juges décident qu'un acte de location de voiture ne pouvait pas être attaqué pour cause d'incapacité, mais seulement pour cause de lésion. Ce faisant, ils ne précisent rien quant au caractère usuel de l'acte et semblent toujours se fonder sur les pouvoirs des représentants du mineur pour déterminer si ce dernier peut accomplir un acte ou non. Ce maintien de l'utilisation du critère des pouvoirs des représentants légaux peut s'expliquer par le fait que cette capacité usuelle est exprimée dans une partie du Code civil relative aux pouvoirs des représentants légaux du mineur, ce qui peut conduire à une certaine confusion alors que la loi de 1964 entendait abandonner le critère fondé sur les pouvoirs du représentant légal du mineur. Par ailleurs, la classification traditionnelle étant fondée sur la gravité économique des actes, il pouvait sembler légitime de penser qu'elle recoupe la division entre acte usuel et non usuel<sup>125</sup>. La tentation était alors de considérer que le critère déterminant le caractère usuel de l'acte était fondé sur les pouvoirs de la personne protégée, eux-mêmes fondés sur la division classique des actes juridiques.

**45. Critiques.** Il ne semble toutefois pas possible de déterminer l'acte usuel que peut accomplir un mineur à partir de cette distinction puisqu'un tel acte peut à la fois être un acte de disposition ou un acte d'administration. Pourtant, la Professeure Claire Neirinck<sup>126</sup> a proposé, bien après la réforme de 1964 qui fonde la capacité du mineur sur l'usage, que la distinction entre acte autorisé par l'usage et acte non autorisé par l'usage recoupe la distinction entre acte d'administration et acte de disposition. En effet, la Professeure estimait que « *pour connaître le sort de l'acte qui n'entre pas dans la catégorie des actes que l'usage autorise, accompli par le mineur non représenté, il convient de se référer à la distinction actes d'administration/acte de disposition* ». Pour cela, il était fait référence au décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion de patrimoine des personnes placées en tutelle. Tandis que les Professeurs Conte et Montanier<sup>127</sup> faisaient remarquer que « *si l'on peut penser qu'un acte d'administration sera plus aisément accepté par l'usage qu'un acte de disposition, il reste que des actes d'administration ne seront pas usuels alors*

---

<sup>124</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 nov. 1970, n°69-12788 ; D. 1971, 186 ; JCP 1971, II, 16631 ; RTD Civ. 1971, p. 613, obs. Nerson

<sup>125</sup> PH. CONTE ET J.-C. MONTANIER, *op.cit.*

<sup>126</sup> C.NEIRINCK, « *Enfance* », Rep. Droit civil, Dalloz, oct.2016, n°720

<sup>127</sup> *Ibid.*

*que des actes de disposition le seront* ». D'ailleurs, ces auteurs indiquaient que définir les pouvoirs du représentant légal de l'enfant est une tout autre chose que de distinguer entre les actes que peut accomplir ou non le mineur, qui est une personne incapable. Il semble, en effet, peu adapté de déterminer les actes que le mineur peut accomplir seul en fonction de ce que son représentant légal peut accomplir seul : la situation est très différente et surtout le représentant légal n'est pas une personne dépourvue de toute capacité d'exercice. Le caractère usuel va permettre de relever le mineur de son incapacité alors que la détermination des pouvoirs du représentant légal va lui permettre d'agir sans autorisation. En outre, il n'est pas possible d'interdire systématiquement l'accomplissement d'un acte de disposition aux mineurs tout comme il n'est pas possible d'autoriser constamment un acte conservatoire ou d'administration. Il semble alors préférable de s'adapter à la situation concrète du mineur et c'est l'option que semble avoir choisie le législateur de 1964 en se référant à l'usage. De nombreux auteurs<sup>128</sup> avaient critiqué le recours à cette distinction classique des actes juridiques, c'est-à-dire la distinction entre actes conservatoires, d'administration et de disposition, afin de déterminer si le mineur pouvait réaliser l'acte. En effet, cette distinction ne semble pas adaptée à la distinction entre acte usuel ou acte non usuel.

**46. Mise en œuvre du critère de l'usage.** Le Tribunal de grande instance de Quimper dans une décision du 12 août 1970 a mis en œuvre, pour la première fois, l'article 389-3 du Code civil et le critère de l'acte usuel pour en déduire l'impossibilité pour le mineur d'accomplir un acte. La Cour de cassation, quant à elle, a dégagé la notion « *d'actes de la vie courante* » dans l'arrêt *Pogam* rendu par la première chambre civile le 9 mai 1972<sup>129</sup>. Cet arrêt a été considéré comme « *une véritable décision de principe* »<sup>130</sup> et reste aujourd'hui encore le fondement de la capacité usuelle du mineur. En effet, par cet arrêt, la Cour de cassation utilise la notion d'acte de la vie courante dégagé par le législateur dans la loi du 14 décembre 1964. Dans cette décision, les juges ne consacrent pas la distinction traditionnelle dégagée par la jurisprudence antérieure entre les actes que le tuteur ou l'administrateur pouvait faire seul et les autres, mais se fondent sur une conception binaire du régime des actes réalisés par le mineur entre les actes autorisés par l'usage et ceux qui ne le sont pas<sup>131</sup>. Ainsi,

<sup>128</sup> PH. CONTE ET J-C. MONTANIER, op.cit. ; L. FRANCOZ-TERMINAL, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, Intersentia, 1<sup>ère</sup> éd., 2008, p.146 ; A. GOUTTENOIRE, « La capacité usuelle du mineur », in *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser*, LexisNexis – Dalloz, 2012, p.163.

<sup>129</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mai 1972, n°71-10.361, *Bull. civ. I*, n°122

<sup>130</sup> J.- CL. MONTANIER, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacités », *JCP G*, I., 30176.

<sup>131</sup> A. GOUTTENOIRE, « La capacité usuelle du mineur », in *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser*, LexisNexis Dalloz 2012, p.163

en l'absence de définition législative, les juges apprécient si l'acte est un acte de la vie courante ou non tel que l'édictent les articles 389-3 et 450 du Code civil issus de la loi du 14 décembre 1964.

**47. Abandon du critère fondé sur les pouvoirs du représentant légal.** Après l'arrêt « *Pogam* » du 9 mai 1972, même si les décisions relatives au critère de l'usage sont peu nombreuses, les juges ont repris le critère législatif et se fondent sur l'usage pour déterminer si le mineur peut accomplir l'acte, plutôt que sur les pouvoirs du représentant du mineur. L'arrêt du 12 novembre 1998<sup>132</sup> s'inscrit dans la nouvelle conception de la capacité du mineur fondée sur l'usage. Dans cet arrêt, la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir « *recherché si l'ouverture d'un compte bancaire avec remise d'un carnet de chèques ou d'une carte bleue sans autorisation de son représentant était un acte de la vie courante* ». Ainsi, la Cour de cassation reprend formellement le critère de l'acte courant autorisé par l'usage pour déterminer la capacité exceptionnelle du mineur. Dans un arrêt du 14 décembre 2004, la Cour d'appel de Versailles<sup>133</sup> rend sa décision au visa de l'article 389-3 sans préciser expressément si elle considère que le bail litigieux souscrit par le mineur entre ou non dans la catégorie des actes de la vie courante, mais cette qualification peut se déduire de la référence à l'article 389-3 du Code civil. Si les juges avaient retenu la classification traditionnelle dans cet arrêt, le bail, qui constitue un acte d'administration que le tuteur peut faire seul, n'aurait été annulable que s'il existait une lésion, autrement dit un préjudice, pour le mineur. Cependant, l'acte a été annulé de plein droit, ce qui renforce l'idée d'un abandon de la classification traditionnelle au profit d'une détermination se fondant sur l'usage. En effet, il paraît peu probable que la souscription d'un bail soit autorisée par l'usage à un mineur puisque ce sont les titulaires de l'autorité parentale qui exercent le pouvoir de décider du lieu de résidence de ce dernier<sup>134</sup>. Dans un arrêt du 4 juin 2009, concernant l'achat d'un cyclomoteur, la Cour d'appel de Nancy<sup>135</sup> affirme plus clairement l'abandon de la classification traditionnelle pour déterminer la capacité résiduelle du mineur et affirme que « *s'il résulte des dispositions de l'article 389-3 du Code civil que le mineur peut passer seul des actes de la vie courante autorisés par la loi ou l'usage, il ne saurait en être ainsi pour l'achat d'un cyclomoteur* ». Même s'il est admis que la classification classique n'est pas adaptée à la détermination du caractère usuel de l'acte, il n'en reste pas moins que cette

---

<sup>132</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1998, n°97-13.248, RTD Civ. 1999 p.360, obs. J. Hauser

<sup>133</sup> CA Versailles, 14 déc.2004, RG n°2003-04708

<sup>134</sup> A. GOUTTENOIRE, op. cit.

<sup>135</sup> CA Nancy, RG n°09/1716

nouvelle détermination en fonction de l'usage, qui peut sembler plus simple, n'est pas aisée et a fait l'objet de nombreux débats<sup>136</sup>.

## **B.- La consécration de la capacité usuelle du majeur protégé**

**48. Analogie jurisprudentielle.** L'inévitable question qui s'est ensuite posée était de savoir si ce qui était valable pour le mineur non émancipé, l'était également pour le majeur sous tutelle, les régimes auxquels ces deux personnes protégées sont soumises étant semblables. Dans un premier temps, l'ancien article 502 du Code civil imposait une nullité automatique de l'acte réalisé par l'interdit. Toutefois, l'interdit pouvait réaliser des actes conservatoires et il lui était possible d'être mandataire, ce qui avait permis de valider des actes usuels réalisés par ce dernier lorsqu'ils vivaient séparément de son tuteur, puisque la jurisprudence considérait qu'il agissait comme mandataire de son tuteur<sup>137</sup>. Le Professeur Massip indique que « *ces principes dégagés à propos de l'interdit restent valables à propos du majeur en tutelle. La jurisprudence a cependant tendance à élargir les quelques assouplissements qu'elle avait apportés au principe de l'incapacité absolue ; le régime de la tutelle est, en effet, moins rigide que celui de l'interdiction* ». Il ajoute ainsi que l'idée d'un mandat tacite devient artificielle<sup>138</sup>. C'est dans un arrêt du 3 juin 1980 de la première chambre civile que les juges de la Cour de cassation ont répondu à la question de la validité des actes de la vie courante réalisés par un tuteur<sup>139</sup>, bien après la réforme de 1964 concernant les mineurs qui fondait la capacité de ces derniers sur l'usage. Ainsi, il a été décidé que le principe posé par l'ancien article 502 du Code civil selon lequel le majeur en tutelle ne dispose pas d'une pleine capacité ne fait pas obstacle à ce que par application des dispositions combinées des articles 450 et 495 du Code civil, celui-ci puisse valablement accomplir certains actes de la vie courante pouvant être regardés comme autorisés par l'usage<sup>140</sup>. Il s'agissait dans cet arrêt de différentes remises de somme d'argent du tuteur à son avocat que les juges ont décidé de qualifier d'actes de la vie courante autorisés par l'usage. En effet, l'article 495 ancien du Code civil renvoyait aux articles relatifs à la tutelle des mineurs permettant à ces derniers d'agir dans le cadre d'actes de la vie courante autorisés par l'usage.

<sup>136</sup> V. *infra* n°58 et s.

<sup>137</sup> V. en ce sens : J. MASSIP, *op. cit.* ; Dijon 11 déc. 1928, DH 1929, 154 ; Civ., 4 janv. 1934, DH 1934, 97

<sup>138</sup> J. MASSIP, *op. cit.*

<sup>139</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juin 1980, n° 79-12.079, Gaz. Pal. 1981. 1. 172

<sup>140</sup> *Ibid.*

**49. Critiques doctrinales.** Les critiques de cette décision ont été nombreuses, les auteurs<sup>141</sup> reprochant à la Cour de cassation de raisonner par analogie avec la situation du mineur, le majeur sous tutelle ne disposant pas de la même capacité naturelle que le mineur. Néanmoins, il faut constater qu'un courant de souplesse et d'autonomie était né et que les juges ont suivi l'élan opéré par le législateur concernant le mineur en appliquant la capacité usuelle au majeur sous tutelle. Dans un arrêt du 19 octobre 2004, la Cour de cassation a d'ailleurs rappelé la nécessité de rechercher si l'acte réalisé par le tuteur est ou non un acte de la vie courante autorisé par l'usage s'agissant de la souscription d'un contrat de financement<sup>142</sup>. La position des juges était la bienvenue dans l'esprit de l'assouplissement de la tutelle. Le Professeur Jean Hauser n'a cependant pas manqué de rappeler que si le mineur était protégé par la possibilité d'une rescision pour lésion, ce n'était pas le cas du majeur; il mettait donc en garde contre cette extension de l'autonomie du majeur protégé qui devait être corrélée à la rigueur de la motivation des juges du fond<sup>143</sup>. En effet, la reconnaissance d'une capacité usuelle du majeur protégé dépendait de la justification des juges du fond. Il faut remarquer la prudence de la doctrine à propos de l'analogie avec le mineur concernant les actes de la vie courante autorisés par l'usage.

**50. Consécration légale et mise en œuvre jurisprudentielle.** La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs est venue consacrer la solution dégagée par la jurisprudence de la Cour de cassation concernant le majeur en tutelle en adoptant l'article 473 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil qui reproduit la solution déjà retenue pour le mineur. Le tuteur représente le tuteur dans tous les actes de la vie civile sous réserve des cas où la loi ou l'usage autorise la personne en tutelle à agir elle-même. La jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer l'article 473 du Code civil. Ainsi, dans un arrêt du 4 juillet 2012, la Cour de cassation s'est prononcée sur le versement du loyer entre les mains du majeur sous tutelle : elle rappelle la nécessité de rechercher si une telle pratique pouvait être considérée comme un acte de la vie courante autorisé par l'usage<sup>144</sup>. Selon le professeur Massip, dans l'esprit de l'article 473 du Code civil, il ne s'agit pas de faire référence à une pratique antérieure, il s'agirait plutôt d'une référence ici aux anciennes fonctions de mandataire que pouvait recouvrir auparavant le tuteur, puisque, dans cet arrêt, le tuteur était au courant de

---

<sup>141</sup> V. notamment J. CL. MONTANIER, *op.cit.*

<sup>142</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 oct. 2004, n° 02-15.035, JCP 2004. IV. 3299

<sup>143</sup> J. HAUSER, « Incapables majeurs : actes de la vie courante », *RTD Civ.* 2005, p.103

<sup>144</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juill. 2012, n°11-18.637, JCP N 2013, n°1029, note Massip

cette pratique ce qui équivaut alors à un mandat implicite<sup>145</sup>. Suivant ce raisonnement, dans cet arrêt du 4 juillet 2012, il ne s'agirait pas véritablement d'un acte autorisé par l'usage au regard d'une pratique antérieure, mais plutôt d'un acte autorisé, car il s'agissait d'une pratique établie selon un mandat implicite, ce qui était auparavant autorisé au tuteur.

**51. Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.** La capacité usuelle du mineur et celle du majeur protégé étaient, à l'origine, seulement régie par la partie du Code civil relative aux incapacités. La capacité usuelle du mineur et du majeur protégé a finalement été consacrée dans la partie relative à la capacité contractuelle des personnes par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

## § II. - La consécration unifiée de la capacité usuelle de la personne représentée

**52. Ordonnance du 10 février 2016<sup>146</sup>.** Il a été décidé en 2016 de traiter des incapacités dans la partie consacrée au droit des obligations également même si le rapport au Président de la République<sup>147</sup> précise que la question de la capacité reste plus spécifiquement traitée dans la partie relative au droit des personnes qui, elle, n'a pas été réformée. Il était d'ailleurs précisé dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (ou rapport Catala)<sup>148</sup> que la capacité reste avant tout une question de droit des personnes. Ainsi, les Professeurs Jean Hauser et Guillaume Wicker concluaient la partie relative à la capacité dans l'avant-projet de réforme<sup>149</sup> en énonçant que : « *la question de la capacité est une partie du droit des personnes plus qu'une partie du droit des obligations. La capacité à être partie à un rapport d'obligation n'est qu'un élément de la question plus vaste de la capacité de la personne à participer à la vie juridique en général et à la vie contractuelle en particulier. Le projet limité au seul droit des obligations laisse donc entière la question d'une refonte plus globale du Code civil dont la généralité de ce sujet demeure symbolique* ». Il y a, en outre, peu de doute qu'une réforme du droit des personnes et des incapacités reprendrait ces questions relatives à la capacité usuelle des personnes protégées. Il faut cependant se

<sup>145</sup> J. MASSIP, « De la perception d'un loyer dû à une personne en tutelle », *JCP N*, 2013, n°1029

<sup>146</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

<sup>147</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>148</sup> P.CATALA, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, 22 septembre 2005

<sup>149</sup> Ibid. p. 33

réjouir de l'uniformisation du régime de la capacité usuelle des personnes représentées à travers la réforme du droit des obligations, même s'il peut paraître surprenant que ce soit une réforme du droit des contrats qui vienne légiférer en matière d'incapacités.

**53. Consécration.** L'article 1148 du Code civil consacrant la capacité usuelle dispose : « *Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales* ». La capacité usuelle repose alors sur des actes courants autorisés par l'usage (A) qui doivent également être conclus à « des conditions normales » (B).

#### **A.- Les actes courants autorisés par l'usage**

**54. Consécration des actes courants autorisés par l'usage.** La réforme a été l'occasion de réaffirmer la capacité des personnes protégées concernant les actes permis par l'usage au sein de l'article 1148 du Code civil. Il est rappelé dans l'article 1147 du Code civil le principe selon lequel l'incapacité est sanctionnée par la nullité relative<sup>150</sup> sauf pour les actes courants autorisés par l'usage comme l'indique l'article suivant. L'ajout inédit dans l'article 1148 du Code civil de l'adjectif « courant » ne semble pas éclaircir les contours de la capacité usuelle. Bien au contraire, ce qui est usuel est souvent synonyme de ce qui est courant. Dès lors, il semblerait qu'il y ait une redondance au sein même de cet article. Il faut, en outre, regretter la différence entre la formulation de l'article 1148 du Code civil visant les actes courants autorisés par l'usage et celle des articles 388-1-1 et 473 du même code qui visent les actes autorisés par l'usage. Néanmoins, il ne semble pas que cet ajout puisse modifier l'interprétation possible de l'usage. De plus, la jurisprudence a déjà pu se prononcer sur la conclusion de certains actes de la vie courante en décidant qu'ils étaient autorisés par l'usage<sup>151</sup>.

#### **B.- Les actes courants conclus à des « conditions normales »**

**55. Caractère raisonnable de l'acte.** L'article 1148 du Code civil apporte une précision inédite quant à l'acte usuel : il doit être conclu « *à des conditions normales* ». Cette indication ne manquera pas de susciter l'interprétation des juges afin de savoir ce que le législateur a voulu préciser. Il semblerait qu'il ait voulu marquer le caractère raisonnable de

---

<sup>150</sup> V. *infra* n°84

<sup>151</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juin 1980, n°79-12.079 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1998 : JCP G 1999, II, 10053.

l'acte que peuvent accomplir le mineur et le majeur protégé. L'ajout de cette notion indique que l'action en nullité est exclue si l'acte a été conclu à des conditions normales. Les Professeurs Chantepie et Latina<sup>152</sup> ont proposé deux interprétations des « *conditions normales* ». La première consiste à lier cette notion aux textes qui suivent l'article 1148 du Code civil prévoyant notamment les conditions de la nullité pour simple lésion des actes courants conclus par le mineur. Dès lors, les « *conditions normales* » seraient liées à l'existence ou non d'une lésion. La seconde interprétation consisterait à donner une autonomie aux « *conditions normales* » qui couvriraient non seulement l'adéquation du prix à la prestation principale, mais également l'appréciation du caractère courant des différentes clauses du contrat, notamment son utilité. Ces auteurs doutent que le législateur ait consacré plusieurs articles à la simple lésion pour les vider de leur substance dans l'article 1148 du Code civil. En effet, l'utilité de l'ajout du terme « *à des conditions normales* » est douteuse puisque la notion de simple lésion permet à elle seule d'apprécier la normalité d'un contrat<sup>153</sup>, sauf si le législateur a voulu insister sur la protection des personnes représentées dans la réalisation d'actes juridiques et marquer le caractère raisonnable que doit revêtir l'acte accompli.

**56. Caractère usuel de l'acte.** La réforme de 2016 a permis une meilleure compréhension et lisibilité de la capacité usuelle des personnes protégées, notamment en clarifiant le régime des actes usuels<sup>154</sup>. L'usage va permettre aux mineurs et aux majeurs protégés d'avoir une capacité résiduelle dès lors que l'acte accompli relève de l'usage. Toutefois, le législateur n'a donné aucune indication quant à l'étendue de cette capacité usuelle. En effet, rien n'est précisé quant à la détermination du caractère usuel de l'acte accompli par la personne protégée qui va pourtant permettre de valider ou non la réalisation d'un acte.

---

<sup>152</sup> G. CHANTEPIE ET M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations ; commentaire théorique et pratique dans l'ordre*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> ed., 2018, p.311, n°359

<sup>153</sup> V. *infra* n°104, n°109

<sup>154</sup> V. *infra* n°94 et s.

## **Section 2 : La difficile détermination du caractère usuel de l'acte**

**57. Appréciation souveraine des juges du fond.** Ni le législateur ni la jurisprudence ne pose de critère strict de l'acte usuel, la détermination d'un tel critère étant laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Le caractère usuel de l'acte dépend de l'appréciation qui en est faite, mais également de ce qui est admis socialement comme étant autorisé. De plus, la notion d'acte autorisé par l'usage est une notion évolutive. Par conséquent, les appréciations sont différentes et les critères de détermination de l'acte usuel ne sont pas harmonisés. Il est impossible de dresser une liste exhaustive des actes usuels que peut accomplir le mineur ou le majeur sous tutelle. Les propositions de critères de détermination de l'acte usuel sont nombreuses (I) et les modalités d'appréciation du caractère usuel de l'acte ne sont pas vraiment intelligibles (II).

### **§ I. - Les critères de détermination de l'acte usuel**

**58. Introduction.** Des critères de détermination de l'acte usuel ont été proposés par la doctrine sans qu'aucune n'emporte l'adhésion du législateur qui reste silencieux sur ce point. Les propositions doctrinales concernent essentiellement le critère de détermination de l'acte usuel du mineur (A). De la même manière, la jurisprudence a tenté de mettre en œuvre des critères de détermination de l'acte usuel à la fois pour le mineur et le majeur protégé (B).

#### **A.- Les propositions doctrinales**

**59. Critère des mœurs.** Claire Farge<sup>155</sup> considère que l'acte usuel serait celui qui, selon les mœurs, est accompli en toute indépendance par des mineurs du même âge. Elle poursuit en indiquant qu'il s'agirait d'un acte pour lequel l'opinion commune est convaincue que l'exercice de cette indépendance est à cet âge tout à fait normal. Cependant, les Professeurs Conte et Montanier estiment que « *l'esprit juridique est hostile à de telles approximations* <sup>156</sup> ». Il est en effet difficile de se référer à un critère vague comme les mœurs qui semble peu adapté à la rigueur juridique.

---

<sup>155</sup> C. FARGE, *L'autonomie contractuelle du mineur*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris II, 1998

<sup>156</sup> PH. CONTE, J.-C. MONTANIER, op.cit.

**60. Critère de l'âge.** Le critère de l'âge est principalement retenu pour le mineur. Le Professeur Jean-Marie Plazy indique qu'on ne saurait traiter de la même façon le jeune enfant et le grand adolescent<sup>157</sup>. Il peut sembler intéressant de se référer à l'âge du mineur pour considérer que l'acte qu'il accomplit relève ou non de l'usage, car un usage ne peut pas être apprécié de la même manière pour le jeune enfant et le grand adolescent. Toutefois, il ne semble pas que ce critère se suffise à lui-même, puisqu'il est trop fluctuant pour la sécurité juridique qu'implique la détermination d'un acte usuel.

**61. Opinion commune.** Le Professeur Thierry Garé<sup>158</sup> a, quant à lui, proposé trois critères différents qui permettraient de déterminer qu'un acte est usuel. Selon cet auteur, cet acte doit d'abord être autorisé par l'opinion commune, et il rejoint, en ce sens, la définition proposée par Claire Farge<sup>159</sup>. Par ailleurs, cet acte serait d'une faible valeur pécuniaire, et donc exempt de risque, autrement dit, il doit s'agir d'un acte sans danger pour la personne ou son patrimoine, ce qui respecterait la volonté de protection du mineur et du majeur protégé. Enfin, l'acte devrait être susceptible d'être effectué habituellement ou fréquemment par un mineur agissant seul, il s'agirait alors d'un premier pas vers l'apprentissage de la gestion de son patrimoine. La jurisprudence ne semble pas reprendre *stricto sensu* ces différentes propositions doctrinales.

**62. Majeurs protégés.** Aucun critère de l'acte usuel du majeur protégé n'a été dégagé par la doctrine. Il convient donc de raisonner par analogie avec le mineur, même si un tel raisonnement peut être critiqué au regard de la différence de situation d'un mineur et d'un majeur protégé<sup>160</sup>, même bénéficiant d'une mesure de représentation. La doctrine ne se positionne généralement qu'en fonction des critères retenus par la jurisprudence relative à l'acte usuel du tuteur, même si les décisions ne sont pas nombreuses et le critère jurisprudentiel pas précisément défini.

## **B.- La mise en œuvre jurisprudentielle de la notion d'acte usuel**

**63. Critères jurisprudentiels.** Un certain nombre d'indices apparaissent dans les différentes décisions prétoriques relatives à l'acte usuel. Il est intéressant de rechercher si des

---

<sup>157</sup> J.-M. PLAZY, op. cit.

<sup>158</sup> Obs. ss. Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1999, « Un mineur peut-il de son seul consentement, se faire ouvrir un compte bancaire ? », *JCP G*, 1999, n°12.

<sup>159</sup> C.FARGE, op.cit.

<sup>160</sup> V. en ce sens : J. HAUSER, « Incapables majeurs : actes de la vie courante », *RTD Civ.* 2005, p.103

critères jurisprudentiels de l'acte courant autorisé par l'usage peuvent ressortir des différentes décisions des juges. Le critère du risque est celui qui apparait le plus nettement (1) à côté d'autres critères (2).

### 1. *Le critère du risque*

**64. Application.** Le critère du risque pour apprécier le caractère usuel de l'acte a été appliqué aux mineurs (a) et aux majeurs protégés (b).

#### a. Mineurs

**65. Critère jurisprudentiel.** La Professeure Adeline Gouttenoire retient notamment ce critère du risque au regard des décisions jurisprudentielles rendues à propos de l'acte usuel du mineur<sup>161</sup>. En effet, la Cour de cassation a considéré dans l'arrêt dit « *Pogam* »<sup>162</sup> du 9 mai 1972 que : « *s'il résulte des dispositions des articles 389-3 et 408 du Code civil que le mineur peut passer seul des actes de la vie courante, autorisé par la loi ou l'usage, il ne saurait en être ainsi des actes tels que l'achat d'une voiture automobile, qui entraîne des risques particuliers, et pour lesquels l'administrateur légal représente le mineur conformément à la loi* ». Les juges de la Cour de cassation retiennent ici une définition de l'acte non usuel comme étant un acte entraînant des risques particuliers pour le mineur. L'arrêt semble vouloir dire qu'un acte qui comporte des risques ne peut pas être considéré comme un acte de la vie courante autorisé par l'usage. En 1972, la majorité était fixée à 21 ans, dès lors un mineur pouvait conduire un véhicule et son achat était donc un corollaire logique de cette capacité. Toutefois, les juges rejettent la qualification d'acte usuel concernant l'achat d'une voiture parce qu'ils estiment que c'est un acte qui nécessite une représentation et qui doit relever de l'exercice de l'autorité parentale plutôt que de la capacité exceptionnelle du mineur. Déjà dans une décision du 12 août 1970, le Tribunal de grande instance de Quimper<sup>163</sup> avait précisé que l'acte en cause comportait des risques qui étaient susceptibles d'engager la responsabilité du mineur et de son représentant légal. Les représentants légaux pouvant être responsables, ils doivent logiquement décider d'un tel acte. La Cour d'appel de Nancy<sup>164</sup> dans un arrêt du 4 juin 2009 s'est positionnée de la même manière à propos de l'achat d'un cyclomoteur qui ne peut pas être considéré comme étant un acte usuel, car il

---

<sup>161</sup> A.GOUTTENOIRE, op.cit..

<sup>162</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mai 1972, op. cit.

<sup>163</sup> TGI Quimper, 12 août 1970

<sup>164</sup> CA Nancy, 4 juin 2009, n°06/03236

entraîne des « *risques particuliers* » pour le mineur. Cette solution a été reprise par les juges de la Cour d'appel de Caen, dans un arrêt du 15 octobre 2015<sup>165</sup>. Ces derniers ont estimé que l'achat d'un scooter n'était pas un acte de la vie courante, cet acte excédant la notion d'acte de la vie courante. Les juges utilisent, encore une fois, l'existence d'un risque éventuel pour rejeter la qualification d'acte usuel.

**66. Critère de l'acte usuel de l'autorité parentale.** L'acte usuel se retrouve également dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale à l'article 372-2 du Code civil afin de préciser les compétences de chacun des parents. Il faut alors s'intéresser à sa définition afin de comparer le critère de l'acte usuel de l'autorité parentale et celui de l'acte usuel autorisé au mineur. Dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale, l'article 372-2 du Code civil dispose qu'un parent peut accomplir seul un acte usuel relativement à la personne de l'enfant pour lequel l'accord de l'autre parent est présumé. Le législateur utilise également l'usage pour présumer l'accord de l'autre parent, mais ne fournit toujours pas de définition de l'acte usuel. Toutefois, les décisions rendues en la matière laissent penser que le critère de l'usage dans le cadre de l'autorité parentale est également le risque. En effet, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans une décision du 28 octobre 2011<sup>166</sup> propose une définition intéressante des actes usuels de l'autorité parentale comme étant des actes de la vie « *quotidienne, sans gravité, qui n'engagent pas l'avenir de l'enfant, qui ne donnent pas lieu à une appréciation de principe essentielle et ne présentent aucun risque grave apparent pour l'enfant, ou encore, même s'ils revêtent un caractère important, des actes s'inscrivant dans une pratique antérieure non contestée* ». L'acte usuel de l'autorité parentale serait donc un acte de la vie quotidienne et sans gravité, autrement dit un acte qui ne comporte pas de risque particulier pour l'enfant. Cette définition pourrait être transposée, par analogie, à l'acte usuel accompli par le mineur pour lequel les décisions de la jurisprudence utilisent également l'absence de risques particuliers pour retenir la qualification d'acte usuel. D'ailleurs, le Professeur Jean-Marie Plazy propose une définition de l'acte non usuel issue de l'arrêt *Pogam* de la Cour de cassation du 9 mai 1972 qui ressemble à celle de l'acte usuel de l'autorité parentale. L'acte non usuel serait « *tout acte, qui compromet ou risque de compromettre gravement la santé, la sécurité, la moralité ou les conditions d'éducation du mineur* »<sup>167</sup>. Le rapprochement du critère de l'acte usuel accompli par le mineur de celui de l'acte usuel de

<sup>165</sup> CA Caen, 1<sup>ère</sup> ch. Civ. et com., 15 oct. 2015, n°14/00044, G. RAOUL-CORMEIL, « L'achat d'un scooter n'est pas un acte de la vie courante ! », *JCP G*, 14 mars 2016, n°11,306

<sup>166</sup> CA Aix-en-Provence, 28 oct.2011, RG n°11/00127, D. 2012. 2267, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire

<sup>167</sup> J.-M. PLAZY, op.cit., n°495

l'autorité parentale paraît pertinent. En effet, l'acte non usuel réalisé par le mineur implique une décision qui ne relève pas de lui seul, mais nécessite forcément une autorisation parentale, ou, à tout le moins, une information des représentants légaux qui vont apprécier l'acte, comme ils le font lorsqu'ils agissent dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, l'achat d'une console de jeu ou d'un téléphone portable peut apparaître comme étant un acte relevant *a priori* de l'usage, mais c'est sans compter sur l'impact que peut avoir un tel achat sur la vie du mineur. C'est en cela que le critère de l'acte usuel accompli par le mineur peut rejoindre celui utilisé pour les actes usuels de l'autorité parentale à savoir les conséquences pour l'avenir. Le risque particulier peut, dans ce cas, être rattaché à l'idée des conséquences pour l'avenir utilisé pour les actes usuels de l'autorité parentale.

**67. Mineur et banque : application du critère du risque.** La jurisprudence a mis en œuvre le critère du risque à propos de l'ouverture d'un compte en banque par un mineur. Dans une affaire ayant donné lieu à une décision du 12 novembre 1998<sup>168</sup> de la Cour de cassation, un carnet de chèques avait été remis au mineur lors de l'ouverture du compte avec une autorisation de découvert. La Cour de cassation relève que remettre au mineur un tel moyen de paiement susceptible de porter atteinte à son patrimoine pouvait empêcher la qualification d'acte usuel. L'acte accompli par le mineur était, en effet, plus grave qu'une simple ouverture d'un compte de dépôt. La Cour de cassation ne répond toutefois pas clairement à la question de savoir si l'ouverture d'un compte de dépôt est un acte usuel ou non. L'ouverture de ce compte, en elle-même, ne semble pas poser de difficultés, un tel acte ne comportant pas de risque pour le patrimoine du mineur, celui-ci ne pouvant alors que déposer son argent. Si risque il peut y avoir, c'est lorsque le mineur se voit remettre des moyens de paiement ou des moyens de retrait tel que la carte bancaire ou le carnet de chèques. Certains auteurs refusent de voir dans l'ouverture d'un compte bancaire la marque d'un quelconque usage dans la mesure où un tel acte n'est pas fréquemment effectué par un individu dans son existence<sup>169</sup> et que faire fonctionner un compte bancaire comporte des risques<sup>170</sup>, notamment celui de creuser un découvert. L'usage peut conclure à admettre que le mineur peut librement déposer de l'argent sur un compte, une telle opération ne comportant pas un risque préjudiciable pour lui. Ainsi, le mineur à partir de douze ans peut se faire ouvrir

---

<sup>168</sup>Civ. 1<sup>ère</sup>. 12 nov. 1998, n°97-13.248

<sup>169</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le compte en banque du mineur », *RD banc. Fin.*, mars 2008, n°2, étude 6 ; J. CASEY, « L'enfant et la banque », *Droit et Patrimoine*, n°87, 1er novembre 2000 ; T. GARE, *op.cit.*

<sup>170</sup> A. GOUTTENOIRE ET P. BONFILS, *Droit des mineurs*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2021, n°493, p.284

seul un livret A et procéder à des dépôts<sup>171</sup>. En revanche, lorsqu'il s'agit de faire des retraits sur un compte, des conséquences préjudiciables peuvent survenir tel qu'un découvert, ce qui exclut d'admettre qu'il s'agisse d'un acte usuel. Par ailleurs, pour le livret A, le mineur pourra opérer des retraits sur ce compte dès l'âge de 16 ans sauf opposition de son administrateur légal<sup>172</sup>. Il est toutefois difficile d'admettre qu'une pratique bancaire puisse être érigée en usage<sup>173</sup>. En pratique, les banques font intervenir les représentants légaux du mineur. Ces derniers autorisent l'ouverture et le fonctionnement du compte de leur enfant mineur et acceptent d'être responsables des éventuelles conséquences. Cette autorisation ne peut pas être analysée comme accordant au mineur une capacité, qui lui est déniée par la loi, tout au plus cette autorisation peut être considérée comme un mandat<sup>174</sup>, le mineur étant le représentant du titulaire du compte.

#### b. Majeur protégé

**68. Majeurs protégés.** Dans sa décision du 19 octobre 2004<sup>175</sup>, la Cour de cassation ne se prononce pas sur le critère de l'acte usuel, mais rappelle la possibilité pour le tuteur de réaliser des actes de la vie courante autorisés par l'usage. Elle estime que les juges du fond sont tenus, en vertu de leur pouvoir d'appréciation souveraine, de rechercher si un acte réalisé par le majeur en tutelle seul peut relever de sa capacité usuelle ou non. En l'espèce, il s'agissait de la souscription d'un contrat de financement qui présentait un risque non négligeable. Il faut noter que cet arrêt a été rendu avant la réforme de 2007 et que les juges raisonnent encore par analogie avec ce qui est prévu pour le mineur. Certains auteurs indiquent qu'au regard de la dangerosité de l'acte, la juridiction de renvoi ne qualifiera pas cet acte d'usuel<sup>176</sup>. Il ne s'agissait que de la deuxième décision relative à la capacité usuelle du majeur protégé : la Cour de cassation avait déjà admis dans sa décision du 3 juin 1980<sup>177</sup> que le majeur sous tutelle peut accomplir des actes de la vie courante échappant à la nullité de plein droit de l'ancien article 502 du Code civil. Elle renouvelle cette position dans l'arrêt du 19 octobre 2004 en invitant les juges du fond à rechercher si l'acte accompli par le tuteur

<sup>171</sup> Art. L.221-3 du Code monétaire et financier

<sup>172</sup> A. GOUTTENOIRE, P. BONFILS, *op.cit.*

<sup>173</sup> G. KENGNE, « La banque et le mineur », *LPA*, 5 févr. 1997, n°16, p.19.

<sup>174</sup> A. GOUTTENOIRE, P. BONFILS, *op.cit.*

<sup>175</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 oct. 2004, n° 02-15.035, *AJ Famille* 2005, p. 25, obs. L. Attuel-Mendès ; *RTD civ.* 2005, p. 103, obs. J. Hauser

<sup>176</sup> V. en ce sens : L. ATTUEL-MENDES, « Exception de validité des actes de la vie courante autorisés par l'usage en matière de tutelle : nécessité de la recherche », *AJ Fam.*, 2005, p.27 ; *D.* 2006. Pan. 1570, obs. Lemouland et Plazy

<sup>177</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 1980, *op. cit.*

seul peut être considéré comme un acte de la vie courante. En l'absence de critère défini par la doctrine ou la jurisprudence, il semble que les juges raisonnent par analogie avec le mineur et que la juridiction de renvoi ne peut se fonder que sur l'existence d'un risque particulier pour le patrimoine du tuteur. Dorothee Guérin-Seysen<sup>178</sup> estime que le critère du risque se retrouve implicitement dans une décision de la Cour de cassation du 27 février 2013<sup>179</sup> qui écarte l'acquisition d'une automobile sans permis par un curatelaire sans se fonder formellement sur le caractère usuel de l'acte, mais en restreignant l'autonomie du majeur protégé au regard des risques particuliers auxquels expose tout achat de véhicule. Les juges du fond se fondent dans cet arrêt sur l'article 415 du Code civil qui favorise l'autonomie du majeur protégé tout en prévoyant la protection de la personne et ses biens alors que le pourvoi se fondait sur l'article 459 du Code civil qui prévoit les actes simplement personnels du majeur protégé. Toutefois, ce dernier argument n'a pas été retenu. La solution aurait peut-être été différente si le majeur protégé avait été en tutelle, s'agissant d'une mesure de représentation. En tout état de cause, les juges ne sont pas insensibles au critère du risque lorsqu'il s'agit d'un acte réalisé par un majeur protégé.

**69. Critiques du critère du risque.** La doctrine est partagée à propos du critère du risque qui ne fait pas l'unanimité. Ainsi, les Professeurs Conte et Montanier<sup>180</sup> estiment qu'il emporterait une confusion entre la validité *a priori* de l'acte et l'appréciation de la lésion dont il peut faire l'objet et qu'il ne serait donc pas logique de vouloir faire dépendre le caractère usuel d'un acte de ses résultats potentiels. Cette position doit être soutenue puisque ce critère ne répond pas à la sécurité juridique qui doit entourer la réalisation d'un acte. En effet, si l'annulation d'un acte dépend des risques *a posteriori* que recouvre la réalisation de celui-ci, il n'y a pas de sécurité juridique en l'absence de prévisibilité. De plus, les auteurs estiment qu'il s'agit de déterminer que l'acte est usuel ou non, et non pas de savoir si l'acte est risqué ou pas. Il est vrai que cela reviendrait alors à dire que tout ce qui est usuel est ce qui n'est pas dangereux ou risqué, ce qui ne semble pas être le critère. Il ne s'agit pas du résultat de l'acte qui importe dans les décisions judiciaires, mais plutôt les possibles conséquences de celui-ci indépendamment de son caractère bénéfique notamment pour le mineur<sup>181</sup>. Pour la

---

<sup>178</sup> D.GUERIN-SEYSEN, « Autonomie et capacité contractuelle résiduelle des mineurs non émancipés et des majeurs protégés : analyse jurisprudentielle », *LPA*, janv. 2023, n°01, p.18

<sup>179</sup> Civ.1<sup>ère</sup>, 27 févr. 2013, n°11-28307

<sup>180</sup> PH. CONTE ET J-C. MONTANIER, *op.cit.*

<sup>181</sup> A. GOUTTENOIRE, *op.cit.*

Professeure Françoise Gonthier<sup>182</sup>, ce n'est pas la capacité naturelle du mineur qui fonde la capacité d'exercice, mais l'absence de risque majeur pour les intérêts de la personne incapable au regard de la nature de l'acte envisagé. L'utilisation du critère du risque conduirait à considérer que ce qui est usuel, c'est ce qui ne comporte pas de risques, ce qui ne semble pas pouvoir être soutenu au regard de la forte subjectivité d'un tel critère.

**70. Critère des « conditions normales » et acte non lésionnaire.** En outre, Dorothée Guérin-Seysen<sup>183</sup> estime très justement que d'une part l'acte courant autorisé par l'usage doit désormais être conclu à des conditions normales, ce qui écarte implicitement l'appréciation du risque de l'acte conclu par le mineur ou le majeur protégé. De plus, elle ajoute que la condition d'un acte non lésionnaire écarte de fait les opérations qui pourraient comporter un risque financier. Enfin, Dorothée Guérin-Seysen estime que pour le mineur l'apprentissage de l'autonomie comporte inévitablement des risques qu'il faut accepter. À ce titre, elle écrit que « *l'absence de risque ne peut plus être le critère de qualification si l'on veut préparer le jeune à la majorité ou inciter le majeur protégé ou la personne en charge de sa protection à préserver son autonomie* ». Il est vrai que dans les développements législatifs récents, la place de l'autonomie est croissante pour laquelle retenir un tel critère pourrait constituer un frein. Le législateur n'a pas pu laisser une sphère d'autonomie importante au majeur protégé et au mineur pour la voir fondre au moindre risque encouru, sachant que le régime entourant ces actes est protecteur<sup>184</sup>.

## 2. Les autres critères

**71. Situation financière du majeur.** Les décisions sont rares concernant la réalisation par le majeur protégé d'actes de la vie courante autorisés par l'usage et le critère de la fortune du majeur est le seul critère qui ressort véritablement des décisions. La doctrine ne propose pas non plus de critère de l'acte usuel accompli par le majeur protégé seul. Fabien Marchadier<sup>185</sup> propose ce critère de la fortune du majeur, car la Cour de cassation laisse entendre dans un arrêt du 3 juin 1980<sup>186</sup> que l'appréciation du caractère usuel de l'acte réalisé par le majeur sous tutelle doit se faire en fonction de données concrètes telles que son patrimoine ou, autrement dit, sa fortune. En effet, les juges ont pu considérer que des

<sup>182</sup> F.BETAILLOLE-GONTHIER, *La capacité naturelle*, Thèse de doctorat, droit, Université Bordeaux IV, 1999

<sup>183</sup> D.GUERIN-SEYSEN, op.cit.

<sup>184</sup> V. *infra* n°94 et s.

<sup>185</sup> F. MARCHADIER, *Majeur protégé, droit civil*, Dalloz corpus, 2020, p.126

<sup>186</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juin 1980, op. cit.

versements au profit d'un avocat en « remerciement » des services réalisés étaient des actes de la vie courante au regard de la situation financière du tuteur. La question se pose alors de savoir si l'usage autorise le majeur protégé à réaliser des actes relativement modiques au regard de sa situation patrimoniale, ce qui n'est pas sans susciter la critique au regard du risque de compromission des intérêts du majeur protégé si ce dernier répétait trop souvent ce type d'acte<sup>187</sup>. Le Professeur Montanier<sup>188</sup> explique d'ailleurs que si l'achat de disques pouvait être considéré comme autorisé par l'usage, car portant sur des sommes modiques, la multiplication d'un tel acte peut engendrer une dépense importante. Pourtant, certains auteurs soutiennent que la théorie des actes usuels est l'illustration de la maxime « *De minimis non curat praetor* » signifiant que pour les actes modiques au regard du patrimoine du majeur sous tutelle, l'usage lui reconnaît une capacité naturelle dont la sphère s'étend aux actes onéreux portant sur des sommes modestes et aux actes à titre gratuit de faible importance notamment les présents d'usage<sup>189</sup>. Ainsi, la théorie de la capacité usuelle du majeur sous tutelle reposerait sur l'idée de modicité relative. De la même manière, la situation économique du mineur peut être prise en compte pour déterminer si l'acte est usuel ou non. En effet, en fonction de son patrimoine, ou du moins de son argent de poche, l'acte qu'a accompli le mineur pourra être considéré comme usuel ou non. Pourtant, ce critère ne nous semble pas être le plus adapté à la capacité usuelle du majeur protégé. En effet, puisqu'il s'agit d'une capacité à réaliser des actes courants autorisés par l'usage, ce sont des actes qui sont destinés à se répéter au regard de la terminologie utilisée. Dès lors, un critère qui permettrait de considérer un acte comme étant usuel que s'il est réalisé ponctuellement ne paraît pas adapté. Il convient de préciser le critère de la situation financière qui doit être compris plus largement, en faisant par exemple référence à une pratique antérieure.

**72. Pratique antérieure.** En ce qui concerne le mineur, la Professeure Adeline Gouttenoire<sup>190</sup> propose de tenir compte de la pratique familiale antérieure pour déterminer si l'acte est autorisé par l'usage, comme il a été proposé de le faire en matière d'exercice de l'autorité parentale<sup>191</sup> tout en précisant que « *le milieu social et économique dans lequel vit le mineur auteur de l'acte pourrait également être pris en compte pour déterminer si l'acte est*

---

<sup>187</sup> F. MARCHADIER, op.cit.

<sup>188</sup> J.-CL. MONTANIER, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacités », *JCP*, I., 30176

<sup>189</sup> N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz Action, 2021-2022, p. 707, n°351.22

<sup>190</sup> A. GOUTTENOIRE, op.cit.

<sup>191</sup> A. GOUTTENOIRE, « Autorité parentale », *Rep. Dalloz droit civil*, actu. avr.2024, n°148

*ou non autorisé par l'usage* ». Elle affirme, en effet, concernant l'acte usuel de l'autorité parentale, que le critère pourrait être de savoir si l'acte rompt avec le passé et s'il engage d'une façon ou d'une autre l'avenir de l'enfant. Ainsi, la capacité usuelle du mineur serait fonction de la pratique familiale antérieure et de l'environnement économique et social du mineur permettant une appréciation concrète de l'usage. Cette solution pourrait également être appliquée au majeur protégé. D'ailleurs, dans un arrêt du 4 juillet 2012<sup>192</sup>, la Cour de cassation reprend l'idée d'une pratique antérieure pour indiquer que les juges du fond devaient rechercher si l'acte en cause pouvait être considéré comme un acte de la vie courante autorisé par l'usage. Il s'agissait de versements de loyers réalisés entre les mains du bailleur placé sous tutelle, en considération d'une pratique ancienne qui s'était poursuivie avec l'accord implicite du tuteur. La Cour de cassation fonde sa solution sur l'article 473 du Code civil qui prévoit la capacité usuelle du tuteur et raisonne surtout par rapport à l'existence d'une pratique instituée. Il a pu être considéré qu'en l'absence d'opposition du tuteur averti, il existait un mandant implicite, étant admis qu'une personne protégée peut remplir les fonctions de mandataire<sup>193</sup> et que cet acte pourrait être apprécié par la suite comme étant un acte de la vie courante autorisé par l'usage. Il semble donc que la Cour de cassation use d'un autre critère qui serait celui de l'existence d'une pratique antérieure pour déterminer le caractère usuel de l'acte. Cette donnée prend globalement en considération tout l'environnement du représenté afin de déterminer si l'acte qu'il accomplit peut relever de l'usage en fonction de ce qu'il a l'habitude de faire, c'est pourquoi ce critère semble devoir être soutenu dans la détermination du caractère usuel de l'acte.

**73. Intérêt de la référence à la pratique antérieure.** L'intérêt de se référer à une pratique antérieure ainsi qu'au milieu social et économique réside dans son caractère évolutif. L'usage est une notion évolutive en elle-même, dès lors le critère qui vient déterminer si l'acte est usuel ou non doit lui-même pouvoir évoluer. Cette notion est susceptible de varier en fonction des époques, la pratique collective étant plus ou moins favorable à une autonomie du représenté. La tendance actuelle était à l'accroissement de l'autonomie des personnes représentées dès que cela est possible, la capacité usuelle du mineur et du majeur protégé est donc la capacité d'accomplir un acte que la pratique peut raisonnablement admettre de la part de ces derniers. Autrement dit, la capacité usuelle leur permettrait d'accomplir des actes peu dangereux, c'est-à-dire des actes qui n'engagent pas leur avenir, et qui seront admis en

<sup>192</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juill. 2012, n° 11-18.637, JCP N 2013, n° 1029, note Massip

<sup>193</sup> J. MASSIP, « De la perception d'un loyer dû à une personne en tutelle », JCP N, 2013, n° 1029

fonction de leur milieu social et économique à l'aide de la combinaison d'une appréciation abstraite et concrète.

## § II. - Les modalités d'appréciation du caractère usuel de l'acte

**74. Difficultés.** La question est de savoir ce qu'il est d'usage d'accomplir en toute autonomie par un majeur protégé ou par un mineur. La réponse paraît plus simple concernant le mineur qui tend à devenir autonome, mais plus complexe concernant le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation qui, lui, ne tend en général pas à redevenir capable. En effet, la catégorie des majeurs protégés est beaucoup plus hétérogène que la catégorie des mineurs que l'on peut notamment regrouper en fonction de l'âge<sup>194</sup>. De plus, l'altération des facultés mentales pour un majeur protégé est variable d'un individu à l'autre, il apparaît alors encore plus difficile de déterminer *a priori* ce qui relève ou non de l'usage<sup>195</sup>.

**75. Double approche.** Comme l'ont proposé les Professeurs Plazy<sup>196</sup> et Gouttenoire<sup>197</sup>, il conviendrait d'apprécier l'acte d'un double point de vue : d'abord selon une approche *in abstracto* pour déterminer si l'acte appartient en général à la catégorie des actes usuels ou non (A) et selon une approche *in concreto* pour savoir si l'acte peut être considéré comme usuel relativement à tel enfant ou tel majeur protégé (B).

### A.- L'appréciation *in abstracto* de l'acte

**76. Souplesse du critère.** Lorsque l'acte est apprécié *in abstracto* il est apprécié sans tenir compte des aptitudes de la personne qui accomplit l'acte mais par rapport à ce que ferait une personne prudente<sup>198</sup>. Certains auteurs ont d'ailleurs proposé de se référer au standard désormais disparu de bon père de famille pour apprécier le caractère usuel de l'acte. C'était notamment le cas des Professeurs Conte et Montanier<sup>199</sup> qui estimaient que ce critère était connu et qu'il avait l'avantage d'être souple, ce qui est nécessaire en matière d'usage. Seront retenus au titre de l'usage les actes que le bon père de famille peut admettre de la part

---

<sup>194</sup> V. en ce sens : F. MARCHADIER, op. cit.

<sup>195</sup> V. en ce sens : A. MARAIS, *Droit des personnes*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> ed., 2021, p.275, n°343

<sup>196</sup> J.-M. PLAZY, op.cit.

<sup>197</sup> A. GOUTTENOIRE, op.cit.

<sup>198</sup> V. en ce sens : G.MONTAGNIER, S. GUINCHARD, *Locutions latines juridiques*, 2007, Dalloz, 2<sup>ème</sup> ed, p.40

<sup>199</sup> PH. CONTE, J.-C. MONTANIER, op.cit.

d'un enfant<sup>200</sup> ou d'un majeur protégé. La notion de bon père de famille désigne le type de l'homme normalement prudent, soigneux et diligent auquel se référerait autrefois le Code civil supposant la vertu moyenne d'une gestion patrimoniale avisée, c'est l'idée d'une personne raisonnable<sup>201</sup>. La notion de bon père de famille a été supprimée de notre Code civil par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, le législateur estimant que cette expression était inappropriée, car genrée. À la notion de bon père de famille, il a été préféré le terme neutre de « raisonnable ». La raison est la faculté qui permet à l'être humain de connaître, juger et agir conformément à des principes<sup>202</sup>. Dès lors, pour savoir si l'acte est usuel d'un point de vue *in abstracto*, il faudrait déterminer si le mineur ou le majeur protégé agit raisonnablement lorsqu'il accomplit l'acte, c'est-à-dire s'il agit avec raison, ou alors est-ce que l'on peut raisonnablement admettre que c'est au représenté d'accomplir un tel acte. Plus largement, les Professeurs Conte et Montanier proposent de se référer à une pratique collective, puisqu'il n'y aurait pas d'usage sans pratique même si l'inverse n'est pas vrai, et que la pratique ne se transforme pas toujours en usage. Pour le Professeur Plazy<sup>203</sup>, afin de déterminer *in abstracto* un acte usuel, il convient de revenir à la finalité de l'incapacité qui est la protection de l'incapable. Dès lors, l'auteur estime que l'acte usuel n'est pas un acte qui ne comporte aucun risque, mais un acte qui ne comporte pas en lui-même un risque excessif ; c'est de cette absence de danger que naît l'habitude. Ce qui conduit à l'apparition d'un second critère qui est la fréquence. Ainsi, cette appréciation *in abstracto*, qui doit être soutenue, rejoint le critère de l'absence de risque utilisé par la jurisprudence : ce qui serait raisonnable serait donc ce qui est sans risque. À ce titre, Claire Farge précise que ces risques doivent être limités « *aux risques juridiques ou pécuniaires que représente la conclusion de l'acte pour le mineur* »<sup>204</sup>. Laurence Francoz-Terminal<sup>205</sup> précise que ces risques sont « *seuls susceptibles d'être appréciés objectivement notamment en ayant recours a posteriori à l'utilisation du standard du bon père de famille* ».

**77. Insuffisance.** Cette détermination *in abstracto* de l'usage n'est pas dénuée de critiques. Les Professeurs Conte et Montanier eux-mêmes indiquent qu'il n'est pas possible de se contenter d'une référence au passé, la pratique se crée au fil des jours et forme ainsi

<sup>200</sup> PH. CONTE, J.-C. MONTANIER, op.cit.

<sup>201</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2019, 13<sup>ème</sup> ed., p.135

<sup>202</sup> A.REY, J.REY-DEBOVE, *Le petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2020, p.2108

<sup>203</sup> J.-M. PLAZY, op.cit.

<sup>204</sup> C. FARGE, op.cit.

<sup>205</sup> L. FRANCOZ-TERMINAL, op.cit., p. 149, n°222

l'usage. De plus, l'homme référence n'est pas parfait. Claire Farge<sup>206</sup> et Laurence Francoz-Terminal<sup>207</sup> ne préconisent pas l'utilisation de la théorie du bon père de famille pour déterminer, *a priori*, l'acte usuel et estiment que cela conduirait à restreindre la sphère de capacité du mineur et à limiter son champ d'évolution. En effet, le critère du bon père de famille peut être un critère restrictif. Cette critique peut, par analogie, se transposer au majeur protégé. Dès lors, les Professeurs Conte et Montanier considèrent que cette appréciation *in abstracto* de l'usage ne doit pas empêcher la prise en compte de données plus concrètes<sup>208</sup> et rejoignent en ce sens l'idée d'une double approche pour déterminer l'acte usuel en raison de son caractère évolutif.

## **B.- L'appréciation *in concreto* de l'acte**

**78. Appréciation *in concreto*.** L'appréciation *in abstracto* ne pouvant pas suffire, il convient de se placer également d'un point de vue *in concreto*, c'est-à-dire prendre en considération des données plus concrètes<sup>209</sup> et spécifiques, ce qui va permettre de déterminer si l'acte accompli est usuel en fonction de la situation du mineur ou du majeur protégé concerné. Lorsque l'acte est apprécié *in concreto*, l'accomplissement de l'acte est apprécié en fonction des aptitudes de la personne qui l'a accompli sans référence à un standard,<sup>210</sup> mais plutôt par rapport à des données spécifiques à la personne. Il convient alors de prendre en compte certaines données, plutôt sociologiques, afin de déterminer si dans une situation précise l'acte peut être considéré comme relevant de l'usage. Toutefois, ces données sont diverses et peuvent être nombreuses. Il faudrait ici prendre en compte l'environnement économique et social du représenté ayant accompli l'acte afin de déterminer si celui-ci relève ou non de l'usage. Laurence Francoz-Terminal<sup>211</sup> estime d'ailleurs que le critère de la fortune personnelle du mineur est pertinent pour la détermination *in concreto* du caractère usuel de l'acte, elle raisonne par analogie avec ce qu'a utilisé la jurisprudence pour le tuteur dans son arrêt du 3 juin 1980<sup>212</sup> qui se réfère à la situation financière du majeur en tutelle pour déterminer si l'acte accompli relevait de l'usage. L'appréciation du caractère raisonnable de l'acte est difficilement dissociable de la prise en compte de la situation financière du

---

<sup>206</sup> C. FARGE, op. cit.

<sup>207</sup> L. FRANCOZ-TERMINAL, op. cit.

<sup>208</sup> V. *infra* n°78

<sup>209</sup> P. CONTE ET J-C. MONTANIER, op. cit.

<sup>210</sup> V. en ce sens G. MONTAGNIER et S. GUINCHARD, op. cit., p.41

<sup>211</sup> L. FRANCOZ-TERMINAL, op. cit., p.150

<sup>212</sup> Ibid.

mineur<sup>213</sup>, c'est pourquoi il convient de se placer de deux points de vue pour apprécier le caractère usuel de l'acte accompli par le mineur. Pour le majeur bénéficiant d'une mesure de représentation, il est également difficile de distinguer le caractère raisonnable de l'acte accompli de sa situation financière comme a pu le faire la jurisprudence, la combinaison des deux points de vue paraissait alors essentielle.

**79. Mineur.** Pour le mineur, le Professeur Plazy<sup>214</sup> propose de se référer à son âge comme critère *in concreto* : les actes autorisés à *l'infans* sous couvert de l'usage ne sont pas les mêmes que ceux qui sont autorisés à l'adolescent. Il ajoute que l'âge est une donnée objective à laquelle il convient d'ajouter le degré de discernement de la personne incapable et ses caractères propres qui permettront de déterminer le caractère usuel d'un acte. Pourtant, l'âge devrait plutôt être considéré comme un critère *in abstracto*, faisant référence à un standard, alors que le discernement paraît plus adapté à une appréciation *in concreto*, puisqu'il sera véritablement apprécié en fonction des aptitudes de la personne. C'est le discernement réel du mineur qui permettra *in concreto* l'appréciation du caractère usuel de l'acte. De plus, ce critère du discernement peut s'appliquer tout aussi bien au mineur, qu'au majeur protégé, pour qui, un consentement suffisamment lucide et éclairé doit être constaté pour caractériser l'acte comme étant usuel.

**80. Conclusion du Chapitre.** La consécration de la capacité usuelle du mineur et du majeur protégé semble pertinente. Les arguments relatifs à la différence de régime de la capacité usuelle des mineurs et majeurs protégés<sup>215</sup> ne peuvent désormais plus être retenus contre la consécration de cette dernière, le régime ayant été lui aussi uniformisé<sup>216</sup>. La seule réticence pouvant subsister quant à cette consécration de la capacité usuelle peut résider dans la différence de la finalité de la protection entre le mineur et le majeur sous tutelle. De fait, le mineur se prépare à l'autonomie, il paraît donc pertinent de lui octroyer cette sphère de capacité si l'acte est autorisé par l'usage. En revanche, s'agissant du majeur protégé, le doute est permis quant à sa possibilité de bénéficier de cette capacité usuelle au regard des différents profils que revêt cette protection. Cette affirmation peut être renversée puisqu'il s'agira par cette capacité usuelle de laisser une part d'activité sociale au majeur protégé pour des actes dont l'importance est moindre. Par conséquent, la finalité de la capacité usuelle sera différente

---

<sup>213</sup> Ibid.

<sup>214</sup> J.-M. PLAZY, op.cit.

<sup>215</sup> J.-M. PLAZY, op. cit.

<sup>216</sup> V. *infra* n°82 et s.

selon qu'il s'agisse d'un mineur ou d'un majeur protégé, mais son existence, dans les deux cas, ne peut être que saluée.

## **Chapitre 2 :**

### **Une capacité implicite fondée sur la remise en cause de l'acte**

**81. Influence de la remise en cause de l'acte.** Si la personne protégée peut valablement accomplir les actes autorisés par la loi ou l'usage, le régime de l'ensemble des actes qu'elle réalise peut dessiner en creux sa capacité permettant de qualifier d'implicite la capacité qui repose sur les modalités de remise en cause de l'acte. En effet, l'existence de l'acte peut être remise en cause que l'acte soit considéré usuel ou non. Si cette remise en cause n'aboutit pas, on peut considérer qu'en réalité pour ce qui concerne l'objet de l'acte, le représenté bénéficie de la capacité d'agir. La capacité usuelle de la personne protégée étant limitée par sa nécessaire protection l'acte non usuel peut être annulé en raison de la seule incapacité tandis que l'acte usuel peut être remis en cause s'il est lésionnaire (Section 1). Si les motifs de la remise en cause peuvent être différents selon qu'il s'agisse d'un mineur ou d'un majeur protégé, les conséquences sont les mêmes. Une fois l'acte remis en cause, la capacité usuelle peut se voir élargie, car il existe des obstacles à celle-ci qui font naître une capacité implicite de la personne protégée puisque l'acte pourra être considéré comme valable (Section 2).

## **Section 1 : Le régime de la remise en cause de l'acte accompli par la personne protégée**

**82. Modernisation.** Depuis l'ordonnance du 10 février 2016<sup>217</sup>, le législateur a modernisé le régime des actes accomplis par le mineur ou le majeur protégé qui sont aujourd'hui clairement soumis à deux régimes distincts : la nullité relative pour les actes non usuels et la nullité pour simple lésion pour les actes usuels. Les textes adoptent la classification moderne qui avait été proposée par la doctrine pour le mineur, le régime de la remise en cause des actes accomplis par le mineur étant très controversé<sup>218</sup>. En effet, concernant le mineur, le législateur fait définitivement disparaître les références au système ancien fondé sur l'étendue des pouvoirs du représentant légal qui n'était pas adapté<sup>219</sup>. L'éclaircissement du législateur est donc bienvenu et il prévoit l'application d'un régime dualiste aux actes accomplis par le mineur ou le majeur protégé seul. Que l'acte soit considéré comme usuel ou non, il peut être annulé. Autrement dit, que la personne protégée ait la capacité ou non de réaliser l'acte, il peut être annulé, car même s'il est considéré comme un acte usuel, il peut être remis en cause. En revanche, les conséquences de la nullité seront les mêmes que l'acte soit usuel ou non. Les motifs de la remise en cause de l'acte peuvent donc être différents selon que l'acte est usuel ou non (I) mais les conséquences de cette nullité sont les mêmes (II).

### **§ I. - Des motifs de remise en cause de l'acte différents**

**83. Régime dualiste.** L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016<sup>220</sup>, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations vient déterminer un régime dualiste applicable aux actes passés par le mineur ou le majeur protégé seul. Les textes affirment clairement et nettement la dichotomie des actes effectués par le

---

<sup>217</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

<sup>218</sup> V. *infra* n° 96

<sup>219</sup> A. GOUTTENOIRE, « Réforme du droit des contrats et des obligations : coup de jeune sur la capacité usuelle du mineur et du majeur protégé... », *LexBase Hebdo édition privée*, 10 mars 2016, n°646

<sup>220</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

mineur ou le majeur protégé qui s'impose à tous. Dès lors, la nullité est applicable aux actes non usuels accomplis par le mineur ou le majeur protégé sur le fondement de son incapacité de principe (A). En revanche, même si l'acte autorisé par la loi ou l'usage peut être valablement accompli seul par la personne protégée, il reste susceptible d'être annulé s'il se trouve qu'il est lésionnaire pour la personne protégée (B).

#### A.- Le régime unifié de la nullité de l'acte non usuel de la personne protégée

**84. Principe.** L'article 1147 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 pose un principe général selon lequel « *l'incapacité de contracter est une cause de nullité relative* ». Dès lors que l'acte a été accompli sans être autorisé dans les conditions prévues par les articles 1148 et suivants, la nullité de l'acte est constatée<sup>221</sup>. Autrement dit, dès lors que l'acte n'est pas usuel ni prévu par la loi, celui-ci sera sanctionné de la nullité relative. Pour le mineur, la solution n'est pas nouvelle, elle a été affirmée par un arrêt de principe du 25 mars 1861<sup>222</sup> selon lequel « *le défaut d'autorisation et d'homologation entraîne une nullité qui vicie les actes d'aliénation à leur origine même et les mineurs peuvent justement les attaquer, sans obligation pour eux de prouver qu'il en résulte à leur préjudice une lésion quelconque* ». La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui écarte la nullité en se fondant sur le fait qu'en l'espèce, la vente attaquée était dans l'intérêt de toutes les parties et qu'elle offrait des résultats favorables aux mineurs concernés<sup>223</sup>. Pour le majeur protégé, l'article 502 du Code civil tel qu'issu de la loi du 3 janvier 1968<sup>224</sup> disposait que : « *Tous les actes passés, postérieurement au jugement d'ouverture de la tutelle, par la personne protégée, seront nuls de droit (...)* ». La nullité étant de droit, l'intervention du juge était nécessaire afin de prononcer la nullité avec un pouvoir d'appréciation judiciaire limité<sup>225</sup>. Depuis la loi du 5 mars 2007, il est prévu par l'article 465 3° du Code civil auquel l'article 1150 du même code renvoie que : « *Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être représentée, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice* ». L'article 494-9 du Code civil reprend les mêmes termes concernant l'habilitation familiale, qui peut prévoir une représentation générale. Cette disposition vise les actes accomplis sans capacité par le majeur protégé et doit se combiner avec les dispositions issues

<sup>221</sup> A. GOUTTENOIRE, P. BONFILS, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2021, p.288, n°503

<sup>222</sup> Civ., 25 mars 1861, DP 1861. 1. 202 ; S. 1861. 1. 673 ; GAJC, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2000, n° 53-54, p. 286.

<sup>223</sup> A. GOUTTENOIRE, P. BONFILS, *op.cit.*

<sup>224</sup> Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs

<sup>225</sup> D.FENOUILLET, F.TERRE, *Droit civil : les personnes*, Dalloz, 2012, 8<sup>ème</sup> éd., p.780, n°741

de l'ordonnance du 10 février 2016 : les actes conclus sans capacité ne sont plus réellement sanctionnés par une nullité de plein droit, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation, peu importe la nature juridique de l'acte contesté<sup>226</sup>.

**85. Règles applicables au majeur protégé.** L'article 465 du Code civil envisage également les actes accomplis par le majeur protégé dans le cadre d'une mesure de représentation. L'article 465 du Code civil dispose : « *À compter de la publicité du jugement d'ouverture, l'irrégularité des actes accomplis par la personne protégée ou par la personne chargée de la protection est sanctionnée dans les conditions suivantes : 1° Si la personne protégée a accompli seule un acte qu'elle pouvait faire sans l'assistance ou la représentation de la personne chargée de sa protection, l'acte reste sujet aux actions en rescision ou en réduction prévues à l'article 435 comme s'il avait été accompli par une personne placée sous sauvegarde de justice, à moins qu'il ait été expressément autorisé par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué ; 2° Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être assistée, l'acte ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice ; 3° Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être représentée, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice (...)* ». Tout d'abord, si le majeur protégé accomplit un acte pour lequel il devait être assisté, alors la nullité sera facultative et impliquera de démontrer qu'il a subi un préjudice. Dans le cadre d'une mesure de représentation, les actes accomplis avec une simple assistance sont notamment autorisés par le juge<sup>227</sup>, l'hypothèse est donc plutôt rare. Les mêmes remarques peuvent être faites à l'égard de la mesure d'habilitation familiale générale par représentation puisque l'article 494-9 du Code civil prévoit que : « *Si la personne à l'égard de qui l'habilitation a été délivrée passe seule un acte dont l'accomplissement a été confié à la personne habilitée, celui-ci est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice. Si elle accomplit seule un acte dont l'accomplissement nécessitait une assistance de la personne habilitée, l'acte ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice.* ».

**86. Sanction de l'incapacité du majeur protégé.** En revanche, en cas d'incapacité, autrement dit lorsque le majeur protégé aurait dû être représenté, la nullité est de droit, le préjudice n'a pas à être démontré comme le prévoit l'article 465 3° du Code civil.

---

<sup>226</sup> C.SIMLER, « Art. 1145 à 1152 – Fasc.unique : CONTRAT.- Capacité », *JCl. Civil Code*, juill. 2022, n°54-55

<sup>227</sup> Art. 473 du Code civil, V. *infra* n°568 et 577

Dans le même sens, l'article 494-9 du Code civil prévoit que « *Si la personne à l'égard de qui l'habilitation a été délivrée passe seule un acte dont l'accomplissement a été confié à la personne habilitée, celui-ci est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice* ». Dans le cadre d'une habilitation familiale générale par représentation, les actes dont l'accomplissement a été confié à la personne habilitée sont donc les actes pour lesquels la personne à l'égard de qui l'habilitation familiale a été délivrée aurait dû être représentée. Ces dispositions rejoignent celle de l'article 1147 du Code civil qui prévoit que l'incapacité de contracter est une cause de nullité relative. Cette nullité de droit de tous les actes accomplis après le jugement d'ouverture de la mesure n'est pas nouvelle puisqu'elle était déjà prévue par le Code Napoléon et le législateur de 1968 avait également repris cette disposition<sup>228</sup>. La nullité est donc de droit même si le majeur protégé a agi en connaissance de cause ou que l'acte n'ait causé aucun préjudice, le juge devait seulement vérifier la temporalité de l'acte en cause à savoir que celui-ci est postérieur à la publicité du jugement<sup>229</sup>. Néanmoins, cette disposition peut s'opposer aux nouvelles règles issues de l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, la possibilité de faire obstacle à la nullité prévue par l'article 1151 du Code civil étend la condition de préjudice<sup>230</sup> puisqu'il prévoit que l'acte utile et exempt de lésion ou qui a profité au majeur protégé peut être maintenu. Cette règle conduit finalement le juge à apprécier le prononcé de la nullité qui est censée être de droit, en raison de l'incapacité de la personne, mais puisqu'il peut y être fait obstacle, il se doit d'apprécier l'utilité ou non de l'acte. Dès lors, plus aucun acte accompli par un majeur en dépit de son incapacité n'est systématiquement sanctionné par la nullité de droit, le juge disposant toujours d'un pouvoir d'appréciation<sup>231</sup>.

**87. Caractère relatif de la nullité.** Le nouveau texte consacre le caractère relatif de la nullité pour incapacité, et ne distingue pas entre l'incapacité de jouissance ou d'exercice<sup>232</sup>. La nullité pour incapacité est une nullité de protection, caractéristique majeure de la nullité relative. Cette solution est conforme à la classification des nullités que le législateur a souhaité adopter, autrement dit, le texte consacre la théorie dite « moderne » des nullités qui repose sur la distinction entre les nullités absolues sanctionnant la violation d'une

---

<sup>228</sup> C. SIMLER, op.cit., n°77

<sup>229</sup> Ibid., n°78

<sup>230</sup> Ibid.

<sup>231</sup> J.-J. LEMOULAND, « Art. 464 à 466 – Fasc.unique : MAJEURS PROTEGES. – Curatelle et tutelle. – Sanction des irrégularités », *JCI Civil Code*, janv. 2023, n°55 ; V. *infra* n°94 et s. sur le régime de l'acte usuel

<sup>232</sup> M.MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III) », *LPA*, mars 2016, n°52,p.7

règle d'intérêt général et les nullités relatives qui sanctionnent la violation d'un intérêt particulier<sup>233</sup>. En effet, l'incapacité a « *pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé* »<sup>234</sup>.

**88. Titulaire du droit d'invoquer la nullité relative.** La nullité étant relative, juridiquement, le mineur, le majeur protégé ou leur représentant légal, peuvent seuls agir pour demander la nullité des actes réalisés alors qu'il n'en avait pas la capacité. En effet, la règle en matière de nullité relative est que seule la personne protégée par la loi peut faire état de la nullité. Le législateur a fait le choix de la nullité relative en cas d'incapacité de contracter sachant que l'article 1181 du Code civil prévoit que cette nullité « *ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger* ». S'agissant d'une mesure de protection, il est logique que seule la personne protégée par la nullité puisse l'invoquer<sup>235</sup>. Ce sont les représentants légaux qui vont agir au nom du protégé, cette nullité leur étant ouverte pendant toute la durée de l'incapacité qui empêche la personne protégée de mettre en œuvre lui-même la nullité<sup>236</sup>. En effet, le mineur et le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation ne peuvent pas agir en justice en raison de leur incapacité, leurs représentants agiront donc en leur nom. Le législateur prévoit spécifiquement aux articles 465 et 494-9 du code civil que le tuteur ou la personne habilitée peut engager seul l'action en nullité avec l'autorisation du juge ou, éventuellement, du conseil de famille pour le tuteur uniquement. Pour le mineur, rien n'est spécifiquement prévu, mais le jeu de la représentation permet aux représentants légaux d'agir pour le mineur.

**89. Impossibilité d'invoquer la nullité.** Dès lors, même si l'ordonnance ne reprend pas l'ancien article 1125 du Code civil<sup>237</sup>, le cocontractant capable ne peut pas invoquer l'incapacité de la personne avec laquelle il a contracté<sup>238</sup>. La jurisprudence considère classiquement que les héritiers du cocontractant capable ne peuvent pas invoquer l'incapacité de la personne avec qui l'acte a été conclu pour le faire annuler. En effet, dans un arrêt du 14 janvier 2009<sup>239</sup>, les juges de la première chambre civile ont annulé la vente d'un immeuble en

---

<sup>233</sup> F. ANSEL, B. FAUVARQUE-COSSON, J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, p.118

<sup>234</sup> Art. 1179, al. 2. Code civil : « (...) Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé. »

<sup>235</sup> S. SANA-CHAILLE DE NERE, « CONTRAT – Nullité du contrat. - Régime de la nullité », *J.-Cl. Civil Code*, fasc.30, juin 2022, n°6

<sup>236</sup> *Ibid.*, n°16

<sup>237</sup> Art. 1125 Code civil : « Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de ceux avec qui elles ont contracté »

<sup>238</sup> G.CHANTEPIE, M.LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2018, p.308, n°356

<sup>239</sup> Civ.1<sup>ère</sup>., 14 janv. 2009, n° 07-16.451 ; Bull.civ.I, n°6 : RTD civ. 2009, p.297, obs. J.Hauser

se fondant entre autres sur la minorité de l'acheteur à l'époque de l'acte. Les juges appliquent l'ancien article 1125 du Code civil et la notion de nullité relative, désormais contenue dans l'article 1147 du Code civil. En effet, la nullité relative étant une nullité de protection, elle ne peut être soulevée que par celui qu'elle a pour objet de protéger. Or, la nullité était ici invoquée par les héritiers du vendeur décédé. Les ayants cause du défunt étaient soumis à l'ancien article 1125 du Code civil, car au visa de l'article 724 du même code les enfants étaient ayants cause universelles du défunt et ne pouvaient avoir plus de droits que celui-ci. Ils ne pouvaient donc pas se fonder sur l'incapacité du contractant au moment de la vente. Ainsi, il est impossible pour le cocontractant du mineur ainsi que pour ses éventuels héritiers qui reprennent les droits et actions du cocontractant défunt de demander la nullité de l'acte pour incapacité. Dans cette même logique, les tiers ne peuvent pas non plus invoquer la nullité relative pour incapacité. Cette disposition semble bienvenue et respecte l'engagement législatif qui souhaite protéger les intérêts de la personne protégée. C'est au cocontractant qu'il revient d'être vigilant.

**90. Exceptions.** Le droit d'invoquer la nullité relative peut exceptionnellement être étendu à d'autres personnes que ce que la loi a prévu. Il en est ainsi concernant le contrat de mariage bien qu'il ne s'agisse pas d'un acte de la vie courante, mais d'un acte autorisé par la loi qui obéit au même régime. Les articles 1398 alinéa 2 et 1399 alinéa 2 permettent respectivement au mineur ou à la personne protégée, mais également aux personnes dont le consentement était requis pour la validité du contrat, de demander l'annulation de ce contrat dans le cas où il a été passé sans assistance. Toutefois, le mineur, depuis 2006, ne peut, en principe, pas se marier sauf dispense dans des circonstances exceptionnelles prévues par l'article 145 du Code civil, cette disposition relative au contrat de mariage est donc relative, voire désuète, pour ce qui le concerne.

**91. Restriction du droit d'invoquer la nullité.** De la même manière, le droit d'invoquer la nullité relative peut exceptionnellement être restreint. En effet, le nouvel article 1149 du Code civil, qui reprend l'ancien article 1307 du même code, dispose que la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation. Cette règle impose aux tiers « *de procéder aux vérifications nécessaires quant à l'âge de leur cocontractant sans se fier aux seules déclarations de ce dernier* »<sup>240</sup>. Il n'existe donc plus d'obstacle formel à la nullité demandée par le mineur même s'il y a un comportement

---

<sup>240</sup> A. GOUTTENOIRE, op.cit.

délictueux de sa part, mais si son comportement constitue une faute destinée à tromper son cocontractant, alors il est toujours possible d'engager sa responsabilité civile conduisant à une éventuelle indemnisation du cocontractant qui aurait subi un dommage<sup>241</sup>. Une telle disposition n'est pas prévue en cas de mensonge du majeur protégé alors que la jurisprudence a eu l'occasion sous l'empire de la loi ancienne d'étendre cette règle aux majeurs protégés<sup>242</sup>.

**92. Actes de la vie professionnelle du mineur.** Par ailleurs, le mineur ne peut pas se soustraire aux engagements qu'il a pris dans l'exercice de sa profession selon le nouvel article 1149 du Code civil qui reprend l'ancien article 1308 du même code. Dès lors, le mineur qui a accompli des actes dans le cadre de son activité professionnelle ne peut invoquer la nullité de ces derniers ni pour incapacité ni pour cause de lésion<sup>243</sup>. Les engagements pris par le mineur dans le cadre de sa profession sont donc d'un enjeu important puisqu'ils ne pourront pas être annulés ni pour incapacité entraînant la nullité relative ni pour lésion. Dans le domaine professionnel, le législateur ne pouvait pas prendre le risque que le mineur puisse se défaire de ses engagements, ce qui serait susceptible d'engendrer de l'insécurité juridique pour tout acte accompli par le mineur dans le cadre de son travail, domaine dans lequel il lui est reconnu une certaine capacité<sup>244</sup>.

**93. Prescription.** Le nouvel article 1152 du Code civil prévoit le point de départ de la nullité et dispose : « *La prescription de l'action court : 1° A l'égard des actes faits par un mineur, du jour de la majorité ou de l'émancipation ; 2° A l'égard des actes faits par un majeur protégé, du jour où il en a eu connaissance alors qu'il était en situation de les refaire valablement ; 3° A l'égard des héritiers de la personne en tutelle ou en curatelle ou de la personne faisant l'objet d'une habilitation familiale, du jour du décès si elle n'a commencé à courir auparavant* ». La prescription de l'action en nullité est de droit commun depuis l'ordonnance de 2016 et elle est de cinq ans selon l'article 2224 du Code civil. Pour le mineur, le point de départ de la prescription courte au jour de la majorité ou de l'émancipation, autrement dit lorsque le mineur devient pleinement capable. Toutefois, le représentant du mineur peut agir en nullité le temps que celui-ci dispose de sa pleine capacité. Il est logique de prévoir un point de départ de la prescription de l'action en nullité spécifique aux mineurs,

---

<sup>241</sup> S.SANA-CHAILLE DE NERE, op.cit.

<sup>242</sup> En ce sens : Civ., 13 mars 1900, DP 1900. 1 .580 ; S. 1903. 1. 26 ; Paris, 20 mars 1956, JCP 1956. II. 9401, note Mazeaud ; RTD Civ. 1956, p.709, obs. H.Desbois cités par : G. CHANTEPIE, M.LATINA, op.cit., p.315

<sup>243</sup> A. GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit., p.292, n°512 ; V. *infra* n°94 et s. sur le régime de l'acte usuel

<sup>244</sup> V. *infra* n°521 et s. sur les actes professionnels du mineur

ces derniers étant incapables jusqu'à leur majorité ou leur émancipation. Néanmoins, le législateur a également envisagé les cas où il faudrait agir pendant le temps où le mineur est incapable en permettant à son représentant légal d'agir en nullité dans un délai de cinq ans. Pour le majeur protégé, si la loi prévoit que tant que la mesure de protection est en cours, le majeur protégé ne peut refaire valablement l'acte en cause, la prescription ne commence donc à courir qu'à la fin de la mesure<sup>245</sup>. La question s'est alors posée de savoir si l'article 2232 du Code civil<sup>246</sup> qui prévoit un délai butoir pouvait s'appliquer, alors que l'article 2223 du Code civil, contenu dans les dispositions de droit commun relatives à la prescription, prévoit que cette règle ne peut faire obstacle à l'application des règles spéciales prévues par d'autres lois<sup>247</sup>. Or, la loi prévoyant désormais une prescription de droit commun pour le majeur protégé, il ne semble pas possible de dire qu'il existe une règle spéciale concernant le majeur protégé, ce qui implique que le délai butoir doit s'appliquer au régime de la prescription des actes du majeur protégé<sup>248</sup>, ce qui peut nuire à la protection du contractant vulnérable<sup>249</sup> qui reste dans l'incapacité d'agir même si son représentant peut agir à sa place durant toute la période d'incapacité.

## **B.- Le régime différent de l'acte usuel de la personne protégée**

**94. Dispositions différentes.** Les articles 1149 et 1150 du Code civil prévoient respectivement le régime de l'acte autorisé au mineur et au majeur protégé. Le choix a été fait de distinguer le mineur du majeur protégé, sans doute parce que pour le majeur protégé le régime de l'acte autorisé faisait moins débat, puisque le législateur reprend les dispositions existantes en fonction de la mesure de protection. Pour le mineur, le législateur a préféré la sanction de la nullité à la sanction classique de la rescision. L'idée reste toutefois la même sur le fond puisque la nullité de l'acte autorisé accompli par le mineur ne résulte pas simplement de son incapacité, mais suppose que soit constaté le caractère lésionnaire de l'acte<sup>250</sup>. Dès lors, même si le texte n'évoque plus la rescision, la technique reste la même, car la rescision

---

<sup>245</sup> C.SIMLER, op.cit.

<sup>246</sup> Art. 2232 du Code civil al.1: « Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. (...) ».

<sup>247</sup> C.SIMLER, op.cit..

<sup>248</sup> Ibid.

<sup>249</sup> N.PETERKA, « Les implications de la réforme du droit des obligations en droit des personnes protégées », *AJ fam.*, 2016, p.533

<sup>250</sup> S. SANA-CHAILLE DE NERE, « CONTRAT – Nullité du contrat – Généralités », *J.-Cl. Notarial Répertoire*, Fasc.122, oct.2023, n°111

supposait le constat d'une lésion et l'action, sur le plan judiciaire, était équivalente à la nullité<sup>251</sup>. Pour le majeur protégé, l'article 1150 du Code civil renvoie à l'article 465 du Code civil qui prévoit la rescision pour lésion, à la différence du mineur pour qui la lésion entraîne la nullité bien que la réalité judiciaire ne soit pas modifiée par cette différence<sup>252</sup>. Le législateur a pris soin de distinguer le régime applicable au mineur (1) de celui applicable aux majeurs protégés(2), sans doute parce que pour ces derniers, le régime des actes qu'ils accomplissent était déjà, et mieux, prévu.

### 1. *Le régime de l'acte usuel du mineur*

**95. Protection des intérêts du mineur.** Si l'article 1148 du Code civil permet aux mineurs d'accomplir les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, le législateur n'a pas manqué de protéger le mineur de sa capacité après avoir prévu la sanction de son incapacité<sup>253</sup>. L'article 1149 du Code civil, qui concerne exclusivement le mineur, prévoit que ces actes courants peuvent être annulés pour simple lésion. Par la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le législateur a clairement posé le domaine d'application de la nullité pour simple lésion (a) qui est mise en œuvre dans les cas où les actes traduisent l'inaptitude du mineur à prendre une décision conforme à ses intérêts (b).

#### a. Le domaine de la nullité pour simple lésion

**96. Ancien régime controversé.** Avant l'intervention législative de 2016, le régime des actes accomplis par le mineur faisait débat puisque le critère de répartition des actes soumis à la nullité de plein droit ou à la lésion a fait l'objet de nombreuses controverses en droit des mineurs. La jurisprudence utilisait le critère moderne de l'usage alors que la doctrine classique retenait plutôt le critère traditionnel des pouvoirs reconnus au représentant du mineur à partir de l'ancien adage *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus*<sup>254</sup>. En effet, pour la doctrine, ce critère était, pour certains, fondé sur les pouvoirs des représentants légaux<sup>255</sup>, pour d'autres<sup>256</sup>, sur l'usage. L'ordonnance du 10 février 2016 met fin

---

<sup>251</sup> Ibid.

<sup>252</sup> Ibid.

<sup>253</sup> V. *supra* n°84 et s. sur le régime de l'acte non usuel

<sup>254</sup> H.ROLLAND, L.BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4<sup>ème</sup> éd., 1999 n°228, p.445 : Le mineur obtient restitution moins en sa qualité de mineur qu'en qualité de lésé

<sup>255</sup> G. GOUBEAUX, *Droit civil. Les personnes*, LGDJ, 1989, n°386 ; CARBONNIER, *Droit civil les personnes*, PUF, 2000, p.112 et s. ; A. DEMERY, « La sanction des actes passés par le mineur non émancipé : bilan et perspectives », *Gaz. Pal.*, 2009, n°8, p.4

à ce débat doctrinal et crée une « *action résiduelle en nullité* »<sup>257</sup> pour les actes courants que la loi ou l'usage autorise au mineur.

**97. Protection de la capacité du mineur.** La technique de la nullité pour lésion permet au contrat conclu par le mineur, sans que ses intérêts aient été lésés, d'échapper à la nullité, alors que l'acte qui lui cause une lésion peut être attaqué<sup>258</sup>. Ainsi, le mineur dispose d'une capacité d'exercice exceptionnelle, mais reste protégé contre une éventuelle dilapidation de son patrimoine dans les cas où l'acte qu'il a accompli porterait atteinte à ses intérêts. L'arrêt *Marchais*<sup>259</sup> du 18 juin 1844 affirmait déjà que « *tout ce que la loi a voulu, dans les dispositions où elle s'occupe des intérêts de ce mineur, c'est, non pas qu'il ne pût jamais contracter seul, mais qu'il ne fût pas lésé en contractant. S'il en était autrement, si sa qualité de mineur suffisait pour faire annuler, sans distinction, toutes les conventions dans lesquels le tuteur ne serait pas intervenu, les dispositions par lesquelles la loi a cherché à le protéger deviendraient préjudiciables en interdisant aux tiers la faculté de passer lui-même les contrats dont il pourrait tirer le plus d'avantages. En lui conservant dans tous les cas le droit de faire restituer pour la simple lésion, dont l'appréciation est abandonnée à la sagesse des tribunaux, la loi a suffisamment pourvu à son intérêt* ».

**98. Application de la lésion aux seuls actes courants du mineur.** Tout comme le faisait l'ancien article 1305 du Code civil, le nouvel article 1149 relatif à la lésion ne vise que les mineurs. De plus, la lésion ne s'applique qu'aux actes courants autorisés par la loi ou l'usage passés par le mineur. Le législateur l'affirme désormais clairement, la jurisprudence ne s'étant jamais positionnée de manière évidente. En effet, les décisions relatives à la question de la lésion d'un acte que le mineur a effectué seul ne déterminaient que si l'acte avait ou non un caractère lésionnaire, mais n'indiquaient pas si cet acte était ou non autorisé par l'usage. La Cour de cassation a eu l'occasion de s'interroger sur le caractère lésionnaire de l'acte sans le qualifier préalablement d'acte usuel ou non dans une affaire relative à l'achat d'un voilier<sup>260</sup>. Le régime applicable aux actes usuels effectués par le mineur était alors

<sup>256</sup> PH. CONTE, J.-C. MONTANIER, « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *JCP*, n°1986, I, p.401 ; A. GOUTTENOIRE, « La capacité usuelle du mineur », in *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser, LexisNexis Dalloz*, 2012, p.163

<sup>257</sup> G. CHANTEPIE, M. LATINA, op.cit.

<sup>258</sup> S. SANA-CHAILLE DE NERE, op.cit.

<sup>259</sup> DP 1844. I. 123 ; S. 1844. I. 497, note L.-M. Devill ; H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, n°59-60, p. 377. ; cité par A. Gouttenoire et P. Bonfils, « Droit des mineurs », Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2014., p.638, n°1061

<sup>260</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 3 déc. 1991, n°89-22043

confus et le législateur de 2016 est venu déterminer que la lésion s'appliquerait aux actes courants.

**99. Exclusion de la lésion par l'autorisation.** La lésion est exclue pour certains actes accomplis par le mineur. L'ancien article 1309 du Code civil excluait la lésion pour les conventions passées par le mineur dans le cadre de son contrat de mariage qui a été autorisé par ses représentants légaux. Toutefois, le législateur à travers la réforme n'a pas repris l'article 1309 du Code civil sans doute parce que le mineur ne peut plus se marier depuis 2006 sauf dispenses dans des circonstances exceptionnelles prévues par l'article 145 du Code civil. Concernant le contrat de travail autorisé par le représentant légal du mineur, la lésion ne semble pas non plus lui être applicable<sup>261</sup>. De la même manière, les actes d'administration nécessaires à la création à la gestion d'une EIRL que le mineur est autorisé à accomplir par ses parents<sup>262</sup> ne semblent pas être susceptibles d'être annulés pour lésion<sup>263</sup>, l'autorisation empêchant la lésion en validant l'acte.

**100. Engagements professionnels.** Le mineur ne peut se soustraire aux engagements qu'il a pris dans l'exercice de sa profession selon l'article 1149 du Code civil, ce qui laisse penser que les actes professionnels accomplis par le mineur peuvent également être annulés pour cause de lésion. Les actes accomplis par le mineur dans l'exercice de sa profession sont soumis au régime de droit commun, et leur incapacité n'a aucune influence sur ce régime<sup>264</sup>. Dès lors que le mineur a été autorisé à exercer une activité professionnelle, il dispose des mêmes droits que le majeur et doit être traité comme tel pour les actes accomplis dans ce cadre, il ne peut dès lors pas se soustraire à ses engagements<sup>265</sup>. Par ailleurs, en tant que salarié, le mineur n'est pas engagé par les actes qu'il passe pour le compte de son employeur<sup>266</sup>, ainsi sa capacité ne pose aucune difficulté. De la même manière, cette règle ne s'applique qu'en dehors de la matière commerciale puisque le mineur est frappé d'une capacité de jouissance dans cette matière.

**101. Imprévision.** L'article 1149 du Code civil prévoit que la nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible. Il reprend ainsi en substance

---

<sup>261</sup> A. GOUTTENOIRE, P. BONFILS, op.cit

<sup>262</sup> V. *infra* n°560

<sup>263</sup> F. JULIENNE « Le mineur, acteur de la vie économique (A propos de la loi du 15 juin 2010) », *Dr. fam. 2010*, étude n°31 ; A. GOUTTENOIRE, P. BONFILS, op.cit.

<sup>264</sup> A. GOUTTENOIRE, P. BONFILS, op.cit.

<sup>265</sup> G.CHANTEPIE, M.LATINA, op.cit.

<sup>266</sup> Soc., 18 oct.2006, Dr. Soc. 2007, p.103, obs. J. Savatier ; D.2007.695, note J.Mouly

l'ancien article 1306 du Code civil qui excluait la lésion lorsqu'elle résultait d'un « événement casuel et imprévu »<sup>267</sup>. Autrement dit, la lésion sera exclue lorsque l'acte n'aura pas été lésionnaire pour le mineur si cet événement ne s'était pas réalisé. En effet, si certaines circonstances postérieures à l'acte ou des événements survenus après l'accomplissement de l'acte ont provoqué la lésion, la sanction ne peut pas trouver à s'appliquer au cocontractant, la lésion n'étant pas présente à l'origine. Cette disposition peut être critiquée pour le mineur qui pourrait ne pas avoir prévu ce qu'une personne plus expérimentée aurait pu prévoir.

**102. Déclaration de majorité.** L'article 1149 du Code civil prévoit que la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation, autrement dit la déclaration de majorité ne fait pas obstacle à la nullité pour lésion. Les tiers se voient alors dans l'obligation de vérifier l'âge de leur cocontractant sans se contenter des déclarations de ce dernier<sup>268</sup>. Le contractant capable ne peut se fonder sur son ignorance de la capacité de son cocontractant pour se défendre. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur ce point dans un arrêt du 12 novembre 1998 relatif à la capacité bancaire du mineur<sup>269</sup>. En l'espèce, la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de considérer que l'ouverture d'un compte, avec remise de carnet de chèques et d'une carte bancaire sans autorisation de son représentant, à un mineur ayant menti sur sa date de naissance, était valable. Les juges estiment en effet que seules des manœuvres frauduleuses de la part du mineur auraient pu exclure la remise en cause de l'acte sur le fondement de la lésion puisque la simple déclaration de majorité est insuffisante eu égard à l'ancien article 1307 du Code civil désormais repris par l'article 1149 du même code. Le simple mensonge de la part du mineur ne suffit pas à écarter la nullité pour lésion. Tout comme pour la nullité relative, la faute devrait avoir été commise intentionnellement et celle-ci devrait être positive se manifestant par de véritables manœuvres<sup>270</sup>. Une nouvelle fois, le législateur souhaite protéger le mineur qui aurait agi seul sans véritablement être conscient que l'acte accompli n'est pas conforme à ses intérêts.

**103. Qualification de l'acte.** Le champ d'application de la nullité pour lésion a été défini et prévu par le législateur et la jurisprudence devrait être précise quant à la qualification de l'acte accompli par le mineur et la sanction applicable. Les juges auront cependant

---

<sup>267</sup> G.CHANTEPIE, M.LATINA, op.cit.

<sup>268</sup> A. GOUTTENOIRE, op.cit.

<sup>269</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov.1998, n°97-13.248 ; JCP G 1999, II, 10053, T. Garé ; Dr. famille 1999, comm. 35, T.Fossier ; D. 2000, p. 39, note C. Farge ; LPA 23 sept. 1999, p. 20, obs. J. Massip ; V. *supra* n°67

<sup>270</sup> V. *supra* n°91

beaucoup à faire quant à la mise en œuvre de la nullité pour lésion notamment en ce qui concerne l'appréciation de la lésion.

b. La mise en œuvre de la nullité pour simple lésion

**104. Appréciation de la lésion.** Dans l'Ancien Droit, la « lésion » s'opposait à la « lésion énorme » qui n'était applicable qu'à la personne majeure et le Code Napoléon avait repris cette expression<sup>271</sup>. Le Doyen Carbonnier estimait que la simple lésion s'entend à la fois de la lésion objective, arithmétique, qui est une disproportion entre les prestations réciproques, au détriment du mineur, mais également de la lésion subjective qui s'apprécie au regard de l'opportunité et de l'utilité de l'acte au regard de l'intérêt du mineur<sup>272</sup>. La simple lésion s'entend, en effet, plus largement que le seul défaut d'équivalence entre les prestations, puisqu'elle s'applique également au défaut d'utilité du contrat pour le mineur<sup>273</sup>. Le déséquilibre contractuel ne sera alors qu'un aspect de la nullité pour lésion puisqu'il convient également d'inclure l'appréciation de l'utilité du contrat. Les professeurs Chantepie et Latina considèrent que « *le déséquilibre économique ne constitue qu'un élément d'une action plus vaste permettant de remettre en cause toute convention défavorable, objectivement ou subjectivement, au mineur* »<sup>274</sup>. En tout état de cause, le déséquilibre contractuel est insuffisant, il faut également vérifier si la conclusion de cet acte a été utile ou profitable au mineur. L'appréciation de la lésion est alors à la fois objective en prenant en compte le déséquilibre contractuel, mais également subjective en tenant compte de l'utilité ou non de l'acte au mineur. Dès lors que le juge doit se prononcer sur la lésion en présence d'un mineur, celle-ci se « *colore de subjectivité* »<sup>275</sup>. C'est ainsi que les juges de la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 3 décembre 1991<sup>276</sup> ont refusé d'appliquer la lésion à l'achat d'un voilier conclu par un mineur trois mois avant sa majorité alors que celui-ci qui avait versé seulement une partie du prix de vente avait revendu le bateau trois ans plus tard pour une somme deux fois plus importante, le mineur avait alors, selon les juges, fait « une excellente affaire ».

---

<sup>271</sup> G.CHANTEPIE, M.LATINA, op.cit.

<sup>272</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, T.1 Les personnes*, PUF, 21<sup>ème</sup> éd., 2000, n°112.

<sup>273</sup> G. CHANTEPIE, M. LATINA, op.cit.

<sup>274</sup> Ibid.

<sup>275</sup> M. GRIMALDI, « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », in *Colloque L'enfant, la famille et l'argent*, LGDJ, 1991, p.101

<sup>276</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 déc. 1991, n°89.22-043.

**105. Appréciation souveraine des juges.** Aucune disposition législative ne prévoit à partir de quel pourcentage la lésion subie par un mineur doit être sanctionnée, contrairement à ce qui est prévu pour la lésion entre personnes capables<sup>277</sup>. Dès lors, c'est aux juges du fond qu'il appartient d'apprécier souverainement si la lésion est suffisamment importante pour sanctionner l'acte accompli par le mineur de la nullité pour lésion<sup>278</sup>. Les premières décisions ont pris en compte l'âge du mineur, l'utilité de la convention ou encore le caractère prudent ou non de la dépense pour caractériser si l'acte accompli par le mineur était lésionnaire<sup>279</sup>. Il semble évident que plus le mineur avance en âge, plus la lésion est difficile à caractériser au regard de ses capacités financières qui augmentent ainsi que son discernement<sup>280</sup>. Plus le mineur avance en âge, plus il est considéré que celui-ci avance vers la pleine capacité et est assez discernant pour accomplir un acte dans son intérêt. Toutefois, l'appréciation de la lésion étant laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, le mineur reste légitime à demander la nullité pour lésion s'il estime qu'il a été lésé bien qu'il soit devenu un grand adolescent ou qu'il s'approche de la majorité, et c'est aux juges qu'il reviendra d'apprécier le caractère lésionnaire en fonction des circonstances qui entourent l'accomplissement de l'acte. Cela dit, la capacité du mineur qui avance en âge devient de plus en plus effective, il est alors important d'assurer la sécurité des tiers qui contracte avec ce dernier, c'est pourquoi il est considéré que l'éventuelle nullité pour lésion est plus rare dans une telle hypothèse.

**106. Prescription.** L'action en nullité pour lésion est soumise au même régime que l'action en nullité relative. Cette action se prescrit alors par cinq ans et ce délai ne court qu'à compter de la majorité ou de l'émancipation du mineur selon l'article 1152 du Code civil. L'action en nullité pour lésion est également une mesure de protection des intérêts du mineur, qui est alors le seul à pouvoir l'invoquer le jour où il accède à sa pleine capacité. De la même manière que pour l'action en nullité relative, rien ne semble s'opposer à ce que les représentants légaux agissent au nom du mineur, bénéficiaire de la protection, avant qu'il n'ait atteint ses 18 ans.

---

<sup>277</sup> S. SANA-CHAILLE DE NERE, op.cit.

<sup>278</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 oct.1966, Bull. n°449

<sup>279</sup> Dijon, 12 avr. 1880, S.1882,2,213 ; Cass. Civ., 18 juin 1844 S.1844, 1, 497, note Devilleneuve cités par A. DUMERY « La sanction des actes passés par le mineur non émancipé : bilan et perspectives », *Gaz. Pal.*, 8 janv. 2009, n°8, p.4

<sup>280</sup> M. GRIMALDI, op.cit.

## 2. *Le régime de l'acte usuel du majeur protégé*

**107. Disposition spécifique.** L'article 1150 se contente alors de renvoyer aux dispositions de droit commun des mesures de protection et dispose : « *Les actes accomplis par les majeurs protégés sont régis par les articles 435,465 et 494-9 sans préjudice des articles 1148,1151 et 1352-4.* ». Certains auteurs remarquent que si l'action prévue par ces textes spéciaux est similaire à celle de l'article 1149 du Code civil, elle est, malgré tout, distincte<sup>281</sup>. Le législateur précise tout de même que dès lors qu'il s'agit des articles posant la capacité usuelle, les obstacles à la nullité et les restitutions s'appliquent également.

**108. Protection de la capacité du majeur protégé.** L'article 465 du Code civil prévoit « (...) *Si la personne protégée a accompli seule un acte qu'elle pouvait faire sans l'assistance ou la représentation de la personne chargée de sa protection, l'acte reste sujet aux actions en rescision ou en réduction prévues à l'article 435 comme s'il avait été accompli par une personne placée sous sauvegarde de justice, à moins qu'il ait été expressément autorisé par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué (...)* ». Si le majeur a la capacité d'accomplir certains actes, cet article prévoit qu'ils peuvent toujours être rescindables ou réduits. Cette protection de la capacité du majeur protégé n'a pas été prévue pour l'habilitation familiale ; en effet, l'article 494-9 du Code civil n'évoque pas la possibilité de rescision ou de réduction de l'acte accompli par le bénéficiaire de l'habilitation familiale dans sa sphère de capacité. Dans cette hypothèse, il faudra sûrement s'en tenir au droit commun des contrats<sup>282</sup>. Cette possibilité de rescision ou de réduction ne sera cependant pas applicable si l'acte a été autorisé par le juge ou le conseil de famille.

**109. Appréciation de la lésion.** En raison du renvoi aux règles de la sauvegarde de justice concernant ces actes, il faut noter que l'article 435 du Code civil prévoyant ces règles dispose en son alinéa 2 : « (...) *Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté. (...)* ». Pour écarter la lésion, la Cour de cassation a déjà pris en compte d'autres critères<sup>283</sup>. Ainsi, dans un arrêt du 4 décembre 2013<sup>284</sup>, dans le cadre d'une mesure de sauvegarde de justice, les juges rejettent le pourvoi remettant en cause l'appréciation souveraine de la Cour d'appel qui estime que la

---

<sup>281</sup> G.CHANTEPIE, M.LATINA, op.cit., p.313, n°361

<sup>282</sup> Ibid., n°58

<sup>283</sup> Ibid.

<sup>284</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 déc. 2013, n°12-28.656, D.2014, p.2259, obs. D.Noguéro

lésion n'est pas établie « *en prenant en considération l'utilité de l'opération, la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne foi du cocontractant eu égard à la période d'une durée très limitée pendant laquelle le majeur avait été placé sous sauvegarde de justice* ». Les juges utilisent en l'espèce le critère de la temporalité en complément des autres critères et estiment que l'acte n'est pas lésionnaire.

**110. Titulaire.** 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 des actes prévus aux 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>.* ». De la même manière, l'article 494-9 du même code dispose concernant l'habilitation familiale que : « *La personne habilitée peut, avec l'autorisation du juge des tutelles, engager seule l'action en nullité ou en réduction prévue aux alinéas ci-dessus.* ». Le représentant pourra alors agir en nullité avec l'autorisation du juge. Le majeur en mesure de représentation se voit nécessairement représenté dans le cadre de cette action en justice.

**111. Prescription.** Les articles 465 et 494-9 du Code civil prévoient que le délai de prescription est de cinq ans par renvoi au délai de droit commun prévu par l'article 2224 du Code civil. Ainsi, les règles sont les mêmes que pour la nullité relative, notamment en ce qui concerne le report du point de départ du délai de prescription<sup>285</sup>.

**112. Typologie.** Le régime des actes accomplis par le mineur ou le majeur protégé est clairement prévu par les textes, et cette précision législative est la bienvenue concernant le mineur pour mettre fin aux débats doctrinaux qui alimentaient la question du régime à appliquer aux actes usuels accomplis par ce dernier. Ainsi, les actes qui sont interdits en raison de l'incapacité seront sanctionnés de la nullité relative, alors que les actes courants autorisés par la loi ou l'usage ne seront annulés que pour cause de lésion. Toutefois, si des difficultés subsistent, elles résident dans l'appréciation de la lésion, à savoir à partir de quel moment doit-on considérer que l'acte est lésionnaire. Des conséquences particulières, mais similaires, quelle que soit la raison pour laquelle l'acte est annulé, sont applicables afin de protéger le mineur et le majeur protégé.

---

<sup>285</sup> V. *supra*, n°93

## § II. - Des conséquences similaires de la remise en cause de l'acte

**113. Le principe des restitutions.** Les restitutions sont la conséquence de la rétroactivité de l'annulation de l'acte. Les conséquences de la nullité de l'acte accompli par le mineur ou le majeur protégé en dépit de leur incapacité sont spécialement prévues par le nouvel article 1352-4 du Code civil. Cet article dispose « *Les restitutions dues par un mineur non émancipé ou par un majeur protégé sont réduites à hauteur du profit qu'il a retiré de l'acte annulé* ». Il faut préciser que la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance de 2016 est venue modifier une erreur de rédaction du législateur puisque l'article 1352-4 tel qu'issu de l'ordonnance disposait que « *Les restitutions dues à un mineur non émancipé ou à un majeur protégé sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte annulé* ». Cette erreur législative a sans doute été influencée par la rédaction de l'avant-projet Catala qui proposait pour les restitutions que : « *les restitutions dues un incapable sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte annulé* »<sup>286</sup>. Selon cette formulation, la personne protégée voyait les restitutions qui lui sont dues réduites en fonction du profit qu'il aurait retiré de l'acte, ce qui n'était pourtant pas le sens de cette disposition. Le législateur est intervenu pour corriger cette imprécision. Le principe est le rétablissement de la situation patrimoniale des parties dans l'état antérieur à l'anéantissement de leur contrat<sup>287</sup> en nature, ou en valeur en cas d'impossibilité, comme le prescrit l'article 1352 du Code civil. Cependant, pour le mineur ou pour le majeur protégé, ces restitutions seront réduites à proportion du profit retiré de l'acte annulé. Autrement dit, ils ne doivent restituer que ce qu'ils ont encore en leur possession ou les sommes qu'ils ont reçues. Ce nouvel article reprend l'ancien article 1312 du Code civil qui disposait « *lorsque les mineurs ou majeur en tutelle sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ses engagements, payés pendant la minorité ou la tutelle, ne peut être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé à tourner à leur profit* ». Le législateur a fait preuve d'une plus grande clarté en réduisant considérablement cette disposition par une disposition plus simple qui envisage clairement une restitution partielle impliquant une meilleure compréhension du texte. Il faut également noter que le texte vise désormais tous les majeurs protégés et non plus le seul majeur en tutelle, ce qui étend le champ d'application de ce texte dérogatoire. En outre, ces restitutions ne s'appliquent qu'à la nullité qu'elle soit relative ou pour lésion.

---

<sup>286</sup> Art. 1117-5 Avant-projet Catala

<sup>287</sup> G. CORNU, op.cit., p.913

**114. Portée.** Cette disposition a pour but de protéger le mineur ou le majeur protégé qui ne doit restituer que ce qu'il n'a pas consommé. L'idée est de dissuader le cocontractant du mineur ou du majeur protégé d'abuser de leur vulnérabilité<sup>288</sup> puisqu'ils doivent être protégés à raison de leur prodigalité supposée<sup>289</sup>. Il serait risqué d'exiger de la part du mineur ou du majeur protégé la restitution des sommes reçues qu'il aurait pu dépenser entre-temps. La nullité ne peut pas mettre le patrimoine de la personne protégée en danger, celle-ci étant par principe protégée par la loi. Cette disposition a également pu être qualifiée de dissuasive pour le cocontractant qui pourrait devoir restituer la prestation reçue alors qu'en retour il ne pourrait rien recevoir en cas de nullité<sup>290</sup>.

**115. Mise en œuvre.** Le juge doit déterminer le profit que le mineur ou le majeur protégé a retiré de l'acte. La preuve du profit n'est pas toujours facile à rapporter<sup>291</sup>. Les juges se sont prononcés sur les restitutions essentiellement en matière bancaire. C'est ainsi que la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 5 avril 1978<sup>292</sup> illustre cette règle. Dans cet arrêt, la Cour d'appel avait annulé un prêt consenti par un mineur et lui imposait le remboursement de la somme empruntée. Les magistrats de la première chambre civile de la Cour de cassation cassent l'arrêt de la cour d'appel au motif qu'« *en statuant ainsi sans rechercher si ce prêt avait tourné au profit du mineur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». De la même manière, la banque qui accorde mineur la possibilité de faire fonctionner seul un compte peut se voir opposer cette règle en cas de découvert sur le compte du mineur<sup>293</sup>. En effet, la Cour de cassation refuse d'imposer la restitution du montant du découvert puisqu'il aurait fallu démontrer que l'acte avait profité au mineur<sup>294</sup>. Il était difficile, en l'espèce, de considérer que les sommes exigées par la banque puissent être profitables aux mineurs puisqu'elles correspondaient à un découvert. Dans cette même matière, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer concernant le tuteur, mais seulement à propos du curatelaire<sup>295</sup> dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 mai

<sup>288</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit., p.293, n°513

<sup>289</sup> G.CHANTEPIE, M.LATINA, op.cit., p.963

<sup>290</sup> Ibid.

<sup>291</sup> J.-J. LEMOULAND, op.cit., n°94

<sup>292</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avr.1978, n°76-14.924, Bull.civ.I, n°147

<sup>293</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov.1998, n°97-13.248 ; JCP G 1999, II, 10053, T. Garé ; Dr. famille 1999, comm. 35, T.Fossier ; D. 2000, p. 39, note C. Farge ; LPA 23 sept. 1999, p. 20, obs. J. Massip

<sup>294</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>295</sup> Extension jurisprudentielle de l'application de l'ancien article 1312 du Code civil au curatelaire

2002<sup>296</sup> dans lequel la banque avait tenté de démontrer que les sommes prêtées avaient profité au curatelaire, ce que les juges rejettent faute de preuve<sup>297</sup>.

**116. Les raisons expliquant l'application de conséquences spécifiques de la nullité de l'acte de la personne protégée.** Ainsi, lorsque l'acte accompli par le mineur ou le majeur protégé est remis en cause et annulé, les conséquences sont spécifiques par rapport au droit commun, le législateur s'attachant à les protéger en toutes circonstances. En effet, la loi est attachée à protéger le mineur ou le majeur protégé de ses propres volontés, ce dernier restant une personne incapable malgré l'existence d'exceptions à cette incapacité. C'est pourquoi, le régime des restitutions de l'article 1352-4 du Code civil est particulièrement protecteur et fait obstacle au jeu de la restitution de droit commun. Le mineur ou le majeur protégé doit donc obtenir restitution de ce qu'il a payé, mais ne doit restituer que ce qui a tourné à son profit. La restitution de l'article 1352-4 du Code civil va finalement permettre d'une part la protection du mineur ou du majeur protégé, et la sanction du cocontractant qui aurait profité de sa vulnérabilité d'autre part.

## **Section 2 : Les obstacles à la remise en cause de l'acte accompli par la personne protégée**

**117. Autonomie et protection.** Des obstacles contrarient le principe de nullité de l'acte accompli par la personne protégée, offrant ainsi une capacité implicite plus grande au mineur et au majeur protégé. En effet, il existe des obstacles à l'annulation de l'acte accompli par la personne représentée qui renforcent l'idée d'une capacité résiduelle puisqu'on va tenter à travers ces différents moyens de préserver l'acte qui aura été accompli. Le législateur a permis aux défendeurs d'opposer une fin de non-recevoir<sup>298</sup> au demandeur à l'action en nullité en introduisant l'article 1151 du Code civil à travers l'ordonnance du 10 février 2016. Le texte réduit considérablement le domaine de la nullité. En l'absence de précision législative, le texte tend à s'appliquer à toutes les actions en nullité et à tous les régimes d'incapacité.

---

<sup>296</sup> CA Paris, 14 mai 2002, RTD Civ. 2002, p.486, J.Hauser

<sup>297</sup> J.HAUSER, « Incapable majeur : carte de crédit et détective privé », *RTD Civ.*, 2002, p.486

<sup>298</sup> Art. 122 C. proc. civ. : « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée. ».

L'introduction de ce texte dans le Code civil est porteuse d'une très grande sécurité juridique, mais on peut également considérer qu'il peut risquer de réduire la protection voulue par l'incapacité d'exercice du mineur ou du majeur en représentation. En revanche, le texte compris positivement peut également permettre de renforcer leur autonomie en ce qu'il permet de maintenir l'acte accompli dans certaines circonstances justifiant a priori sa nullité, ce qui renforce l'idée d'une capacité résiduelle. Ainsi, il existe deux moyens de défense pour le cocontractant capable de faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui lorsque l'acte est utile et exempt de lésion ou lorsqu'il aura tourné au profit de la personne protégée (I), mais également dans le cas où l'acte sera confirmé par la personne devenue ou redevenue capable (II).

### § I. - Le possible maintien de l'acte annulable

**118. Étendue du maintien de l'acte.** L'article 1151 alinéa premier dispose : « Le contractant capable peut faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci ». Cet article restreint l'étendue de la nullité des actes accomplis par la personne protégée et permet de maintenir ces actes dans deux hypothèses : l'acte est maintenu s'il s'avère utile et exempt de lésion (A) et la nullité sera également écartée lorsque l'acte est profitable à la personne protégée (B).

#### A.- L'acte utile et exempt de lésion

**119. Conditions cumulatives.** L'article 1151 du Code civil dispose, d'une part, dans son premier alinéa qu'il est possible pour le contractant capable de faire obstacle à l'action en nullité dès lors qu'il démontre que l'acte était utile et exempt de lésion. Il semble que ces deux conditions soient cumulatives. En effet, le législateur ayant fait le choix de la conjonction de coordination « *et* », cela laisse penser que les deux conditions sont liées et doivent toutes les deux être remplies. Cet article reprend une disposition similaire qui avait été proposée dans l'avant-projet Catala<sup>299</sup>. De ce texte, il résulte que le défendeur à l'action en nullité peut demander le maintien de l'acte accompli seul par la personne protégée si celui-ci lui est utile et qu'il n'est pas lésionnaire. En effet, contrairement à la nullité pour lésion, c'est,

---

<sup>299</sup> *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, P. Catala (dir.), remis au Garde des Sceaux en 2005 : « Art. 1118-1 : (...) Ces mêmes personnes peuvent faire obstacle à une action en nullité relative ou en rescision engagée contre elles, en montrant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a tourné à son profit.(...) »

dans cette hypothèse, au cocontractant capable de démontrer l'utilité de l'acte et l'absence de lésion, et non pas au cocontractant protégé de prouver une lésion<sup>300</sup>.

**120. Appréciation de l'utilité et de l'absence de lésion.** Le juge doit apprécier si l'acte conclu par la personne protégée lui était utile. L'appréciation de la lésion demande une appréciation objective de l'acte réalisé par la personne protégée, à savoir s'il s'agit de prestations équilibrées, alors que l'utilité de l'acte sera appréciée de manière subjective<sup>301</sup>. En effet : « *L'utilité subjective de l'acte pour le contractant incapable et son équilibre économique permettraient donc d'écarter toute action en nullité* »<sup>302</sup>. Néanmoins, il ne sera pas aisé de déterminer dans quelle mesure l'acte a un intérêt pour le mineur<sup>303</sup> ou pour le majeur protégé, la jurisprudence ne manquera sans doute pas de se prononcer sur ce point. Par cette disposition, le législateur laisse une importante sphère d'autonomie aux personnes protégées puisque l'acte, nul en principe en raison de leur incapacité, peut être maintenu par le juge dans le cas où celui-ci lui serait utile ou exempt de lésion. Autrement dit, l'équilibre et l'utilité de l'acte permettent d'écarter la nullité. Cet obstacle à l'action en nullité renforce l'idée de l'existence d'une sphère de capacité résiduelle pour les personnes protégées.

**121. Critiques.** Pour certains auteurs, l'article 1151 alinéa premier transforme la nullité pour incapacité en une forme de nullité pour simple lésion<sup>304</sup>. En effet, il semblerait que le législateur ait fait le choix de permettre au juge un contrôle d'opportunité de l'acte *a posteriori*. Dès lors, le législateur a sans doute voulu poser le principe de l'incapacité de la personne protégée seulement lorsque celle-ci est lésée. Autrement dit, si l'acte n'est pas lésionnaire et qu'il est utile à la personne protégée, il peut être maintenu : peut-on alors toujours considérer que la loi sanctionne une incapacité de contracter ? En effet, la nullité relative pour incapacité peut être exclue dès lors que le défendeur démontre que l'acte a été utile et n'a pas lésé la personne protégée. Il apparaît que dès lors qu'il est dans l'intérêt de la personne protégée de maintenir l'acte, la nullité pour incapacité peut être écartée. À la différence de la nullité pour simple lésion prévue par l'article 1149 du Code civil pour les actes courants accomplis par le mineur, la charge de la preuve repose ici sur le cocontractant

---

<sup>300</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>301</sup> C.SIMLER, « Fasc. unique : CONTRAT. – Capacité », *JCl. Civil Code*, Juin 2020, §56

<sup>302</sup> G.CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Juin 2018, p.317, n°367

<sup>303</sup> A. GOUTTENOIRE, « Réforme du droit des contrats et des obligations : coup de jeune sur la capacité usuelle du mineur et du majeur protégé... », *LexBase Hebdo édition privée*, 10 mars 2016, n°646

<sup>304</sup> G. CHANTEPIE, M. LATINA, op.cit. ; D.FENOUILLET, C.GOLDIE-GENICON, F.TERRE, *Droit civil : La famille*, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Précis, 2018, p.963, n°922

capable alors que c'est au mineur de prouver que l'acte courant qu'il a accompli est lésionnaire. En outre, le maintien de l'acte utile et non lésionnaire concerne dans cette hypothèse toutes les personnes dans l'incapacité de contracter et pas seulement le mineur. Ce sauvetage de l'acte ne peut être que le bienvenu dès lors que ce dernier a été utile et qu'il n'est pas lésionnaire, rien ne s'oppose à ce que la nullité soit écartée. L'autonomie du mineur et du majeur protégé est ainsi soutenue tout en maintenant leur protection<sup>305</sup> même si la preuve de ce caractère utile et non lésionnaire ne leur revient pas. Il s'agit donc de leur octroyer une certaine capacité résiduelle implicite si l'acte, en dépit de leur incapacité, peut s'avérer utile et exempt de lésion même si c'est au défendeur d'invoquer cet obstacle à la nullité.

## **B.- L'acte profitable**

**122. Appréciation du profit.** Toujours dans l'article 1151 alinéa premier du Code civil, le législateur a tenu à préciser que l'acte passé par le mineur ou le majeur protégé pourrait être maintenu dès lors qu'il a profité à celui-ci. Il appartient au défendeur de démontrer que l'acte a profité au mineur ou au majeur protégé. Il s'agit alors d'apprécier non pas les conditions de conclusion du contrat, mais les conséquences du contrat pour la personne protégée<sup>306</sup>. Par conséquent, la nullité est écartée lorsque le mineur ou le majeur protégé tire profit de l'accomplissement de cet acte. Les juges sont tenus d'apprécier le profit réalisé par la personne protégée, ce qui est déjà le cas pour mesurer l'étendue des restitutions en cas de nullité<sup>307</sup>. En effet, les restitutions dues par un mineur ou un majeur protégé sont réduites à hauteur du profit qu'il a retiré de l'acte annulé. Or, s'il peut être fait obstacle à la nullité de l'acte lorsque l'acte a profité à la personne protégée, la question de l'utilité de cette précision spécifique pour les restitutions se pose. Il s'agit probablement de l'hypothèse où l'acte n'est pas totalement profitable à la personne protégée et qu'il n'a pas été possible pour le cocontractant capable de faire obstacle à la nullité ou de prouver que la personne protégée en a totalement tiré profit. Dans une certaine mesure, le législateur amenuise la protection de la personne protégée par cette disposition puisque celle-ci ne pourra invoquer la nullité de l'acte dès lors qu'elle en aura tiré profit. Néanmoins, il est bienvenu qu'un acte qui profite au mineur ou au majeur protégé puisse être maintenu, dès lors que ce profit a un intérêt pour ces

---

<sup>305</sup> N.PETERKA, « La lésion dans les contrats passés par les mineurs et les majeurs protégés », *AJ Contrat*, 2018, p.107

<sup>306</sup> G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op.cit.*, p.318, n°368

<sup>307</sup> V. *supra* n°115

derniers, mais il n'est pas possible pour le représentant de considérer que l'acte n'est pas opportun ?

**123. Renforcement de l'autonomie.** L'acte accompli par le mineur ou le majeur protégé est sanctionné de nullité relative sauf si l'acte lui a été utile ou est exempt de lésion ou qu'il a tiré profit de l'accomplissement de cet acte. Le législateur a alors quelque peu réduit l'étendue de l'incapacité de la personne protégée. Toutefois, ce n'est qu'une fois l'acte accompli que le contractant capable pourra se défendre grâce à ces dispositions, car *a priori* il ne prendra pas le risque de contracter avec un mineur ou un majeur protégé en appréciant lui-même que cet acte sera utile aux mineurs ou que ce dernier en tirera profit<sup>308</sup>. Il s'agit donc bien d'une action qui permettra a posteriori de maintenir l'acte accompli par le mineur ou le majeur protégé. En tout état de cause, il ne sera pas possible pour le représentant d'annuler l'acte pour la seule raison que ce dernier ne souhaitait pas qu'il soit accompli, ce qui renforce l'autonomie de la personne protégée.<sup>309</sup> En effet, l'idée est que l'autonomie est finalement décidée par le cocontractant capable, mais on peut penser qu'en tout état de cause si l'acte est utile et exempt de lésion ou s'il est profitable à la personne protégée, elle ne demandera pas la nullité. Le seul problème réside dans le fait pour le représentant de ne pas pouvoir apprécier si l'acte est utile ou profitable et de ne pas avoir de possibilité d'annuler l'acte. Néanmoins, si le cocontractant capable souhaite faire obstacle à la nullité, et que la personne protégée est d'accord avec le fait que l'acte lui est utile ou profitable, le représentant pourra contester ce caractère devant le juge qui apprécie s'il peut être fait obstacle ou non à la nullité.

**124. Conclusion.** Les dispositions du premier alinéa de l'article 1151 du Code civil qui font obstacle à l'action en nullité sont originales et interviennent dans la détermination de la sphère de capacité résiduelle de la personne protégée. Le législateur ne s'est toutefois pas contenté d'innover en cette matière puisqu'il reprend également la règle classique de la confirmation de l'acte afin de pouvoir, *a posteriori*, régulariser l'acte accompli par le mineur.

## § II. - La confirmation de l'acte annulable

**125. Principe.** Le législateur a également prévu dans l'alinéa 2 de l'article 1151 du Code civil une disposition classique qui rejoint les règles générales de la confirmation. Ainsi, selon cet article, le cocontractant capable peut aussi « *opposer à l'action en nullité la*

---

<sup>308</sup> G.CHANTEPIE, M.LATINA, op.cit.

<sup>309</sup> En ce sens : A. GOUTTENOIRE, op.cit.

*confirmation de l'acte par son cocontractant devenu ou redevenu capable* ». Cette disposition n'est pas originale puisqu'elle énonce simplement une conséquence du caractère relatif de la nullité prévue par l'article 1147 du Code civil<sup>310</sup>. Le mineur, à sa majorité, peut confirmer l'acte qu'il a accompli alors qu'il était incapable tout comme le majeur en mesure de représentation qui retrouve sa pleine capacité civile. L'incapacité au moment de la réalisation de l'acte ne peut donc pas être utilisée simplement pour remettre en cause un acte dont on ne veut plus<sup>311</sup>. La confirmation est un « *acte par lequel une personne renonce unilatéralement à se prévaloir de la nullité relative d'un acte juridique et qui, exprès ou tacite, peut résulter d'une exécution spontanée* »<sup>312</sup>. L'article 1151 alinéa 2 du code civil obéit aux règles générales de la confirmation prévues par l'article 1182 du Code civil<sup>313</sup>. Dans un aspect négatif, la confirmation est une renonciation à l'action en nullité alors que dans son aspect positif elle permet de rendre un acte valable rétroactivement alors même que celui-ci était annulable<sup>314</sup>.

**126. Actes susceptibles de confirmation.** La confirmation vise tous les contrats, même ceux qui intéressent l'administration, ainsi que les actes probatoires ou encore les actes de procédure et les délibérations du conseil de famille dans le cadre d'une mesure de tutelles<sup>315</sup>. Plus généralement, ce sont tous les actes susceptibles d'être frappés de nullité relative qui peuvent faire l'objet d'une confirmation. La confirmation est également possible pour les actes accomplis par le mineur ou le majeur protégé qui sont susceptibles d'annulation pour simple lésion<sup>316</sup>. Le mineur ou le majeur protégé devenu ou redevenu capable va pouvoir confirmer les actes qu'il avait conclus lui-même avec des tiers, mais il va également pouvoir confirmer l'acte irrégulier conclu par son représentant légal<sup>317</sup>.

<sup>310</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>311</sup> A. GOUTTENOIRE, op.cit.

<sup>312</sup> G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13<sup>ème</sup> éd., 2020, p.228

<sup>313</sup> Art. 1182 Code civil : « *La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat. La confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat. L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation. En cas de violence, la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé. La confirmation emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers.* »

<sup>314</sup> S. SANA-CHAILLE DE NERE, « CONTRAT.- Nullité du contrat. – Confirmation des actes nuls », *JCl. Civil Code*, juin 2022, Fasc.50, n°6

<sup>315</sup> Ibid., n°12

<sup>316</sup> Ibid., n°23

<sup>317</sup> Ibid. n°19

**127. Personne pouvant confirmer l'acte.** La personne qui dispose du droit d'invoquer la nullité peut confirmer l'acte en cause. Le nouveau majeur ou le majeur protégé qui ne bénéficie plus d'une mesure de protection doit alors manifester son intention de confirmer l'acte après la disparition de la cause de la nullité de l'acte<sup>318</sup>, autrement dit après la disparition de son incapacité.

**128. Difficultés pour le représentant d'invoquer la confirmation de l'acte<sup>319</sup>.** Les textes précisent la confirmation de l'acte nul en raison d'un dépassement de pouvoir du représentant qui est soumis à l'autorisation du juge,<sup>320</sup> mais la question se pose de savoir si le représentant peut confirmer l'acte nul pour incapacité du majeur protégé pendant la durée de la représentation. Pendant la durée de l'incapacité, le représentant légal pourrait confirmer l'acte nul qui aurait été accompli par le mineur ou la personne en mesure de représentation<sup>321</sup>. L'article 1182 du Code civil semble présenter la confirmation comme une renonciation, qui est un acte de disposition pour lequel le tuteur doit obtenir l'autorisation du juge pour agir. En ce sens, l'article 494-9 du Code civil prévoit que dans le cadre de la mesure d'habilitation familiale, lorsque celle-ci est en cours, l'acte contesté peut être confirmé avec l'autorisation du juge des tutelles. De la même manière pour le parent du mineur, s'agissant d'un acte de disposition, il semblerait qu'il doive être autorisé par le juge afin de pouvoir confirmer l'acte sur le fondement des articles 387-1 et 387-3 du Code civil.

**129. Confirmation expresse.** L'article 1182 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 pose les conditions dans lesquelles doit intervenir la confirmation. Cette confirmation est en principe expresse et doit mentionner l'objet de l'obligation confirmée et le vice à confirmer, autrement dit l'incapacité.

**130. Confirmation tacite.** L'article 1182 du Code civil dans son alinéa 3 prévoit la confirmation tacite de l'acte par l'exécution volontaire du contrat qui devait faire l'objet de l'annulation. Toutefois, cette exécution volontaire doit avoir lieu en connaissance de la cause de nullité, autrement dit en connaissance de l'incapacité. Dans le cas de la confirmation suite à une incapacité, on conçoit aisément que l'auteur de la confirmation a connaissance de la cause de nullité puisqu'il s'agit de son ancienne incapacité.

---

<sup>318</sup> G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op.cit.*, n°369

<sup>319</sup> V. en ce sens : C. SIMLER, *op.cit.*, n°63

<sup>320</sup> Art. 465 al.8 du Code civil

<sup>321</sup> S.SANA-CHAILLE DE NERE, *op.cit.*, n°47

**131. Effets.** Par la confirmation de l'acte, le mineur ou le majeur protégé consolide rétroactivement celui-ci à l'égard des parties. De plus, la confirmation éteint l'action en nullité et emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés comme l'indique l'article 1182 alinéa 4 du Code civil. De cette disposition il faut déduire que la confirmation de l'acte n'a pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers, l'acte ne leur est opposable qu'à la date à laquelle il a été confirmé<sup>322</sup>.

**132. L'action interrogatoire.** Le régime de la confirmation a été modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 puisque cette réforme introduit le mécanisme de l'action interrogatoire dans le Code civil à travers l'article 1183. Le législateur permet à celui qui redoute l'action en nullité de demander par écrit à la partie qui pourrait s'en prévaloir soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. Ainsi, il est précisé que l'écrit doit mentionner qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé. À travers cette action, le titulaire de l'action en nullité se voit dans l'obligation de prendre position sur la validité qu'il entend ou non conférer au contrat en exerçant sa capacité de confirmation. L'article 1183 alinéa 1 du Code civil précise que la cause de la nullité doit avoir cessé. Autrement dit, l'incapacité doit avoir cessé et l'action interrogatoire ne semble pas pouvoir être mise en œuvre le temps de l'incapacité. Néanmoins, la confirmation semble pouvoir avoir lieu pendant la minorité ou pendant la mesure de représentation puisque le représentant pourrait confirmer l'acte avec l'autorisation du juge. Le législateur aurait alors soumis l'action interrogatoire à une condition supplémentaire que la confirmation : celle de la cessation de l'incapacité, la jurisprudence devra alors prendre position<sup>323</sup>.

**133. Conclusion du Chapitre.** À travers les mécanismes prévus par l'article 1151 du Code civil, l'acte du mineur ou du majeur protégé peut, en dépit de son incapacité, être maintenu. Dès lors, le législateur offre une sphère de capacité importante aux personnes protégées qui disposent d'une plus grande autonomie. Toutefois, le maintien de l'acte accompli en méconnaissance de l'incapacité est fortement encadré, car il n'est pas question de prendre le risque d'affecter de manière trop importante le patrimoine de la personne protégée. Le législateur ne perd pas de vue l'objectif de protection inhérent aux mesures de représentation. La capacité usuelle de la personne incapable est essentiellement mise en œuvre

---

<sup>322</sup> D. D'AMBRA, « Confirmation », *Rép.civ. Dalloz*, sept.2017 (actualisation : sept.2022), n°103

<sup>323</sup> C.SIMLER, *op.cit.*, n°65

dans la sphère patrimoniale. Néanmoins, la personne incapable dispose également d'une capacité décisionnelle en ce qui concerne les actes de nature personnelle.

## **TITRE 2 :**

# **LA CAPACITE PERSONNELLE DE LA PERSONNE REPRESENTEE**

**134. Capacité personnelle du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation.** Concernant le majeur protégé en mesure de représentation, la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs concernait essentiellement le patrimoine de ces derniers et occultait complètement la personne de l'incapable qui nécessitait pourtant un véritable régime juridique comme l'indiquait Thierry Fossier en 1986<sup>324</sup>. Il n'est pourtant pas aisé de réaliser une typologie des actes personnels<sup>325</sup> à tel point que certains auteurs considéraient qu'il était impossible de créer un statut de la personne protégée, la matière relevant plus « *des mœurs que de la loi* »<sup>326</sup>. Le législateur s'est cependant préoccupé de l'autonomie et des droits fondamentaux des majeurs protégés et s'est mis en conformité avec la recommandation du Conseil de l'Europe du 23 février 1999<sup>327</sup>. Cette dernière énonce qu'il « *appartient au droit interne de définir quels actes juridiques sont de nature si personnelle qu'ils ne peuvent être accomplis par un représentant* ». C'est ainsi que la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs pose un principe directeur dans l'article 415 du code civil selon lequel la protection « *a pour finalité l'intérêt de la personne protégée* » et qu'elle « *favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci.* ». La loi du 5 mars 2007<sup>328</sup> a prôné la liberté de la personne protégée et le respect de sa volonté dans la mesure du possible. Le législateur consacre ainsi l'autonomie personnelle du majeur protégé et opte pour une classification bipartite entre les actes strictement personnels et les décisions personnelles dont la frontière réside dans l'adverbe « *strictement* »<sup>329</sup>. Cette dualité correspond à une autonomie graduée entre des actes relevant exclusivement du majeur

---

<sup>324</sup> T. FOSSIER, « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure », *JCP N* n°49, 5 déc. 1986, 101306

<sup>325</sup> J. HAUSER, « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. Fam.* 2007, n°5, p.5.

<sup>326</sup> J. MASSIP, *Les incapacités, étude théorique et pratique*, Defrénois, 2002 ; N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz Action, 2021-2022, p.323

<sup>327</sup> Recommandation n° R(99) 4 du comité des ministres aux états membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, adoptée par le Comité des ministres le 23 février 1999

<sup>328</sup> Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

<sup>329</sup> L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, Thèse de doctorat, droit, Lyon III, 2008

protégé en mesure de représentation et des actes pour lesquels la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. Depuis, le domaine des actes personnels du majeur protégé n'a cessé de s'accroître avec, notamment, la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice<sup>330</sup> qui permet à tout majeur de voter ou de contracter seul un mariage ou un pacte civil de solidarité.

**135. Capacité personnelle du mineur.** Le législateur n'a pas créé de texte équivalent pour le mineur, ce qui peut être regrettable même si l'absence de texte général n'aboutit pas à ignorer la capacité personnelle du mineur. En effet, différents textes prévoient que le mineur peut agir seul et exclut la représentation des titulaires de l'autorité parentale.

**136. Capacité d'exercice en matière personnelle.** Dès lors que la représentation ou l'assistance est exclue, le législateur prévoit que la personne protégée agit elle-même avec ou sans conditions. En excluant la représentation du mineur ou du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation, le législateur leur octroie une sphère de capacité résiduelle en matière personnelle. L'acquisition d'une capacité décisive en matière personnelle est le corollaire de l'exclusion de la représentation. Le mineur et le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation tiennent alors leur présomption de capacité d'exercice de l'exclusion de la représentation dont le domaine doit être analysé (Chapitre 1) avant d'étudier les conséquences inhérentes à l'exclusion de la représentation (Chapitre 2).

---

<sup>330</sup> LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

## **Chapitre 1 :** **L'exclusion de la représentation**

**137. Exclusion absolue de la représentation.** L'exclusion absolue de la représentation et de l'assistance est essentiellement prévue pour les actes dits strictement personnels qui peuvent être définis comme des actes pour lesquels aucune assistance ou représentation n'est possible, sans aucune alternative. En effet, la nature de ces actes implique un consentement strictement personnel de la personne protégée qui ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation. Dès lors, en l'absence de consentement, l'acte ne peut pas être réalisé, ce qui rend cette capacité d'exercice décisive. Ainsi, il s'agit d'une véritable présomption irréfragable de capacité d'exercice du majeur protégé en mesure de représentation ou du mineur pour ces actes, le représentant ne peut jamais intervenir même pour substituer une éventuelle absence de consentement.

**138. Exclusion relative de la représentation.** Pour d'autres actes, l'exclusion de la représentation est relative. En effet, dans ces hypothèses, cette exclusion est subordonnée à certaines conditions et il existe des alternatives lorsque ces conditions ne sont pas réalisées. Pour le majeur protégé, le principe est principalement posé par l'article 459 du Code civil qui veut qu'il agisse seul pour toutes les décisions simplement personnelles et c'est seulement si son état ne le permet pas qu'une assistance ou une représentation sera envisagée. Pour le mineur une telle présomption pour les décisions relatives à sa personne n'existe pas et les dispositions sont plus éparpillées et font notamment dépendre l'exclusion de la représentation d'un seuil d'âge.

**139. Capacité décisive.** L'objectif de la capacité décisionnelle en matière personnelle est de faire la promotion de l'autonomie du mineur ou du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation au regard de la nature de ces actes. La préoccupation principale reste néanmoins de concilier leur protection et leur autonomie. D'une part, le mineur comme le majeur protégé bénéficie d'une capacité personnelle automatique et incompressible excluant totalement toute assistance ou représentation, il est nécessaire que seule la personne protégée puisse réaliser l'acte et le régime est prévu en ce

sens malgré les difficultés qui peuvent apparaître (Section 1). D'autre part, pour certains actes, l'exclusion de la représentation ou de l'assistance est relative et subordonnée à certaines conditions (Section 2).

## **Section 1 : L'exclusion absolue de la représentation**

**140. Acte strictement personnel.** L'exclusion absolue de la représentation se retrouve essentiellement pour les actes qualifiés de strictement personnels. Pour le majeur protégé, c'est l'article 458 du Code civil qui pose le principe et dispose dans son premier alinéa que : « *Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée.* », avant d'énumérer les actes ne pouvant donner lieu à assistance ou représentation dans son alinéa 2 : « *Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant.* ». L'acte est alors trop personnel pour qu'il puisse être accompli par le représentant. Il faut préciser que l'article 494-6 du Code civil prévoit que cet article s'applique à l'habilitation familiale dès lors qu'elle porte sur un ou plusieurs actes relatifs à la personne à protéger ce qui est notamment le cas en cas d'habilitation familiale générale impliquant une représentation. Il n'existe pas d'équivalent législatif pour le mineur. Seul l'article 388-1-1 du Code civil dispose que « *l'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes* ». La loi écarte alors indirectement la représentation et permet au mineur d'agir lui-même en raison de la nature de l'acte ou parce qu'un texte législatif le prescrit. En renvoyant aux textes, le législateur permet à la loi d'accorder la capacité au mineur d'agir lui-même, mais aucun texte général n'exclut la représentation. La capacité personnelle totale du mineur n'est pas accordée de manière générale comme pour le majeur protégé, mais par différents textes.

**141. Absence de texte général pour le mineur.** La question se pose de l'utilité d'un texte général pour le mineur. Une telle règle générale ne concernerait que le mineur doué de discernement, la capacité du mineur de prendre des décisions étant subordonnée à ce dernier. En matière personnelle, les titulaires de l'autorité parentale ont un rôle plus important que le représentant du majeur protégé, ce qui s'explique notamment par les obligations liées à l'exercice de l'autorité parentale. Néanmoins, le législateur permet parfois au mineur d'exclure la représentation des titulaires de l'autorité parentale.

**142. Définition.** La définition de l'acte strictement personnel n'est pas évidente. Plutôt que de donner une définition générale et abstraite<sup>331</sup> qui ne serait pas satisfaisante, le législateur ne précise pas ce qu'est l'acte strictement personnel que ce soit pour le mineur ou pour le majeur protégé. Quant à la jurisprudence, le Professeur Noguéro<sup>332</sup> remarque qu'elle réagit en fonction de l'acte à examiner et avec prudence. En effet, les juges ne donnent pas de solution de principe en ce qui concerne l'acte strictement personnel, mais décident en fonction de l'acte qui leur est soumis s'il est ou non strictement personnel. Le législateur a quand même fourni une liste d'actes strictement personnels du majeur protégé à l'alinéa 2 de l'article 458 du Code civil qui ne semble cependant pas exhaustive, car il existe également des textes spécifiques excluant la représentation que ce soit pour le mineur ou pour le majeur protégé. En effet, si l'acte strictement personnel se définit par son régime, à savoir les actes qui prévoient l'exclusion de l'assistance ou de la représentation, l'article 458 du Code civil n'exclut pas la qualification d'autres actes comme étant strictement personnels. Si l'article 458 du Code civil peut servir de base d'interprétation pour caractériser des actes strictement personnels pour le majeur protégé, l'absence de texte général pour le mineur peut rendre l'interprétation législative plus complexe. Il convient donc de déterminer que c'est l'interprétation du régime de l'acte, excluant l'assistance ou la représentation, qui permet de qualifier l'acte de strictement personnel. Dès lors, il y aura deux catégories d'actes strictement personnels, les actes strictement personnels nommés qui sont ceux pour lesquels la représentation ou l'assistance sont formellement exclues par les textes (I) et les actes strictement personnels innommés qui sont ceux qui pourraient être également qualifiés comme étant strictement personnels par interprétation de la loi (II).

---

<sup>331</sup> F. MARCHADIER, *Majeur protégé, droit civil*, Dalloz corpus, 2020, p.98, n°161

<sup>332</sup> D. NOGUERO, « Protection de la personne et autonomie des majeurs protégés : les actes simplement et strictement personnels », *Droit prospectif RRJ*, PUAM, 2019-1, XLIV-176, p.111

## § I. - Les actes nommés

**143. Domaine.** L'essentiel des actes excluant expressément la représentation que ce soit pour le mineur ou le majeur protégé sont ceux qui sont inscrits à l'article 458 du Code civil qui concerne le majeur protégé, mais dont les actes excluent également l'assistance pour le mineur (A), mais d'autres dispositions prévoient également l'exclusion de l'assistance ou de la représentation pour des actes gravitant autour de la personne même du représenté (B).

### A.- Les actes de l'article 458 du Code civil

**144. Personne protégée parent.** Les actes listés par l'article 458 du Code civil réputés comme strictement personnels et qui excluent la représentation pour le majeur protégé peuvent également être qualifiés de strictement personnels pour le mineur, car ils excluent également toute assistance ou représentation de ce dernier malgré l'absence d'un texte général, mais en interprétant les textes spécifiques. Ces actes sont pour la majeure partie relatifs à l'enfant de la personne protégée (1), et reposent essentiellement sur la volonté des parents<sup>333</sup>. Un acte seulement concerne la personne du majeur protégé : le consentement à l'adoption (2) qui requiert également le consentement personnel du mineur de plus de 13 ans.

#### 1. *L'enfant de la personne protégée*

**145. Problématique.** La vraie problématique quant à l'enfant de l'incapable a été rappelée par la Professeure Annick Bateur qui demandait à propos du majeur protégé : « *Peut-on tout à la fois assigner une telle finalité [protection] à une mesure et consacrer un principe d'autonomie du majeur dans le domaine familial, alors pourtant que l'individu concerné est dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts ?* »<sup>334</sup>. Il s'agit de toute la complexité qui entoure la question de la vie familiale du majeur protégé ou du mineur qui devient parent et qui va établir sa filiation (a) et ainsi pouvoir choisir le nom de famille de son enfant (b) et exercer l'autorité parentale (c).

##### a. L'établissement de la filiation

**146. Déclaration de naissance.** La déclaration de naissance est considérée par l'article 458 du Code civil comme étant un acte strictement personnel du majeur protégé

---

<sup>333</sup> A. BATTEUR, « Majeurs protégés – Curatelle et tutelle – Effets personnels – Vie familiale du majeur protégé », *JCl. Civil Code*, Fasc.20, 2022, n°59

<sup>334</sup> A. BATTEUR, « Les actes de la vie familiale du majeur protégé », in J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil, (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p.335

excluant toute assistance ou représentation. En droit commun, l'article 55 du Code civil prévoit que « *les déclarations de naissance sont faites dans les cinq jours de l'accouchement à l'officier de l'État civil du lieu.* ». Le père ou la mère de l'enfant, même majeur protégé, peut déclarer la naissance. Pour le mineur, rien ne semble s'opposer à ce qu'il puisse lui-même déclarer la naissance de son enfant puisque toute personne ayant assisté à l'accouchement peut déclarer la naissance<sup>335</sup>. La loi ne prévoit aucune possibilité de représentation pour le mineur qui pourra seul déclarer son enfant<sup>336</sup>, en vertu de la capacité reconnue à la mère d'agir en établissement de la filiation. La déclaration de naissance est un acte strictement personnel, car si le majeur protégé ou le mineur veut agir seul, il peut le faire et leur consentement est suffisant excluant toute assistance ou représentation. Toutefois, cette affirmation selon laquelle la déclaration de naissance est un acte strictement personnel doit être combinée à l'article 56 du Code civil qui permet à d'autres personnes que les pères et mère de déclarer la naissance. En effet, il s'agit d'une action pouvant être faite par d'autres personnes si la personne protégée ne le fait pas afin d'éviter qu'un enfant ne soit pas déclaré. Dans ce cas, le tiers tient son pouvoir non pas de la représentation de la personne protégée puisqu'il n'agit pas à sa place, mais il tient cette possibilité d'un pouvoir d'action qui lui est propre. Le tiers agit donc en son nom et pas en représentation de la personne protégée. Cette solution issue du droit commun évite une éventuelle incapacité de jouissance<sup>337</sup> qui pourrait ne pas être dans l'intérêt de l'enfant.

**147. Établissement automatique de la filiation maternelle.** L'article 311-25 du Code civil prévoit que la filiation maternelle résulte de l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant. En effet, pour ce qui est de la filiation maternelle, elle ne pose pas de problème comme le souligne l'adage romain *mater semper certa est* qui signifie que la mère est toujours certaine. Ainsi, l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, qui établit automatiquement la filiation maternelle, ne dépend pas de la seule volonté de la personne protégée puisque les personnes déclarant la naissance choisissent d'indiquer ou non le nom de la mère dans l'acte de naissance. Finalement, la qualification de la déclaration de naissance par l'article 458 du Code civil comme étant un acte strictement personnel, permet simplement de ne pas déclarer la naissance « *au nom et pour le compte de la majeure, ni*

---

<sup>335</sup> Article 56 du Code civil

<sup>336</sup> S.ZEIDENBERG, « La personne vulnérable et son enfant », *Dr. fam.*, 2012, étude n°17

<sup>337</sup> V. *infra* n°314

*assister celle-ci en apposant sa signature* »<sup>338</sup>. Autrement dit, si une autre personne déclare la naissance, elle ne le fait pas par représentation de la majeure protégée, mais en son propre nom puisque la déclaration de naissance est un acte strictement personnel qui exclut toute assistance ou représentation.

**148. Opposition de la mère protégée à l'indication de son nom dans l'acte de naissance.** Toutefois, la mère peut s'opposer à cette indication. Dès lors, la question devient complexe lorsque la mère, majeure protégée, ne souhaite pas indiquer son nom dans l'acte de naissance ou accoucher dans le secret. La Professeure Annick Batteur<sup>339</sup> indique à ce titre que toute personne ayant assisté à l'accouchement pouvant déclarer l'enfant et indiquer le nom de la mère dans l'acte de naissance, alors il peut arriver que la majeure protégée en mesure de représentation soit mère sans l'avoir désiré en supportant une indication non conforme à ses souhaits<sup>340</sup>. En effet, si toute personne peut déclarer la naissance et indiquer le nom de la mère dans l'acte de naissance alors la majeure protégée peut se retrouver mère sans l'avoir véritablement voulu, sauf si elle accouche dans le secret. Cette réflexion vaut également pour la mère mineure. Valérie Da Silva<sup>341</sup> estime qu'il aurait été plus judicieux de viser l'acte de naissance plutôt que la déclaration de naissance, autrement dit les déclarations nécessaires à l'établissement de l'acte de naissance auraient dû être considérées comme des actes strictement personnels et pas la déclaration de naissance qui peut être le fait d'un tiers. La Professeure Annick Batteur<sup>342</sup> estime que c'est l'indication de la mère dans l'acte de naissance qui aurait dû relever des actes strictement personnels, mais ce serait bouleverser tout le droit de la filiation maternelle. Dès lors, l'article 458 du Code civil permet d'affirmer que le représentant agit en son nom personnel lorsqu'il déclare la naissance et non pas en représentation de la mère majeure protégée. Comme pour la majeure protégée, la mineure ne peut se voir opposer une filiation qu'elle ne désirerait pas. Dès lors, les titulaires de l'autorité parentale qui agiraient le feraient également en leur nom personnel et non pas en représentation de la mineure, qui pourra s'opposer à cette indication. En revanche, la possibilité pour d'autres personnes de déclarer la naissance peut être dans l'intérêt de l'enfant dans le cas où la personne protégée n'est pas en mesure de le faire elle-même.

---

<sup>338</sup>A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés-Difficultés pratiques*, Dalloz, 2012, p.234

<sup>339</sup> A. BATTEUR, op.cit.

<sup>340</sup> A. BATTEUR, op.cit., n°63

<sup>341</sup> V. DA SILVA, *La protection des mineurs et des majeurs en curatelle et en tutelle en matière personnelle*, coll. Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2014, p.153, n°257

<sup>342</sup> A. BATTEUR, op.cit.

**149. Établissement automatique de la filiation paternelle.** Si la déclaration de naissance est un acte strictement personnel excluant toute assistance ou représentation, lorsqu'on indique le nom du père dans l'acte de naissance, la présomption de paternité prévue par l'article 312 du Code civil va jouer s'il est désigné comme tel. En effet, selon l'adage latin *pater is est quem nuptiae demonstrant*, le mari de la femme qui accouche est le père de l'enfant. Cette présomption de paternité peut concerner un père majeur protégé, davantage qu'un père mineur, l'hypothèse étant plus rare au regard des conditions entourant le mariage des mineurs<sup>343</sup>. Dès lors que sont inscrits dans l'acte de naissance le nom de la mère mariée ainsi que le nom de son mari en qualité de père, la filiation paternelle sera automatiquement établie. Quand les parents sont mariés, le dispositif est le même pour la mère et pour le père. La Professeure Annick Batteur<sup>344</sup> précise que : « *le père n'a donc pas à donner de consentement pour que l'enfant lui soit rattaché* » et elle estime qu'ainsi est réglée l'éventuelle difficulté de l'attribution de la paternité dans l'hypothèse d'un majeur protégé incapable d'exprimer un consentement éclairé. Toutefois, si le majeur protégé ne peut exprimer un consentement éclairé, cette présomption de paternité établit automatiquement sa filiation au-delà même de l'idée d'une quelconque volonté ou lucidité. Néanmoins, une action en contestation de filiation pourra être envisagée, notamment si le majeur protégé n'est pas le père, mais il reste à savoir si ces actions relèvent de la catégorie des actes strictement personnels ou non<sup>345</sup>.

**150. La reconnaissance.** L'article 458 alinéa 2 du Code civil inscrit dans sa liste la reconnaissance comme étant un acte strictement personnel du majeur protégé. En ce qui concerne le mineur, l'exclusion de la représentation pour l'acte de reconnaissance a été reconnue par une jurisprudence ancienne<sup>346</sup>. La reconnaissance est le mode d'établissement de la filiation le plus fréquemment utilisé par les pères, notamment lorsqu'ils ne sont pas mariés ; la reconnaissance de maternité est beaucoup plus rare. Le caractère strictement personnel de la reconnaissance s'explique notamment par la définition qu'en donne l'article 316 du Code civil selon lequel il s'agit d' « *un acte juridique solennel par lequel une personne affirme sa paternité ou sa maternité à l'égard d'un enfant* »<sup>347</sup>. La reconnaissance est un mode

<sup>343</sup> V. *infra* n°565

<sup>344</sup> A. BATTEUR, *op.cit.*, p.235

<sup>345</sup> V. *infra*, n°227 et s.

<sup>346</sup> Civ., 22 juin 1813, S.1813, I, 281, concl. Joubert ; Req. 4 nov. 1835, S. 1835. I. 785 ; Colmar, 14 févr. 1950, D.1950, somm.58 cités par A. GOUTTENOIRE et P.BONFILS, *op. cit.*, p.1093

<sup>347</sup> A. GOUTTENOIRE, P. COURBE, M. FARGE, *Droit de la famille*, 8<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2021, p.438, n°1272

d'établissement de la filiation qui repose sur la volonté de son auteur, c'est un acte individuel qui n'établit la filiation qu'à l'égard de ce dernier<sup>348</sup>. Néanmoins, il s'agit surtout d'un acte strictement personnel puisque personne ne peut reconnaître l'enfant à la place du père et de la mère, même dans le cadre d'un régime de représentation, cet acte reposant essentiellement sur la volonté de son auteur et ayant un aspect déclaratif qui exclut toute possibilité d'assistance ou de représentation.

**151. Jurisprudence relative à la reconnaissance.** Pour la reconnaissance, la représentation a pu être exceptionnellement envisagée. Le tribunal de Quimperlé<sup>349</sup> avait en effet autorisé l'administrateur légal d'un majeur protégé à reconnaître l'enfant de celui-ci. En l'espèce, il s'agissait d'un couple vivant en concubinage et qui avait déjà eu un enfant. Le concubin avait eu un grave accident alors que sa compagne attendait son deuxième enfant. Le juge des tutelles avait autorisé le tuteur, qui était également le frère du concubin majeur protégé, à reconnaître l'enfant au nom de celui-ci. Cette solution reste isolée et ne pourrait plus être rendue aujourd'hui au regard de la liste dressée par l'article 458 alinéa 2 du Code civil. En effet, le législateur de 2007 a inscrit cet acte parmi la liste des actes personnels excluant définitivement toute assistance ou représentation. La Cour européenne des droits de l'homme a également rappelé qu'il est impératif de donner la possibilité au père d'établir sa filiation avec son enfant malgré son absence de capacité légale dans l'arrêt *Kruscovic c/ Croatie* du 21 juin 2011<sup>350</sup>. Toutefois, si la reconnaissance a été réalisée par un père qui n'était pas dans un intervalle lucide et n'avait pas conscience de la réalité, cette paternité pourrait être contestée<sup>351</sup>. De la même manière, un tel acte suppose que le mineur soit discernant et suffisant mature pour le réaliser puisque la reconnaissance repose essentiellement sur la volonté de son auteur qui ne saurait être exprimée par un mineur non doué de discernement. En tout état de cause, comme tout acte juridique, la reconnaissance pourra être annulée pour défaut ou vice du consentement<sup>352</sup>. En outre, si un père refuse de reconnaître son enfant, personne ne pourra le faire à sa place, mais il sera toujours possible pour l'enfant d'établir judiciairement sa filiation. Dès lors, la volonté de la personne bénéficiant d'une mesure de représentation est protégée puisque ce sera la seule à pouvoir reconnaître l'enfant et décider d'établir sa filiation à son égard. Des garde-fous existent

---

<sup>348</sup> Art. 316 al.2 Code civil

<sup>349</sup> TI Quimperlé, ch.tutelles, 16 oct.1999, JurisData n°1999-104325

<sup>350</sup> CEDH, 21 juin 2011, *Kruscovic c/ Croatie*, req. n°46185/08

<sup>351</sup> V. *infra* n°227

<sup>352</sup> V. en ce sens : A. BATTEUR, *op. cit.*, *JCl.Civil Code*, n°66

cependant afin de préserver l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation établie, grâce à l'établissement judiciaire de la filiation.

**152. L'adoption de l'enfant du majeur protégé.** L'article 458 du Code civil exclut l'assistance ou la représentation pour le consentement donné à l'adoption de l'enfant du majeur protégé. Ainsi, le parent, même bénéficiant d'une mesure de représentation, doit donner son consentement pour que son enfant puisse être adopté. Personne ne pourra le représenter ou l'assister pour donner ce consentement. La Professeure Salvage-Gerest<sup>353</sup> estime qu'il n'était pas nécessaire d'évoquer le consentement à l'adoption indépendamment puisqu'il s'agit indubitablement d'un acte de l'autorité parentale relatif à la personne de l'enfant, également visé par l'article 458 du Code civil. Le droit de consentir à l'adoption de son enfant reste cependant lié à la qualité de parent et donc à la titularité de l'autorité parentale, c'est pourquoi ce droit ne peut pas être délégué. Il s'agit seulement d'un consentement strictement personnel attaché au lien de filiation et ne relevant pas de l'exercice de l'autorité parentale<sup>354</sup>. D'un point de vue formel, l'article 348-3 alinéa 2 prévoit que le consentement à l'adoption de son enfant doit être donné devant notaire, français ou étranger ou devant les agents diplomatiques et consulaires français. Le consentement peut également être reçu par les services de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis, ce recueil est une obligation lorsque l'enfant a moins de deux ans. Il existe des exceptions qui vont permettre de passer outre le refus du parent de consentir à l'adoption de son enfant<sup>355</sup>, notamment quand celui-ci n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté.

**153. L'adoption de l'enfant du mineur.** Le mineur qui a établi la filiation de son enfant sans avoir besoin de l'autorisation de ses parents détient ainsi l'autorité parentale sur celui-ci. Par la création de ce lien et l'acquisition de l'autorité parentale qui en découle, le mineur doit consentir seul à l'adoption de son propre enfant, ce qui en fait également un acte strictement personnel pour le mineur. En effet, l'article 348 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil prévoit que : « *Lorsque la filiation d'un mineur est établie à l'égard de ses deux parents, l'un et l'autre doivent consentir à l'adoption.* ». L'établissement de la filiation impose alors le consentement du parent, même mineur, pour consentir à l'adoption de son enfant. Les parents du mineur ne

<sup>353</sup> P. SALVAGE-GEREST, « Majeurs protégés – Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. – L.n°2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. fam.*, 2009, n°3, étude 17, n°16

<sup>354</sup> M. PORTEFAIX, *Le parent incapable*, Thèse de doctorat, droit, Lyon 3, 2006.

<sup>355</sup> Art. 348 al. 2 et 348-2 du Code civil, V. spéc. *infra* n°323

peuvent pas à eux seuls décider de faire adopter leur petit-enfant sans avoir le consentement du parent même s'il est mineur. En outre, les parents ne peuvent pas être à l'initiative de l'adoption. D'un point de vue formel, le recueil du consentement du mineur à l'adoption de son enfant doit respecter les mêmes règles que le majeur protégé. Il est également possible de passer outre le refus du mineur de consentir à l'adoption de son enfant, notamment lorsqu'il ne pourrait pas manifester sa volonté<sup>356</sup>.

b. Le nom de famille de l'enfant

**154. Choix du nom de famille de l'enfant.** L'article 458 du Code civil indique que, pour le majeur protégé, la déclaration du choix du nom de son enfant est un acte strictement personnel. Ainsi, la représentation est exclue en ce qui concerne le choix du nom de famille de son enfant à condition d'avoir établi la filiation. L'attribution du nom de famille de l'enfant est rattachée à l'établissement de la filiation, le nom révélant le rattachement à une famille<sup>357</sup>. La déclaration du choix du nom de famille est prévue par l'article 311-21 du Code civil qui précise que le choix peut se porter soit sur le nom du père, soit sur le nom de la mère soit sur leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En cas de désaccord entre les parents, l'enfant se verra attribuer les deux noms dans l'ordre alphabétique. En cas d'absence de choix, l'enfant se verra attribuer le nom du parent à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et celui de son père si la filiation a été établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre. Si le majeur protégé ne dispose pas d'un consentement éclairé et n'est pas dans un intervalle lucide, c'est cette dernière règle qui s'applique, car le parent ne peut être représenté pour faire ce choix. Il s'agit d'un palliatif de droit commun à l'absence d'expression de la volonté de la personne protégée. Il faut également appliquer cette règle au mineur et exclure la représentation, puisque le choix du nom de famille de l'enfant relève de l'établissement de la filiation pour lequel la représentation du mineur est exclue.

**155. Changement de nom de famille de l'enfant.** Le changement du nom de famille de l'enfant est également considéré comme un acte strictement personnel du majeur protégé par l'article 458 du Code civil. Cette possibilité est inscrite à l'article 311-23 du Code civil. Il s'agit de la situation dans laquelle l'enfant s'est vu attribuer le nom de famille du

---

<sup>356</sup> Ibid.

<sup>357</sup> H.DE RICHEMONT, Rapport au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs, 2007, n°212

parent à l'égard duquel la filiation a été établie. Les parents peuvent choisir de substituer ou d'accoler le nom de famille du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu. Dans l'hypothèse où le parent ne peut manifester sa volonté afin de procéder à ce changement de nom de famille, l'enfant gardera le nom qui lui a été dévolu, la représentation étant écartée par l'article 458 du Code civil et par le principe d'attachement du nom de famille à l'établissement de la filiation. Il en sera de même pour le changement du nom de famille par le parent mineur, un tel acte relevant des conséquences de l'établissement de la filiation. De la même manière, si le mineur ne dispose pas de la maturité suffisante pour faire ce choix alors la règle supplétive s'appliquera et l'enfant gardera le nom de famille qui lui a été dévolu. En effet, une représentation du mineur pour un acte aussi intime découlant de l'établissement de sa filiation n'est pas possible.

c. Les actes relatifs à l'autorité parentale

**156. Exercice de l'autorité parentale.** Selon l'article 371-1 du Code civil, l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant et qui appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant. Le législateur ne distingue donc pas si le parent est une personne protégée. Pour le majeur protégé, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant sont réputés strictement personnels selon l'article 458 du Code civil. Pour le mineur, il n'y a pas d'équivalent législatif, mais une réponse a été apportée par la jurisprudence. En effet, la Cour d'appel de Dijon a reconnu dans une décision du 4 juillet 2012<sup>358</sup> que : « *l'article 371-1 du Code civil n'impose pas de condition d'âge minimum pour qu'un père ou une mère exerce l'autorité parentale ; qu'en conséquence, un parent peut exercer l'autorité parentale sur son ou ses enfants, alors même que ce parent est encore mineur.* ». Tout comme pour le majeur protégé, la représentation du mineur est exclue pour l'exercice de l'autorité parentale qui relève donc de la catégorie des actes strictement personnels.

**157. Incidence de l'incapacité.** Les dispositions qui font des actes de l'autorité parentale des actes strictement personnels peuvent entrer en contradiction avec l'article 373 du Code civil<sup>359</sup> qui dispose qu' : « *Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence*

<sup>358</sup> CA Dijon, 4 juill. 2012, n°12/00315, D.,2013, p.2073, obs. P.Bonfils et A.Gouttenoire ; Dr.fam, 2012, p.169, obs. Neirinck

<sup>359</sup> I.MARIA, « Majeurs protégés et autorité parentale », LPA, 2014, n°97, p.6

*ou de toute autre cause.* ». En effet, cette disposition laisse penser que l'incapacité est une cause de retrait de l'autorité parentale. Toutefois, ce n'est pas parce qu'un parent fait l'objet d'une mesure de représentation ou qu'il est mineur qu'il perd l'exercice de son autorité parentale. En effet, comme le rappelle Thierry Verheyde<sup>360</sup>, l'incapacité n'est qu'un exemple des raisons qui rendent le parent « *hors d'état de manifester sa volonté* », il s'agit d'un critère « *purement factuel* ». Le législateur n'évoque pas l'incapacité juridique, mais plutôt l'incapacité naturelle qui l'empêche de manifester sa volonté. Sinon, l'article 458 du Code civil n'aurait pas reconnu les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant comme étant des actes strictement personnels. Les juges du Tribunal d'instance de Saint-Omer ont d'ailleurs eu l'occasion de le rappeler dans un jugement du 3 mai 1989<sup>361</sup> indiquant que les parents tutélares ne perdent pas automatiquement l'autorité parentale sur leur enfant. La Professeure Ingrid Maria<sup>362</sup> estime que cette référence à l'incapacité dans l'article 373 du Code civil devrait disparaître ; le simple maintien de l'expression « *hors d'état de manifester sa volonté* » suffirait, même si cette solution reste imparfaite, car on ne sait pas ce que recouvre cette expression empreinte de subjectivité. Il s'agit d'un argument supplémentaire pour affirmer que c'est l'incapacité naturelle qui induirait le retrait de l'exercice de l'autorité parentale et non pas l'incapacité juridique.

**158. Existence de protection de droit commun.** En principe, le mineur ou le majeur protégé conserve l'exercice de l'autorité parentale et ne se voit pas automatiquement retirer cet exercice. Ce maintien de l'autorité parentale même en cas d'incapacité juridique peut s'expliquer parce que « *le droit prend en compte l'existence de certains « garde-fous* »<sup>363</sup>. En effet, notre arsenal législatif met tout en œuvre pour que les liens soient maintenus entre l'enfant et sa famille. Si ce n'est pas suffisant et qu'il existe une impossibilité d'exercer l'autorité parentale, des alternatives de droit commun existent<sup>364</sup>. C'est ainsi que l'article 458 du Code civil va s'articuler avec l'article 373 du Code civil. L'autorité parentale pourra être exercée à la place du majeur protégé ou du mineur, grâce à d'autres alternatives. En outre, l'article 372 du Code civil prévoit que l'autorité parentale est exercée en commun par les père et mère. Aussi, si l'un d'entre eux est majeur protégé ou mineur, l'exercice de l'autorité parentale peut être dévolu à l'autre parent, qui est capable et peut assurer la

---

<sup>360</sup> T.VEREHEYDE, « Le majeur protégé, parents d'enfants mineurs », *AJ fam.*, 2012, p.257

<sup>361</sup> TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *JCP N.*, 1990. II. 89, note T.Fossier.

<sup>362</sup> I.MARIA, *op.cit.*

<sup>363</sup> S.MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La personne vulnérable et son enfant », *Dr.fam.*, oct. 2012, n°10

<sup>364</sup> V. spéc. *infra* n°314 et s. sur les alternatives de droit commun

protection de l'enfant, et ce même si le parent incapable se voit retirer l'exercice de l'autorité parentale. En outre, si les deux parents ne peuvent exercer l'autorité parentale, ou si le parent incapable est seul, une tutelle pour l'enfant peut être ouverte conformément à l'article 390 du Code civil. Si cela n'est pas suffisant, des palliatifs existent<sup>365</sup>.

**159. Administration légale.** La question se pose de savoir si l'administration légale appartient à la catégorie des actes strictement personnels excluant ainsi toute assistance ou représentation. La terminologie de l'article 458 du Code civil qui énonce « *les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant* » est sujette à critiques du fait de son imprécision. La Professeure Annick Batteur<sup>366</sup> estime que l'autorité parentale est constituée d'un volet extrapatrimonial et d'un volet patrimonial. En effet, l'article 371-2 du Code civil se trouve dans la partie du Code civil intitulé « *De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant* » et dispose que : « *Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* ». La Professeure pose alors la question de savoir si un majeur protégé qui exécute cette obligation réalise un acte extrapatrimonial, qui plus est, strictement personnel. Seulement, dans la réalisation de cette obligation, l'aspect patrimonial est marqué. En effet, la scolarité de l'enfant du majeur protégé peut avoir un certain coût ou alors le majeur protégé peut devoir payer une pension alimentaire en cas de séparation alors même qu'il n'est pas en mesure de gérer son argent. Ce paradoxe se retrouve avec le statut d'administrateur légal qui découle de l'autorité parentale.

**160. Titularité de l'administration légale.** Avant son abrogation par l'ordonnance du 15 octobre 2015<sup>367</sup>, l'article 389-7 du Code civil prévoyait que les règles de la tutelle étaient applicables à l'administration légale. Or, le majeur protégé ne peut pas devenir tuteur conformément à l'article 395 du Code civil. Les auteurs en déduisaient alors qu'un majeur protégé ne pouvait être administrateur légal<sup>368</sup>. Néanmoins, pour le mineur, il y a une exception prévue par l'article 395 du Code civil qui dispose que si le parent de l'enfant placé en tutelle est mineur alors il peut exercer les différentes charges de la tutelle. Pour Julien Burel<sup>369</sup>, « *Cette exception permet d'affirmer que la minorité du parent ne constitue pas, à*

<sup>365</sup> Ibid.

<sup>366</sup> A. BATTEUR, Les actes de la vie familiale du majeur protégé, in J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil, (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p.341, n°21

<sup>367</sup> Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille

<sup>368</sup> V. en ce sens : S.MORACCHINI-ZEIDENBERG, op.cit. ; T.VERHEYDE, op.cit.

<sup>369</sup> J.BUREL, *Le parent mineur*, Thèse de doctorat, droit, Brest, 2019

*elle seule, un obstacle à l'exercice de l'administration légale* ». Le fait que l'administration légale appartienne au parent, même mineur, trouvait alors facilement sa justification tandis que cette entreprise était plus difficile pour le majeur protégé. L'ordonnance du 15 octobre 2015 a abrogé cet article 389-7 du Code civil. L'interprétation qui en a été faite est que cela renforce davantage les liens entre autorité parentale et administration légale<sup>370</sup>. En effet, l'article 382 du Code civil dispose désormais que : « *L'administration légale appartient aux parents. Si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'entre eux est administrateur légal. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale.* ». Aucune précision n'est faite quant à la titularité de l'administration légale qui appartient « aux parents », ce qui laisse entendre qu'un parent même en mesure de protection ou mineur peut être administrateur légal dès lors qu'il exerce l'autorité parentale. Claire Neirinck<sup>371</sup> regrette que : « *l'ordonnance du 15 octobre 2015, de manière indigente, impose l'idée que l'administration légale est uniquement le nom donné à l'autorité parentale exercée sur les biens du mineur* » et affirme ensuite que : « *L'administration légale, comme l'autorité parentale, est la conséquence directe de l'établissement de la filiation. Son attribution est seulement liée à l'attribution de l'autorité parentale.* ». Une fois la filiation établie, l'administration légale est attribuée au titulaire de l'autorité parentale, même mineur ou majeur protégé. Toutefois, l'exercice de cette mission de représentation de l'enfant par une personne déjà soumise à un régime de représentation suscite des difficultés.

**161. Exercice de l'administration légale par le majeur protégé.** Contrairement à la question de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, les dispositions relatives à l'administration légale se retrouvent dans la partie du Code civil intitulée « *De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant* ». L'administration légale ne relève donc pas de l'autorité parentale relative à la personne de l'enfant visée par l'article 458 du Code civil. Néanmoins, l'administration légale est une composante de l'autorité parentale dont, en principe, n'est pas privé le mineur ou le majeur protégé. Cette affirmation fait néanmoins débat pour le majeur protégé. À ce titre, la Professeure Annick Batteur<sup>372</sup> estime que « *l'on peut être mauvais gestionnaire et bon parent* » tout en ajoutant que « *cette idée est particulièrement fragile dans le cas du majeur protégé* ». En effet, Véronique Mikalef-

---

<sup>370</sup> A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, op.cit, p.1097

<sup>371</sup> C. NEIRINCK, « Enfance », *Rep. Droit civil*, Dalloz, oct.2016, n°285-286

<sup>372</sup> A. BATTEUR, Le majeur protégé et l'enfant, in G. Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés-Difficultés pratiques*, Dalloz, 2012, p.241

Toudic<sup>373</sup> estime qu'en cas de mise en place d'une mesure de protection « *il est indéniable que le majeur protégé n'est plus à même d'assurer la gestion du patrimoine de son enfant ni de faire les actes relatifs aux biens de cet enfant. [...] Pour autant, cela ne signifie pas nécessairement que ce parent n'est plus en mesure de s'occuper de son enfant et d'exercer l'autorité parentale* ». La Professeure Ingrid Maria<sup>374</sup> regrette que les textes ne soient pas clairs sur ce point, car aucun n'affirme de manière certaine la déchéance des pouvoirs en matière patrimoniale. Mais pour la Professeure Annick Batteur, il s'agirait d'une mesure de bon sens<sup>375</sup>. Certains auteurs<sup>376</sup> raisonnent par analogie en indiquant que la tutelle des mineurs ne peut être exercée par un majeur protégé selon le 2° de l'article 395 du Code civil excluant de manière similaire le majeur protégé de l'administration légale, qui s'inspire des règles de la tutelle<sup>377</sup>. En tout état de cause, il est, en effet, plutôt paradoxal qu'une personne représentée dans ses propres actions patrimoniales puisse les réaliser pour son propre enfant. Afin de pallier cette difficulté, Laure Talarico indique que la capacité de protection de la personne de l'enfant doit être distinguée de la protection patrimoniale du tuteur, l'enfant pourra alors être « *soumis à l'administration légale d'un tiers mais rester sous l'autorité de ses parents* »<sup>378</sup>. L'ordonnance du 15 octobre 2015 ouvre la possibilité de transformer l'administration légale en tutelle s'il existe une cause grave à travers l'article 391 du Code civil. Dès lors, si l'ouverture d'une mesure de protection est considérée comme une cause grave, il serait possible d'ouvrir une tutelle qui serait limitée aux biens de l'enfant du majeur protégé en dissociant l'exercice de l'autorité parentale et l'administration légale<sup>379</sup>.

**162. Exercice de l'administration légale du parent mineur.** Pour le mineur, les auteurs sont nombreux à considérer que le mineur parent peut exercer l'administration légale<sup>380</sup>. La Professeure Adeline Gouttenoire<sup>381</sup> indique qu'il est « *difficile de distinguer l'exercice de l'autorité parentale stricto sensu pour lequel le mineur parent serait capable de*

<sup>373</sup> V. MIKALEF-TOUDIC, « Le majeur protégé, parent d'un enfant mineur -.- A propos de l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 portant réforme de l'administration légale », *Dr.fam.*, Nov. 2016, n°11, dossier 46

<sup>374</sup> I. MARIA, op.cit.

<sup>375</sup> A. BATTEUR, op.cit.

<sup>376</sup> V. en ce sens : S.MORACCHINI-ZEIDENBERG, op.cit. ; V.MIKALEF-TOUDIC, op.cit

<sup>377</sup> I. MARIA, G. RAOUL-CORMEIL, « La nouvelle administration légale : 1+1 = 1 ? », *Dr.fam.*, Janv.2016, n°1, dossier 4 : « *Par ses catégories et ses règles juridiques, le droit de la tutelle des mineurs continue donc à inspirer, à irriguer et à diriger le droit de l'administration légale* »

<sup>378</sup> L.TALARICO, op.cit.

<sup>379</sup> V. en ce sens : V.MIKALEF-TOUDIC, op.cit. et avant la réforme : A. BATTEUR, op.cit. : « *il convient en réalité de transformer l'administration légale en tutelle, et ce sur le fondement de l'article 391 du Code civil* »

<sup>380</sup> V. en ce sens : S.MORACCHINI-ZEIDENBERG, op.cit ; J. BUREL, op.cit.

<sup>381</sup> A. GOUTTENOIRE et P.BONFILS, op. cit., p.1097

*décider lui-même et l'administration légale pour laquelle il devrait être représenté* ». Cette différence avec le majeur protégé peut notamment s'expliquer par le fait que la protection du mineur est davantage relative à sa personne alors que la mesure de protection du majeur protégé est davantage tournée sur son patrimoine. En outre, le mineur qui devient parent va devenir majeur quelques années plus tard. La situation n'est donc pas la même que pour le majeur protégé, pour qui la mesure de protection est souvent mise en place, car il est nécessaire de le représenter et il est beaucoup moins certain qu'il recouvre sa capacité. Le paradoxe évoqué pour le majeur protégé se retrouve pourtant pour le mineur qui reste soumis à l'autorité parentale, mais qui exerce lui-même la sienne. Globalement, pour l'exercice des attributs découlant de l'établissement de la filiation (autorité parentale et administration légale), la Professeure Adeline Gouttenoire<sup>382</sup> propose une émancipation automatique du mineur comme celle prévue pour le mineur qui se marie. Cette solution est pertinente : dès lors que le mineur établit la filiation avec son enfant, il aurait droit de demander son émancipation. Il faudrait néanmoins lui permettre de saisir lui-même le juge à cette fin.

**163. Distinction sphère patrimoniale et personnelle.** Dès lors, si la titularité de l'administration légale ne pose pas de problèmes en ce qu'elle appartient aux parents dès lors que la filiation est établie, il n'en est pas de même pour l'exercice de l'administration légale. En effet, l'article 458 du Code civil ne visant que les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant, l'aspect patrimonial est écarté et nécessite l'intervention d'un tiers. En tout état de cause si, par principe, le mineur et le majeur protégé conservent l'exercice de l'autorité parentale relatif à la personne de leur enfant, l'aspect patrimonial, notamment l'administration légale, peut quant à lui relever d'un tiers puisque l'exclusion de la représentation ne concerne pas ce volet de l'autorité parentale. Il faudra mettre en place cette représentation qui n'est pas automatique. Il serait d'ailleurs plutôt cohérent qu'une personne représentée dans ses propres actions patrimoniales ne puisse pas les réaliser pour son propre enfant, il est donc important de distinguer les sphères personnelles et patrimoniales.

## **2. *Le consentement à sa propre adoption***

**164. Le consentement du majeur protégé à sa propre adoption.** Le consentement à sa propre adoption est considéré comme un acte strictement personnel par l'article 458 alinéa du Code civil. Personne ne peut consentir à la place du majeur protégé à sa propre

---

<sup>382</sup> Ibid.

adoption, il ne peut être ni représenté ni assisté pour consentir à son adoption. Dans un sens, cette solution est bienvenue puisqu'elle respecte la volonté législative de favoriser l'autonomie du majeur protégé. Toutefois, elle peut aboutir à empêcher une mesure qui pourrait être dans l'intérêt du majeur protégé. La jurisprudence a déjà eu à connaître d'une telle situation. En effet, la première chambre civile de la Cour de cassation a répondu à la question du consentement d'un majeur protégé à sa propre adoption dans un arrêt du 8 octobre 2008<sup>383</sup>. Il s'agissait d'une personne majeure atteinte d'autisme placée en tutelle, son père était son tuteur. La nouvelle compagne de son père envisageait une adoption simple de la jeune majeure protégée. Le père de la tutélaire a saisi le juge des tutelles d'une requête tendant à la désignation d'un administrateur ad hoc aux fins de consentir à l'adoption simple de la majeure protégée par sa nouvelle épouse. Le tribunal a rejeté la requête du père considérant « *qu'aucun texte ne permet au juge des tutelles de désigner un tiers pour suppléer à l'absence de consentement d'un majeur protégé à une demande d'adoption* ». Le père a alors formé un pourvoi en cassation et la Cour de cassation a décidé que « *le consentement du majeur protégé à sa propre adoption qui est un acte strictement personnel ne peut être donnée en ses lieu et place par son tuteur* ». Les juges de la première chambre civile relèvent également que le psychiatre, commis en qualité d'expert par le juge des tutelles, a constaté dans son certificat médical que la tutélaire « *n'était pas en mesure d'organiser un raisonnement, un jugement ou d'exprimer une volonté élaborée et qu'elle ne pouvait consentir à l'adoption projetée* ». Dès lors, comme la tutélaire ne pouvait pas exprimer son consentement, les juges ont considéré qu'aucun tiers ne pouvait le faire à sa place s'agissant d'un consentement strictement personnel. Cet acte semblait pourtant dans l'intérêt de la majeure protégée, mais les juges ont appliqué strictement le régime de l'acte strictement personnel et ont exclu toute assistance ou représentation, et ce même si la volonté de la tutélaire faisait défaut. Cet arrêt est rendu avant la réforme de 2007 qui introduit l'article 458 du Code civil prévoyant le régime des actes strictement personnels, mais il met déjà en exergue la difficulté de l'hypothèse où le majeur protégé ne peut exprimer son consentement et consacre le consentement à sa propre adoption comme étant un acte strictement personnel, car aucun tiers ne peut consentir à la place de la tutélaire. L'adoption était alors devenue impossible dès lors que le tutélaire n'était pas en mesure de donner son consentement, et ce

---

<sup>383</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 oct. 2008, n°07-16.094, Bull. civ. I, n°223, Dr. fam. 2008, n° 12, comm. 173, note P. MURAT, D., 2008, p. 2832, note V. NORGUIN, RTD Civ., 2008, n° 4, p. 655, note J. HAUSER, RDSS, 2009, n° 1, p. 176, comm. C. NEIRINCK, Procédures, 2008, n° 12, comm. 334, note M. DOUCHY-OUODOT, RJPF, 2008, n°12, comm. M.-Ch. LE BOURSICOT.

même si l'adoption était dans son intérêt. Le législateur est alors intervenu en ce sens afin d'éviter une éventuelle incapacité de jouissance inopportune dans l'article 350 du Code civil qui permet au tribunal de prononcer l'adoption conforme à son intérêt lorsque le majeur protégé ne peut pas y consentir personnellement<sup>384</sup>. Le consentement à son adoption reste donc un acte nécessitant un consentement strictement personnel du majeur protégé excluant ainsi toute assistance ou représentation, mais un régime spécifique est mis en place afin d'éviter l'éventuelle naissance d'une incapacité de jouissance.

**165. Le consentement du mineur à sa propre adoption.** Tout comme pour le majeur protégé, le mineur consent personnellement à son adoption dès lors qu'il a atteint l'âge de 13 ans<sup>385</sup>. Le législateur octroie cette capacité strictement personnelle au mineur sur condition d'âge, alors que pour le majeur protégé aucune condition n'est prévue, ce qui peut empêcher la qualification d'acte strictement personnel pour le mineur. En outre, il s'agit pour le mineur de consentir à la décision d'un tiers, car il reste soumis à l'autorité parentale. Il faut noter que la même disposition que pour le majeur protégé existe pour le mineur qui ne peut pas consentir à son adoption puisque le tribunal va pouvoir prononcer l'adoption qui est dans son intérêt sur le fondement de l'article 350 du Code civil<sup>386</sup>.

**166. Extension de l'article 458 du Code civil au mineur.** Le mineur pourrait se voir intégré au dispositif prévu par l'article 458 du Code civil qui permettrait d'avoir un texte général imposant son consentement strictement personnel pour certains actes sans recourir à diverses interprétations ou au juge pour exclure la représentation et permettant ainsi une meilleure sécurité juridique. En outre, les actes listés par l'article 458 du Code civil qui sont réputés strictement personnels pour le majeur protégé le sont également pour le mineur. Par ailleurs, l'article 458 du Code civil vise : *« l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée »*. Or, la personne protégée peut tout aussi bien viser le mineur que le majeur protégé. En effet, il est surprenant que le législateur n'ait pas évoqué le majeur protégé, mais plus généralement la personne protégée qui semble pouvoir également concerner le mineur. Il suffirait alors de déplacer l'article 458 du Code civil dans ce même code afin qu'il concerne toutes les personnes protégées qu'elles soient mineures ou majeures protégées. L'autre solution pourrait être de reconnaître l'émancipation systématique du

---

<sup>384</sup> V. *infra* n°326

<sup>385</sup> V. *infra* n°488

<sup>386</sup> V. *infra* n°326

mineur qui devient parent, ce qui pourrait lui permettre d'exercer librement ses droits parentaux<sup>387</sup>, mais la mise en place d'un tel système n'est pas toujours dans l'intérêt du mineur.

## **B.- Les actes satellites**

**167. Diverses dispositions.** La représentation est exclue pour certains actes relatifs à la personne protégée notamment en raison des enjeux qui peuvent en découler pour cette dernière, mais également du caractère intime de ces actes. Il s'agit d'actes inscrits dans diverses dispositions législatives et qui imposent le consentement strictement personnel de la personne protégée et excluent ainsi toute assistance ou représentation. Dans ces hypothèses, le texte exclut clairement la représentation et ne laisse aucune place à interprétation<sup>388</sup>. Le fait que ces dispositions se multiplient rend néanmoins le dispositif illisible. Il s'agit notamment d'actes relatifs au couple du majeur protégé (1), d'actes relatifs au corps (2), et d'autres actes qui excluent spécifiquement l'assistance ou la représentation (3).

### **1. Les actes relatifs au couple du majeur protégé**

**168. Majeur protégé.** Les actes strictement personnels relatifs au couple concernent principalement le majeur protégé, le mineur ayant accès seulement de manière restrictive au mariage<sup>389</sup> et pas au PACS. En revanche, le mariage du majeur protégé a récemment été consacré comme étant un acte strictement personnel (a) et par ailleurs certains actes relatifs au PACS excluent également l'assistance ou la représentation (b).

#### **a. Le mariage du majeur protégé**

**169. Suppression de l'autorisation familiale.** Le mariage ne fait pas partie des actes strictement personnels cités par l'article 458 du Code civil. Pour autant, le consentement au mariage peut être susceptible d'une quelconque assistance ou représentation. L'exigence d'un consentement personnel du tuteur a connu de nombreuses évolutions. Depuis toujours, il est communément admis que le consentement au mariage doit être éclairé et réel. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler le nécessaire consentement préalable du majeur à son

<sup>387</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>388</sup> Contrairement aux actes soumis à interprétation des textes de droit commun V. *infra* n° 328 et s.

<sup>389</sup> V. *infra* n°565

mariage dans un arrêt du 24 mars 1998<sup>390</sup>, et ce malgré l'existence de l'autorisation du conseil de famille ou des deux parents. Dans cet arrêt, les juges réforment la délibération du conseil de famille autorisant le mariage puisque le consentement du tuteur n'avait pas été recueilli, preuve que les juges accordaient déjà une place centrale au consentement du tuteur. Néanmoins, l'ancien article 506 du Code civil<sup>391</sup> laissait une place prépondérante à la famille qui autorisait le mariage, même s'il exigeait un consentement préalable du tuteur. L'autorisation familiale de l'article 506 du Code civil a été supprimée par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007. Ainsi, le consentement des parents ou du conseil de famille n'était plus exigé.

**170. Autorisation du juge ou conseil de famille.** En revanche, il était maintenu dans l'ancien article 460 du Code civil que le tuteur devait obtenir l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille, lesquels statuaient après audition des futurs conjoints, et recueillaient, le cas échéant, l'avis des parents et de l'entourage. Cette exigence d'autorisation a été considérée conforme à la Constitution par les juges du Conseil constitutionnel dans une décision du 29 juin 2012<sup>392</sup> faisant suite à une question prioritaire de constitutionnalité. Les sages ont décidé que le mariage était un « *acte important de la vie civile* » nécessitant ces autorisations et que celles-ci ne portaient donc pas une atteinte disproportionnée à la liberté matrimoniale ; au contraire, ces autorisations avaient pour finalité de protéger la volonté de la personne. Dans cette même affaire, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a également eu à se prononcer dans l'arrêt *Delecolle c/ France* du 25 octobre 2018<sup>393</sup>. Les juges strasbourgeois, comme le Conseil constitutionnel, estiment que cette limitation à la liberté matrimoniale que constitue l'autorisation à mariage, est conforme à l'article 12 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. En effet, pour la Cour Européenne des droits de l'Homme, il peut y avoir une atteinte à la liberté de se marier dans le but de préserver les intérêts patrimoniaux de la personne protégée<sup>394</sup>. Ces deux décisions concernaient le

---

<sup>390</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 mars 1998, n°97-11.252, D.1999, p.1, J.-J. Lemouland ; D.1999, p.19, J.-J. Lemouland ; RTD civ. 1998, p.658, obs. J. Hauser

<sup>391</sup> Art. 506 ancien : « *Même dans le cas des articles 497 et 499, le mariage d'un majeur en tutelle n'est permis qu'avec le consentement d'un conseil de famille spécialement convoqué pour en délibérer. Le conseil ne peut statuer qu'après audition des futurs conjoints. Il n'y a pas lieu à la réunion d'un conseil de famille si les père et mère donnent l'un et l'autre leur consentement au mariage. Dans tous les cas, l'avis du médecin traitant doit être requis.* »

<sup>392</sup> Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC ; *Dr.fam.*, 2012, comm. 148 , I. Maria; *Dr. fam.*, 2012, comm. 136, M. Bruggeman ; JO 30 juin 2012, p. 10804 ; *D.*,2012, p. 1899, G. Raoul-Cormeil ; *AJ fam.*, 2012, p. 463, Th. Verheyde ; *RTD civ.*, 2012, p. 510, J. Hauser

<sup>393</sup> CEDH, 25 oct. 2018, n° 37646/13 , *Delecolle c/ France* : *Dr. fam.*, 2018, chron. 4, A. Gouttenoire et F. Marchadier ; *D.*, 2019, p. 910, J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2018, p. 693, obs. G. Raoul-Cormeil ; *RTD civ.* 2019, p. 80, obs. A.-M.Leroyer ; *Defrénois*, 2019, p. 31, n° 8, obs. D. Noguéro

<sup>394</sup> A.-M. LEROYER, « Le mariage de la personne protégée », *RTD Civ.*, 2019, p.80

curatellaire, mais leurs portées sont de nature à s'étendre au tuteur comme l'a précisé le Professeur Gilles Raoul-Cormeil<sup>395</sup> bien que pour le curatellaire bénéficie d'une mesure d'assistance et non pas de représentation. La Cour de cassation a répondu à la question de savoir si la demande d'autorisation est un acte strictement personnel dans un important arrêt du 2 décembre 2015<sup>396</sup> dans lequel elle affirme que si le mariage d'un tuteur doit être autorisé par le juge des tutelles, il constitue un acte dont la nature implique un consentement strictement personnel ne pouvant donner lieu à représentation. Aussi, les juges indiquent que la demande d'autorisation ne peut être présentée que par le tuteur, celle-ci étant déclarée irrecevable en l'espèce, car présentée par la tutrice. Cet arrêt a été largement commenté et certains auteurs ont pu critiquer la position des juges de la Cour de cassation pouvant être comprise comme une décision faisant naître une incapacité de jouissance. En effet, Ingrid Maria<sup>397</sup> explique : « *La Cour de cassation maintient une seule et même interprétation au fil du temps : un acte strictement personnel est absolument insusceptible de représentation et d'assistance ; peu importe que le majeur vulnérable ne soit pas en mesure de formaliser une volonté et d'agir lui-même ; peu importe que l'acte envisagé soit pourtant dans l'intérêt de ce majeur. C'était complètement le cas en l'espèce. Les motifs détaillés de la cour d'appel montrent combien ce projet de mariage paraissait légitime.* ». L'idée de la naissance d'une incapacité de jouissance au nom de la promotion de l'autonomie du majeur protégé est également présente dans cette hypothèse. En l'espèce, le mariage aurait pu être dans l'intérêt du majeur protégé, mais les juges estiment que seul ce dernier peut demander l'autorisation de se marier, pas son tuteur, et ce, même si le tuteur n'est pas en mesure de présenter la demande. Cette problématique a été rencontrée dans le cadre du consentement à l'adoption, et le législateur est intervenu<sup>398</sup>. Néanmoins, dans le cadre du mariage il y a une différence puisqu'il est difficile de se marier alors que la personne n'a pas la capacité d'exprimer sa volonté, l'incapacité de jouissance en raison de l'exclusion absolue de toute assistance ou représentation peut alors être opportune.

<sup>395</sup> G. RAOUL-CORMEIL, « Sur la sellette à la Chancellerie, l'autorisation à mariage est validée par la Cour européenne ! », *AJ.fam.*, 2018, p.693

<sup>396</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 déc. 2015, n° 14-25.777, *D.*, 2016. 875, note G. Raoul-Cormeil ; *AJ fam.* 2016. 107, obs. T. Verheyde ; *RTD civ.* 2016. 83, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2016. 258, obs. V. Montourcy ; *Dr. fam.*, 2016, comm. 36, I. Maria.

<sup>397</sup>I. MARIA, « Les actes strictement personnels : véritable raz-de-marée au pays des majeurs protégés ! », *Dr.fam.*, 2016, comm.36

<sup>398</sup> V. *infra* n°326

**171. Suppression de l'autorisation à mariage.** Le législateur a supprimé les autorisations à mariage par la loi du 23 mars 2019<sup>399</sup>. Désormais, le tuteur doit simplement être informé, préalablement, du projet de mariage du majeur qu'il assiste ou représente. Le législateur a suivi la recommandation faite par le rapport de mission interministérielle dirigé par Anne Caron-Déglise en 2018<sup>400</sup> qui, proposait la suppression des autorisations préalables prévues pour le mariage et la reconnaissance pour la personne protégée de la capacité d'en décider seule sauf à prévoir une possible opposition de la part de la personne en charge de la mesure de protection si la personne protégée apparaît, à l'occasion de ce projet, victime d'un abus. La Professeure Annick Bateur<sup>401</sup> estime qu'il s'agit de mettre l'accent sur le fait que le majeur protégé a la capacité naturelle de décider de vivre en couple et que cette évolution législative prend son origine dans la déjudiciarisation et la « *prétendue nécessité* » de respecter la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006. La Professeure ajoute que le mariage devient ainsi un acte strictement personnel. Néanmoins, il s'agit d'un acte strictement personnel dont le régime est différent puisque si pour consentir au mariage la représentation et l'assistance sont exclues, il reste la possibilité pour le représentant préalablement informé de s'opposer à ce projet de mariage. Le législateur ne donne aucune précision sur l'information, si ce n'est qu'elle doit être donnée à la personne chargée de la mesure de protection. L'information du représentant lui permettra, le cas échéant, de former opposition selon les règles de l'article 175 du Code civil<sup>402</sup>. Dans le cadre du mariage, la possible incapacité de jouissance qui pourrait naître de l'exclusion de la représentation par la seule capacité du majeur protégé à consentir est opportune puisque s'il n'a pas la capacité de consentir au mariage, il peut tout de même vivre en couple sans forcément recourir au mariage. Or, par exemple, dans le cadre du consentement à son adoption<sup>403</sup>, l'incapacité de jouissance n'était pas opportune puisqu'il ne pouvait pas créer de lien de filiation par un autre moyen.

---

<sup>399</sup> LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

<sup>400</sup> A. CARON-DEGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes : reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables, rapport de mission interministérielle*, 21 sept. 2018, p. 96, proposition n°9

<sup>401</sup> A. BATTEUR, *op.cit.*, JCl. Civil Code, n°18

<sup>402</sup> V. *infra* n°581

<sup>403</sup> V. *infra* n°326

**172. Mariage de la personne bénéficiant d'une habilitation familiale générale par représentation.** Pour le Professeur Gilles Raoul-Cormeil<sup>404</sup>, la personne sous habilitation familiale peut contracter librement mariage pourvu qu'elle soit en état de manifester un consentement lucide conformément à l'article 146 du Code civil et elle n'a pas besoin de solliciter d'autorisation notamment parce que la jurisprudence a considéré que le mariage est un acte dont la nature implique un consentement strictement personnel et qui ne peut donner lieu à représentation<sup>405</sup>. Dès lors, le mariage doit également être considéré comme un acte strictement personnel pour la personne sous habilitation familiale générale par représentation sous réserve de l'information de la personne chargée de la mesure de protection comme le prévoit de manière générale l'article 460 du Code civil<sup>406</sup>.

b. Le PACS du majeur protégé

**173. Déclaration conjointe.** La loi n°2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019 est venue modifier l'article 462 du Code civil relatif au pacte civil de solidarité des majeurs protégés. L'autorisation requise pour se pacser a été supprimée. En effet, sous l'empire de l'ancien article 462 du Code civil tel qu'issu de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, la conclusion du PACS était soumise à l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il était constitué, après audition des futurs partenaires, et, le recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage. Cependant, aucune représentation ni assistance n'étaient requises lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire. La déclaration du PACS était, et est toujours un acte strictement personnel, mais le législateur a voulu aller plus loin en supprimant l'autorisation à Pacs, permettant un accès facilité du tuteur à cette union, mais surtout une déjudiciarisation puisque le juge des tutelles n'intervient plus. Dès lors, le tuteur peut désormais librement être à l'initiative de la conclusion du PACS sans avoir à être autorisé au préalable par le juge, renforçant l'idée que la déclaration du PACS est un acte strictement personnel. En effet, même si auparavant l'assistance et la représentation étaient exclues pour la déclaration, le fait qu'une autorisation soit nécessaire afin de conclure le PACS pouvait faire douter de la nature strictement personnelle de la déclaration ce qui n'est plus le cas avec

<sup>404</sup> G.RAOUL-CORMEIL, « V° Majeurs protégés, habilitation familiale - mesure de protection juridique », *Jcl. Civil code*, LexisNexis, fasc. unique, janv. 2022, n°56

<sup>405</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 déc. 2015, n° 14-25.777, *Dr.fam.*, 2016, comm. 36, I. Maria ; D. 2016, p. 875, G. Raoul-Cormeil ; *RTD civ.*2016, p. 83, obs. J. Hauser

<sup>406</sup> V. *infra* n°583 sur l'information de la personne chargée de la mesure de protection dans le cadre de la possible opposition à mariage

la suppression de toute autorisation excluant ainsi toute intervention. Il faut cependant distinguer la déclaration conjointe de la signature de convention de PACS. Le majeur protégé consent personnellement lors de la déclaration conjointe et ne peut être ni assisté ni représenté. En revanche, il reste assisté lors de la signature de la convention qui n'est pas un acte strictement personnel<sup>407</sup>.

**174. Le PACS du majeur bénéficiant d'une habilitation familiale avec représentation.** L'article 494-6 du Code civil prévoit que si l'habilitation familiale peut porter sur un ou plusieurs actes relatifs à la personne à protéger alors elle s'exerce dans le respect des dispositions des articles 457-1 à 459-2 du Code civil, mais ne renvoie pas aux dispositions prévues pour le PACS de la personne en tutelle. Si la doctrine estime que l'assistance est nécessaire pour la conclusion de la convention de PACS<sup>408</sup>, quid de la déclaration de PACS ? Si la représentation est prévue seulement pour certains actes, la question ne se pose pas, mais si la représentation est prévue de manière générale, l'habilitation familiale est équivalente à la tutelle : faut-il alors raisonner par analogie et estimer que la déclaration de PACS n'implique ni assistance ni représentation ? La réponse semble devoir être positive au regard de la nature de l'acte. En outre, en l'absence de précisions législatives, il ne semble pas non plus qu'une autorisation soit requise, surtout si l'analogie est faite avec le tuteur.

**175. Rupture du PACS.** L'article 462 du Code civil précise qu'aucune assistance ni représentation ne sont requises pour l'accomplissement des formalités relatives à la rupture par déclaration conjointe. Cet acte est donc strictement personnel au regard du régime que le législateur lui a octroyé. Il s'agit d'une hypothèse bien précise : celle où la rupture est issue d'un consentement mutuel. Si la rupture est unilatérale, le tuteur est libre de mettre fin au Pacs et le tuteur n'intervient que pour les formalités liées à cette rupture. En principe, c'est le majeur protégé qui va décider de rompre le PACS que ce soit de manière unilatérale ou conjointe, ce qui a conduit la Professeure Annick Bateur à considérer que la rupture se rattache à la catégorie des actes strictement personnels du majeur<sup>409</sup>. Ce qui peut surprendre c'est la possibilité pour le tuteur d'être à l'initiative de la rupture unilatérale du Pacs, à condition d'être autorisé par le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué après audition de l'intéressé et le recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage. Le juge

---

<sup>407</sup> V. *infra*, n°546 et n°548

<sup>408</sup> Ibid.

<sup>409</sup> A. BATTEUR, *op. cit.*, J.Cl. Civil Code, n°54

n'intervient donc plus en ce qui concerne la conclusion du PACS, mais il va pouvoir intervenir concernant la rupture de ce dernier. Le maintien d'une telle possibilité peut étonner, car on peut craindre l'utilisation de cette brèche permettant au représentant de s'immiscer dans la sphère personnelle de la personne qu'il représente et éventuellement d'instrumentaliser cette rupture ; le contrôle judiciaire est donc le bienvenu.

c. Le divorce du majeur protégé

**176. Cas de divorce.** Traditionnellement, seul les divorces de « désaccord »<sup>410</sup> que sont le divorce pour altération définitive du lien conjugal ou le divorce pour faute étaient ouverts au majeur protégé<sup>411</sup>. Les divorces « d'accord »<sup>412</sup> que sont le divorce accepté ou par consentement mutuel ne lui étaient pas ouverts puisqu'ils supposent une volonté libre et éclairée des époux, qui, en principe, fait défaut lorsqu'une mesure de protection est mise en place<sup>413</sup>. Depuis la loi du 23 mars 2019<sup>414</sup>, tout majeur protégé a désormais la possibilité de divorcer par acceptation du principe de la rupture du mariage. L'article 249 du Code civil dispose que la personne protégée peut accepter seule le principe de la rupture du mariage. En effet, l'article indique que : « *Dans l'instance en divorce, le majeur en tutelle est représenté par son tuteur et le majeur en curatelle exerce l'action lui-même, avec l'assistance de son curateur. Toutefois, la personne protégée peut accepter seule le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci.* ». Le Défenseur des droits<sup>415</sup> avait d'ailleurs demandé la mise en conformité de l'article 249 du Code civil avec les stipulations de la Convention Internationale des Droits des Personnes Handicapées (CIDPH) et recommandait que le majeur protégé puisse demander le divorce par consentement ou pour acceptation du principe de la rupture du mariage tout en rappelant que le ministère d'avocat est obligatoire en cette matière. Le législateur n'a cependant pas ouvert la possibilité au tuteur de divorcer par consentement mutuel. L'article 249-4 du Code civil pose clairement l'impossibilité pour l'époux placé sous un régime de protection de présenter une demande en divorce par consentement mutuel par voie judiciaire. De la même manière, l'article 229-2 du même code interdit aux époux de consentir mutuellement à leur divorce par acte sous

<sup>410</sup> S.DAVID, « Le divorce du majeur protégé », *AJ fam.*, 2020, p.502

<sup>411</sup> V. les développements sur ces cas de divorce : S.DAVID, op.cit, p.502 ; L. MAUGER-VIELPEAU, « Couple et majeur protégé », in G. Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés : difficultés pratiques*, Dalloz, 2012, p.256

<sup>412</sup> S.DAVID, op.cit.

<sup>413</sup> Ibid.

<sup>414</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (1)

<sup>415</sup> Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables, rapp.*, 30 sept. 2016, p.42-43

signature privée contresigné par avocats lorsque l'un des époux est placé sous un régime de protection. Le rapport porté par Anne Caron-Déglise<sup>416</sup> préconisait également le recours au divorce accepté, procédure dans laquelle les intérêts du majeur protégé peuvent être garantis. En ce sens, l'article 249 alinéa 2 indique d'abord que le tuteur est représenté par son tuteur dans l'instance en divorce puis précise que « toutefois » la personne protégée peut accepter seule le principe de la rupture du mariage. L'utilisation de l'adverbe toutefois indique que la représentation est de principe dans l'instance en divorce, mais que c'est au majeur protégé d'accepter seul le principe de la rupture du mariage. Le législateur semble donc exclure la représentation dans cette hypothèse et n'évoque pas l'assistance, ce qui fait de l'acceptation du principe de la rupture du mariage un acte strictement personnel. Cette possibilité de pouvoir accepter seul le principe de la rupture du mariage paraît être un acte strictement personnel, puisque le majeur protégé a seul le pouvoir de recourir au divorce accepté et ne pourra pour cela ni être représenté ni être assisté<sup>417</sup>.

**177. Divorce de la personne bénéficiant d'une habilitation familiale générale par représentation.** Comme le remarque à juste titre le Professeur Gilles Raoul-Cormeil<sup>418</sup>, le divorce de la personne placée sous habilitation familiale est un point négligé par le législateur qui n'a pas envisagé le divorce ni ses conséquences notamment lorsque la personne habilitée est le conjoint et que ce dernier est à l'initiative du divorce ou alors lorsque cette personne est proche des époux. Le Professeur estime alors que « *l'opposition d'intérêts est flagrante ou possible* » et propose que le juge puisse être saisi afin d'ouvrir une curatelle ou une tutelle afin de mettre fin de plein droit à l'habilitation familiale comme le prévoit l'article 494-11 du Code civil, ce qui semble être la solution la plus pertinente dans cette hypothèse. En tout état de cause, si les conditions sont réunies afin d'engager une action en divorce ou s'en défendre, les articles 249-4 et 229-2 2° du Code civil interdisent de manière générale le divorce par consentement mutuel dès lors qu'un époux est placé sous un régime de protection sans distinction. Toutefois, le divorce de la personne sous habilitation familiale générale par représentation peut être prononcé pour faute ou se fonder sur l'altération définitive du lien conjugal<sup>419</sup>. En effet, il n'existe aucune disposition spécifique relative au majeur protégé pour ces cas de divorce. Concernant le divorce pour acceptation de la rupture du mariage prévu par

---

<sup>416</sup> A. CARON-DEGLISE, *op. cit.*, p.67

<sup>417</sup> L. MAUGER-VIELPEAU, « Etat des lieux du divorce du majeur protégé », *LPA*, 29 sept. 2020, n°195

<sup>418</sup> G.RAOUL-CORMEIL, « V° Majeurs protégés, habilitation familiale - mesure de protection juridique », *Jcl. Civil code*, LexisNexis, fasc. unique, janv. 2022, n°63

<sup>419</sup> *Ibid.*

l'article 249 du Code civil, l'acceptation au principe de la rupture du mariage est strictement personnelle en raison de son caractère intime<sup>420</sup> et semble également concerner le majeur sous habilitation familiale puisque le texte vise de manière générale « *la personne protégée* ».

**178. Procédure de divorce.** La distinction entre l'intention de divorcer et la procédure de divorce n'est pas clairement établie par le législateur dans l'article 249 du Code civil. Selon la Professeure Annick Batteur<sup>421</sup>, le divorce relève en principe de la catégorie des actes strictement personnels, c'est seulement lors de la procédure que le tuteur est représenté par son tuteur. En effet, l'article 249 du Code civil prévoit que dans l'instance en divorce le majeur en tutelle est représenté par son tuteur. Certains auteurs auraient souhaité que le législateur distingue l'intention de divorcer de la procédure de divorce et regrettent que l'article 249 du Code civil puisse laisser croire que le tuteur pourrait prendre l'initiative d'un divorce contentieux<sup>422</sup>. Toutefois, une telle possibilité paraît en totale contradiction avec l'article 415 du Code civil garantissant les droits de la personne protégée. Dans ce sens, la Professeure Nathalie Peterka<sup>423</sup> indique que laisser au tuteur l'initiative d'un divorce contentieux « *serait une violation flagrante des droits de la personne protégée. Cela d'autant plus que la loi ne prévoit plus son audition par le juge ni le recueil d'un avis médical, destiné à évaluer l'impact du divorce sur sa santé.* ». Il serait bienvenu que le législateur précise les pouvoirs du tuteur en la matière et indique que le tuteur est le seul à pouvoir être à l'initiative du divorce. Autrement dit, le législateur devrait faire de l'initiative du divorce un acte strictement personnel comme il l'a fait pour le consentement au mariage<sup>424</sup>. En outre, cette question devrait être réglée pour tous les majeurs protégés bénéficiant d'une mesure de représentation et non pas seulement pour le seul tuteur. En effet, dans le cadre de la procédure de divorce de la personne sous habilitation familiale, le législateur n'a rien précisé quant au rôle de la personne habilitée, il convient alors de raisonner par analogie avec ce qui est prévu par l'article 249 du Code civil pour la tutelle notamment lorsqu'il s'agit d'une habilitation familiale générale par représentation. Cette absence de précision législative est regrettée par la Professeure Mauger-Vielpeau qui estime que « *Ce sont autant d'incertitudes qui fragilisent la situation du majeur protégé concerné.* »<sup>425</sup>. Le législateur devrait donc

<sup>420</sup> Ibid.

<sup>421</sup> A. BATTEUR, op.cit., JCl. Civil Code, n°31

<sup>422</sup> N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, op.cit., p.341, n°221.95

<sup>423</sup> N. PETERKA, « Réforme de la justice – La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019. – Progrès ou recul de la protection ? », *JCP G.*, avr. 2019, n°16, doctr.437

<sup>424</sup> V. *supra*, n°171

<sup>425</sup> L.MAUGER-VIELPEAU, op.cit.

intervenir afin de régler cette situation. Par ailleurs, malgré les critiques relatives à l'éventuelle possibilité pour le représentant d'être à l'initiative d'un divorce contentieux, il pourrait être proposé qu'il puisse agir, notamment si l'un des membres du couple est un majeur protégé qui subit des violences de la part de l'autre membre du couple. Le divorce interviendrait alors comme une mesure de protection de la personne protégée contre les violences qu'elle subit, notamment si elle est hors d'état d'être à l'initiative de la procédure de divorce. Dans cette hypothèse, le maintien d'une possible représentation pour l'initiative du divorce pourrait être opportun. La solution pourrait être de considérer que l'initiative du divorce relève de l'article 459 du Code civil relatif aux décisions personnelles du majeur protégé : en principe le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation peut être à l'initiative du divorce dans la mesure où son état le permet sinon il peut être assisté, voire représenté. L'initiative du divorce appartiendrait alors au majeur protégé dans la mesure où son état le permet, mais il serait représenté dans l'instance en divorce.

## **2. *Les actes relatifs au corps de la personne protégée***

**179. Mineur.** Le législateur est intervenu pour exclure les titulaires de l'autorité parentale concernant des actes relatifs au corps du mineur, ce qui en fait des actes strictement personnels. Dans ces hypothèses les titulaires de l'autorité parentale ne peuvent pas intervenir pour imposer l'acte au mineur, ce qui renforce l'idée d'une autonomie du mineur et d'une possible qualification d'acte strictement personnel puisque le mineur seul peut consentir et que la représentation des titulaires de l'autorité parentale est exclue. Le mineur peut ainsi garder le secret sur son état de santé (a) et réaliser certains actes liés à sa sexualité (b), alors que pour le majeur protégé aucune disposition similaire n'est prévue ; ce qui peut être regretté et nécessite de se poser la question de savoir si l'acte est strictement personnel. Seule une disposition prévoit spécifiquement le nécessaire consentement strictement personnel du majeur protégé à un acte sur son corps : le recueil et la conservation de gamètes (c).

### **a. Les soins confidentiels demandés par le mineur**

**180. Principe.** L'article L. 1111-5 du code de la santé publique prévoit que par dérogation aux dispositions relatives l'autorité parentale, le médecin ou la sage-femme peut se dispenser de consulter ou d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale pour prendre les décisions nécessaires pour sauvegarder la santé d'une personne mineure qui souhaite garder le secret sur son état de santé. Aussi, le législateur va permettre d'écarter

l'exercice de l'autorité parentale et donc la représentation du mineur si celui-ci le demande. Le mineur va alors s'opposer à l'exercice de l'autorité parentale en écartant la représentation. Cette disposition a été prise plutôt dans un objectif de protection du mineur que de développement de son autonomie. En effet, cela permet aux mineurs de pouvoir accéder à des soins auxquels il pourrait renoncer en l'absence de confidentialité qui lui imposerait d'informer ses représentants légaux. Cette capacité exceptionnelle va permettre de déroger au pouvoir décisionnel des représentants légaux concernant la personne de l'enfant et va conférer aux mineurs la capacité de décider seul des actes nécessaires à sa santé<sup>426</sup>. L'article L. 1111-5-1 du code de la santé publique issu de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé étend cette possibilité également à l'infirmier en plus du médecin et de la sage-femme. Le législateur ne pose aucune condition d'âge de maturité, mais on peut valablement penser que les professionnels de santé prendront en compte ces éléments pour accorder la possibilité aux mineurs d'obtenir des soins confidentiels.

**181. Modalités.** Plusieurs conditions existent pour que le médecin, la sage-femme ou l'infirmier délivre des soins confidentiels. Tout d'abord, le mineur doit s'opposer expressément à la consultation de ses représentants légaux. Dès lors, le professionnel de santé doit s'efforcer de faire céder cette opposition, qui, si elle est maintenue, permet d'effectuer les actes sans les en informer. Toutefois les mineurs doivent se faire accompagner d'une personne majeure de leur choix. Ce rôle d'accompagnement n'est pas clairement défini. Stéphanie Renard estime que cette personne majeure jouera le rôle d'une sorte de personne de confiance<sup>427</sup>. La professeure Adeline Gouttenoire estime qu'il s'agit d'accompagner le mineur dans « *des circonstances où ses parents ne seront par hypothèse pas présents à ses côtés* »<sup>428</sup>. Le législateur a sans doute voulu s'assurer que cette possibilité pour le mineur d'obtenir des soins confidentiels n'entre pas en contradiction avec sa protection. Cette exclusion de la représentation sous réserve de l'accompagnement par une personne majeure se retrouve également pour l'interruption volontaire de grossesse de la mineure<sup>429</sup>. Il faut rappeler que cette possibilité est limitée aux actions de prévention, de dépistage, diagnostic, traitement ou intervention nécessaire à la sauvegarde de la santé du mineur.

<sup>426</sup> A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, op.cit.

<sup>427</sup> S. RENARD, « La pré-majorité sanitaire », in D.Guérin (dir.), *Jeunesse et Droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021, p.232

<sup>428</sup> A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, op.cit

<sup>429</sup> V. *infra* n°188

**182. Majeur protégé.** Il n'existe pas de dispositif équivalent pour le majeur protégé qui s'explique sans doute par le fait que dès lors que ce dernier est en état de manifester sa volonté son consentement doit être obtenu pour les actes médicaux<sup>430</sup> et qu'il prend seul les décisions relatives à sa personne<sup>431</sup>. La représentation n'intervient alors que subsidiairement alors que le mineur est représenté pour la plupart des décisions médicales et relatives à sa personne.

b. Les actes liés à la sexualité du mineur

**183. Exclusion de la représentation.** Le mineur dispose d'une véritable capacité à décider en ce qui concerne les actes relatifs à sa sexualité, l'article L1111-5 du code de la santé publique précédemment évoqué qui concerne les soins confidentiels étant applicable aux actes relatifs à la sexualité du mineur<sup>432</sup>. Le législateur traite toutefois spécifiquement des actes médicaux relatifs à la sexualité du mineur et écarte l'exercice de l'autorité parentale et donc la représentation de ses titulaires. Ce choix s'explique sans doute par la volonté de laisser au mineur une autonomie pour ce qui est des actes relatifs à sa sexualité pour lesquels la représentation des titulaires de l'autorité parentale n'est pas adaptée au regard de la nature intime de tels actes. La mineure n'a donc pas à obtenir le consentement parental pour accéder à la contraception, ce consentement est facultatif pour ce qui est de l'interruption de grossesse.

**184. L'accès à la contraception de la mineure.** L'article L.5134-1 du Code de la santé publique précise que le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs. L'accès à la contraception de la mineure relève donc logiquement des actes strictement personnels. De plus, la mineure n'a pas à être assistée d'un ou de ses représentants légaux lorsqu'elle consulte le médecin aux fins de prescription d'une contraception et ce dernier ne peut pas exiger le consentement des représentants légaux<sup>433</sup>. En outre, l'article L5134-1 du Code de la santé publique précise que : « *La délivrance de contraceptifs et de préservatifs internes et externes, la réalisation d'examens de biologie médicale en vue d'une prescription contraceptive, la prescription de ces examens ou d'un contraceptif, ainsi que leur prise en charge, sont protégées par le secret pour les personnes mineures.* ». Concernant la

---

<sup>430</sup> Art. L1111-4 du Code de la santé publique

<sup>431</sup> Art. 459 al. 1<sup>er</sup> du Code civil

<sup>432</sup> S.RENARD, op.cit.

<sup>433</sup> Circulaire n°2001-467 du 28 sept. 2001

contraception d'urgence, l'article L.5134-1 alinéa 2 du Code de la santé publique dispose que les médicaments qui ont pour but la contraception d'urgence et qui ne sont pas soumis à prescription médicale obligatoire sont délivrés gratuitement dans les pharmacies selon des conditions définies aux articles D5134-1 et suivants du même code. Tout comme pour la contraception régulière, l'assistance ou la représentation de la mineure sont exclues pour sa délivrance ou son administration, qui relèvent également des actes strictement personnels. Il convient de préciser que pour le mineur, l'accès à la contraception est désormais facilité puisque depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2023, certains préservatifs sont délivrés gratuitement en pharmacie pour les mineurs sans minimum d'âge et le consentement des titulaires de l'autorité parentale n'est pas non plus requis pour la délivrance de préservatifs internes et externes aux personnes mineures<sup>434</sup>.

**185. Incapacité naturelle du mineur.** La question se pose de savoir ce qui se passe si le mineur n'a pas la capacité de réaliser l'acte lui-même : est-il possible de lui imposer une contraception ? Le texte de l'article L5134-1 du Code de la santé publique précise que le consentement des titulaires de l'autorité parentale « *n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs ni pour la délivrance de préservatifs internes et externes aux personnes mineures.* ». Dès lors, l'autorité parentale est exclue et on ne peut pas imaginer que les parents puissent contraindre leur enfant mineur à prendre une contraception. En effet, les parents ne peuvent pas imposer un tel acte à leur enfant. Néanmoins, cette problématique se retrouve notamment lorsqu'il s'agit d'une mineure handicapée hors d'état de manifester sa volonté pour qui la prise d'une contraception est nécessaire à la préservation de sa santé, en cas d'endométriose par exemple. Dans ce cas, on peut imaginer que le médecin agit après avoir consulté les titulaires de l'autorité parentale. Il ne s'agit pas pour les titulaires de l'autorité parentale d'imposer un traitement mais bien pour le médecin de délivrer les soins indispensables. À ce titre, on peut estimer que s'applique dans cette hypothèse l'alinéa 5 de l'article L1111-4 du Code de la santé publique qui prévoit que : « *Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté.* ». Et si, les parents refusent et que ce refus risque d'entraîner des conséquences

---

<sup>434</sup> Précision de la loi n° 2023-1250 du 26 décembre 2023 de financement de la sécurité sociale pour 2024

graves pour la santé du mineur, le médecin délivre les soins indispensables permettant l'accès à la contraception de la mineure hors d'état d'exprimer sa volonté.

**186. L'accès à la contraception de la majeure protégée bénéficiant d'une mesure de représentation.** Concernant la majeure protégée bénéficiant d'une mesure de représentation, il faudrait que la contraception puisse s'inscrire dans le régime des actes strictement personnels<sup>435</sup>, notamment au regard de la nature de l'acte. Ainsi, le législateur n'ayant rien précisé, la question est de savoir si la représentation ou l'assistance est exclue lorsque la majeure protégée souhaite accéder à la contraception. En l'absence de dispositions spécifiques, et s'agissant d'une décision relative à la personne, il convient, en principe, de se référer au droit commun relatif aux actes concernant la personne prévue à l'article 459 du Code civil selon lequel hors les cas prévus à l'article 458 du Code civil, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. Toutefois, l'article 459-1 du Code civil précise que les dispositions du Code civil ne peuvent déroger aux dispositions particulières prévues par le Code de la santé publique prévoyant l'intervention d'un représentant légal, ce qui est le cas dans notre hypothèse où l'article L1111-4 du Code de la santé publique trouve à s'appliquer en raison de l'application de la règle *specialia generalibus derogant* selon laquelle les lois spéciales dérogent aux lois générales. Le consentement de la majeure protégée relève donc de l'article L.1111-4 du Code de la santé publique selon lequel un acte médical ou un traitement doit être pratiqué avec le consentement libre et éclairé de la personne. Lorsque celle-ci fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, son consentement doit être obtenu si elle est apte à exprimer sa volonté au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection. Dans le cas contraire, c'est à la personne chargée de la protection de donner son autorisation. En cas de désaccord entre le représentant et le représenté et sauf urgence, le juge autorisera l'un des deux à prendre la décision. Dès lors, il ne s'agit pas d'un acte strictement personnel pour la majeure protégée puisque l'assistance ou la représentation n'est pas totalement exclue.

**187. Absence de régime particulier pour la majeure protégée.** La question est de savoir pourquoi ne pas appliquer le régime qui est applicable à la mineure, il faudrait au moins le souhaiter. Pour un tel acte, l'application du droit commun peut ne pas être adaptée et

---

<sup>435</sup> V. en ce sens : ; N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz Action, 2021-2022, p.327, n°221-36

sa nature nécessiterait d'en faire un acte strictement personnel et d'en appliquer le régime et ainsi écarter la représentation ou l'assistance. Si la majeure protégée n'est pas en mesure de consentir à la prise d'une contraception, la question est de savoir si la représentation prévue en droit médical peut s'appliquer et ainsi imposer cette contraception. Cette possibilité peut être opportune si elle s'exerce dans l'intérêt de la majeure protégée. Il faut rappeler que la majeure protégée qui ne peut pas manifester sa volonté peut ne pas retrouver cette capacité et il peut paraître inopportun dans un tel cas de créer une incapacité de jouissance, la prise d'une contraception pouvant être nécessaire pour la santé de la majeure protégée même s'il existe toujours la possibilité de la stérilisation contraceptive<sup>436</sup>. En outre, il serait intéressant d'appliquer le régime de la stérilisation contraceptive à la prise de contraception de la majeure protégée afin de rechercher son consentement si elle est apte à exprimer sa volonté et lui permettre de s'opposer à la prise de la contraception en toute hypothèse.

**188. Interruption de grossesse de la mineure.** L'article L2212-7 du Code de la santé publique prévoit que si la mineure souhaite garder le secret, le personnel médical doit tenter, dans son intérêt, d'obtenir son consentement afin que le ou les titulaires de l'autorité parentale, ou le représentant légal le cas échéant, soient consultés. Sinon le personnel soignant doit, à tout le moins, s'assurer que cette démarche a été faite lors de l'entretien préalable à l'intervention. L'article poursuit en indiquant que si la mineure ne veut pas effectuer cette démarche ou que le consentement n'est pas obtenu, alors, l'interruption volontaire de grossesse et les soins et actes médicaux liés peuvent être pratiqués à la demande de la mineure à condition de se faire accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix. Depuis la loi bioéthique du 2 août 2021<sup>437</sup>, l'article L2213-2 du Code de la santé publique prévoit le même dispositif pour l'interruption de grossesse pratiquée pour motif médical. Pour ce qui est de l'interruption de grossesse de la mineure, la qualification d'acte strictement personnel est donc moins évidente puisque la mineure doit être accompagnée d'un majeur. Toutefois, le législateur a également fait le choix d'offrir à la mineure la possibilité d'écarter le consentement parental lui offrant alors la capacité de décider de sa grossesse. Le fait que la mineure ne puisse pas être représentée ou assistée en raison de l'exclusion de l'autorité parentale pour cet acte peut amener à qualifier l'interruption de grossesse d'acte strictement personnel bien qu'un accompagnement soit nécessaire puisque la décision appartient toujours à la mineure. En effet, la capacité de la mineure est décisive et elle peut être à l'initiative de

---

<sup>436</sup> V. *infra* n°394

<sup>437</sup> LOI n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique

l'acte sans avoir à recourir à la représentation ou l'assistance des titulaires de l'autorité parentale qui peuvent être exclus, ce qui permet de qualifier l'interruption de grossesse de la mineure d'acte strictement personnel même si un accompagnement est exigé puisque cet accompagnement est une intervention en dehors de l'acte<sup>438</sup>.

**189. L'interruption de grossesse : décision relative à la personne de la majeure protégée ?** En l'absence de disposition spécifique, la question se pose de savoir si l'interruption volontaire de grossesse de la majeure protégée bénéficiant d'une mesure de représentation est un acte strictement personnel ou non. Le doute est permis, car un tel acte pourrait relever de l'article 459 du Code civil selon lequel celle-ci prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. Toutefois, son représentant pourrait intervenir sur autorisation du juge ou du conseil de famille pour prendre la décision d'interrompre la grossesse, si une telle décision est considérée comme ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée de la tutélaire. Néanmoins, l'interruption volontaire de grossesse peut plutôt être qualifiée d'atteinte à l'intégrité corporelle de la majeure protégée. Dans ce cas, la déjudiciarisation prévue par l'article 459 du Code civil pour les actes ayant pour effet d'atteindre gravement à l'intégrité corporelle pourrait faire craindre qu'un représentant prenne la décision d'une interruption volontaire de grossesse, et ce sans qu'aucune autorisation du juge ne soit nécessaire sauf en cas de désaccord où le juge autorisera l'un ou l'autre à prendre la décision. La volonté de devenir parent relève pourtant d'une sphère tellement intime, qu'il paraît peu probable que la majeure protégée même bénéficiant d'une mesure de représentation ne puisse consentir elle-même. Dans ce cas, l'application du droit commun de l'article 459 du Code civil ne paraît pas adaptée ou il faudrait alors à tout le moins considérer qu'il s'agit d'un acte touchant à l'intimité de la vie privée.

**190. L'interruption de grossesse : décision médicale spécifique de la majeure protégée ?** L'autre solution est de considérer qu'il s'agit d'une décision médicale spécifique relevant ainsi de l'article L1111-4 du Code de la santé publique<sup>439</sup> requérant l'obtention du consentement de la majeure protégée<sup>440</sup> bénéficiant d'une mesure de représentation avec des palliatifs adaptés notamment une assistance au besoin ou une représentation en cas

---

<sup>438</sup> V. *infra* n°687

<sup>439</sup> Par application de la règle *specilia generalibus derogant* selon laquelle les lois spéciales dérogent aux lois générales

<sup>440</sup> V. *infra* n°300

d'impossibilité de manifester sa volonté. Dans cette dernière hypothèse, le représentant ne consentira pas à la place de la majeure protégée, mais donnera son autorisation de réaliser l'acte en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée.

**191. L'interruption de grossesse : un acte strictement personnel de la majeure protégée ?** En tout état de cause, il paraît nécessaire de qualifier l'interruption volontaire de grossesse d'acte strictement personnel au regard de sa nature. En effet, il serait surprenant que le représentant puisse consentir à la place de la majeure protégée pour interrompre sa grossesse<sup>441</sup>. En outre, l'article L2222-1 du Code de la santé publique reprend l'article 223-10 du Code pénal qui prévoit que l'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressé est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Aussi, tout laisse à penser que le consentement de la majeure protégée bénéficiant d'une mesure de représentation doit obligatoirement être recueilli et que, dans ce cas, personne ne peut l'assister ou la représenter. À tout le moins, il pourrait être prévu un accompagnement comme pour la mineure, mais il semble impossible, au regard de la répression pénale, de concevoir une quelconque assistance ou représentation pour consentir à l'interruption de la grossesse. D'ailleurs, les juges du Tribunal de grande instance de Poitiers dans une décision du 11 juin 1982<sup>442</sup> ont refusé la décision d'interruption de la grossesse à laquelle la majeure protégée ne voulait pas se soumettre alors que son représentant légal le souhaitait. Les juges reconnaissent dans cette décision à la tutélaire « *le droit le plus sacré de mettre au monde un enfant qu'elle désire et dont elle a parfaitement et clairement exprimé le désir* ». Cette décision met l'accent sur le fait que la majeure protégée doit consentir seule à l'interruption de sa grossesse, elle ne peut donc être ni assistée ni représentée, quand bien même elle ne pourrait pas y consentir, ce qui permet de qualifier cet acte de strictement personnel. D'ailleurs, il serait bienvenu que le législateur précise cette hypothèse, peut-être en indiquant qu'il relève de l'article 458 du Code civil, comme le prélèvement de gamètes<sup>443</sup>, ou alors en précisant la liste dudit article. En outre, l'interruption volontaire de grossesse devrait être un acte strictement personnel par nature, avec un régime spécifique semblable à celui du mineur prévoyant un accompagnement au regard des conséquences de l'acte et du soutien nécessaire de la majeure protégée. La difficulté sera toutefois de savoir comment réagir si la majeure protégée n'est pas apte à

<sup>441</sup> V. en ce sens : N.LE DU, op. cit. et L.TALARICO, op.cit.

<sup>442</sup> TGI Poitiers, 11 juin 1982, in G.MEMETEAU, *Le droit médical*, Litec cité par T.FOISSIER et M.HARICHAUX, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RDSS*, 1991, p.1

<sup>443</sup> V. *infra* n°194

consentir, le régime des actes strictement personnels excluant l'assistance ou la représentation dans tous les cas. En effet, il faut prévoir une alternative si les facultés mentales de la majeure protégée ne lui permettent pas de consentir seule<sup>444</sup>.

**192. Interruption médicale de grossesse de la majeure protégée.** À la différence de la mineure, le législateur n'a, une fois encore, rien prévu en cette matière pour la majeure protégée bénéficiant d'une mesure de représentation. L'interruption volontaire d'une grossesse pour motif médical est prévue par l'article L2213-1 du Code de la santé publique selon lequel celle-ci peut être pratiquée à tout moment si « *la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme* » ou quand il existe « *une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* » après avis consultatif d'une équipe pluridisciplinaire. La question est donc de savoir si cet acte relève des actes strictement ou simplement personnels. Comme le souligne Laure Talarico<sup>445</sup>, il faut distinguer deux hypothèses. Elle estime que la nature strictement personnelle de l'interruption médicale de grossesse semble s'imposer et précise qu'il ne peut être dérogé au refus de la majeure protégée quand il s'agit de la santé de son enfant qui est en cause, au risque de pratique eugénique. En revanche, Laure Talarico estime que s'il s'agit de la santé de la majeure protégée qui est en péril, la question se pose de savoir si son refus contre son intérêt doit être possible. Aussi, elle estime qu'en cas d'urgence le médecin peut passer outre son refus et pratiquer les soins indispensables comme prévu par l'article L1111-4 du Code de la santé publique<sup>446</sup> puisque l'article 458 du Code civil, et donc la nature strictement personnelle de l'acte, ne peut remettre en cause les pouvoirs que le médecin tient de la loi<sup>447</sup>. En outre, la nature thérapeutique de cet acte, contrairement à l'interruption volontaire de grossesse, permet l'application de l'article L1111-4 précité. Cette solution semble devoir être soutenue et être la plus respectueuse à la fois de l'autonomie de la majeure protégée et de sa protection. En tout état de cause, comme pour l'interruption volontaire de grossesse, il serait intéressant que le législateur prenne position, afin de pallier les risques éventuels si la majeure protégée ne peut consentir à un tel acte.

---

<sup>444</sup> V. *infra* n°660 sur les développements relatifs à l'unification du régime de l'intervention des tiers

<sup>445</sup> L.TALARICO, *op.cit.*

<sup>446</sup> Art. L.1111-4 alinéa 9 CSP : « Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur si le patient est un mineur, ou par la personne chargée de la mesure de protection juridique s'il s'agit d'un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur protégé, le médecin délivre les soins indispensables. »

<sup>447</sup> L.TALARICO, *op.cit.*

**193. Qualification de l'interruption volontaire et médicale de grossesse de la majeure protégée bénéficiant de la mesure de représentation.** Dès lors, l'interruption volontaire de grossesse étant un acte de volonté, elle devrait relever des actes strictement personnels alors que l'interruption médicale de grossesse, relevant du domaine médical et de la santé, devrait relever de l'article L1111-4 du Code de la santé publique. En effet, ce texte impose l'obtention du consentement de la personne protégée bénéficiant d'une mesure de représentation relative à la personne dès lors qu'elle peut manifester sa volonté, sinon une représentation sera mise en place, mais le représentant ne consentira pas à la place de la majeure protégée, mais donnera son autorisation de réaliser l'acte en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée, cette différence ayant son importance dans un tel domaine.

c. Le recueil et la conservation de gamètes du majeur protégé

**194. Consentement strictement personnel du majeur protégé.** L'article L2141-11 du Code de la santé publique prévoit que le recueil ou le prélèvement et la conservation de gamètes ou de tissus germinaux aux fins de réalisation ultérieure d'une assistance médicale à la procréation ou en vue de la préservation ou de la restauration de la fertilité ou du rétablissement d'une fonction hormonale, peut bénéficier à toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée. L'alinéa 2 de cet article précise que ce recueil, ce prélèvement ou cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé. La question est de savoir de quelle nature doit être ce consentement. Le législateur a répondu à cette interrogation et prévoit dans l'article L2141-11 alinéa 4 du Code de la santé publique que pour les personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, l'article 458 du Code civil s'applique. Ainsi, le consentement du majeur bénéficiant d'une mesure de représentation au recueil, au prélèvement ou à la conservation de ses gamètes est strictement personnel, l'assistance et la représentation sont exclues. Le Professeur Gilles Raoul-Cormeil<sup>448</sup> relève néanmoins un inconvénient à ce que cet acte soit strictement personnel. En effet, il regrette l'éventuelle impossibilité pour le majeur protégé d'être représenté dans cette hypothèse si celui-ci ne peut exprimer un consentement lucide, alors même qu'il bénéficie d'une représentation pour les décisions personnelles. Il peut apparaître une éventuelle incapacité de jouissance qui ne serait pas opportune. Néanmoins,

<sup>448</sup> G.RAOUL-CORMEIL, « La loi bioéthique du 2 août 2021 et le droit des majeurs protégés : un bouclier ou un filet ? », *RGDM*, déc. 2021, n°81

l'impossibilité de consentir peut avoir des conséquences pour l'avenir du majeur protégé qui pourrait être empêché d'accéder à la parenté ... Il s'agit d'une illustration d'une apparition d'une incapacité de jouissance en raison du caractère strictement personnel du consentement<sup>449</sup>, qui laisse penser que la nature de l'acte rend nécessaire la qualification d'acte strictement personnel, mais dont le régime n'est peut-être pas adapté aux intérêts de la personne protégée qui serait dans l'impossibilité de consentir.

**195. Le recueil, le prélèvement et la conservation des gamètes ou de tissus germinaux du mineur<sup>450</sup>.** Dans le cadre du recueil, du prélèvement et de la conservation des gamètes ou de tissus germinaux du mineur, l'article L.2141-11 du Code de la santé publique<sup>451</sup> prévoit que le consentement du mineur est recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision, mais le consentement de l'un des parents titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur est également nécessaire. Dès lors, le seul consentement du mineur ne suffit pas, ce qui empêche la qualification de cet acte de strictement personnel puisque le consentement de ses parents est également requis.

### **3. *Les autres actes excluant la représentation***

**196. Domaine.** D'autres actes excluent spécifiquement l'assistance ou la représentation, il s'agit du droit de vote (a) récemment consacré comme un acte strictement personnel pour le majeur protégé et du droit du mineur de librement adhérer à une association (b). En outre, le législateur a également fait du changement de prénom un acte strictement personnel du majeur protégé (c).

#### **a. Le droit de vote**

**197. Impossibilité ancienne de voter pour le tuteur.** Le droit de vote du tuteur a subi de nombreuses évolutions bienvenues aux fins de respecter les droits fondamentaux du majeur protégé. Jusqu'en 2005, l'article L.5 du code électoral disposait que

---

<sup>449</sup> V. *infra*. n°310 et s. sur les apparitions d'incapacité de jouissance

<sup>450</sup> V. *infra* n°489

<sup>451</sup> Art. L.2141-11 du Code de la santé publique : « (...) Le recueil, le prélèvement et la conservation mentionnés au premier alinéa sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, à celui de l'un des parents investis de l'exercice de l'autorité parentale ou du tuteur lorsque l'intéressé est mineur, après information sur les conditions, les risques et les limites de la démarche et de ses suites. Dans l'année où elle atteint l'âge de la majorité, la personne dont les gamètes ou les tissus germinaux sont conservés en application du présent I reçoit de l'équipe pluridisciplinaire du centre où sont conservés ses gamètes ou ses tissus germinaux une information sur les conditions de cette conservation et les suites de la démarche.

Le consentement de la personne mineure doit être systématiquement recherché si elle est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision.(...) »

les majeurs sous tutelle ne devaient pas être inscrits sur les listes électorales. La loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, est venue modifier ledit article en précisant que les tutélaires ne pouvaient pas être inscrits sur les listes électorales à moins qu'ils n'aient été autorisés à voter par le juge des tutelles. Le tuteur était donc en principe automatiquement privé du droit de vote sauf à ce que le juge des tutelles décide de moduler sa capacité en lui octroyant la possibilité de voter. La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 a supprimé l'incapacité automatique du tuteur puisque le juge devait statuer sur le maintien ou la suppression du droit de vote du majeur protégé comme prévu par l'article L.5 du code électoral. Ce faisant, le juge appréciait la capacité du tuteur à voter selon le certificat médical circonstancié qui devait préciser les conséquences de l'altération des facultés mentales du tuteur sur l'exercice de son droit de vote, et ce à chaque ouverture ou renouvellement d'une mesure de tutelle. Le droit français était alors en conformité avec le droit européen des droits de l'Homme puisque la Cour Européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de rappeler dans un arrêt du 20 mai 2010 *Alajos Kiss c/ Hongrie*<sup>452</sup> que la loi ne peut interdire le droit de vote, de manière générale et automatique, aux personnes placées en tutelle, en l'espèce partielle, indépendamment de ses facultés réelles, sous peine de violer l'article 3 du Protocole n°1 ; elle rappelle que le contrôle de la limitation des droits des personnes handicapées est notamment prévu par la Convention Internationale des Droits des Personnes Handicapées (CIDPH).

**198. Critiques.** Dans son rapport de septembre 2016<sup>453</sup>, le Défenseur des droits se fonde sur l'article 29 de la CIDPH pour rappeler que les États doivent garantir que : « *les personnes handicapées puissent effectivement et pleinement participer à la vie politique et à la vie publique sur la base de l'égalité avec les autres, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de représentants librement choisis, notamment qu'elles aient le droit et la possibilité de voter et d'être élues (...)* ». Dès lors, le Défenseur des droits estime que les dispositions issues de la loi du 5 mars 2007 qui octroient le droit au juge de priver le tuteur de la possibilité de voter est discriminatoire et contraire à la CIDPH. Aussi, il recommande la mise en conformité de l'article L.5 du code électoral avec la CIDPH, proposant qu'une réflexion soit engagée sans délai sur les modalités de l'exercice accompagné du droit de vote. C'est ce que n'a pas manqué de faire la commission présidée par Anne Caron-Déglise dans

<sup>452</sup> CEDH, *Alajos Kiss c/ Hongrie*, 20 mai 2010, n°38832/06, *A.J.fam.*, 2010, p.285, obs. V.Avena-Robardet

<sup>453</sup> Défenseur des droits, *op.cit.*, p.40

son rapport du 21 septembre 2018<sup>454</sup>. Le groupe de travail s'est interrogé sur la possibilité de reconnaître et favoriser l'expression citoyenne des personnes vulnérables, remarquant que le risque de dévoiement du suffrage reste peu documenté et n'est pas propre aux personnes en tutelle puisque dans d'autres mesures où la personne est en représentation, comme le mandat de protection future ou l'habilitation familiale générale, les personnes disposent toujours de la capacité électorale. Cette restriction du droit de vote ne paraissait donc pas logique sachant que le rapport précise que de nombreux pays européens comme le Royaume-Uni, la Suède ou l'Italie ne pratiquent pas cette restriction. Le groupe de travail a fait évoluer ses positions pour retenir que le droit de vote est incontestablement un droit strictement personnel devant être inscrit comme tel dans la liste non exhaustive de l'article 458 du Code civil. Ce droit ne peut donc être exercé par le représentant légal par substitution, ainsi le rapport proposait de supprimer l'article L.5 du code électoral<sup>455</sup>.

**199. Intervention législative.** Le législateur, par la loi du 23 mars 2019, a abrogé l'article L.5 du code électoral et a inséré un nouvel article L.72-1 dans ce code disposant en son premier alinéa que : « *Le majeur protégé exerce personnellement son droit de vote pour lequel il ne peut être représenté par la personne chargée de la mesure de protection le concernant* ». Cet article prévoit que le majeur protégé exerce personnellement son droit de vote pour lequel il ne peut être représenté par la personne chargée de la mesure de protection le concernant. Il était important d'intervenir, car 83% des tutélaires étaient privés du droit de vote sans réelle motivation du juge qui statuait<sup>456</sup>. Le législateur n'a pas inscrit pas le droit de vote dans la liste des actes strictement personnels de l'article 458 du Code civil, mais indique dans un texte spécifique le régime du droit de vote qui exclut la représentation permettant de déduire la nature strictement personnelle d'un tel acte. Si le législateur a fait le choix de ne pas inscrire le droit de vote dans l'article 458 du Code civil, il aurait peut-être intérêt à faire un renvoi dans cet article aux textes spécifiques qui exclut la représentation comme l'article L.72-1 du code électoral. Néanmoins, le législateur a sans doute voulu distinguer la capacité civile de la capacité civique et prévoir ainsi un texte spécifique. Le législateur ne semble pas accorder d'importance aux conséquences de la nature du droit de vote, mais il a voulu faire évoluer l'autonomie citoyenne du majeur protégé en lui reconnaissant la capacité de voter et en écartant en ce domaine le régime de la représentation. Toutefois, la sincérité du vote du

---

<sup>454</sup> A. CARON-DEGLISE, op.cit., p.62-64

<sup>455</sup> A.CARON-DEGLISE, op.cit., p.96, prop. n°5

<sup>456</sup> Ibid., p.62

majeur protégé peut appeler à une certaine méfiance<sup>457</sup> puisque l'idée qu'une personne dont les facultés mentales sont altérées puisse exprimer un choix politique clair et une volonté sincère peut être mise en doute. Même si l'article L.72-1 du code électoral empêche le majeur protégé de donner procuration au mandataire judiciaire à sa protection, à une personne travaillant dans un établissement de santé qui le prend en charge ou un salarié accomplissant des services à la personne, rien n'empêche l'entourage du tuteur d'influencer son vote notamment quand ce dernier est particulièrement vulnérable.

**200. Effectivité de la mise en œuvre du droit de vote des majeurs protégés.** Il reste à savoir si l'exercice de ce droit va être effectif puisqu'il doit être exercé personnellement et que les bureaux de vote ne sont pas forcément adaptés aux déficiences éventuelles des tuteurs. Dans ce sens, et pour rendre l'exercice du droit de vote des majeurs protégés effectif, des propositions ont été faites<sup>458</sup>. Il a été ainsi proposé de rendre obligatoire pour chaque élection la mise à disposition d'une propagande électorale « *facile à lire et à comprendre* ». Les majeurs protégés pourraient ainsi mieux exprimer leur volonté électorale en ayant les informations nécessaires, l'information étant toujours un préalable à l'expression de la volonté de la personne protégée. Le rapport d'information sur les droits fondamentaux des majeurs protégés<sup>459</sup> propose également d'appliquer intégralement les recommandations du Défenseur des droits sur l'accès au vote des personnes handicapées. En outre, il soumet l'idée de mettre en œuvre des solutions pour faciliter l'accès au vote des personnes qui souffrent d'un handicap visuel. Ainsi, il pourrait être mis en place des flashs codes sur les bulletins ou l'utilisation du braille pour désigner les piles de bulletins. Il est, en effet, primordial de prendre en compte les difficultés des majeurs protégés, qui ont potentiellement un handicap, pour accéder au vote afin de rendre ce droit effectif et que le majeur protégé ne se sente pas systématiquement exclu de la citoyenneté.

**201. Inéligibilité.** Certaines incohérences sont maintenues comme l'indique le Professeur Gilles Raoul-Cormeil<sup>460</sup> puisque le tuteur est toujours inéligible que ce soit aux

<sup>457</sup> C.GAMALEU-KAMENI, « Brèves réflexions sur le droit de vote des majeurs protégés au regard de la loi du 23 mars 2019 », *AJ fam.*, 2019, p.515

<sup>458</sup> C. ABADIE et A.PRADIE, Rapport d'information sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, 26 juin 2019, p.81

<sup>459</sup> Ibid

<sup>460</sup> G.RAOUL-CORMEIL, « La personne en tutelle retrouve son droit de vote mais demeure inéligible ! », *LEFP*, mai 2019, n°5,p.4

conseils municipaux<sup>461</sup> ou départementaux<sup>462</sup>, ces articles n'ayant pas été modifiés, alors que le Professeur souligne que les personnes protégées par une habilitation familiale ne sont pas visées. Néanmoins, le doute est permis quant à la possibilité pour un tuteur d'exercer ces fonctions.

**202. Droit de vote du mineur ?** La question de l'abaissement de la majorité électorale à 16 ans est une question régulièrement débattue. Récemment, une proposition de loi<sup>463</sup> a proposé d'instaurer le vote dès 16 ans. Mais elle n'a pas été discutée à l'Assemblée nationale puisque la commission des lois l'a rejetée le 1<sup>er</sup> octobre 2020. Deux autres propositions de loi<sup>464</sup> à l'Assemblée nationale ont tenté d'abaisser la majorité électorale sans succès. Le Sénat a également rejeté une proposition de loi<sup>465</sup> qui souhaitait également abaisser l'âge de la capacité électorale à 16 ans. La seule exception à l'impossibilité du mineur de voter se retrouve dans le cadre du travail. En effet, le mineur salarié peut voter dès l'âge de 16 ans aux élections professionnelles selon l'article L.2314-15 du Code du travail à condition qu'il ait obtenu l'autorisation de la part de ses représentants légaux pour conclure son contrat de travail<sup>466</sup>.

**203. Droit comparé<sup>467</sup>.** De nombreux pays se sont prononcés sur le droit de vote des mineurs avec des régimes différents. Certains pays ont décidé de simplement abaisser le seuil d'âge, le vote est possible dès l'âge de 16 ans en Autriche, à Malte, au Brésil, en Équateur, à Cuba, au Nicaragua et en Argentine. Il est possible à l'âge de 17 ans en Grèce. D'autres pays ont abaissé le seuil d'âge, mais ont imposé une condition supplémentaire. Le mineur peut alors voter dès 16 ans s'il occupe un emploi en Slovénie tandis qu'il peut voter dès 16 ans s'il est marié en Hongrie. Certains pays ont, quant à eux, fait le choix de permettre au mineur de n'accéder qu'à certaines élections. Il est ainsi possible de voter dès l'âge de 16 ans aux élections locales dans certains Länder en Allemagne, en Écosse, en Estonie ou dans certains cantons de Suisse. Il n'est possible de voter dès l'âge de 16 ans que pour les élections

---

<sup>461</sup> Art. L.230 Code électoral

<sup>462</sup> Art. L.200 Code électoral

<sup>463</sup> Proposition de loi n°3294 instaurant le vote dès seize ans et l'inscription automatique sur les listes électorales, 25 août 2020

<sup>464</sup> Proposition de loi n° 4641 actant la confiance en la jeunesse, 3 nov. 2021; Proposition de loi n° 4682 pour une nouvelle démocratie, 16 nov. 2021

<sup>465</sup> Proposition de loi n°370 pour un nouveau pacte de citoyenneté avec la jeunesse par le vote à 16 ans, l'enseignement et l'engagement, 17 févr. 2021

<sup>466</sup> V. *infra* n°528

<sup>467</sup> Références trouvées au sein du 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 instaurant le vote dès seize ans et l'inscription automatique sur les listes électorales par Madame Paula FORTEZA

européennes et consultations populaires régionales en Belgique. Le Parlement européen, dans une résolution du 11 novembre 2015<sup>468</sup>, a d'ailleurs recommandé d'envisager d'harmoniser l'âge minimal du droit de vote à 16 ans dans le but de garantir une plus grande égalité aux citoyens de l'Union lors des élections.

**204. Difficultés en France.** Il est légitime que la question de l'abaissement de la majorité électorale ait émergé en France. Mais c'est potentiellement la nécessité de modifier la Constitution qui ralentit la volonté législative. Effectivement, l'article 3 alinéa 4 de la Constitution du 4 octobre 1958 considère comme électeurs les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques. Il faudrait alors soit modifier la Constitution soit abaisser la majorité civile ce qui emporte des conséquences importantes avec des difficultés d'articulation avec l'incapacité, la Constitution liant les majorités électorale et civile. L'abaissement de la majorité électorale à 18 ans en 1974 était corrélé à l'abaissement de la majorité civile, ce qui ne semble pas être envisagé aujourd'hui. Cependant, cette question reviendra très probablement dans le débat public même si la priorité législative est d'inciter les jeunes majeurs ayant déjà la possibilité de voter de faire usage de ce droit.

**205. Éligibilité du mineur.** Si le vote du mineur n'est pas possible, il n'est a fortiori pas éligible. En effet, le code électoral exige d'être majeur pour pouvoir être élu aux élections municipales<sup>469</sup>, pour être élu conseiller départemental<sup>470</sup> ou à l'Assemblée nationale<sup>471</sup>. Le mineur n'est pas non plus éligible aux élections professionnelles<sup>472</sup>.

**206. Conseil municipal des jeunes.** Il faut néanmoins noter le développement des conseils municipaux des jeunes, qui permettent aux mineurs une première participation citoyenne, mais également une possibilité de vote et d'éligibilité. Le rapport Rosenczveig<sup>473</sup> proposait d'ailleurs de développer des démarches de citoyenneté à travers l'exercice du mandat de délégué de classe ou par le développement des conseils municipaux d'enfants et de jeunes. En effet, il est important que le mineur soit concerné par sa citoyenneté si le législateur décide de lui octroyer une capacité électorale. Les conseils d'enfants et de jeunes

---

<sup>468</sup> Résolution du Parlement européen du 11 novembre 2015 sur la réforme de la loi électorale de l'Union européenne, 2015/2035(INL)

<sup>469</sup> Art. L.228 Code électoral

<sup>470</sup> Art. L.194 Code électoral

<sup>471</sup> Art. LO127 Code électoral qui exige de remplir les conditions pour être électeur afin de pouvoir être élu à l'Assemblée nationale

<sup>472</sup> Art. L2314-19 Code du travail

<sup>473</sup> J.-P. ROSENCZVEIG, Rapport « De nouveaux droits pour les enfants ? Oui ... dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie », 29 janvier 2014, p.112

se développent en France tant au niveau municipal que départemental. Ces initiatives sont nécessaires pour impliquer le mineur dans la vie citoyenne.

**207. Élections professionnelles.** En revanche, le mineur peut, dès l'âge de seize ans, être électeur aux différentes élections professionnelles selon l'article L. 2314–18 du Code du travail qui dispose : « *Sont électeurs l'ensemble des salariés âgés de seize ans révolus, travaillant depuis trois mois au moins dans l'entreprise et n'ayant fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à leurs droits civiques.* ». Le mineur dispose d'une capacité électorale dans le domaine professionnel alors qu'à l'inverse le droit commun impose d'être majeur pour pouvoir voter. Néanmoins, cette capacité électorale en matière professionnelle est davantage liée au contrat de travail du mineur, pour lequel ce dernier doit être autorisé par ses représentants légaux. Il y a donc une protection en aval par l'autorisation qui lui accorde une capacité professionnelle impliquant la possibilité de participer aux élections professionnelles afin que l'engagement professionnel du mineur soit totalement effectif. Le mineur ne peut toutefois pas être éligible, cette capacité étant réservée aux salariés majeurs<sup>474</sup>. Le mineur est alors complètement autonome en matière d'élections professionnelles tandis que sa protection peut se traduire par son inéligibilité. Dans ces hypothèses, le législateur ne semble pas avoir prévu de dispositions spécifiques pour le majeur protégé, comme pour la conclusion de son contrat de travail<sup>475</sup>, mais dès lors qu'il est salarié il semble difficile qu'il soit représenté dans le cadre de son activité professionnelle.

b. La capacité associative

**208. L'adhésion à une association par un mineur.** La Convention Internationale des Droits de l'Enfant dans son article 15 impose aux États parties de reconnaître les droits de l'enfant à la liberté d'association. C'est ainsi que le législateur, pour se mettre en conformité avec ce traité international, a consacré la possibilité pour les mineurs de seize ans révolus de constituer une association en modifiant l'article 2 bis de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association par une loi du 28 juillet 2011<sup>476</sup>. Mais c'est la loi du 27 janvier 2017<sup>477</sup> qui est venu consacrer une véritable « prémajorité associative »<sup>478</sup> en modifiant profondément l'article 2 bis de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 qui dispose en son premier alinéa : « *Tout mineur*

---

<sup>474</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>475</sup> V. *infra* n°569

<sup>476</sup> Loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels

<sup>477</sup> Loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté

<sup>478</sup> V. en ce sens : A.GOUTTENOIRE et P.BONFILS, op.cit., p.1099, n°1959

peut librement devenir membre d'une association dans les conditions définies par la présente loi. ». Le mineur n'a donc pas besoin d'être représenté ni d'être autorisé pour adhérer à une association. Dès lors que le mineur peut librement être à l'initiative de l'adhésion à une association sans aucune représentation ou assistance, cet acte peut être considéré comme strictement personnel. Il serait surprenant qu'un mineur soit représenté pour adhérer à une association au risque que les parents puissent imposer cette adhésion, avec, notamment, un potentiel risque sectaire. Dans le même sens, le mineur pourrait également subir de mauvaises influences et adhérer à une association présentant un caractère sectaire. Dans ce cas, les parents devront intervenir afin de le protéger, le mineur restant soumis à l'autorité parentale. En tout état de cause, une mesure d'assistance éducative peut être mise en place en cas de risque sectaire sur le fondement du constat d'un danger pour l'enfant<sup>479</sup>.

**209. Adhésion à une association du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation.** Aucun texte ne prévoit la capacité associative du majeur protégé. C'est une réponse ministérielle du 1<sup>er</sup> mars 2022<sup>480</sup> qui nous permet de dire qu'il ne dispose pas de cette capacité puisque cette dernière indique : « *Si la loi ne traite pas spécifiquement de la participation des majeurs protégés à une association, il résulte des dispositions législatives et réglementaires que leur participation à un projet associatif doit être accompagnée par l'assistance ou la représentation de la personne en charge de la protection, si cette participation engage l'association.* » Le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation doit alors être représenté pour s'engager dans une association contrairement au mineur qui est libre d'y adhérer.

**210. Constitution d'une association par le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation.** En ce qui concerne la constitution d'une association, la réponse ministérielle<sup>481</sup> poursuit : « *S'agissant de la création d'une association, les personnes protégées doivent être représentées ou assistées par la personne en charge de la mesure, sauf disposition contraire prononcée par le juge des contentieux de la protection. En effet, la création d'une association s'effectue par l'acte de contracter. Or, en application de l'article 1146 du Code civil, les majeurs protégés ne peuvent contracter seuls.* ». C'est alors en raison de son incapacité de contracter que le majeur protégé se voit interdire de constituer une association. Néanmoins, cette explication peut sembler curieuse puisque le mineur ne dispose

<sup>479</sup> V. en ce sens : A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit, spéc. p.578, . n°975

<sup>480</sup> Rép.min. n°6236, JOAN, 1<sup>er</sup> mars 2022, p.1346

<sup>481</sup> Ibid.

pas non plus de la capacité de contracter et pourtant il dispose d'une certaine capacité associative<sup>482</sup>, mais le législateur a fait le choix de prévoir un texte spécifique pour le mineur. Pour ce qui est de la gestion d'une association, la réponse ministérielle indique : « *S'agissant de la fonction de président ou d'administrateur, l'assistance du tuteur ou du curateur et l'autorisation du juge des contentieux de la protection, en cas de mesure de tutelle, sont nécessaires* ». Dès lors, l'assistance et l'autorisation judiciaire étant prévues, il ne s'agit pas d'un acte strictement personnel. Cette réponse ministérielle conclut en affirmant : « *En dehors de ces actes ou d'une adhésion qui aurait des conséquences pécuniaires significatives pour la personne protégée, la personne majeure protégée, peut participer librement à l'activité d'une association. Selon l'article 7 de la charte des droits et libertés de la personne majeure protégée, cette dernière a le droit de faire des choix sur la façon dont elle veut vivre et participer à la vie en société. L'article 459 du Code civil précise que la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet* ». La participation libre à l'activité d'une association sans adhésion relèverait alors de la capacité simplement personnelle du majeur protégé en vertu de la Charte des droits et libertés de la personne majeure protégée qui permet à cette dernière de participer à la vie en société.

**211. Absence de capacité associative du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation.** En conclusion, le majeur protégé peut participer à une association, mais il n'est pas libre d'y adhérer et ne peut pas la constituer ou la gérer. Cette différence avec le mineur peut être regrettée, il faudrait que le législateur intervienne pour préciser la capacité associative du majeur protégé. Il serait important que ce dernier puisse librement adhérer à une association s'il est apte à exprimer sa volonté. Un tel acte pourrait alors relever de la capacité personnelle de l'article 459 du Code civil comme il a été décidé pour la participation à l'activité d'une association sans adhésion. Comme pour le mineur, il serait surprenant de lui imposer d'adhérer à une association, il est donc important d'exclure la représentation dans ce domaine, mais cette exclusion n'a pas nécessairement à être absolue notamment si le majeur protégé n'est pas en état d'exprimer sa volonté. Pour ce qui est de la constitution, de la gestion ou de l'administration de l'association, les conséquences pécuniaires étant importantes, l'autorisation du représentant paraît être une solution pertinente, il s'agirait alors de s'inspirer du régime de la capacité associative du mineur<sup>483</sup>.

---

<sup>482</sup> V. *infra* n°579

<sup>483</sup> V. *infra* n°579

**212. Adhésion à un syndicat.** Depuis la loi Auroux n° 82-915 du 28 octobre 1982, « tout salarié » est libre d'adhérer à un syndicat. Il peut être déduit de cette disposition que la liberté d'adhésion à un syndicat s'applique aux mineurs<sup>484</sup>, en l'absence d'autres précisions législatives. Auparavant, la loi fondatrice du 25 février 1927 disposait que « *les mineurs âgés de plus de 16 ans peuvent adhérer au syndicat, sauf opposition de leur père, mère ou tuteur* », mais « *ils ne peuvent participer à l'administration ou à la direction* »<sup>485</sup>. Les parents pouvaient alors s'opposer à l'adhésion de leur enfant à un syndicat, ce qui n'est désormais plus prévu. Ainsi, le mineur dispose d'une « capacité syndicale », lui permettant d'adhérer librement à un syndicat dans le cadre de son activité professionnelle. Il semble également que rien ne s'oppose à ce que le majeur protégé puisse lui aussi adhérer librement à un syndicat puisque le texte prévoit que « tout salarié » peut adhérer. En l'absence de précision, la capacité syndicale, découlant de la conclusion du contrat de travail, doit être octroyée à la personne protégée.

## § II. - Les actes innommés

**213. Critère de qualification de l'acte strictement personnel.** La qualification d'acte strictement personnel permet d'exclure totalement la représentation ou l'assistance, elle est donc importante. Pourtant, la seule indication donnée est inscrite à l'article 458 du Code civil : c'est un acte dont la nature implique un consentement strictement personnel et ne peut donner lieu à assistance ou représentation. Dès lors, l'acte strictement personnel serait un acte étroitement lié à la personne à tel point que la personne protégée ne peut ni être représentée ni être assistée. Cependant, les actes listés dans l'alinéa 2 de l'article 458 du Code civil sont des actes plutôt relatifs à l'enfant du majeur protégé, qu'au majeur protégé lui-même mis à part le consentement à sa propre adoption, ce qui laisse penser que ce n'est pas la nature intime de l'acte qui importe le plus. Si la nature de l'acte ne peut être retenue comme critère unique de qualification de l'acte strictement personnel, il ne reste plus que le régime pour identifier l'acte. Le critère de qualification, qui n'est donnée ni par le législateur ni par la jurisprudence, serait alors le régime de l'acte : dès lors qu'un acte nécessite un consentement strictement personnel et qu'il exclut l'assistance ou la représentation alors il s'agit d'un acte strictement personnel. Le Professeur Noguéro indique à juste titre : « *La tautologie menace car si*

<sup>484</sup> A. GOUTTENOIRE, C. RADE, « Le mineur au travail : de l'incapacité civile à la capacité professionnelle », in *Des liens et des droits : Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, 2015

<sup>485</sup> Ibid.

personne d'autre que le sujet ne peut accomplir un tel acte c'est qu'il se définirait par son régime qui n'est pourtant applicable que si l'acte est préalablement qualifié pour intégrer la catégorie »<sup>486</sup>. Il est vrai que le régime devrait s'appliquer seulement une fois l'acte défini comme étant strictement personnel ; mais bien souvent, le législateur ou la jurisprudence vont seulement indiquer que l'acte exclut l'assistance ou la représentation ce qui devrait permettre de le qualifier de strictement personnel. Ici, c'est donc le régime qui va permettre de qualifier l'acte et non pas la qualification de l'acte qui va déterminer son régime.

**214. Doctrine.** Le Professeur Noguéro<sup>487</sup> regrette d'ailleurs que la doctrine rappelle plus souvent le régime de l'acte strictement personnel que leur définition. Ce n'est pas le seul auteur à regretter le flou qui entoure la définition de l'acte strictement personnel. En effet, la Professeure Salavage-Gerest<sup>488</sup> remarque également que l'article 458 du Code civil crée une confusion regrettable puisque son alinéa 2 exprime que ce sont les actes eux-mêmes qui sont strictement personnels et non le consentement comme l'indique l'alinéa 1. Dès lors, rien ne permet de déterminer précisément l'acte strictement personnel. L'acte strictement personnel serait finalement l'acte pour lequel la représentation est totalement exclue octroyant une capacité d'exercice déterminante à la personne protégée qui doit réaliser l'acte elle-même et seule.

**215. Caractère évolutif de la notion.** En tout état de cause, la définition de l'acte strictement personnel n'est pas simple et ne trouve pas de réponse unique. Il s'agit d'une notion sujette à se développer au gré des évolutions sociales et sociétales. Le caractère évolutif de la notion d'acte strictement personnel a pu être salué, car il « *permet ainsi l'adaptation de cette dernière à l'évolution des mœurs et de la société, faisant d'elle une notion vivante et non figée* »<sup>489</sup>. L'adaptabilité de la notion est nécessaire. L'absence de critère spécifique permettant de qualifier un acte comme étant strictement personnel implique une nécessaire interprétation de l'article 458 du Code civil pour déterminer des actes qui ne font pas l'objet d'un texte relevant du régime de l'acte strictement personnel. Cette extension de la catégorie des actes strictement personnels est plus aisée pour les majeurs protégés puisqu'il

---

<sup>486</sup> D. NOGUERO, op. cit.

<sup>487</sup> Ibid.

<sup>488</sup> P. SALVAGE-GEREST, « Majeurs protégés – Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. – L.n°2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. fam.*, 2009, n°3, étude 17, n°9

<sup>489</sup> C. BOULAND, *L'assistance à la création d'un acte juridique*, thèse de doctorat, droit, Université de Bordeaux, 2022

existe un texte fondateur permettant une interprétation de la loi. Pour le mineur, il ne sera pas possible de procéder de la même manière puisqu'aucun texte général ne fonde l'existence d'une capacité automatique excluant la représentation des titulaires de l'autorité parentale. Néanmoins, la jurisprudence exclut l'assistance ou la représentation pour certains actes (A) et l'interprétation de certains textes de droit commun peut permettre de qualifier certains actes comme étant strictement personnels (B).

#### A.- L'interprétation jurisprudentielle

**216. Étendue.** Sur le fondement de la définition de l'acte strictement personnel donnée par l'article 458 du Code civil, les juges vont exclure l'assistance ou la représentation pour certains actes et les qualifier d'actes strictement personnels. Malgré l'absence de disposition générale pour le mineur, cela n'empêche pas les juges d'exclure également, pour ce qui le concerne, l'assistance ou la représentation pour certains actes. Cette interprétation jurisprudentielle est notamment relative aux actions en justice relatives aux actes strictement personnels concernant l'enfant contenus dans l'article 458 du Code civil.

**217. Régime des actions en justice.** Pour les actions en justice, le mineur est représenté par son représentant légal, l'article 388-1-1 du Code civil prévoit que : « *L'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes.* ». La représentation du mineur en justice relève alors sur l'administration légale découlant de l'autorité parentale. Pour le tuteur, l'article 475 du Code civil prévoit qu'il est représenté en justice et précise que pour les actions en justice relative à un droit extrapatrimonial, le tuteur doit obtenir une autorisation pour agir en demande ou en défense, il peut également agir sur injonction du juge ou du conseil de famille. Pour la personne sous habilitation familiale générale par représentation, la jurisprudence a récemment donné une réponse bienvenue à la question du pouvoir de la personne habilitée à représenter le majeur protégé en justice. Dans un arrêt du 2 avril 2024, la Cour d'appel de Montpellier<sup>490</sup> estime que « *cette représentation en justice ne fait pas partie des actes listés par les textes comme ceux nécessitant une autorisation du juge ou comme un acte interdit en vertu des dispositions des articles 494-1 et suivants du Code civil* ». En l'espèce, il s'agissait de faire valoir un droit patrimonial, mais les juges ne semblent pas faire de distinction dans le cadre de l'habilitation familiale, que ce soit une

---

<sup>490</sup> CA Montpellier, 2 avr. 2024, n° 21/04836 : JurisData n° 2024-006163 ; Dr. famille 2024, comm. 82, I. Maria

action en justice relative à un droit patrimonial ou extrapatrimonial, alors que le tuteur a besoin d'une autorisation pour faire valoir les droits extrapatrimoniaux de la personne protégée. En tout état de cause, les juges rappellent que l'habilitation générale à représenter comprend le pouvoir de représentation en justice. La personne sous habilitation familiale générale par représentation est donc représentée en justice. Il faut alors constater qu'en principe le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation et le mineur sont représentés en justice. Dans ce cadre, la jurisprudence est intervenue pour préciser le régime de certaines actions en justice notamment lorsqu'elles sont relatives aux actes contenus dans l'article 458 du Code civil concernant l'enfant de la personne protégée afin de savoir si l'assistance ou la représentation doit également être exclue pour ces actions relatives à un acte strictement personnel. Ces actions en justice concernent les actions relatives à la filiation (1) ou les actions relatives à l'autorité parentale découlant de l'établissement de la filiation (2), mais la jurisprudence est également intervenue dans un autre domaine que les actions en justice afin de déterminer le régime applicable à l'accouchement dans le secret (3).

### 1. *Les actions en justice relatives à la filiation*

**218. Domaine.** Plusieurs actions en justice peuvent être relatives à la filiation. Dans ces hypothèses, outre l'interprétation jurisprudentielle, il peut également y avoir, pour certaines actions, un régime qui découle des textes de droit commun qui s'étend logiquement aux personnes protégées. Les actions en justice relatives à la filiation bénéficient alors tout à la fois d'une interprétation jurisprudentielle, mais également d'une interprétation des textes de droit commun qu'il semble pertinent de traiter dans une même partie<sup>491</sup>. Ces actions en justice concernent les actions en établissement de la filiation (a), mais également les actions en contestation de la filiation (b) ou encore l'adoption d'un enfant par la personne protégée (c).

#### a. Les actions en établissement de la filiation

**219. Les actions en recherche de paternité ou de maternité intentées par le parent protégé.** Les articles 325 et 327 du Code civil réservent les actions en recherche de maternité et en recherche de paternité à l'enfant, il s'agit d'une action attitrée. Le législateur a précisé les modalités d'action pour le mineur, mais pas pour le majeur protégé. L'article 328

---

<sup>491</sup> V. *infra* n°238 : pour certains actes, il existe la possibilité d'interpréter les textes de droit commun qui ne concernent pas toujours spécifiquement le mineur ou le majeur protégé afin de pouvoir éventuellement les qualifier d'actes strictement personnels notamment parce qu'ils excluent toute assistance ou représentation ou lui permette d'agir.

du même code précise en effet que, le parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie a seul qualité pour exercer ces actions pendant la minorité de l'enfant. Si la solution paraît être claire pour le parent mineur, en revanche, la question se pose de savoir si elle peut s'appliquer au parent majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation relative à la personne. Pour cela, il convient de savoir si cette action relève de la capacité civile ou non. La jurisprudence a eu l'occasion de prendre position à ce sujet dans un arrêt de la première chambre civile du 12 octobre 1983<sup>492</sup> dans lequel les juges décident que la mère, en sa seule qualité de mère, même mineure, n'a pas besoin d'obtenir une autorisation pour agir. Aussi, cette action ne repose pas sur l'administration légale, mais plutôt sur la qualité de parent, l'action en recherche de paternité ou de maternité relève alors de l'exercice du pouvoir personnel du mineur parent<sup>493</sup>. C'est la capacité naturelle du parent mineur qui conditionnera sa possibilité d'agir en recherche de maternité ou de paternité et non pas sa capacité juridique. Matthieu Portefaix<sup>494</sup> précise que l'article 328 du Code civil ne vise que le parent mineur, mais il indique très justement que la *ratio legis* de ce texte se retrouve chez le parent majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation. Autrement dit, il semble qu'il faille appliquer la règle de l'article 328 du Code civil à la fois au mineur et au majeur protégé. Il s'agit alors d'interpréter un texte de droit commun pour écarter la représentation.

**220. Impossibilité du parent de manifester sa volonté.** Le législateur a, tout de même, prévu un dispositif à mettre en place en cas d'incapacité du parent de manifester sa volonté : dans ce cas, selon l'article 328 alinéa 2 du Code civil, l'action est intentée par renvoi aux dispositions de l'article 408 alinéa 2 du Code civil relatives à la tutelle du mineur. Le tuteur du mineur peut donc agir en recherche de maternité ou de paternité dès lors qu'il aura été autorisé par le conseil de famille. En effet, dans une telle hypothèse, un tuteur est désigné pour le mineur. Ce n'est seulement qu'en cas d'incapacité naturelle de réaliser cet acte que la personne sera représentée. Mathieu Portefaix<sup>495</sup> estime que lorsque le mineur n'est pas en mesure d'exercer l'action, un autre système (la tutelle) est mis en place ce qui fait de nouveau apparaître l'idée selon laquelle nul ne peut agir à la place du parent même mineur s'il est discernant, ce qui est souvent le cas du mineur parent. L'existence de telles alternatives remet

<sup>492</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>., 12 oct. 1983, *Bull.civ.* I, n°230, *D.* 1984, p.238, *Defrénois*, 1984, art. 33230, n°5, p.288, obs. J. Massip.

<sup>493</sup> V. en ce sens : M.PORTEFAIX, *Le parent incapable*, Thèse de doctorat, droit, Lyon 3, 2006.

<sup>494</sup> *Ibid.*

<sup>495</sup> *Ibid.*

en cause la possibilité de qualifier l'action en recherche de paternité ou de maternité d'acte strictement personnel puisque la représentation n'est pas totalement exclue.

**221. Qualification de l'action en recherche de paternité ou de maternité intentées par le parent protégé.** L'exclusion de la représentation ou de l'assistance par la possibilité d'agir en qualité de parent peut permettre de qualifier l'action en recherche de maternité ou de paternité comme une action strictement personnelle. Pour le mineur, il s'agirait d'une action qui ne peut être exercée que par lui, et, s'il ne peut pas manifester sa volonté, il se verra représenté dans ce domaine par un tuteur. Cette possibilité fait douter de la qualification d'acte strictement personnel. Pourtant, il s'agit d'une action attitrée du fait de l'établissement de la filiation entre le mineur et son enfant qui est un acte strictement personnel. Toutefois, l'incapacité de jouissance qui pourrait naître de l'impossibilité pour le mineur ou d'agir en recherche de paternité ou de maternité n'est pas dans l'intérêt de son enfant qui est supérieur. Il est donc important et bienvenu qu'une solution soit mise en place en cas d'impossibilité pour le mineur d'agir. De la même manière, pour le majeur protégé, une telle action devrait relever de l'article 459 du Code civil, même si ce dernier vise seulement les décisions relatives à la personne du majeur protégé. Il faudrait alors l'étendre aux actions découlant de l'établissement de sa filiation. Une telle solution permettrait au majeur protégé de saisir lui-même le juge, et ne pas qualifier cette action de strictement personnelle permet au représentant de pouvoir intervenir si besoin.

**222. Les actions en recherche de paternité ou de maternité intentées contre le mineur.** À la lecture de l'article 328 alinéa 3 du Code civil, l'action en recherche de maternité ou de paternité est exercée contre le parent prétendu, ou ses héritiers, sans précision lorsque ce parent est mineur ou majeur protégé. La question qui se pose est alors celle de savoir si l'action doit être dirigée contre le parent prétendu, personne protégée, ou contre son représentant. La jurisprudence a répondu à cette question concernant le parent mineur. Dans un arrêt du 8 janvier 1957<sup>496</sup>, la Cour de cassation a estimé que « *l'action en déclaration de paternité implique de la part du père prétendu trop d'appréciations personnelles d'ordre intime et moral pour qu'il soit tenu à l'écart de la procédure. [...] Il doit être personnellement partie à l'instance en présence de son représentant légal* »<sup>497</sup>. Les juges semblent, dans cette hypothèse, imposer l'assistance du mineur par son représentant légal, se traduisant plutôt par

---

<sup>496</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 janv. 1957, *JCP* 1957. II. 9903, obs. de Monterra

<sup>497</sup> Cité par A.GOUTTENOIRE et P. BONFILS, *Droit des mineurs*, op.cit., p.1094, n°1948

un accompagnement s'agissant d'une simple présence, tout en excluant la représentation. Cette exigence ne se retrouve pas lorsque le mineur est le demandeur à l'action puisque dans cette hypothèse l'action ne peut être exercée que par le mineur, et, s'il ne peut pas manifester sa volonté, il se verra représenté dans ce domaine par un tuteur. La Professeure Adeline Gouttenoire a critiqué cette solution et indique qu'il serait sans doute plus cohérent d'admettre que la paternité ou la maternité du mineur octroie automatiquement la capacité d'agir seul en demande ou en défense dans toutes les actions relatives à la filiation de son enfant<sup>498</sup>.

**223. L'action en recherche de paternité ou de maternité intentées contre le majeur protégé.** Pour le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation, les actes strictement personnels devraient être étendus aux actions relatives à la filiation de son enfant. Ainsi, ce régime serait cohérent avec celui des actes relatifs à l'autorité parentale et donc tous les actes relatifs à l'enfant relèveraient du régime des actes strictement personnels et il aurait donc pleine capacité pour ces actions. Néanmoins, la nécessité de l'accompagnement du représentant peut empêcher cette qualification. En outre, l'assistance est bienvenue pour éviter une incapacité de jouissance. Dans ce cas, la qualification d'acte strictement personnel pourrait ne pas être opportune comme il a été démontré lorsque la personne protégée agit en demande. En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant de la personne protégée de voir sa filiation établie doit primer. En outre, la possibilité d'une assistance est d'autant plus indispensable lorsque la personne protégée visée par une action en recherche de maternité ou de paternité ne peut pas exprimer sa volonté puisque ne pas lui permettre de se défendre entraîne des conséquences plus problématiques pour une telle action découlant de l'établissement d'une filiation. Dès lors, tout parent prétendu qui bénéficie d'un régime de représentation n'est pas représenté, mais assisté, en raison de son incapacité juridique, et il est personnellement partie à l'instance.

**224. Modalités d'action du représentant.** Si on admet que si la personne protégée n'est pas en mesure d'agir en demande ou en défense dans le cadre d'une action relative à l'établissement de la filiation, et qu'il n'était pas opportun de permettre au représentant d'agir, il est important de maintenir la protection du mineur ou du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation en raison de leur particulière vulnérabilité. Dès lors, s'ils ne peuvent pas manifester leur volonté, la solution serait de laisser la possibilité pour le représentant d'agir sur autorisation du juge ou du conseil de famille lorsqu'il a été constitué.

---

<sup>498</sup> Ibid.

**225. Action en rétablissement de la présomption de paternité ou constatation de la possession d'état.** Il faut rappeler que le rétablissement judiciaire de la présomption de paternité est prévu par l'article 329 du Code civil selon lequel l'action est ouverte à chacun des époux pendant la minorité de l'enfant, mais également à l'enfant pendant les dix années qui suivent sa majorité. L'action en constatation judiciaire de la possession d'état est, quant à elle, ouverte à tout intéressé. Le législateur n'ayant prévu aucune disposition spécifique, il faut alors se référer au droit commun des incapacités relatif aux actions extrapatrimoniales. Aussi, le mineur parent ou le majeur protégé parent sera représenté dans ces actions qu'il soit demandeur ou défendeur. Toutefois, il paraît peu cohérent que seules ces actions soient soumises à la représentation obligatoire au regard du caractère éminemment personnel de ces actions relatives à la filiation alors que toutes les autres actions disposent d'un régime dérogatoire en raison de leur nature. Comme l'indique très justement Matthieu Portefaix<sup>499</sup>, il ne faudrait pas imposer une filiation non souhaitée au parent mineur ou majeur protégé, il faut alors trouver un équilibre entre autonomie en raison de la nature personnelle de l'acte et la protection du représenté. En ce sens, il préconise une solution intermédiaire qui est d'imposer la nécessaire participation de la personne représentée même si cela ne règle pas le problème de l'impossibilité de manifester sa volonté. De fait, dans un souci de protection, le majeur protégé et le mineur doivent être représentés dans ces actions. Toutefois, la nature éminemment personnelle de ces actions implique d'octroyer une certaine autonomie au majeur protégé ou mineur parent. Le législateur devrait intervenir pour consolider cette situation, il pourrait alors clarifier toutes les hypothèses d'actions en justice relatives à la filiation de la personne protégée.

**226. Constatation de la possession d'état établie par un acte de notoriété.** Pour établir la filiation de l'enfant sans recourir à une action en justice, il est possible de se fonder, le cas échéant, sur la possession d'état. Ce mode d'établissement non judiciaire de la filiation peut permettre l'établissement d'une filiation paternelle dans le cas où la personne protégée ne pourrait ou ne voudrait pas reconnaître l'enfant<sup>500</sup>. L'article 311-1 du Code civil définit la possession d'état comme s'établissant « *par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir. (...)* ». L'établissement de la filiation par possession d'état suppose d'établir un acte de notoriété. Aucune disposition relative à la possession d'état et à l'établissement de cet acte de

---

<sup>499</sup> M.PORTEFAIX, op.cit.

<sup>500</sup> V. en ce sens : A. BATTEUR, op.cit., p.235

notoriété n'évoque la situation du parent mineur ou majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation. En outre, l'article 458 du Code civil n'évoque pas ce mode d'établissement de la filiation. Or, l'acte de notoriété repose principalement sur la volonté et ne peut pas être indifférent aux troubles mentaux qui peuvent avoir une influence sur les éléments constitutifs et qualités requises de la possession d'état<sup>501</sup>. A priori, si la possession d'état existe, tout intéressé peut demander l'établissement d'un acte de notoriété par un notaire. Dès lors, rien ne semble s'opposer à ce qu'un majeur protégé ou même un mineur puisse demander à un notaire d'établir un acte de notoriété relatif à la filiation de l'enfant à son égard. En effet, si la reconnaissance ou encore la déclaration de naissance sont qualifiées d'actes strictement personnels alors pourquoi ne pas étendre à l'acte de notoriété qui, depuis la loi du 23 mars 2019<sup>502</sup>, est dressé par un notaire. Il ne s'agit, en effet, pas d'une action en justice qui pourrait nécessiter une représentation de la personne protégée<sup>503</sup>, ce qui permet de penser que la demande d'établissement d'un acte de notoriété devrait être considérée comme un acte strictement personnel.

#### b. Les actions en contestation de la filiation

**227. Domaine des actions en contestation de filiation.** L'action en contestation de la maternité est prévue par l'article 332 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil qui prévoit : « *La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant.* » L'article 332 alinéa 2 du Code civil prévoit que : « *La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père.* » Il s'agit de contester la filiation établie par l'effet de la loi ou la reconnaissance. Le majeur protégé non marié ou le mineur peut avoir eu recours à la reconnaissance de paternité qui est un acte strictement personnel<sup>504</sup> tandis que la contestation de la présomption de paternité ne concerne que le majeur protégé puisque par hypothèse, le mineur marié devient pleinement capable. La reconnaissance de maternité est plus rare, l'établissement de la maternité se fait notamment par déclaration ou effet de la loi. L'action en contestation de maternité implique la preuve que la femme désignée comme étant la mère dans la de naissance ou la femme qui a reconnu l'enfant n'a pas accouché de lui<sup>505</sup>. L'action en contestation de paternité va permettre

<sup>501</sup> V. en ce sens : art.311-1 du code civil et A. BATTEUR, op. cit., JCl. Civil code, 2022, n°70 et s.

<sup>502</sup> Loi n°2019-222 du 23 mars 2019

<sup>503</sup> V. *supra* n°217

<sup>504</sup> V. *supra* n°150 sur la reconnaissance

<sup>505</sup> F.GRANET-LAMBRECHTS,V.DESCHAMPS, « Actions en contestation de la filiation », in F.CHENEDE (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 9<sup>ème</sup> éd., 2023/24, n°215.31

d'anéantir une reconnaissance souscrite par erreur à l'égard d'un enfant qui ne serait pas biologiquement celui de l'auteur de la reconnaissance dans les conditions du droit commun ou une paternité attribuée à tort<sup>506</sup>. De la même manière, l'article 333 du Code civil permet de contester la filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété « *par toute personne qui y a intérêt en rapportant la preuve contraire, dans le délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte* ». S'agissant d'actions en justice, il semblerait que l'application du droit commun impose la représentation du majeur protégé. Néanmoins, il faudrait étendre à ces actions la solution jurisprudentielle qui prévoit d'élargir la catégorie des droits strictement personnels au droit d'ester en justice. Pour le mineur, il devrait pouvoir agir également lui-même en contestation de filiation comme il peut le faire en établissement de la filiation. Les actions en justice relatives à la contestation de la filiation devraient alors être considérées comme strictement personnelles impliquant l'action exclusive du parent protégé. Effectivement, si le parent protégé est capable d'établir la filiation de son enfant, il faut également pouvoir lui offrir la possibilité de contester cette filiation.

**228. Incapacité naturelle de contester la filiation.** Si la preuve est rapportée que le parent protégé ne peut effectuer lui-même l'action en contestation de filiation ou refuse de la contester, il est important de le prouver et de prévoir que le représentant puisse agir notamment parce qu'imposer une fausse filiation n'est pas dans l'intérêt du parent protégé. À l'inverse, il est important de considérer que le parent protégé qui dispose de la capacité naturelle suffisante, malgré l'incapacité juridique, puisse par lui-même décider d'agir ou non en contestation de sa filiation. Comme pour les actions en établissement de la filiation, la solution serait de laisser la possibilité pour le représentant d'agir sur autorisation du juge ou du conseil de famille lorsqu'il a été constitué.

c. L'adoption d'un enfant

**229. Adoption d'un enfant par le majeur protégé bénéficiaire d'une mesure de représentation.** L'article 458 du Code civil prévoit l'hypothèse de l'adoption de l'enfant du majeur protégé ainsi que l'adoption de ce dernier lui-même, mais il n'évoque pas la possibilité ou non pour celui-ci d'adopter un enfant. La jurisprudence s'est prononcée dans un arrêt du 4 juin 2007<sup>507</sup> dans lequel un homme consentait, dans un acte notarié, à adopter les enfants d'un

---

<sup>506</sup> V. en ce sens sur la contestation de paternité : A. BATTEUR, op.cit., spéc. n°68

<sup>507</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juin 2007, n°05-20.243, D.2007, comm. 193, P.Murat ; *RTD civ.* 2007, p.547, obs. J.Hauser, *AJ.fam.* 200, p.355, obs. L.Pecaut-Rivolier ; *JCP N.* 2007, 1313, note J.-M. Plazy

premier lit de sa femme, mais qui a ensuite été placé sous tutelle à la suite d'un accident. Une requête en adoption a été déposée avec l'assistance de son tuteur. Inspirés par le futur article 458 du Code civil, les juges de la Cour de cassation posent le principe selon lequel la requête en adoption est une action dont la nature implique un consentement strictement personnel et qui ne peut donner lieu à représentation de l'adoptant tutélaire. Pour autant, les juges veillent à ce que le tutélaire puisse déposer cette requête seul ou avec l'assistance de son tuteur avec l'autorisation du juge des tutelles sur avis du médecin traitant selon les termes de l'ancien article 501 du Code civil<sup>508</sup>. Cette solution est critiquable puisque les juges qualifient la requête en adoption d'action strictement personnelle mais organisent l'assistance, qui est pourtant exclue au même titre que la représentation dans le régime des actes strictement personnels. L'assistance du tuteur était possible, seulement si le juge l'avait autorisée. L'adoption d'un enfant par le majeur protégé est donc possible, à condition qu'il puisse donner son consentement. Malgré cette initiative des juges, le législateur n'a depuis jamais repris cette hypothèse qui aurait pourtant mérité d'intégrer la liste des actes de l'article 458 du Code civil. Cette disposition ne peut sans doute pas intégrer l'article 458 du Code civil, car une assistance est prévue alors qu'elle est exclue pour les actes strictement personnels.

**230. Adoption d'un enfant par un mineur.** La question ne se pose par pour le mineur puisque les articles 343 et 343-1 du Code civil prévoient que l'âge minimum pour adopter est de 26 ans, ce qui exclut automatiquement le mineur de la possibilité d'adopter un enfant. Cette restriction semble cohérente, la situation étant généralement un cas d'école. Rares sont les situations dans lesquelles un mineur voudrait adopter. La voie de l'adoption lui reste ouverte lorsqu'il aura atteint l'âge requis ou lorsqu'il pourra prouver une communauté de vie d'au moins un an s'il est en couple.

## 2. *Les actions en justice relatives à l'autorité parentale.*

**231. Jurisprudence relative au majeur protégé.** L'article 458 du Code civil reconnaît au majeur protégé une autonomie quant aux actes relatifs à l'autorité parentale ; les actions en justice qui s'y attachent devraient alors également faire partie des actes strictement personnels afin de garantir une pleine effectivité des droits parentaux du majeur protégé<sup>509</sup>. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de se prononcer en ce sens. Dans un arrêt de la

<sup>508</sup> Désormais art. 473 du Code civil qui supprime toutefois l'exigence d'un avis du médecin traitant

<sup>509</sup> L.TALARICO, op.cit.

première chambre civile de la Cour de cassation du 6 novembre 2013<sup>510</sup>, les juges ont décidé, sur le fondement de l'article 458 du Code civil, que, dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative restreignant l'exercice des droits de l'autorité parentale d'un majeur protégé, la décision du juge des enfants peut être frappée d'appel par ce dernier sans assistance ou représentation. La Cour d'appel avait pourtant estimé que l'exercice de cette voie de recours ne pouvait s'analyser ni comme un consentement à un acte ni comme un acte de l'autorité parentale et que l'article 458 du Code civil ne déroge pas aux dispositions légales prévoyant la représentation du tuteur en justice par son tuteur. Les juges du fond se fondaient sur la solution de principe posée par l'article 475 du Code civil selon lequel le tuteur est représenté en justice par le tuteur qui ne peut agir en demande ou en défense pour faire valoir les droits extrapatrimoniaux qu'après autorisation ou sur injonction du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Les juges de la Cour de cassation n'ont pas retenu cet argument et ont décidé que l'appel d'une décision du juge des enfants restreignant des droits parentaux constitue un acte strictement personnel que le majeur protégé doit accomplir sans assistance ni représentation. Les juges étendent alors la catégorie des actes strictement personnels aux actions en justice relatives à un droit strictement personnel. Par ailleurs, malgré cette décision majeure concernant les actions en justice portant sur l'autorité parentale, découlant des actes strictement personnels de l'article 458 du Code civil, le législateur n'a pas trouvé opportun de légiférer sur ce point alors qu'il en a eu l'occasion à travers les différentes réformes récentes qui ont eu lieu après cet arrêt. Cela aurait permis de dissiper les doutes entourant ces actions en justice et de résoudre les difficultés inhérentes.

**232. Incertitudes.** Cette solution n'est pas moins dénuée de toute incertitude. Précisément, comme le rappelle très justement la Professeure Nathalie Peterka<sup>511</sup>, une telle solution soulève une nouvelle difficulté dans la distinction entre les actions en justice. Il va en effet falloir désormais distinguer entre les actions en justice visant à défendre un droit strictement personnel, celles ayant un caractère patrimonial et celles ayant un caractère extrapatrimonial, mais qui ne sont pas liées à un acte appartenant à l'article 458 du Code civil. Il s'agirait en plus de faire une différence entre les différentes actions extrapatrimoniales alors

---

<sup>510</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 nov. 2013, n°12-23.766, D., 2014.467, note G. RAOUL CORMEIL, D., 2014.2259, note J.-M. PLAZY, AJ fam., 2013.717, obs. Th. VERHEYDE, Gaz. pal., 2013.3787, obs. J. MASSIP, JCP G., 2014, n° 1, p.20, comm. N. PETERKA, RTD Civ., 2014, n° 1, p. 84, note J. HAUSER, Dr. fam., 2014, n° 1, p. 23, note I. MARIA

<sup>511</sup> N.PETERKA, « L'émergence de la catégorie des actions en justice strictement personnelles du majeur protégé », JCP G., janv. 2014, n°1-2, p.20, note ss. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 nov.2013, n°12.23-766

qu'il n'est déjà pas facile de le faire entre les actions patrimoniales et extrapatrimoniales. Par ailleurs, la question de la nécessaire lucidité de la personne protégée ou non ne trouve pas de réponse dans cet arrêt puisqu'en l'espèce le juge des tutelles avait constaté, lors du renouvellement de la mesure, l'autonomie suffisante de la tutélaire pour prendre seule les décisions relatives à sa personne.

**233. Absence de capacité d'exprimer sa volonté du majeur protégé.** Si le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation ne dispose pas de l'autonomie suffisante pour ester en justice aux fins de défense d'un droit strictement personnel, la question se pose de sa possible assistance ou représentation. La Professeure Nathalie Peterka<sup>512</sup> indique que la « *formulation positive du chapeau* » de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 2013 laisse la possibilité d'une assistance ou d'une représentation si la personne protégée ne peut pas agir seule. En effet, selon cette formulation, le tutélaire « *peut* » accomplir seul un tel acte sans assistance ni représentation, donc, *a contrario*, il pourra être assisté ou représenté s'il le souhaite ou s'il ne peut pas agir seul. Ainsi, le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation ne se verrait pas privé de toute possibilité de voir ses intérêts défendus en justice dès lors qu'il s'agit de faire valoir un droit strictement personnel, ce qui est une solution bienvenue dans le cas où le majeur protégé ne peut pas agir lui-même. Le Professeur Gilles Raoul-Cormeil<sup>513</sup> propose quant à lui de reconnaître les actions en justice relatives à un droit strictement personnel comme des actions en justice simplement personnelles, ce qui permettrait d'appliquer le régime posé par l'article 459 du Code civil : le majeur protégé pourrait ainsi saisir lui-même la justice, mais il aurait toujours la possibilité d'être assisté ou représenté en cas de difficulté ou d'impossibilité de s'exprimer. Cela reviendrait donc à limiter le champ d'extension des actes strictement personnels de l'article 458 du Code civil, qui sont soumis à un régime strict qui n'est pas sans inconvénient<sup>514</sup>, notamment l'éventuelle apparition d'une incapacité de jouissance en cas d'impossibilité pour le majeur protégé de manifester sa volonté. Cette solution est la bienvenue même s'il peut sembler problématique de permettre au représentant d'agir relativement à un acte strictement personnel, il est nécessaire que celui-ci puisse agir dans l'intérêt du majeur protégé.

<sup>512</sup> Ibid.

<sup>513</sup> G.RAOUL-CORMEIL, « Les droits éminemment personnels étendus à la capacité d'ester en justice pour leur mise en œuvre », *D.*, 2014, n°7, p.467, note ss. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 nov.2013, n°12.23-766

<sup>514</sup> V. *infra*, n°310 et s. sur l'apparition d'une incapacité de jouissance

**234. Mineur.** Le mineur n'a pas la capacité de saisir le juge, sauf exceptions spécifiquement prévues par la loi<sup>515</sup>. Le mineur est donc, en principe, représenté par les titulaires de l'autorité parentale dans le cadre d'une procédure relative à l'exercice de l'autorité parentale sur son enfant. Néanmoins, il a été proposé de raisonner par analogie avec ce qui a été décidé pour le majeur protégé et de considérer que les actes relatifs à son enfant relèvent de sa capacité exclusive<sup>516</sup>. Dès lors, il faudrait considérer que dans une procédure relative à l'autorité parentale, le mineur peut agir pour son enfant sinon l'analogie n'aurait plus de sens. En outre, si le mineur dispose d'une capacité d'exercer les actions relatives à l'établissement de la filiation selon les articles 325, 327 et 328 du Code civil, il faut déduire que cette possibilité ne doit pas se cantonner au domaine des actions relatives à la filiation. Il faut alors considérer que le parent mineur exerce l'autorité parentale dans tous ses attributs lui donnant la possibilité d'exercer les droits de son enfant en justice découlant des effets juridiques nés de la filiation et de la présomption d'aptitude du mineur de préserver les intérêts de son enfant<sup>517</sup>. Il est alors exclu que le parent même mineur ne puisse pas agir directement en matière d'autorité parentale alors qu'une telle possibilité est admise en filiation. Néanmoins, si le mineur était émancipé automatiquement dès lors qu'il établit sa filiation avec son enfant, ce problème serait résolu puisqu'il aurait pleine capacité et pourrait exercer lui-même, de droit, toutes actions en justice et ainsi saisir le juge en cas de besoin. Par ailleurs, le mineur dispose de la capacité de saisir le juge des enfants selon l'article 375 du Code civil pour mettre en place une mesure d'assistance éducative, il pourrait, dans cette hypothèse, saisir le juge pour mettre en place une mesure d'assistance éducative à son égard, à l'égard de son enfant ou bien à son égard et à celui de son enfant.

### **3. L'accouchement dans le secret**

**235. Accouchement dans le secret de la personne protégée.** La question de l'accouchement dans le secret, difficile à appréhender par le droit, l'est d'autant plus en présence d'une personne protégée. L'article 326 du Code civil prévoit que « *lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé.* » Dans ce cas, l'enfant né dans le secret est confié dès sa naissance au service de l'aide sociale à l'enfance en qualité de pupille de l'État à titre provisoire. Passé un délai de deux mois pendant lequel sa mère peut se rétracter et réclamer son enfant, il devient pupille de

---

<sup>515</sup> V. *infra* n° 262 et s. sur la capacité d'agir en justice du mineur

<sup>516</sup> V. *supra* n°156 sur les actes relatifs à l'autorité parentale

<sup>517</sup> J.BUREL, *Le parent mineur*, Thèse de doctorat, droit, Brest, 2019

l'État à titre définitif et peut être placé aux fins d'adoption. Sa filiation n'est donc pas établie à l'égard de ses parents biologiques, sauf si le père a connaissance de la situation et fait établir la filiation de l'enfant à son égard dans le délai imparti. La question est de savoir si l'accouchement dans le secret peut être considéré comme un acte strictement personnel à savoir un acte qui exclut toute assistance ou représentation. En l'absence de précision textuelle, il semblerait que rien ne s'oppose à l'accouchement dans le secret des mineures ou des majeures protégées. En effet, le principe veut que l'équipe médicale ne dispose d'aucune information personnelle sur la mère de l'enfant, il semble donc compliqué que cette équipe puisse s'opposer à un accouchement dans le secret en se fondant sur l'incapacité de la mère.

**236. Jurisprudence.** D'ailleurs, la Cour de cassation semble aller dans le sens de la reconnaissance de l'accès des mères mineures ou majeures protégées à l'accouchement dans le secret puisque dans un arrêt du 5 novembre 1995<sup>518</sup>, elle a affirmé que la décision de la mère, mineure en l'espèce, souhaitant accoucher dans le secret est valable. En l'espèce, la jeune fille souhaitait se rétracter après l'expiration du délai de deux mois. La Professeure Adeline Gouttenoire indique qu'on ne peut pas considérer que cette décision reconnaisse la capacité de la mineure d'abandonner son enfant de manière directe, les juges se fondant sur le caractère secret de l'identité et donc de l'âge de la mère<sup>519</sup>. Cette décision devrait être la même concernant une majeure protégée puisque son incapacité fait partie du caractère secret de son identité.

**237. Qualification de l'accouchement dans le secret.** La question de considérer un tel acte comme strictement personnel peut interroger. En effet, accoucher dans le secret est lourd de conséquences, puisqu'il rompt toute relation entre l'enfant et ses parents biologiques. Or, si on exclut toute représentation ou assistance pour cet acte qui est strictement personnel, la mère prend seule cette décision dans une situation de particulière vulnérabilité, qu'elle soit mineure ou majeure protégée bénéficiant d'une mesure de représentation. Toutefois, tout laisse à penser que l'accouchement dans le secret doit être un acte strictement personnel qui nécessiterait un accompagnement important de la part des équipes médicales afin d'assister de la meilleure manière l'intéressé dont la vulnérabilité ne semble pouvoir être ignorée. En effet, il semblerait paradoxal d'affirmer que la déclaration de naissance est un acte strictement personnel, tout en permettant à un tiers représentant de consentir à l'accouchement dans le

<sup>518</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 nov. 1996, RTD civ. 1997, p.98, obs. J. Hauser

<sup>519</sup> A. GOUTENOIRE, ET P. BONFILS, op. cit., p. 1095, n°1950

secret de la personne incapable. En réalité, ce ne serait pas à l'accouchement qu'il y aurait une représentation, mais plutôt pour l'acte d'abandon qu'implique l'accouchement dans le secret. L'information semble ici un préalable nécessaire à l'accomplissement de cet acte strictement personnel afin de s'assurer que l'acte est accompli en toute lucidité. En tout état de cause, concernant la majeure protégée, cette situation semble être un cas d'école, la majeure partie ayant un âge avancé<sup>520</sup>. Malgré cela, la Professeure Annick Batteur souligne le fait que nous sommes ici face à « *une véritable lacune du droit* »<sup>521</sup>. Il s'agit d'une hypothèse qui peut davantage se poser pour la mineure et il a d'ailleurs été proposé un suivi particulier lorsqu'une mineure demande à accoucher dans le secret<sup>522</sup>. Il pourrait être envisagé un accompagnement de la mineure par un majeur de son choix comme prévu pour l'interruption volontaire de grossesse<sup>523</sup>.

## **B.- L'interprétation des textes de droit commun**

**238. Domaine.** Le droit commun organise parfois dans différents textes l'exclusion de l'assistance ou de la représentation du mineur ou du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation pour certains actes, ce qui permet de les qualifier d'actes strictement personnels. Néanmoins, cette qualification n'est pas toujours si évidente et reste soumise à interprétation du texte de droit commun qui ne vise pas toujours spécifiquement le majeur protégé ou le mineur. Il s'agit de l'accès aux origines (1) mais également du changement de nom et prénom du majeur protégé dont les textes ne le visent plus spécifiquement (2).

### **1. L'accès aux origines pour le majeur protégé**

**239. Accès aux origines du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation.** L'article 147-2 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que la demande d'accès aux origines personnelle est formulée par le majeur lui-même depuis l'ordonnance du 11 mars 2020<sup>524</sup>. En effet, avant cette modification, l'article prévoyait expressément que la demande d'accès aux origines personnelles du majeur en tutelle était formulée par son tuteur. Par cette ordonnance qui supprime l'exigence d'une demande

---

<sup>520</sup> V. en ce sens : D. NOGUERO, op.cit., p.127

<sup>521</sup> A. BATTEUR, op. cit., p. 234

<sup>522</sup> A. GOUTTENOIRE et I. CORPART (dir.), Adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui, Rapport remis à la Ministre de la famille, févr. 2014, Doc.fr.

<sup>523</sup> V. *infra* n°707

<sup>524</sup> Ordonnance n°2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique

formulée par le tuteur, le législateur fait de la demande d'accès aux origines personnelles un acte strictement personnel puisque c'est seulement le majeur, sans distinction, qui peut formuler cette demande et personne d'autre ne pourra demander à connaître ses origines. Il n'a en outre pas besoin du consentement de son tuteur, contrairement au mineur qui dispose en cette matière d'une capacité relative, car il doit obtenir une autorisation<sup>525</sup>. Cette différence s'explique sans doute par le fait que le mineur pourra y avoir accès librement à sa majorité. Pour le majeur protégé, il s'agit d'une interprétation de l'article 147-2 du Code de l'action sociale et des familles, qui n'indique pas expressément que la représentation ou l'assistance est exclue, mais précise que la demande d'accès à la connaissance des origines est formulée par le majeur sans autre précision. En outre, la suppression de l'hypothèse de la demande formulée par le majeur en tutelle laisse entendre que dès lors que le demandeur est majeur, il formule la demande lui-même. Il reste à savoir si, en cas d'impossibilité pour le majeur de formuler la demande, une alternative est possible. En effet, la question se pose de savoir si l'éventuelle incapacité de jouissance qui peut naître de cette impossibilité est opportune ou non. Si le majeur protégé n'est pas en mesure de demander lui-même l'accès à ses origines, il n'est sans doute pas en capacité de comprendre cette procédure et personne ne peut lui imposer de connaître ses origines, l'incapacité de jouissance semble donc opportune dans ce cas.

#### **240. Accès aux origines dans le cadre d'une procréation médicalement assistée.**

L'article L2143-2 du Code de la santé publique prévoit que : « *Toute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur définies à l'article L. 2143-3.* » Le mineur n'a donc pas accès à ces données, alors qu'il peut accéder à l'origine de sa mère lors d'un accouchement dans le secret avec l'autorisation de ses parents. Cette exclusion du mineur n'a que peu d'importance puisqu'il pourra tout à fait avoir accès à ces informations à sa majorité, mais il est peu cohérent de faire une différence entre l'accouchement dans le secret et la procréation médicalement assistée<sup>526</sup>. Pour le majeur protégé, aucune distinction n'est faite par le texte entre les majeurs qu'ils bénéficient ou non d'une mesure de protection judiciaire. Le législateur semble donc faire implicitement de cet acte, un acte strictement personnel pour lequel seul le majeur protégé peut agir. Cette interprétation est cohérente puisque personne ne peut imposer au majeur protégé de connaître

<sup>525</sup> V. *infra* n°563

<sup>526</sup> V. également en ce sens *infra* n°564

ses origines, l'incapacité de jouissance qui peut naître en cas d'impossible action de ce dernier est alors opportune. De plus, la représentation n'est pas concevable au regard de la nature de l'acte : il faut s'assurer que c'est le majeur protégé qui a la volonté de connaître ses origines, c'est pourquoi il est nécessaire de considérer ces différents actes comme étant strictement personnels.

**241. Accès aux origines de l'enfant de la majeure protégée.** À l'inverse, si l'enfant de la majeure protégée souhaite accéder à ses origines, la question se pose de savoir si l'incapacité de la mère a une incidence sur la révélation de son identité. La question ne se pose pas vraiment pour la mère mineure, puisque son enfant devra avoir atteint l'âge de discernement pour accéder à ses origines personnelles, laissant supposer que sa mère sera devenue majeure. La loi ne dit rien à ce sujet, mais cette autorisation de la révélation de l'identité de la mère majeure protégée devrait être considérée comme un acte strictement personnel. Il serait paradoxal que ce soit le représentant qui consente pour la majeure protégée à la révélation de son identité et il faudrait alors considérer que si cette dernière n'est pas en mesure de consentir, alors cette révélation est impossible. C'est sans doute cet obstacle qui peut faire douter de la nature strictement personnelle de la révélation de l'identité de la majeure protégée. En effet, l'intérêt de l'enfant peut entrer en contradiction avec cette affirmation, il faudrait alors adapter le consentement à la révélation de l'identité de la majeure protégée.

## **2. *Le changement de nom et de prénom du majeur protégé***

**242. Modification législative.** L'article 60 du Code civil prévoyait que la demande de changement de prénom devait être remise par le représentant légal s'il s'agissait d'un mineur ou d'un majeur en tutelle. La loi du 2 mars 2022 relative au choix du nom issu de la filiation<sup>527</sup> est venue supprimer cette condition et ainsi permettre au majeur protégé en tutelle de lui-même présenter sa demande de changement de prénom à l'officier d'état civil sans recourir à son représentant légal. En effet, l'article 60 dispose désormais dans son premier alinéa que : « *Toute personne peut demander à l'officier de l'état civil à changer de prénom. La demande est remise à l'officier de l'état civil du lieu de résidence ou du lieu où l'acte de naissance a été dressé. S'il s'agit d'un mineur, la demande est remise par son représentant légal. L'adjonction, la suppression ou la modification de l'ordre des prénoms peut également*

---

<sup>527</sup> Loi n° 2022-301 du 2 mars 2022 relative au choix du nom issu de la filiation

*être demandée.* » Le texte ne vise désormais plus que le seul mineur et non plus le majeur en tutelle ni même le majeur protégé en général, ce qui laisse entendre que les majeurs protégés bénéficiant d'une mesure de représentation ne sont pas concernés. Le législateur a donc fait le choix d'exclure la représentation du tuteur pour remettre une demande de changement de prénom afin de renforcer l'autonomie des majeurs protégés dans la prise de décisions relatives à leur personne ce qui fait de cet acte, un acte strictement personnel. Une circulaire du 15 juin 2023<sup>528</sup> relative à la présentation des dispositions issues de la loi n°2022-301 du 2 mars 2022 relative au choix du nom issu de la filiation est venue préciser les conséquences de la suppression de la représentation du tuteur pour demander à changer de prénom. Le majeur protégé doit être présent lors de la remise de la demande de changement de prénom étant le seul à pouvoir réaliser cette démarche et à signer cette demande. De plus, l'officier d'état civil ne doit plus effectuer les vérifications relatives au tuteur et c'est le seul majeur protégé qui reçoit les décisions d'autorisation ou de refus de changement de prénom, de saisine du procureur de la République et leur notification qui ne doivent plus faire référence aux termes de majeur protégé ou de tuteur. Il s'agit d'une interprétation du texte de droit commun qui permet de qualifier l'acte de strictement personnel par la suppression de la possible intervention du tuteur et l'absence de distinction entre les majeurs. Cette solution est la bienvenue au regard de la nature d'un tel acte. En effet, si la représentation était prévue, on pourrait imaginer que le représentant puisse imposer un changement de prénom au majeur protégé, ce qui est incohérent. Il était nécessaire de permettre au majeur protégé d'agir lui-même et d'en faire un acte strictement personnel, car il n'y a pas de conséquences s'il ne peut pas manifester sa volonté, l'incapacité de jouissance est alors, dans cette hypothèse, opportune.

**243. Changement de nom.** En outre, la même circulaire du 15 juin 2023 précise que le tuteur peut également présenter seul une demande de changement de nom devant l'officier d'état civil. En effet, l'article 61-3-1 du Code civil ne précise rien quant au majeur protégé et dispose que « *toute personne majeure* » sans distinction, peut demander son changement de nom à l'officier d'état civil. Dès lors, tous les majeurs protégés bénéficiant d'une mesure de représentation semblent pouvoir demander le changement de nom eux-mêmes. Si la représentation est exclue pour le majeur protégé, ce n'est pas le cas pour le

---

<sup>528</sup> Nouvelle circulaire de présentation des dispositions issues de la loi n°2022-301 du 2 mars 2022 relative au choix du nom issu de la filiation, CIV/03/23

mineur<sup>529</sup> puisque son consentement est soumis à un seuil d'âge et que ce sont ses parents qui doivent agir afin de présenter la demande. Par ailleurs, l'article 61 du Code civil prévoit dans son alinéa 1 que : « *Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom.* » Cette possibilité est donc ouverte à toutes les personnes qu'elles soient protégées ou non. Toutefois, la difficulté de cette procédure réside dans la preuve de l'intérêt légitime à changer de nom. Le législateur en introduisant l'article 61-3-1 du Code civil permet un changement de nom de droit sans avoir à justifier d'un intérêt légitime, facilitant cette procédure.

## **Section 2 : L'exclusion relative de la représentation**

**244. Capacité soumise à conditions.** L'exclusion de la représentation est relative lorsque la capacité d'exercice de la personne protégée est soumise à certaines conditions. La relativité de cette exclusion résulte notamment du fait que si les conditions pour agir ne sont pas réunies, des alternatives sont prévues pour pouvoir réaliser l'acte. Les conditions d'exclusion de la représentation du mineur (Sous-Section 1) sont différentes de celle qui est prévue pour le majeur protégé (Sous-Section 2), la protection ne se justifiant pas pour les mêmes raisons.

### **Sous-Section 1 : L'exclusion relative de la représentation du mineur**

**245. Conditions.** Pour le mineur, l'exclusion de la représentation est relative à deux égards. En effet, elle peut être soumise à des conditions qui, une fois remplies, vont permettre d'exclure la représentation qui sera toujours effective si elles ne le sont pas. Il s'agit dans ce cas de faire dépendre l'exclusion de la représentation d'un seuil d'âge. Par ailleurs, le mineur peut parfois agir lui-même, mais cette capacité est relative, car elle est indépendante d'une exclusion de la représentation du mineur qui reste possible. Néanmoins, la représentation

---

<sup>529</sup> V. *infra* n°486

n'est pas systématique puisque le mineur a la possibilité d'agir lui-même, mais même s'il a le discernement suffisant pour agir, la représentation reste possible. Cette possibilité concerne notamment la saisine de certains juges par le mineur. Dès lors, l'exclusion de la représentation du mineur peut être relative quand elle est soumise à un seuil d'âge (I) mais également lorsque le mineur peut agir, mais que cette capacité n'exclut pas la représentation (II).

### § I. - L'exclusion de la représentation soumise à un seuil d'âge

**246. Exclusion relative.** Dans certains cas, le mineur va pouvoir agir sans représentation ni assistance à condition qu'il ait atteint un certain seuil d'âge à partir duquel naît une présomption de discernement. La représentation et l'assistance sont exclus mais de manière relative puisqu'il existe cette condition de seuil d'âge et si le mineur n'a pas atteint l'âge requis, le ou les titulaires de l'autorité parentale peuvent agir en son nom. Si le seuil d'âge de 15 ans se retrouve davantage en droit pénal, il a récemment été mis en place pour condition de la capacité d'exercice du mineur en matière numérique (A) alors que le seuil d'âge de 16 ans est plus régulièrement utilisé en droit civil (B).

#### A.- Le seuil d'âge de 15 ans

**247. Traitement des données personnelles du mineur.** Le traitement des données à caractère personnel du mineur exclut de manière relative la représentation, car la capacité du mineur est soumise à un seuil d'âge en cette matière. Le législateur s'est attaché à encadrer le traitement des données personnelles du mineur pour lequel il existe des règles spécifiques alors que ce n'est pas le cas pour le majeur protégé. Pour le mineur, la loi du 6 janvier 1978<sup>530</sup> dans sa rédaction issue de la loi du 20 juin 2018<sup>531</sup> relative à la protection des données personnelles et de l'ordonnance du 12 décembre 2018<sup>532</sup> dispose dans son article 45 qu'en application de l'article 8 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016<sup>533</sup>, le mineur, à partir de l'âge de quinze ans, peut consentir seul à un traitement de données à caractère personnel en

<sup>530</sup> Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

<sup>531</sup> Loi n°2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles

<sup>532</sup> Ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel

<sup>533</sup> RÈGLEMENT (UE) 2016/679 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) - RGPD

ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information. Autrement dit, le législateur consacre une « *majorité numérique* »<sup>534</sup> pour le mineur de plus de quinze ans. L'exclusion de la représentation du mineur est donc relative puisqu'elle est subordonnée à l'âge de 15 ans. En effet, dès lors qu'il a atteint l'âge de quinze ans, le mineur ne peut être ni assisté ni représenté pour consentir au traitement de ses données personnelles ; lui seul est en capacité de le faire et ses parents ne peuvent pas agir. À l'inverse, si le mineur a moins de 15 ans, alors ce sont ses parents qui assurent la protection de ses données personnelles et lui-même ne peut pas agir.

**248. Inscription sur les réseaux sociaux.** Dans le cadre de l'inscription sur les réseaux sociaux, la capacité d'exercice du mineur est relative, car soumise au même seuil d'âge de 15 ans. En effet, la loi du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne<sup>535</sup> a inséré un article 6-7 dans la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique<sup>536</sup> impose une autorisation par l'un des titulaires de l'autorité parentale pour l'inscription du mineur de moins de 15 ans aux services des fournisseurs de services de réseaux sociaux en ligne<sup>537</sup>. L'instauration de ce seuil d'âge signifie qu'au-delà, le mineur peut s'inscrire sur les réseaux sociaux sans autorisation parentale, excluant ainsi toute assistance ou représentation, mais à la condition d'avoir plus de 15 ans.

**249. Traitement des données à caractère personnel pour le majeur protégé.** La situation du majeur protégé est moins traitée que celle du mineur. L'article 70 de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés précise dans son premier alinéa : « *Sont destinataires de l'information et exercent les droits de la personne concernée par le traitement les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, pour les mineurs, ou la personne chargée d'une mission de représentation dans le cadre d'une tutelle, d'une habilitation familiale ou d'un mandat de protection future, pour les majeurs protégés dont l'état ne leur permet pas de prendre seuls une décision personnelle éclairée.* » Il faut alors comprendre que le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation consent au traitement de ses données personnelles dans la mesure où son état lui permet de prendre seul une décision personnelle éclairée. À l'inverse, la personne chargée de la mission de représentation exerce

---

<sup>534</sup> V. en ce sens : A.GOUTTENOIRE et P. BONFILS, op.cit., p.1101, n°1962

<sup>535</sup> Loi n° 2023-566 du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne

<sup>536</sup> Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

<sup>537</sup> V. *infra* n°542

les droits relatifs au traitement des données à caractère personnel du majeur protégé. La doctrine souhaiterait appliquer le régime de droit commun des décisions relatives à la personne de l'article 459 du Code civil dans cette hypothèse<sup>538</sup>. Il faut articuler la disposition spéciale et la disposition générale. La loi informatique reprend globalement l'idée de l'article 459 du Code civil, mais l'autonomie semble moins graduée puisque c'est le représentant qui exerce les droits du majeur protégé dans l'impossibilité de prendre seul une décision personnelle éclairée, la loi informatique ne prévoit pas de possible assistance. Il serait intéressant d'harmoniser le texte spécial pour qu'il corresponde au régime des décisions personnelles. Cette capacité est donc relative puisqu'elle est soumise à la capacité naturelle du majeur protégé<sup>539</sup>.

**250. Difficultés pratiques.** En pratique, la vérification du consentement au traitement des données personnelles est délicate, que ce soit pour le mineur ou pour le majeur protégé, puisque l'âge n'est pas véritablement contrôlé ni le fait que la personne soit placée sous un régime de protection et en état de consentir. Le consentement en ligne est difficilement vérifiable, puisque, notamment sur les réseaux sociaux, tout le monde peut s'inscrire en déclarant une fausse date de naissance par exemple et sans donner de plus amples informations, ce qui semble faire du consentement en ligne une véritable problématique. En effet, cette difficulté se rencontre notamment pour le mineur concernant l'accès aux sites réservés aux adultes, notamment les sites pornographiques. La question se pose alors de savoir comment vérifier l'âge et le consentement des personnes en ligne. De nombreuses propositions<sup>540</sup> ont été faites, mais rien ne semble avoir concrètement été mis en place, ce qui peut être regretté. Pourtant, l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales<sup>541</sup> prévoit dans son premier alinéa : « *Lorsqu'il constate qu'une personne dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne permet à des mineurs d'avoir accès à un contenu pornographique en violation de l'article 227-24 du code pénal, le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel adresse à cette personne, par tout moyen propre à en établir la date de réception, une mise en demeure lui enjoignant de prendre toute mesure de nature à empêcher l'accès des mineurs au contenu incriminé. La personne destinataire de l'injonction dispose d'un délai de quinze jours pour*

<sup>538</sup> V. en ce sens : T.DOUVILLE, « La protection des données à caractère personnel des mineurs et des majeurs protégés », *RLDC*, 1<sup>er</sup> sept. 2018, n°162

<sup>539</sup> V. également en ce sens *infra* n°271

<sup>540</sup> Citées par A.GOUTTENOIRE et P.BONFILS, *op.cit.*, p.1101, n°1963

<sup>541</sup> LOI n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales

*présenter ses observations.* ». Dès lors, l'accès à des sites pornographiques doit être interdit aux mineurs, mais la difficulté de la vérification de l'âge se pose. C'est pourquoi le Gouvernement s'est emparé de cette question dans son Projet de loi visant à sécuriser et réguler l'espace numérique<sup>542</sup> du 10 mai 2023 afin de mettre fin à l'exposition des mineurs à des sites pornographiques. Dans ce but, il est notamment proposé que l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle (ARCOM) puisse sanctionner les sites pornographiques qui ne vérifient pas l'âge de leurs utilisateurs à travers un blocage, un déferencement ou encore des amendes dissuasives. Il faut espérer que ces éventuelles sanctions obligent les sites pornographiques à mettre en place un véritable système de vérification de l'âge. Pour ce qui est de l'inscription sur les réseaux sociaux, la loi visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne prévoyait l'introduction d'un article 6-7 dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique imposant une obligation de vérification de l'âge pour les fournisseurs de ces services<sup>543</sup> permettant au mineur de s'inscrire librement à partir de l'âge de 15 ans. Néanmoins, cet article n'a toujours pas été introduit dans la loi.

**251. Droit à l'oubli du mineur.** L'article 17 du règlement général sur la protection des données (RGPD)<sup>544</sup> prévoit un droit à l'effacement également appelé droit à l'oubli selon lequel une personne peut obtenir du responsable du traitement l'effacement de données à caractère personnel la concernant avec une obligation pour le responsable de les effacer dans les meilleurs délais lorsqu'il existe un des motifs listés, la minorité étant un motif pouvant justifier l'effacement. En droit interne, c'est l'article 51 de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés<sup>545</sup> qui prévoit ce droit. Le législateur précise à l'alinéa 2 de cet article : « *En particulier, sur demande de la personne concernée, le responsable du traitement est tenu d'effacer dans les meilleurs délais les données à caractère personnel qui ont été collectées dans le cadre de l'offre de services de la société de l'information lorsque la personne concernée était mineure au moment de la collecte. (...)* ». L'accent est donc mis sur un traitement particulier du droit à l'oubli du mineur. Lorsqu'il demande l'effacement de données à caractère personnel, le responsable du traitement a un mois pour exécuter la demande. Le mineur peut, le cas échéant, saisir la Commission nationale de l'informatique et

---

<sup>542</sup> Projet de loi visant à sécuriser et réguler l'espace numérique (ECO12309270L)

<sup>543</sup> V. également *infra* n°542

<sup>544</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)

<sup>545</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

des libertés (CNIL) qui se prononce dans un délai de trois semaines à compter de la réception de la réclamation.

### **252. Modalités de la demande d'effacement des données à caractère personnel.**

Le législateur a précisé les modalités de cette demande dans l'article 6 de la loi du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne<sup>546</sup>. Ainsi, le consentement des titulaires de l'autorité parentale n'est pas requis pour la mise en œuvre par un mineur du droit à l'effacement des données à caractère personnel prévu par l'article 51 de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Le mineur peut alors demander seul l'effacement de ses données à caractère personnel, excluant ainsi la représentation sans conditions alors que pour consentir au traitement, un seuil d'âge est prévu. Le discernement du mineur semble présumé en ce qui concerne le droit à l'oubli. En effet, si le mineur pense à demander l'effacement de ses données personnelles, c'est, sans doute, qu'il est suffisamment doué de discernement. Le mineur agit seul a priori, mais rien ne semble s'opposer à ce que les parents puissent agir également si le mineur ne le fait pas. L'exclusion de la représentation est donc relative.

### **B.- Le seuil d'âge de 16 ans**

**253. Condition de la capacité d'exercice du mineur.** Si le seuil d'âge de 16 ans est régulièrement utilisé en matière civile, il s'agit ici de s'intéresser aux hypothèses où il est mis en place comme une condition de la capacité d'exercice du mineur, ce qui est le cas pour le testament du mineur (1) et la réclamation ou répudiation de sa nationalité (2).

#### **1. Le testament**

**254. La capacité de tester réservée aux mineurs de 16 à 18 ans.** Bigot de Préameneu<sup>547</sup> a pu préciser que le mineur parvenu à sa seizième année peut avoir acquis une maturité suffisante pour qu'il soit, à cet égard le maître, non de la totalité de sa fortune, mais seulement de la moitié des biens que la loi permet au majeur de disposer. Tel a été l'un des principes ayant inspiré l'élaboration de l'article 904 du Code civil qui reconnaît au mineur de plus de seize ans la capacité de disposer. Le premier alinéa de l'article 904 du Code civil énonce une règle générale selon laquelle le mineur non émancipé ayant atteint l'âge de 16 ans

<sup>546</sup> Loi n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne

<sup>547</sup> Jurisprudence générale Dalloz, *Dispositions entre vifs et testamentaires*, 1856, t. XVI, p. 32, n°124

révolus peut disposer par testament de la moitié des biens dont peut légalement disposer en majeur. Cet article constitue une étape vers la majorité et traduit la volonté du législateur de permettre au mineur mature de bénéficier d'une certaine capacité en matière patrimoniale. Toutefois, il convient de noter que l'âge de la majorité a été abaissé de 21 à 18 ans par la loi du 5 juillet 1974. L'application de cette disposition ne concerne depuis 1974 qu'une période de deux années, le mineur recouvrant sa pleine capacité lorsqu'il devient majeur à l'âge de 18 ans. La question qui se pose est de savoir si cette restriction à une période de deux années relève d'une volonté du législateur de n'offrir cette possibilité qu'aux mineurs ayant atteint un certain degré de maturité ou si elle résulte simplement des conséquences de l'évolution législative. En effet, cette disposition semble désuète au regard de l'abaissement de la majorité à l'âge de 18 ans. Néanmoins, il est difficile d'imaginer qu'avant l'âge de 16 ans un mineur puisse penser à établir un testament. La capacité de tester limitée aux mineurs de plus de 16 ans présente donc une certaine logique et il ne semble pas nécessaire que le législateur intervienne à la suite de cette évolution législative.

**255. Quotité disponible.** Outre la condition liée à l'âge, la capacité de tester du mineur est limitée dans son étendue. L'article 904 du Code civil impose que le legs d'une fraction de patrimoine par un mineur n'excède pas la moitié de la quotité disponible. Dès lors, il convient que soit déterminée au préalable la quotité disponible dont un majeur aurait pu disposer par testament. La quotité disponible est la fraction de la succession dont une personne est en droit de disposer à titre gratuit en dehors de la réserve héréditaire<sup>548</sup>. C'est la part du patrimoine d'une personne, imputée de ce qui est réservé par la loi aux héritiers réservataires, dont elle va pouvoir disposer librement par des libéralités (donation, testament)<sup>549</sup>. L'évaluation de la quotité disponible est régie par l'article 912 alinéa 2 du Code civil et dépend de la part de biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi. Dès lors, le mineur de 16 ans révolus peut disposer de la moitié de l'actif successoral, c'est-à-dire la moitié de l'ensemble des biens et droits constituant son patrimoine, s'il n'y a pas d'héritiers réservataires, qui sont les héritiers à qui la loi réserve une part de la succession qui ne peut être diminuée. En présence d'héritiers réservataires, le mineur ne disposera donc que de la moitié de la quotité disponible. Toutefois, dans la situation du mineur âgé de 16 ans révolus, la présence d'héritiers réservataires semble être une hypothèse rare. En effet, depuis la

---

<sup>548</sup> G. CORNU, *op.cit.*, p.352

<sup>549</sup> Art. 912 Code civil al. 2

réforme des successions du 23 juin 2006,<sup>550</sup> les père et mère ne sont plus réservataires, seuls des descendants (enfants, petits-enfants) ou à défaut, le conjoint survivant, peuvent l'être. Aussi, il semblerait que l'hypothèse la plus courante soit que le mineur puisse disposer de la moitié de l'actif successoral, il peut alors s'agir d'une grande part du patrimoine du mineur si celui-ci est important.

**256. Différence avec le majeur protégé.** Cet acte est considéré comme étant un acte strictement personnel, puisque personne ne pourra représenter le mineur de plus de 16 ans qui souhaite tester, mais cette capacité étant soumise à un seuil d'âge, l'exclusion de la représentation reste relative. Néanmoins, il n'est pas possible qu'un représentant agisse à sa place s'il a moins de 16 ans. La relativité de la capacité du mineur en cette matière s'explique donc davantage par l'exigence d'un seuil d'âge que par la possibilité pour son représentant d'agir. La nature de l'acte le rend éminemment personnel et c'est la raison pour laquelle la représentation est exclue, mais le régime reste spécifique, car soumis à un seuil d'âge. La représentation n'est raisonnablement pas envisageable dans le cadre du testament en raison de la nature éminemment personnelle des dernières volontés. Toutefois, pour le majeur protégé, une autorisation est nécessaire afin de tester<sup>551</sup>, il ne peut pas agir par lui-même sauf pour le révoquer, qui n'est qu'une situation hypothétique, car la révocation implique potentiellement la rédaction d'un nouveau testament pour laquelle une autorisation est nécessaire.

**257. Les dérogations de l'article 904 du Code civil.** Il existe deux dérogations à la capacité de disposer du mineur de plus de seize ans. La première concerne le mineur émancipé qui a la même capacité de disposer et de recevoir que le majeur puisqu'il n'est plus considéré comme une personne incapable. Cette dérogation ne concerne donc pas la capacité du mineur à disposer *stricto sensu* puisqu'il s'agit du mineur émancipé qui n'est donc plus soumis à un régime de représentation lié à son incapacité. La seconde réserve concerne les mineurs appelés sous les drapeaux pour une campagne de guerre, instaurée lors de la guerre de 1914 par une loi du 28 octobre 1916. En effet, l'article 904 alinéa 2 du Code civil dispose que le mineur appelé sous les drapeaux pour une campagne de guerre a la capacité de disposer de ses biens comme s'il était majeur, pendant la durée des hostilités, en faveur de l'un de ses parents ou de plusieurs d'entre eux jusqu'au sixième degré inclusivement, ou encore au profit de son conjoint. À défaut de parents au sixième degré inclusivement, le mineur pourra

<sup>550</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités

<sup>551</sup> V. *infra* n°572

disposer comme le ferait un majeur. Cette disposition correspondait à une époque où les combattants étaient soumis aux mêmes risques qu'ils soient majeurs ou mineurs, et il était nécessaire de leur offrir la même capacité afin de transmettre au mieux leur patrimoine. Cette dérogation est aujourd'hui désuète puisque le mineur ne peut pas être appelé à combattre pour une campagne de guerre. En effet, l'article L.4132-1 du Code de la défense dispose que peut devenir militaire la personne âgée de dix-sept ans au moins, ou de seize ans pour recevoir une formation générale et professionnelle en qualité de volontaire dans les armées ou en qualité d'engagé dans une école militaire. En outre, le mineur doit obtenir le consentement de son représentant légal. L'hypothèse est alors rare. Dès lors, seul le premier alinéa de l'article 904 du Code civil conserve un intérêt. Le législateur devrait abandonner les deux derniers alinéas de l'article 904 du Code civil au profit d'une capacité testamentaire du mineur actualisée qui répondrait aux besoins sociologiques des temps modernes.

**258. Limitations.** La capacité de tester du mineur est également relative en raison de la limitation des personnes pouvant recevoir de sa part. En effet, l'article 907 du Code civil vise le mineur en tutelle et pose une limite à la capacité testamentaire de ce mineur même lorsque celui-ci a atteint l'âge de 16 ans révolus. L'article 907 du Code civil précise que le mineur ne peut disposer même par testament au profit de son tuteur, qui gère ou est associé à la gestion de son patrimoine de manière habituelle, ce qui peut lui permettre de faire pression sur la volonté du mineur. Il s'agit ainsi d'éviter toute influence malencontreuse au regard du jeune âge du mineur lorsque celui-ci est sous tutelle même si une telle disposition fait naître une éventuelle incapacité de jouissance de donner à un proche. De telles limitations existent également pour le majeur protégé<sup>552</sup>.

## **2. La nationalité**

**259. Demande d'acquisition de la nationalité.** Le mineur de plus de seize ans a la capacité d'exercer personnellement ses droits et démarches relatifs à sa nationalité. En effet, l'article 21-11 du Code civil prévoit que le mineur né en France de parents étrangers peut réclamer la nationalité française par déclaration à partir de l'âge de seize ans et s'il a résidé habituellement, de manière continue ou discontinue, en France pendant au moins cinq ans depuis l'âge de onze ans. Dès lors qu'il a seize ans, c'est au mineur seul de réaliser les démarches pour réclamer la nationalité ; il ne pourra pour cela ni être assisté ou représenté. En

---

<sup>552</sup> V. *infra* n°576

outre, l'article 17-3 du Code civil précise que « *Les demandes en vue d'acquérir, de perdre la nationalité française ou d'être réintégré dans cette nationalité, ainsi que les déclarations de nationalité, peuvent, dans les conditions prévues par la loi, être faites, sans autorisation, dès l'âge de seize ans.* » et indique que le mineur de moins de seize ans doit être représenté, ce qui signifie que, *a contrario*, le mineur de seize ans révolus n'a pas à être représenté.

**260. Répudiation de la nationalité.** De la même manière, en ce qui concerne la répudiation de la nationalité, l'article 22-3 du Code civil prévoit que l'enfant français qui n'est pas né en France a la faculté de répudier cette qualité pendant les six mois précédant sa majorité et dans les douze mois la suivant. Dès lors qu'il a seize ans, le mineur peut renoncer à cette possibilité de répudiation selon l'alinéa 2 de l'article 20-2 du Code civil. Le seuil d'âge de 16 ans est donc utilisé afin de permettre au mineur de renoncer à la répudiation. La répudiation de la nationalité en elle-même n'est pas soumise au seuil d'âge de 16 ans, mais il peut exercer cette faculté par anticipation six mois avant sa majorité, ce qui est une condition d'exercice assez inédite. Cette faculté de répudiation six mois avant la majorité concerne l'enfant français qui n'est pas né en France selon l'article 22-3 du Code civil, mais également l'enfant français dont un seul des parents est français selon l'article 18-1 du Code civil et l'enfant français dont un seul des parents est né en France selon l'article 19-4 du Code civil. Aussi, le mineur seul peut décider de ne pas acquérir la nationalité française et il peut également renoncer à la répudiation, et ce sans avoir à être assisté ou représenté, mais il doit seulement avoir atteint l'âge de seize ans, même si certains dispositifs permettent au mineur d'acquérir la nationalité française en deçà de cet âge<sup>553</sup>.

**261. Nationalité majeur protégé.** En revanche, aucun texte ne prévoit spécifiquement la situation du majeur protégé. En effet, l'article 17-3 alinéa 3 et l'article 21-11 alinéa 2 prévoient l'hypothèse de la représentation du mineur dont les facultés mentales ou corporelles l'empêchent d'exprimer sa volonté, mais n'évoquent jamais celle du majeur protégé qui serait également incapable d'exprimer sa volonté. Aussi, il faut se référer au droit commun et considérer qu'il s'agit d'une démarche relevant de la capacité simplement personnelle du majeur protégé prévue par l'article 459 du Code civil.

---

<sup>553</sup> V. *infra* n°485 sur le consentement décisif du mineur soumis à un seuil d'âge

## § II. - La capacité non exclusive de la représentation

**262. Capacité exceptionnelle.** En principe, le mineur ne dispose pas de la capacité d'agir en justice, il ne peut donc pas saisir le juge afin qu'il puisse intervenir. Néanmoins, il existe des exceptions à ce principe qui vont permettre au mineur de faire intervenir le juge. Cette capacité reste relative, car il n'est pas le seul à pouvoir saisir le juge, s'il ne le fait pas ou ne peut pas le faire d'autres pourront saisir le juge à sa place ou demander la nomination d'un administrateur ad hoc dans ce but. Il peut saisir le juge de manière directe (1) ou alors en demandant, s'il est doué de discernement, qu'un administrateur ad hoc le représente dans une procédure (2).

### 1. *La saisine directe du juge par le mineur*

**263. Juge des enfants.** L'article 375 du Code civil prévoit que le mineur lui-même peut saisir le juge des enfants afin de mettre en place une mesure d'assistance éducative si sa santé, sa sécurité ou sa moralité sont en danger ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises. Cette capacité procédurale est relative, car ces mesures d'assistance éducative peuvent également être ordonnées à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur ou du ministère public. Le mineur discernant, informé par le juge, peut également choisir un conseil ou demander au juge que le bâtonnier en désigne un d'office comme le prévoit l'article 1186 du Code de procédure civile. Cette possibilité de saisir directement le juge des enfants afin de mettre en place une mesure d'assistance éducative se justifie notamment par le fait que le mineur est le plus à même à signaler le danger<sup>554</sup>. Cette saisine du juge des enfants connaît une augmentation avec la multiplication des requêtes des mineurs non accompagnés à qui l'Aide sociale à l'enfance ou le parquet ont refusé la mise en place d'une mesure d'assistance éducative<sup>555</sup>. La Cour de cassation a subordonné cette capacité à l'existence d'un discernement suffisant<sup>556</sup>. En effet, les juges indiquent que pour ordonner des mesures d'assistance éducative, le mineur peut saisir lui-même le juge des enfants et qu'il peut également lui-même interjeter appel des décisions de ce juge et faire le choix d'un avocat. Toutefois, les juges précisent que pour l'exercice de ces prérogatives, les juges du fond doivent vérifier que le mineur possède un

---

<sup>554</sup> A.GOUTTENOIRE, « Mineur », *Rép.proc.civ.*, Juillet 2021, n°233

<sup>555</sup> Ibid., n°236

<sup>556</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 nov.1995, n°94-05.102 ; RDSS, 1996, p.390, obs. Monéger ; RTD Civ., 1996, p.140, obs. J.Hauser ; D., 1996, p.420, note A.Gouttenoire

discernement suffisant. À ce titre, le décret du 15 mars 2002 modifiant le code de procédure civile et relatif à l'assistance éducative<sup>557</sup> exige le discernement du mineur qui souhaite exercer ses différents droits procéduraux, sauf pour la saisine du juge des enfants prévue par l'article 375 du Code civil. Ces droits procéduraux subordonnés au discernement du mineur concernent notamment le choix d'un avocat<sup>558</sup>, ou encore l'accès du mineur à son dossier<sup>559</sup> et selon la jurisprudence l'appel des décisions du juge des enfants. Néanmoins, l'article 375 du Code civil ne pose aucune condition de discernement pour la saisine du juge des enfants. Il faut alors faire une différence entre la saisine du juge pour laquelle aucune condition n'est posée et l'exercice des droits procéduraux pour lequel le mineur doit être doué de discernement.

**264. Cour européenne des droits de l'homme.** Selon la Professeure Adeline Gouttenoire<sup>560</sup>, la Convention européenne des droits de l'homme énonce des droits protecteurs, donc si le mineur invoque une violation d'un droit, ce recours ne semble pas lui causer un dommage. Dès lors, l'incapacité ne se justifie plus puisqu'elle serait un obstacle à l'exercice des droits du mineur qui n'est pas justifié par un besoin de protection. Le mineur peut ainsi saisir lui-même la Cour européenne des droits de l'homme si un de ses droits a été violé, et ce, sans recourir à la représentation. Aucune condition de capacité n'est requise par la Convention qui n'exige qu'une qualité et un intérêt personnel à agir. Cette capacité reste relative puisque le mineur peut toujours être représenté et la requête introduite en son nom par son représentant légal. Le seul paradoxe qu'il faut relever est que le mineur doit avoir épuisé les voies de recours internes pour saisir la Cour européenne des droits de l'homme comme le prévoit l'article 35 de la Convention. Néanmoins, en droit interne, le mineur ne dispose pas, en principe, de la capacité de saisir le juge sauf pour mettre en place une mesure d'assistance éducative. Si les représentants légaux doivent représenter le mineur en droit interne afin d'épuiser les voies de recours, la possibilité pour le mineur de saisir directement la Cour européenne des droits de l'homme semble simplement symbolique. La question n'est pas résolue de savoir quelles voies de recours internes le mineur doit saisir et épuiser afin de pouvoir saisir la Cour européenne des droits de l'homme. Les voies de recours internes à mettre en place vont notamment dépendre du droit que le mineur veut invoquer. Dans les faits, ce seront ses représentants légaux qui vont également saisir les juges européens.

---

<sup>557</sup> Décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 modifiant le code de procédure civile et relatif à l'assistance éducative

<sup>558</sup> Art. 1186 du Code de procédure civile

<sup>559</sup> Art. 1187 al. 3 du Code de procédure civile

<sup>560</sup> A. GOUTTENOIRE, P. BONFILS, *op.cit.*

Toutefois, le mineur peut avoir agi en droit interne de manière indirecte en désignant un administrateur ad hoc permettant ainsi d'épuiser les voies de recours interne, mais ce sera au mineur d'agir devant la Cour Européenne des droits de l'homme, l'administrateur ad hoc ne pouvant potentiellement pas initier la procédure.

## 2. *La saisine indirecte du juge par le mineur*

**265. Fondements.** Dans le cadre des procédures judiciaires, l'article 4 de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 janvier 1996 prévoit que le mineur a « *le droit de demander, personnellement ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, la désignation d'un représentant spécial dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire, lorsque le droit interne prive les détenteurs des responsabilités parentales de la faculté de représenter l'enfant en raison d'un conflit d'intérêts avec celui-ci.* ». Ainsi, en droit français, l'article 388-2 du Code civil dispose dans son premier alinéa que : « *Lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 383 ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur ad hoc chargé de le représenter.* ». Dès lors qu'il y a une opposition d'intérêt entre le mineur et ses représentants légaux, un administrateur ad hoc peut être désigné, il deviendra alors le représentant du mineur. Cette opposition d'intérêts est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges<sup>561</sup>, ce qui peut poser certaines difficultés<sup>562</sup>.

**266. Désignation.** Selon l'article 383 du Code civil, la nomination de l'administrateur ad hoc peut être requise par les représentants légaux, par le juge d'office ou à la demande du ministère public ou du mineur lui-même. Cette dernière hypothèse nous intéresse particulièrement puisque le mineur va pouvoir faire valoir ses intérêts en justice en demandant lui-même de se faire représenter par un administrateur ad hoc marquant la possibilité d'une saisine indirecte du juge. De cette manière, le mineur obtient indirectement la capacité de participer de sa propre initiative à une procédure judiciaire<sup>563</sup> et cette possibilité lui permet de participer personnellement à la protection de ses intérêts<sup>564</sup>. Toutefois, cette capacité est relative puisque d'autres peuvent être à l'initiative de cette nomination. Le mineur

---

<sup>561</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janv.1999, n°96-19.759 ; Dr.fam, 1999, n°58, note T.Fossier ; RTD civ., 1999, p.814, obs. J.Hauser ; RJPF 1999, n°2, p.13

<sup>562</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit. ; J.HAUSER, « Autorité parentale et représentation de l'enfant en justice », *RTD Civ.*, 1992, p.749

<sup>563</sup> A.GOUTTENOIRE, op.cit.

<sup>564</sup> A.GOUTTENOIRE, « Mineurs », *Rép.proc.civ.*, juillet 2021, n°208

devient acteur de la protection de ses intérêts, notamment en cas d'opposition d'intérêts, mais aussi d'inaction de ses parents<sup>565</sup>.

**267. Représentation ad hoc du majeur protégé.** Un dispositif de protection ad hoc similaire existe pour le majeur protégé, mais seulement pour celui qui bénéficie d'une mesure de curatelle ou de tutelle. L'article 455 du Code civil dispose ainsi que : « *En l'absence de subrogé curateur ou de subrogé tuteur, le curateur ou le tuteur dont les intérêts sont, à l'occasion d'un acte ou d'une série d'actes, en opposition avec ceux de la personne protégée ou qui ne peut lui apporter son assistance ou agir pour son compte en raison des limitations de sa mission fait nommer par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué un curateur ou un tuteur ad hoc. Cette nomination peut également être faite à la demande du procureur de la République, de tout intéressé ou d'office.* ». Néanmoins, cette désignation semble être rare puisqu'elle n'a lieu qu'en l'absence de subrogé curateur ou tuteur qui peut également agir en cas d'opposition d'intérêts<sup>566</sup>. Dans le cadre d'une habilitation familiale générale par représentation, l'article 494-6 du Code civil prévoit l'hypothèse d'une opposition d'intérêts et dispose dans son alinéa 6 que : « *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. Toutefois, à titre exceptionnel et lorsque l'intérêt de celle-ci l'impose, le juge peut autoriser la personne habilitée à accomplir cet acte.* ». Il ne s'agit donc pas ici de désigner un protecteur ad hoc, mais de recourir à l'autorisation judiciaire en cas d'opposition d'intérêts. Le dispositif de représentation ad hoc mériterait d'être étendu à toutes les mesures de représentation<sup>567</sup>.

**268. Protecteur ad hoc du majeur protégé.** Le fait que l'article 415 du Code civil prévoit que la protection des majeurs protégés recouvre celle de ses biens et de sa personne étend le champ d'intervention du curateur ou tuteur ad hoc qui peut notamment être nommé en matière de divorce, selon l'article 249-2 du Code civil, lorsque la curatelle ou la tutelle avait été confiée au conjoint de la personne protégée, puisque dans ce cas l'opposition d'intérêts est évidente<sup>568</sup>. La désignation pouvant être demandée par tout intéressé selon

---

<sup>565</sup> Ibid.

<sup>566</sup> Art. 454 du Code civil alinéa 5 : « Le subrogé curateur ou le subrogé tuteur assiste ou représente, selon le cas, la personne protégée lorsque les intérêts de celle-ci sont en opposition avec ceux du curateur ou du tuteur ou lorsque l'un ou l'autre ne peut lui apporter son assistance ou agir pour son compte en raison des limitations de sa mission. »

<sup>567</sup> F.ROGUE, « Le protecteur ad hoc », *LPA*, 6 oct. 2020, n°200, p.5

<sup>568</sup> Ibid.

l'article 455 alinéa 2 du Code civil, il semble que le tuteur puisse également demander la désignation d'un tuteur ad hoc. Dans ce cas, il peut indirectement faire valoir ses intérêts en cas d'opposition avec son tuteur. Il s'agit d'une capacité relative comme le mineur, ce tuteur ad hoc pouvant également saisir le juge selon les conditions de l'article 475 du Code civil puisqu'il dispose ponctuellement des mêmes pouvoirs que le tuteur, à la différence de l'administrateur ad hoc du mineur.

**269. Représentation ad hoc en cas d'inaction du représentant.** La possibilité de saisir de manière indirecte le juge intervient en cas d'opposition d'intérêts. Cette possibilité devrait être étendue aux cas où le représentant n'agit pas et que la personne protégée ne peut pas agir elle-même. En effet, la question peut se poser de l'inertie du représentant alors que le mineur ou le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation ne peut pas agir. Rien n'est prévu dans ce cas : qui peut agir ? La personne protégée peut-elle faire valoir ses droits ? Il s'agit probablement d'une hypothèse d'opposition d'intérêts entre la personne protégée et son représentant pour laquelle une représentation ad hoc pourrait être mise en place. Permettre à la personne protégée de demander au juge la désignation d'un représentant ad hoc en cas d'inertie du représentant pour un acte qu'elle ne peut pas réaliser elle-même pourrait permettre une capacité indirecte autorisée par le juge. Il peut s'agir d'une solution opportune à mettre en place, mais la question peut également se poser de refonder le droit des incapacités pour éviter ces situations.

## **Sous-Section 2 : L'exclusion relative de la représentation du majeur protégé**

**270. Fondement.** La loi n°2007-308 du 7 mars 2007<sup>569</sup> a introduit une règle spécifique concernant les actes relatifs à la personne du majeur protégé aux articles 459 à 459-2 du Code civil. Ainsi, l'article 459 dispose que la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. Le domaine d'application de cette capacité est bien différent des actes strictement personnels prévus par l'article 458 du Code civil. En effet, l'article 459 du Code civil précise qu'il est applicable hors les cas prévus à l'article 458 du Code civil. La doctrine et la pratique s'accordent pour qualifier les actes de

---

<sup>569</sup> LOI n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs

l'article 459 du Code civil d'actes simplement personnels ou d'actes personnels qui s'opposent aux actes strictement personnels. Cette autonomie dans les décisions personnelles n'est pas sans exceptions, notamment dans le cas où la personne n'est pas en état d'exprimer sa volonté ou alors lorsqu'il y a urgence ou encore lorsque la décision prise par le majeur protégé lui fait courir un danger. Il est, dans ce cas, possible de prévoir une assistance ou une représentation<sup>570</sup>, ce qui est la différence avec les actes strictement personnels de l'article 458 du Code civil pour lesquels aucune assistance ou représentation n'est possible, même en cas d'impossibilité pour le majeur protégé de consentir lui-même faisant apparaître une éventuelle incapacité de jouissance parfois inopportune<sup>571</sup>. L'article 459 du Code civil est également applicable dans le cadre d'une mesure d'habilitation familiale puisque l'article 494-6 du Code civil renvoie à cette disposition lorsque l'habilitation porte sur un ou plusieurs actes relatifs à la personne à protéger ce qui est notamment le cas en cas d'habilitation familiale générale impliquant une représentation. Le législateur prévoit que les dispositions du Code civil ne dérogent pas à celles du Code de la santé publique et du Code de l'action sociale et des familles. Cette disposition a pu poser certaines difficultés en matière médicale pour laquelle le législateur est intervenu en modifiant les dispositions du Code de la santé publique pour correspondre à celles de l'article 459 du Code civil<sup>572</sup>.

**271. Capacité d'exercice soumise à la capacité naturelle.** L'exclusion de la représentation du majeur protégé en matière personnelle est parfois soumise à sa capacité naturelle. En effet, en principe, dans ces hypothèses, le majeur protégé peut agir lui-même. Néanmoins, la représentation n'est pas totalement exclue puisque les textes prévoient que si le majeur protégé n'est pas en mesure de prendre la décision, une assistance voire une représentation peut être mise en place. Dès lors, la capacité d'exercice du majeur protégé est soumise à sa capacité naturelle de manière générale pour les décisions relatives à sa personne (I) et de manière spécifique pour les décisions médicales (II).

### § I. - Les décisions relatives à la personne du majeur protégé

**272. Absence de définition des décisions relatives à la personne.** Tout comme pour les actes strictement personnels, le législateur n'a pas donné de définition des décisions simplement personnelles. La tentative de définition n'est pas aisée puisque le doute sera

<sup>570</sup> V. *infra* n°587 et s. sur l'intervention subsidiaire du tiers dans les décisions de la personne protégée

<sup>571</sup> V. *infra* n°310 et s. sur les incapacités de jouissance

<sup>572</sup> V. *infra* n°295

toujours permis en l'absence de liste exhaustive des actes strictement personnels. Le régime accordé aux actes permet potentiellement d'orienter la qualification des actes ou, plus largement, des décisions. Thierry Fossier<sup>573</sup> remarquait à l'aune de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs<sup>574</sup> que la jurisprudence et le juge donneront une interprétation du texte nouveau afin de le faire vivre. En effet, la doctrine et la jurisprudence enrichissent régulièrement le domaine des décisions personnelles et tentent d'apporter une définition même si l'entreprise n'est pas facile tant la notion de décisions relatives à la personne peut être large. Il semble impossible de dresser une liste des décisions personnelles alors, il conviendrait de statuer en fonction de l'acte et de son régime. En outre, le Professeur David Noguéro<sup>575</sup> remarque que le texte de l'article 459 du Code civil évoque les décisions relatives à la personne et non pas les actes, mais il indique que « *La décision est l'aboutissement d'une réflexion qui va entraîner une activité juridique. Pour une expression concrète, ce sera le plus souvent un acte juridique.* » Il ne s'agit donc pas d'un acte juridique au sens strict du terme, mais plutôt d'un acte au sens de choix personnel qui peut aboutir à un acte matériel<sup>576</sup>.

**273. Plan.** La capacité d'exercice soumise à la capacité naturelle du majeur protégé pour les décisions relatives à sa personne est prévue de manière générale par l'article 459 du Code civil (A), mais également par certains textes spécifiques (B). En effet, le législateur a fait le choix de réglementer de manière spécifique certains actes relatifs à la personne.

#### **A.- Les décisions personnelles de l'article 459 du Code civil**

**274. Absence de critère.** L'article 459 du Code civil évoque les décisions relatives à la personne, mais aucun critère ne se dégage de cette notion. L'indication « *hors les cas prévus par l'article 458 [du Code civil]* » laisse penser qu'il s'agit de toutes les décisions personnelles qui ne relèvent pas de cet article. Or, comme nous l'avons démontré, la liste de l'article 458 du Code civil n'est pas exhaustive et laisse place à une large interprétation. Par conséquent, il va souvent se poser la question de savoir si un acte est strictement ou simplement personnel en l'absence de critère précis. Le régime de l'acte va permettre de définir si l'acte est strictement personnel, notamment lorsque le texte exclut la représentation

---

<sup>573</sup> T. FOSSIER, « Etat des personnes – La protection de la personne, un droit flexible », *Dr.fam.*, mai 2007.

<sup>574</sup> Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (1)

<sup>575</sup> D. NOGUERO, « Protection de la personne et autonomie des majeurs protégés : les actes simplement et strictement personnels », *Droit prospectif RRJ, PUAM*, 2019-1, XLIV-176, p.136

<sup>576</sup> *Ibid.*

ou l'assistance. Néanmoins, en dehors de cette interprétation littérale des textes, la nature de l'acte rend parfois la qualification d'acte strictement personnel nécessaire alors que le régime peut être spécifique à l'acte comme pour le testament. Le Code civil semble pourtant faire de l'article 459 du Code civil le régime de droit commun des décisions relatives à la personne en indiquant qu'il s'applique en dehors des cas prévus par l'article 458 du Code civil. Dès lors, si aucun régime spécifique n'est donné à une décision personnelle alors il faut se référer au droit commun de l'article 459 du Code civil qui promeut l'autonomie du majeur protégé sauf s'il est dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté. Le législateur érige ce principe conformément à ce qu'édicté l'article 415 du Code civil qui irrigue tout le droit des majeurs protégés et qui veut que soit favorisée dans la mesure du possible leur autonomie. Le Professeur Thierry Fossier remarque que la loi tient à écarter la tentation d'une tutelle à la personne<sup>577</sup>. En effet, les questions patrimoniales ne peuvent pas être assimilées aux questions personnelles. En tout état de cause, il paraît bienvenu que l'autonomie soit favorisée et que le majeur protégé soit libre de prendre les décisions personnelles qui le concernent.

**275. Détermination des décisions personnelles.** Pour Marc Azavant<sup>578</sup> les décisions personnelles sont des « *décisions du quotidien qui induisent des choix de vie, des choix personnels : la pratique religieuse, la liberté d'association, les rythmes de vie ou les modes d'alimentation, les loisirs, le droit de s'informer et de se cultiver, la liberté d'aller et de venir, etc.* ». Autrement dit, il s'agit de toutes les décisions relatives à la personne du majeur protégé qui ne sont pas prévues par l'article 458 du Code civil. Certains actes font l'objet de dispositions spécifiques qui sont assez éparpillées, elles sont visées par l'article 459-2 du Code civil pour ce qui concerne les repères personnels du majeur protégé ou encore les dispositions du Code de la santé publique ou du Code de l'action sociale et des familles auxquelles l'article 459 du Code civil ne peut déroger comme prévu par l'article 459-1 du Code civil.

**276. Acte mixte.** L'autre question est celle de savoir ce qui relève du domaine personnel et ce qui relève du domaine patrimonial, la frontière étant parfois assez mince. L'acte personnel serait finalement un acte qui touche à la personne et non pas à son patrimoine. Toutefois, certains aspects peuvent parfois se confondre : ce sont les actes mixtes

<sup>577</sup> T. FOSSIER, « Etat des personnes – La protection de la personne, un droit flexible », *Dr.fam.*, mai 2007, n°5

<sup>578</sup> M.AZAVANT, « Effets généraux (comptes et logement) et effets personnels », *Dr. et patr.*, n°180, 1<sup>er</sup> avril 2009

qui sont des actes qui ont à la fois un aspect patrimonial et un aspect personnel<sup>579</sup>. À ce titre, Fabien Marchadier<sup>580</sup> cite l'exemple de l'achat d'un véhicule qui est a priori un acte patrimonial, mais qui peut aussi s'analyser comme un acte personnel pour lequel l'autonomie du majeur protégé est plus large. En effet, dans toute l'étendue des décisions personnelles, certaines vont revêtir un aspect patrimonial, y compris dans les décisions personnelles spécifiques<sup>581</sup>. La question se pose de savoir quel régime sera appliqué à ces actes mixtes, mais s'il s'agit d'une décision personnelle avec un aspect patrimonial marqué, il semble que le régime de l'article 459 du Code civil doive s'appliquer.

**277. Difficultés relatives à la notion.** Lorsque l'article 459 du Code civil vise les décisions relatives à la personne, il laisse alors place à une interprétation de leur définition en l'absence de tout critère ou de définition. Le domaine de ces décisions peut parfois s'étendre à des actes pour lesquels le doute quant à leur qualification est permis en l'absence de critère. Les décisions personnelles de l'article 459 du Code civil vise donc principalement les actes relatifs à la vie privée (1) ainsi que les actions en justice relatives à ces décisions (2).

### 1. *Les actes relatifs à la vie privée*

**278. Vie privée.** La vie privée ne s'entend pas *stricto sensu* dans ces développements, il s'agit plutôt d'évoquer les actes qui sont relatifs à la vie privée. En ce sens, Véronique Mikalef-Toudic<sup>582</sup> définit les actes relatifs à la vie privée comme « *tout à la fois les actes relatifs à l'exploitation des éléments de la sphère privée et l'action permettant de mettre en œuvre le respect de ce droit.* ». Il ne s'agit donc pas de traiter de l'intimité de la vie privée qui relève d'une autre analyse ni de la vie familiale au sens large qui va plutôt relever des actes strictement personnels. Ces développements vont davantage concerner les droits de la personnalité qui sont « *des droits inhérents à la personne humaine qui appartiennent de droit à toute personne physique pour la protection de ses intérêts*

---

<sup>579</sup> V. en ce sens : J.-M. PLAZY et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, spéc. les études 20 à 26, p. 267-366

<sup>580</sup> F. MARCHADIER, *Majeur protégé, droit civil*, Dalloz corpus, 2020, p.95 qui cite Civ. 1re, 27 févr. 2013, V. *infra* n°596

<sup>581</sup> V. *infra* n°607

<sup>582</sup> V. MIKALEF-TOUDIC, « Le contentieux de la vie privée du majeur protégé », in G. RAOUL-CORMEIL, A. CARON-DEGLISE (coord.), *La vie privée de la personne protégée. In memoriam Thierry Verheyde*, Édition Mare et Martin, 2019, p.51 et s.

*primordiaux* », <sup>583</sup> notamment le droit au respect de la vie privée prévue à l'article 9 du Code civil.

**279. Régime des actes relatifs à la vie privée du majeur protégé.** La question s'est posée de savoir si les actes relatifs à la vie privée relevaient du régime des actes strictement personnels de l'article 458 du Code civil ou du régime des actes personnels de l'article 459 du Code civil<sup>584</sup>. En l'état, le droit positif empêcherait le représentant de consentir à de tels actes à la place du majeur protégé puisque les articles 458 et 459 du Code civil permettent ou imposent au majeur protégé de consentir aux actes relatifs à sa personne<sup>585</sup>. En effet, si ces actes relèvent de l'article 458 du Code civil alors seul le majeur protégé y consent, mais si ces actes relèvent de l'article 459 du Code civil alors le majeur protégé y consent personnellement, mais dans la mesure où son état le permet. Dans tous les cas, le majeur protégé consent sans condition dans la première hypothèse et sous réserve de sa capacité naturelle dans la deuxième. Or, l'article 458 du Code civil n'évoque pas les actes relatifs à la vie privée et aucun texte spécifique n'exclut l'assistance ou la représentation pour ces derniers. Il convient donc de se référer au droit commun de l'article 459 du Code civil qui vaut pour toutes les décisions relatives à la personne hors les cas prévus par l'article 458 du Code civil. De plus, en son alinéa 3, l'article 459 du Code civil évoque la décision qui porte gravement atteinte à l'intimité de la vie privée. En effet, il est prévu que, sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée<sup>586</sup>. Il faut comprendre que, par principe, c'est au majeur protégé de prendre la décision relative à sa vie privée, mais qu'en cas d'impossibilité c'est au représentant d'intervenir après autorisation du juge, sauf en cas d'urgence<sup>587</sup> notamment pour empêcher l'atteinte. Le régime applicable en cas d'atteinte à l'intimité de la vie privée devrait être étendu à tous les actes relatifs à la vie privée pour davantage de lisibilité. Ainsi, les actes relatifs à la vie privée relèveraient de l'article 459 du Code civil permettant au majeur protégé de prendre la décision dans la mesure où son état le permet. À l'inverse, le représentant agit pour réaliser l'acte après autorisation du juge.

<sup>583</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13<sup>ème</sup> ed., p.754

<sup>584</sup> V. en ce sens : L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, Thèse de doctorat, droit, Lyon III, 2008 ; V. MIKALEF-TOUDIC, op.cit.

<sup>585</sup> L. TALARICO, op.cit.

<sup>586</sup> V. *infra*, n°602

<sup>587</sup> V. en ce sens : L. TALARICO, op.cit. et V. MIKALEF-TOUDIC, op.cit.

**280. Droit à l'image du majeur protégé.** Le droit à l'image peut être défini comme : « *le droit pour toute personne d'interdire la captation et la diffusion de son image par autrui* »<sup>588</sup>. Les actes relatifs à la vie privée relevant de l'article 459 du Code civil, le consentement à la captation ou à la diffusion de l'image du majeur protégé doit être donné par ce dernier dans la mesure où son état le permet sinon l'article 459 alinéa 3 du Code civil prévoit que le représentant peut y consentir à la condition d'avoir obtenu préalablement l'autorisation du juge des tutelles puisqu'il s'agit d'une atteinte à l'intimité de la vie privée<sup>589</sup>. La jurisprudence a eu à connaître de ces atteintes au droit à la vie privée notamment en ce qui concerne le droit à l'image de la personne, mais avant la loi du 5 mars 2007 qui a introduit les dispositions relatives aux décisions personnelles du majeur protégé à l'article 459 du Code civil. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 24 février 1993<sup>590</sup> a décidé que le gérant de tutelle pouvait accomplir seul des actes relatifs à la personne du majeur protégé comme consentir à la reproduction de l'image de ce dernier étant précisé que cela supposait d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles. L'article 459 alinéa 3 du Code civil reprend donc les conditions imposées par le juge dans cet arrêt. Dans cette espèce, il s'agissait de jeunes adultes handicapés mentaux laissant supposer qu'ils ne pouvaient pas consentir eux-mêmes. C'est pourquoi les juges ont sans doute estimé que le gérant de tutelle devait consentir à la reproduction de l'image avec autorisation du juge des tutelles. À l'inverse, les juges auraient peut-être estimé que c'était aux majeurs protégés de consentir.

**281. Secret des correspondances.** Le droit au secret des correspondances est défini comme une : « *protection couvrant les objets confiés à la poste qui consiste dans l'interdiction pour quiconque de les détruire, de les ouvrir, de les supprimer, de les détourner même momentanément et par extension de leur faire subir d'autres traitements.* »<sup>591</sup>. La question se pose de savoir si le majeur protégé bénéficie de cette protection, Fabien Marchadier estime que ce dernier bénéficie de la garantie des droits consacrés notamment par la Convention européenne des droits de l'homme<sup>592</sup>. Toutefois, le législateur français n'a rien prévu quant aux correspondances du majeur protégé alors que la Cour de cassation a déjà eu à

---

<sup>588</sup> A. BATTEUR, F. ROGUE, « Les contours de la vie privée du majeur protégé et le respect de ses droits de la personnalité », in G. RAOUL-CORMEIL, A. CARON-DEGLISE (coord.), *La vie privée de la personne protégée. In memoriam Thierry Verheyde*, Édition Mare et Martin, 2019, p.41

<sup>589</sup> V. en ce sens : A. BATTEUR, F. ROGUE, *Ibid.*

<sup>590</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 févr. 1993, n°91-13587, RTD civ. 1993, p.326, obs. J. Hauser ; D.1993, p.614, note T. Verheyde ; Defrénois, 1993, p. 1000, obs. J. Massip ; JCP G., 1994, II, 22319, note T. Fossier

<sup>591</sup> G. CORNU, *op.cit.*, p.941

<sup>592</sup> F. MARCHADIER, *op.cit.*

répondre à cette question dans un arrêt du 11 juin 1991<sup>593</sup>. Les juges y font une distinction entre le type de correspondance, à savoir s'il s'agit d'une correspondance administrative et d'affaires ou personnelle. En l'espèce, les juges décident que : « *le jugement constate que Mlle X... n'est pas capable d'assurer la gestion de son patrimoine, laquelle exige des réponses rapides à toute correspondance administrative ou d'affaires ; que, les pouvoirs conférés au mandataire spécial impliquant qu'il n'exerce pas de contrôle sur le courrier personnel de Mlle X..., c'est sans méconnaître les principes invoqués par le pourvoi que le Tribunal a pu lui donner mission de recevoir le courrier de l'intéressée* ». Autrement dit, les juges acceptent que le mandataire reçoive le courrier administratif ou d'affaires puisqu'il nécessite une réponse rapide et qu'il est souvent lié à la gestion du patrimoine ; mais le mandataire spécial ne peut recevoir la correspondance personnelle, qui relève de l'intimité de la vie privée. Pourtant, en pratique, la frontière entre correspondance administrative et personnelle est difficile à tracer : il n'est pas possible de savoir l'avance quel type de courrier est contenu dans une enveloppe,<sup>594</sup> mais il n'est pas non plus possible de toujours distinguer entre ces deux types de courrier<sup>595</sup>. D'ailleurs, les évolutions technologiques ont fait apparaître un nouveau type de correspondances électroniques pour lequel le contrôle de l'organe protecteur est compliqué. En effet, autoriser le représentant à opérer une surveillance sur les correspondances électroniques impliquerait qu'il détienne de nombreux mots de passe ou identifiant. Par exemple, le représentant pourrait avoir accès à la messagerie électronique d'un majeur protégé dans laquelle de nombreuses correspondances peuvent être personnelles et contenir des courriels avec des identifiants ou des mots de passe qui pourraient être utilisés par le représentant. Aussi, ce contrôle pourrait être trop étendu et porter atteinte à la vie privée du majeur protégé. La protection doit alors s'opérer autrement, ce qui n'est pas une entreprise facile sauf à ce que la personne à l'origine du courrier indique qu'il s'agit d'une correspondance personnelle ou d'une correspondance d'affaires ou administrative.

## 2. *Les actions en justice relatives à la vie privée*

**282. Absence de disposition spécifique.** Si le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation doit en principe consentir lui-même à un acte relatif à sa vie privée dans la mesure où son état lui permet, il se pose inévitablement la question des actions en

<sup>593</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juin 1991, n°89-20.517, Bull. civ., I, n°195 ; Defrénois, 1991, art. 35142, n°98, obs. J.Massip ; JCP G., 1992, II, 21879, note T. Fossier

<sup>594</sup> V. en ce sens : F.MARCHADIER, op.cit.

<sup>595</sup> V. en ce sens : A.BATTEUR et F.ROGUE, op.cit.

justice relatives à une atteinte à sa vie privée. En effet, il faut se demander si ces actions ont un régime spécifique au regard du droit à la vie privée qu'elles défendent. Le législateur n'a prévu aucune disposition spécifique pour ces actions. Ces actions ne peuvent relever des actions en justice relatives à un acte strictement personnel puisque, comme nous l'avons démontré<sup>596</sup>, ces actes sont soumis au régime de l'article 459 du Code civil. Aussi, les actions pour atteinte à la vie privée ou au droit à l'image relèvent du droit commun des actions en justice de l'article 475 du Code civil selon lequel le tuteur est représenté en justice par le tuteur qui n'agit en demande ou en défense pour faire valoir les droits extrapatrimoniaux du tuteur qu'après autorisation ou injonction du juge ou conseil de famille s'il a été constitué. Il reste alors à savoir si l'action en réparation d'une atteinte à la vie privée relève des actions patrimoniales ou extrapatrimoniales. Pour cela, Véronique Mikalef-Toudic<sup>597</sup> fait une analogie avec une décision rendue à propos du mineur. En effet, dans un arrêt du 25 avril 2000<sup>598</sup>, les juges de la Cour d'appel de Paris ont décidé que l'action en réparation de l'atteinte à la vie privée du mineur représenté par sa mère conserve un caractère extrapatrimonial quand bien même elle aboutirait à l'allocation d'une somme à titre de dommages et intérêts. Véronique Mikalef-Toudic en conclut alors que l'action en justice relative à la vie privée est une action extrapatrimoniale<sup>599</sup>, le tuteur doit alors agir après autorisation du juge ou du conseil de famille. Pour la personne bénéficiant d'une habilitation familiale générale par représentation, la Cour d'appel de Montpellier dans un arrêt du 2 avril 2024<sup>600</sup> rappelle que l'habilitation générale à représenter comprend le pouvoir de représentation en justice qui ne nécessite pas d'autorisation. Même s'il s'agissait d'une action en justice relative à un droit patrimonial, les juges ne semblent pas faire de distinction puisqu'ils précisent que : « *cette représentation en justice ne fait pas partie des actes listés par les textes comme ceux nécessitant une autorisation du juge ou comme un acte interdit en vertu des dispositions des articles 494-1 et suivants du Code civil* ». Dès lors, la personne sous habilitation familiale générale par représentation est représentée en justice, ce qui peut également s'étendre aux actions en justice relative à la vie privée. L'autorisation de la personne habilitée pour agir en justice ne semble pas requise qu'il s'agisse de faire valoir un droit patrimonial ou extrapatrimonial. En tout état de cause, la qualification de l'action en

---

<sup>596</sup> V. *supra*, n°279

<sup>597</sup> V. MIKALEF-TOUDIC, *op.cit.*

<sup>598</sup> CA Paris, 25 avr. 2000, RTD civ. 2000, p.802, obs. J.Hauser ; D. 2000 IR, p.187

<sup>599</sup> V. MIKALEF-TOUDIC, *op.cit.*

<sup>600</sup> CA Montpellier, 2 avr. 2024, n° 21/04836 : JurisData n° 2024-006163 ; Dr. famille 2024, comm. 82 , I. Maria, V. également *supra* n°217

justice comme relative à un droit patrimonial ou extrapatrimonial permet simplement de déterminer les pouvoirs du représentant à savoir s'il a besoin d'une autorisation ou non pour agir en justice, mais ne détermine pas la capacité du majeur protégé pour cette action pour laquelle il doit être représenté.

**283. Critiques.** Ces considérations impliquent d'imposer un régime différent aux actes relatifs à la vie privée et aux actions relatives à un acte de la vie privée. En effet, dans le cadre des actions en justice relative à un acte de la vie privée, la représentation serait systématique alors qu'elle est soumise à l'absence de capacité naturelle dans le cadre des actes relatifs à la vie privée. Faut-il imposer un régime différent aux actes et aux actions ? Concernant les actes strictement personnels, la catégorie a été étendue aux actions relatives à ces actes<sup>601</sup>. Il a cependant été démontré qu'il serait opportun d'appliquer le régime des décisions personnelles aux actions en justice relatives à un acte strictement personnel afin d'éviter les éventuelles incapacités de jouissance inopportunes<sup>602</sup>. Dès lors, il serait pertinent d'appliquer aux actions en justice relatives à un acte de la vie privée, le même régime que les actes relatifs à la vie privée autrement dit une autonomie graduée : en principe, le majeur protégé peut agir en justice lorsqu'il s'agit d'une action relative à un acte de la vie privée dans la mesure où son état le permet sinon il peut être assisté, voire représenté.

## **B.- Les autres décisions personnelles**

**284. Domaine.** Outre les décisions personnelles visées par l'article 459 du Code civil, il existe dans les textes des décisions personnelles spécifiques qui sont relatives aux droits moraux du droit d'auteur (1) et à la carte nationale d'identité (2).

### **1. Les droits moraux du droit d'auteur.**

**285. Définitions des droits moraux du droit d'auteur.** Delphine Martin<sup>603</sup> énonce que le droit d'auteur a une structure dualiste et se compose de droits moraux et de droits patrimoniaux. En effet, les droits d'auteur se définissent comme des droits de caractère patrimonial ou moral « *auxquels donnent prise les œuvres littéraires et artistiques.* »<sup>604</sup> Les droits patrimoniaux liés aux droits de l'auteur majeur protégé ne posent pas de difficultés

<sup>601</sup> V. *supra* n°201

<sup>602</sup> V. *supra* n°233

<sup>603</sup> D.MARTIN, « La propriété intellectuelle de la personne protégée », *LPA*, janv. 2019, n°9, p.7

<sup>604</sup> G. CORNU, *op. cit.*, p.102

particulières. En ce sens, Thibault Douville<sup>605</sup> explique que le législateur a encadré clairement l'exercice des prérogatives patrimoniales résultant du droit d'auteur. En revanche, les attributs moraux du droit d'auteur sont les droits de divulgation, de repentir, le droit au respect de la paternité et de l'intégrité de l'œuvre<sup>606</sup> et revêtent un caractère personnel marqué. L'article L121-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose dans une partie relative aux droits moraux que l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre, ce droit étant attaché à sa personne ce qui renforce l'idée que les droits moraux ont un caractère personnel. Il reste à savoir si ce caractère est simplement ou strictement personnel<sup>607</sup>. En ce qui concerne l'exercice d'un attribut moral du droit d'auteur majeur protégé, Thibaut Douville<sup>608</sup> précise que ce dernier doit consentir personnellement. Aussi, selon lui, les attributs moraux du droit d'auteur ont un caractère personnel<sup>609</sup> et cette affirmation doit être soutenue.

**286. Fondements spécifiques.** La divulgation de l'œuvre du majeur protégé est au cœur de la problématique de l'exercice des droits moraux du droit d'auteur. Le législateur a prévu une disposition spécifique visant les majeurs protégés à l'article L132-7 du Code de la propriété intellectuelle dans une partie relative au contrat d'édition. Cet article dispose en ses deux premiers alinéas que « *Le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur est obligatoire. Sans préjudice des dispositions qui régissent les contrats passés par les mineurs et les majeurs en curatelle, le consentement est même exigé lorsqu'il s'agit d'un auteur légalement incapable, sauf si celui-ci est dans l'impossibilité physique de donner son consentement.* ». Le consentement personnel du majeur protégé (ou du mineur qui est également visé par le texte) est requis pour la divulgation de son œuvre, car la conclusion d'un contrat d'édition est « *directement en rapport avec la divulgation de l'œuvre* »<sup>610</sup>. La formulation du texte peut étonner puisqu'il vise les dispositions régissant les contrats passés par les mineurs et les majeurs en curatelle seulement alors qu'il évoque le consentement de l'auteur légalement incapable visant ainsi tous les majeurs protégés et les mineurs. La question de l'impossibilité de donner le consentement est sujette à interprétation. En effet, en cas d'impossibilité physique pour le majeur protégé (et même le mineur) de donner son

---

<sup>605</sup> T. DOUVILLE, « Le droit d'auteur du majeur protégé », in G.Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés : difficultés pratiques*, 2012, Dalloz, Thèmes et commentaires, p.127

<sup>606</sup> G. CORNU, op.cit., p.102

<sup>607</sup> V. *infra*, n°287

<sup>608</sup> T. DOUVILLE, op.cit., p.132

<sup>609</sup> Ibid.

<sup>610</sup> T. DOUVILLE, op.cit.

consentement, son représentant légal pourrait intervenir. Cependant, le fait pour un représentant légal d'exercer le droit de divulgation, qui fait partie du droit moral, qui est une prérogative de l'auteur lui-même peut poser problème<sup>611</sup>. Pour cela, il est proposé de se référer au droit commun des majeurs protégés et d'appliquer le régime applicable aux actes personnels du majeur protégé<sup>612</sup>.

**287. Nature de l'acte.** Afin de régler la problématique liée à la divulgation de l'œuvre en cas d'impossibilité physique pour le majeur protégé de consentir, il est proposé de se référer au droit commun des actes personnels. Toutefois, le Code civil prévoit deux régimes différents en fonction de la qualification de l'acte. Il est donc nécessaire de savoir si les droits moraux relèvent des actes strictement ou simplement personnels. Il ne semble pas que les droits moraux relèvent des actes strictement personnels. En effet, Thibault Douville<sup>613</sup> démontre que l'article 459 du Code civil évoque l'intimité de la vie privée et que cette notion se rapproche du droit d'auteur ; par analogie, il estime que les droits moraux peuvent être rattachés à la catégorie des actes personnels et non pas patrimoniaux. Par ailleurs, Thibault Douville analyse l'article L132-7 du Code de la propriété intellectuelle qui écarte le consentement personnel de l'auteur lorsqu'il est dans l'impossibilité physique de donner son consentement. Si les droits moraux sont considérés comme strictement personnels, alors ils ne peuvent donner lieu à assistance ou représentation, or, ce n'est pas ce que semble dire le Code de la propriété intellectuelle qui prévoit une solution en cas d'impossibilité physique de consentir permettant l'intervention du représentant légal ce qu'exclut la qualification d'acte strictement personnel. Le dernier argument de Thibault Douville<sup>614</sup>, qui a également été repris par la Professeure Annick Bateur<sup>615</sup>, est de dire que si les droits moraux sont des actes strictement personnels et que la personne protégée est incapable d'exprimer sa volonté, personne ne pourra l'assister ou le représenter, ce qui conduirait à appliquer un régime plus strict du vivant du majeur protégé qu'après sa mort. En effet, une fois l'auteur décédé, ses héritiers peuvent exercer les droits moraux. Thibaut Douville<sup>616</sup> indique alors très justement qu'il serait étonnant de faire jouer une indisponibilité du vivant de l'auteur et pas après sa

---

<sup>611</sup> P. SIRINELLI, A. DU MESNIL (dir.), *Lamy droit des médias et de la communication*, étude 124, 124-41

<sup>612</sup> V. en ce sens : T. DOUVILLE, *op.cit* ; D. MARTIN, *op.cit*.

<sup>613</sup> T. DOUVILLE, *op. cit*.

<sup>614</sup> *Ibid*.

<sup>615</sup> A. BATTEUR, *op. cit*, n°65

<sup>616</sup> T. DOUVILLE, *op. cit*.

mort. Aussi, au regard de ces différents arguments, les droits moraux doivent être rattachés à la catégorie des actes simplement personnels de l'article 459 du Code civil.

**288. Régime.** Thibaut Douville<sup>617</sup> analyse très justement le régime qui sera applicable aux droits moraux du majeur protégé considérés comme des droits simplement personnels. Si le majeur protégé ne peut pas consentir personnellement, alors la personne chargée de la mesure de représentation pourra le représenter ou l'assister, ce qui lève les incertitudes concernant l'interprétation de l'article L132-7 du Code de la propriété intellectuelle. Le représentant est habilité par le juge pour agir dans le cadre de la mesure de protection, mais il ne peut pas se substituer au majeur protégé dans l'exercice de son droit moral<sup>618</sup>. En effet, l'application du régime de principe de l'article 459 du Code civil impliquerait que le majeur protégé consente personnellement dans l'exercice de son droit moral. Toutefois, il existe un régime dérogatoire au sein de cet article selon lequel le représentant peut agir sans autorisation du juge ou du conseil de famille en cas de décision portant gravement atteinte à l'intimité de la vie privée du tuteur et il peut également agir seul en cas d'urgence<sup>619</sup>. La question est celle de savoir si les droits moraux peuvent relever de l'intimité de la vie privée<sup>620</sup>. Thibaut Douville conclut que « *dans l'affirmative, sauf urgence, le protecteur ne pourra agir qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille. Dans la négative, le protecteur pourra agir seul dès lors que la mesure de protection prévoit cette possibilité.* »<sup>621</sup>. Aussi des incertitudes quant au régime existent, la doctrine souhaiterait alors une réécriture du texte quant à l'exercice du droit moral de l'auteur majeur protégé<sup>622</sup>. Il est important de prévoir l'intervention du représentant dans le cas où le majeur protégé ne pourrait pas agir, notamment en cas d'atteinte. Mais que les droits moraux relèvent des actes personnels ou de l'intimité de la vie privée, une éventuelle intervention peut être prévue, la différence réside dans le fait que, dans le premier cas, le représentant peut agir sans autorisation alors que, dans le deuxième cas, une autorisation est nécessaire sauf urgence.

---

<sup>617</sup> Ibid.

<sup>618</sup> Ibid.

<sup>619</sup> V. *infra* n°594

<sup>620</sup> V. en ce sens : T. DOUVILLE, *op.cit.*

<sup>621</sup> Ibid.

<sup>622</sup> V. en ce sens : A. BATTEUR, *op.cit.* : « *Le texte mériterait d'être réécrit* » ; T. DOUVILLE, *op.cit.* : « *Ce constat incite à promouvoir l'édiction d'un régime unitaire écartant toute interrogation pratique concernant l'exercice du droit moral du majeur protégé hors d'état de manifester sa volonté.* ».

## 2. La carte nationale d'identité

**289. Carte nationale d'identité.** La carte nationale d'identité est un « *document écrit qui énonce et atteste l'identité civile d'une personne physique* »<sup>623</sup>. Ce document est un élément important de la vie citoyenne de la personne protégée. L'article 18 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées indique que les personnes en situation de handicap doivent avoir la capacité d'obtenir des titres d'identité. Le Défenseur des droits<sup>624</sup> a alors estimé que la France ne respectait pas cet article puisque l'article 4-4 du décret n°55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité imposait que la demande de carte nationale d'identité d'un tuteur soit présentée par son tuteur. Un décret du 13 mars 2021<sup>625</sup> est venu modifier cet article, le tuteur peut désormais présenter seul sa demande de carte d'identité sous réserve de l'information préalable de son tuteur. La question se pose de savoir pourquoi le tuteur doit être préalablement informé. Le législateur n'a notamment pas prévu une possible opposition, qui ne serait d'ailleurs pas pertinente. Néanmoins, l'article 4-4 du décret du 22 octobre 1955 prévoit toujours la possibilité pour le tuteur de faire la demande au nom du tuteur, la présence de ce dernier étant requise lors du dépôt de la demande. Autrement dit, la représentation est toujours possible si le tuteur ne peut pas présenter la demande lui-même. L'exclusion de la représentation est donc relative, car le tuteur peut agir lui-même, mais s'il ne le peut pas, la représentation est toujours possible, la capacité naturelle est donc implicitement exigée. En outre, le Défenseur des droits avait déjà indiqué que cette demande avait vocation à rentrer dans le champ des décisions personnelles mentionnées à l'article 459 du Code civil<sup>626</sup>. En ce sens, en l'absence de texte spécifique visant la personne bénéficiant d'une habilitation familiale générale par représentation, un tel acte semble, dans ce cas, relever de l'article 459 du Code civil. Pour le mineur, la demande est présentée par une personne exerçant l'autorité parentale en présence de ce dernier. Il ne s'agit pas non plus d'un acte strictement personnel pour le mineur, la représentation est prévue et incontournable.

<sup>623</sup> G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2019, 13<sup>ème</sup> ed., p.513

<sup>624</sup> Décision du Défenseur des droits n°2020-027, mai 2020

<sup>625</sup> Décret n° 2021-279 du 13 mars 2021 portant diverses dispositions relatives à la carte nationale d'identité et au traitement de données à caractère personnel dénommé « titres électroniques sécurisés »

<sup>626</sup> Décision du Défenseur des droits, op.cit., p.5

## § II. - La capacité médicale du majeur protégé

**290. Volonté décisive.** La simple recherche du consentement a longtemps valu à la fois pour le mineur et le majeur protégé en matière médicale (A). Néanmoins, seul le mineur est désormais concerné par ce régime<sup>627</sup> puisque le législateur est intervenu afin de rendre la volonté du majeur protégé décisive en matière médicale et ainsi harmoniser les textes du Code civil et du Code de la santé publique (B).

### A.- L'ancienne recherche de l'adhésion du majeur protégé à la décision médicale

**291. Consultation pour les décisions concernant sa santé.** Dans sa recommandation du 23 février 1999<sup>628</sup>, le Conseil de l'Europe indiquait dans le principe 22 que « *Lorsqu'un majeur, même s'il fait l'objet d'une mesure de protection, est en fait capable de donner son consentement libre et éclairé à une intervention déterminée dans le domaine de la santé, celle-ci ne peut être pratiquée qu'avec son consentement.* ». L'article L.1122-2 du Code de la santé publique issu de la loi du 4 mars 2002<sup>629</sup> dite Loi Kouchner, disposait que les droits des majeurs sous tutelle étaient exercés par le tuteur, les tutélaires recevant également une information et participant à la prise de décision les concernant d'une manière adaptée à leurs facultés de discernement. De plus, l'article L1111-4 prévoyait que : « *Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision.* » Le régime était en effet le même que pour le mineur à savoir la simple consultation du majeur en tutelle pour les décisions concernant sa santé. La loi du 5 mars 2007 n'a pas modifié le Code de la santé publique, mais a introduit un article 459-1 dans le Code civil selon lequel il n'est pas possible de déroger aux dispositions particulières du Code de la santé publique qui prévoient l'intervention d'un représentant légal. Il était alors essentiel d'harmoniser les dispositions du code de la santé publique relatives aux décisions de santé avec le principe d'autonomie graduée de l'article 459 du Code civil.

**292. Critiques.** De nombreux auteurs ont reproché l'absence d'harmonisation des règles de la part du législateur et ont eu l'occasion de fournir un éclaircissement sur les différentes dispositions davantage adaptées au mineur qu'aux personnes hors d'état de

---

<sup>627</sup> V. *infra* n°473 et s. sur la capacité participative du mineur à la décision médicale

<sup>628</sup> Recommandation n° R(99) 4 du comité des ministres aux états membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, adoptée par le Comité des ministres le 23 février 1999

<sup>629</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

manifester leur volonté<sup>630</sup>. Le législateur est donc intervenu après quelques péripéties. Le Gouvernement a été habilité par le législateur le 24 janvier 2016 à la suite des travaux préparatoires de la loi modernisant notre système de santé<sup>631</sup>. La loi prévoyait d'habiliter le Gouvernement à prendre par ordonnances : *« les mesures relevant du domaine de la loi permettant de mieux articuler les dispositions du code civil et du code de la santé publique relatives aux conditions dans lesquelles peut s'exprimer la volonté des personnes faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, au sens du chapitre II du titre XI du livre Ier du code civil, pour toute décision relative à un acte médical. »*<sup>632</sup>. Néanmoins, l'habilitation donnée n'était pas assez large, ou le moment mal choisi, et l'habilitation est devenue caduque le 27 juillet 2017. C'est la loi n°2019-222 du 23 mars 2019<sup>633</sup>, par son article 9 IV, qui habilite une nouvelle fois, mais plus largement le Gouvernement à *« prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de douze mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure relevant du domaine de la loi visant à modifier, dans un objectif d'harmonisation et de simplification, les dispositions fixant les conditions dans lesquelles est prise une décision portant sur la personne d'un majeur qui fait l'objet d'une mesure de protection juridique et, selon les cas, intervenant en matière de santé ou concernant sa prise en charge ou son accompagnement social ou médico-social »*.

**293. Ordonnance du 11 mars 2020.** L'ordonnance n°2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2020. Le rapport de mission interministérielle dirigé par Anne Caron-Déglise<sup>634</sup> a largement inspiré cette

<sup>630</sup> G.RAOUL-CORMEIL, « La recodification du droit de la santé du majeur protégé : le pour et le contre », *RGDM*, juin 2020, n°75, p.101 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Les incapacités médicales (petit guide pour une réécriture du code de la santé publique », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau*, ed. LEH, T.2, 2015, p.109 ; A. BATTEUR, « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », in dossier « La protection de la personne majeure vulnérable ou comment concilier protection et autonomie ? », *Dr.fam.*, 2011, Etude 5, p.22 ; L.TALARICO, op.cit. ; G.RAOUL-CORMEIL, « Remèdes à l'éclatement du régime juridique des actes médicaux portant sur les majeurs protégés », in G.Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques.*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p.151 ; J.MASSIP, « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », *Dr.fam.*, juillet 2010, n°7-8, étude 10 ; F. ARHAB-GIRARDIN, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS*, 2009, p.875

<sup>631</sup> Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 modernisant notre système de santé

<sup>632</sup> Art. 211 de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 modernisant notre système de santé

<sup>633</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

<sup>634</sup> A. CARON-DEGLISE, Rapport de mission interministérielle. L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables, 21 sept.2018, p.64-66

ordonnance et proposait notamment de « *Mieux articuler les codes civil, de l'action sociale et des familles et de la santé publique pour que le principe de capacité civile de la personne soit effectivement reconnu dans tous les champs et que la recherche de soutien à l'exercice des droits soit recherchée par priorité. Dans ce sens, la rédaction de plusieurs textes de ces deux derniers codes doit être adaptée dans un objectif de clarification et de simplification, en particulier en inscrivant une définition socle de la personne de confiance et en modifiant l'article L 1111-4-1 du code de la santé publique et l'article 459 alinéa 3, en prévoyant pour ce dernier texte la suppression de la référence aux atteintes graves à l'intégrité corporelle de la personne.* ». L'ordonnance qui tente de simplifier le Code de la santé publique a été influencée par cette proposition.

**294. Modifications.** L'ordonnance permet de prendre en compte l'ensemble des majeurs protégés, quelle que soit la mesure de protection juridique et notamment celle qui implique une représentation de la personne alors que la plupart des textes du Code de la santé publique, notamment ceux qui posaient des règles générales, ne concernaient que le majeur en tutelle. L'ordonnance distingue notamment les majeurs protégés du mineur, mais ne modifie rien en ce qui concerne le mineur. L'ordonnance ne semble pas toujours claire en ce qui concerne les personnes visées par les textes modifiés et le rôle de la personne en charge de la mesure. Certains auteurs estiment que les objectifs sont mal définis et mal atteints, mais également que les règles de fond sont idéalistes et irréalistes<sup>635</sup>. En tout état de cause, il n'est plus question de chercher la simple adhésion du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation à la décision médicale, mais bien d'obtenir son consentement, ce qui constitue une des modifications majeures du Code de la santé publique<sup>636</sup>. Dans ce cas, il s'agit d'une participation décisive à la décision qui prend la forme d'une adhésion positive.

## **B.- Le nouveau régime des décisions médicales du majeur protégé**

**295. Harmonisation.** L'Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique a harmonisé le régime des décisions de santé du majeur protégé. En effet, l'article 459-1 du Code civil dispose que : « *L'application de la présente sous-section (c'est-à-*

---

<sup>635</sup> Ibid.

<sup>636</sup> Art. L.1111-4 du Code de la santé publique, V. *infra* n°300

dire l'organisation de la protection de la personne placée sous tutelle ou curatelle) ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention d'un représentant légal ». Dès lors, c'est le Code de la santé publique qui va régir le régime des décisions médicales du majeur protégé. Il était alors nécessaire d'harmoniser les règles du Code de la santé publique et celles du Code civil puisque l'articulation entre ces deux codes pouvait poser certaines difficultés<sup>637</sup>. Le législateur a alors prévu un droit à l'information du majeur protégé préalable à la décision médicale (1) à laquelle le majeur protégé doit consentir de manière décisive (2).

### 1. *L'information préalable du majeur protégé*

**296. Fondement.** L'ordonnance du 11 mars 2020 a dissocié le régime prévu pour les mineurs de celui prévu pour les majeurs protégés. En effet, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, il existait un régime commun aux mineurs et aux majeurs protégés qui imposait que les intéressés pussent recevoir une information d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité pour le mineur soit à leurs facultés de discernement pour les tutélaires. Plusieurs remarques devaient alors être faites. L'incapacité du mineur et du tuteur ne reposant pas sur la même vulnérabilité, cette différence pouvait s'expliquer. Depuis l'ordonnance de 2020, l'adaptation de l'information est soumise à la capacité de compréhension du majeur représenté et pour le mineur à son degré de maturité. L'article L.1111-2 du Code de la santé publique prévoit en son alinéa 6 que : « *L'information prévue au présent article est délivrée aux personnes majeures protégées au titre des dispositions du chapitre II du titre XI du livre Ier du code civil d'une manière adaptée à leur capacité de compréhension.* ». L'utilisation de la capacité de compréhension permet de délivrer l'information, quel que soit l'état du majeur protégé. Autrement dit, peu importe que le majeur protégé soit en mesure de consentir ou non à l'acte, il doit recevoir l'information qui est adaptée à ses facultés de compréhension et non pas à ses facultés de discernement. La différence réside dans le fait que la condition de discernement suppose que le majeur protégé soit en mesure de consentir. Or, il fallait trouver un critère qui permette de délivrer l'information quoi qu'il arrive. Cette disposition est particulièrement symbolique et démontre la volonté du législateur de respecter la dignité de la personne protégée. De plus, l'information concerne désormais tous les majeurs protégés alors

<sup>637</sup> A.BATTEUR, « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr.fam.*, Etude 5, p.22, 2011, V. *supra* n°292

qu'elle concernait exclusivement le tuteur avant l'ordonnance de 2020. En effet, les modifications du code de la santé publique ont conduit le législateur à traiter de tous les majeurs protégés et pas seulement les tuteurs puisque désormais quel que soit le régime de protection, le majeur protégé doit consentir à la décision médicale. Néanmoins, il reste une spécificité pour le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation relative à la personne concernant le titulaire de l'information.

**297. Titulaire de l'information.** L'alinéa 7 de l'article L.1111-2 du Code de la santé publique précise que : « *Cette information est également délivrée à la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne. Elle peut être délivrée à la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec assistance à la personne si le majeur protégé y consent expressément.* ». L'information est ainsi délivrée à la personne sous régime de représentation, mais également à son représentant de manière automatique, ce n'est qu'en cas de mesure d'assistance relative à la personne que le majeur protégé doit consentir à la délivrance de l'information à la personne chargée de la mesure. La titularité de l'information dans le cadre de la mesure de représentation relative à la personne est similaire à celle du mineur qui bénéficie d'une mesure de représentation générale relative à sa personne sur le fondement de l'autorité parentale. En effet, comme pour le mineur dont les titulaires de l'autorité parentale reçoivent l'information, le représentant reçoit également l'information relative à la santé du majeur protégé en représentation relative à sa personne. Cependant, le législateur a fait le choix de poser le principe de la délivrance de l'information en premier lieu au majeur protégé puis de préciser que cette information est également délivrée à la personne chargée de la mesure de représentation relative à la personne, ce qui met en exergue le fait que ce soit avant tout une information destinée au majeur protégé et non plus en premier lieu au représentant ; la logique est donc inversée par rapport à la délivrance de l'information au mineur qui est d'abord destinée aux titulaires de l'autorité parentale ou au tuteur, sauf opposition du secret par le mineur<sup>638</sup>.

**298. Contenu de l'information.** Le contenu de l'information médicale est prévu de manière générale à l'alinéa 1 de l'article L.1111-2 du Code de la santé publique qui n'a pas subi de modifications particulières depuis son entrée en vigueur<sup>639</sup> et précise qu'elle porte sur « *sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés,*

---

<sup>638</sup> V. *supra* n°180

<sup>639</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus ». Cet article a été complété par la loi du 26 janvier 2016<sup>640</sup> et indique que la personne doit également être informée de : « la possibilité de recevoir, lorsque son état de santé le permet, notamment lorsqu'elle relève de soins palliatifs au sens de l'article L. 1110-10, les soins sous forme ambulatoire ou à domicile. Il est tenu compte de la volonté de la personne de bénéficier de l'une de ces formes de prise en charge. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver. ». La Haute autorité de santé a émis des recommandations sur le contenu de cette information<sup>641</sup> en indiquant qu'elle doit permettre à la personne de prendre ses décisions en connaissance de cause et qu'il est essentiel de présenter tous les choix possibles afin que cette dernière puisse mesurer les enjeux de sa décision. Ce n'est pas le cas pour le mineur pour qui le contenu de l'information peut être limité<sup>642</sup>. L'article L.1111-2 du Code de la santé publique évoque d'ailleurs ces recommandations en son alinéa 8 qui prévoit : « IV. - Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé. ». Le contenu de l'information se différencie de celle délivrée aux mineurs ; elle est plus large et son objet plus détaillé alors que pour le mineur l'information n'est pas détaillée, mais seulement adaptée à sa maturité. Cette différence s'explique sans doute par le fait qu'il s'agit d'obtenir le consentement du majeur protégé à l'acte médical et non pas seulement de le rechercher<sup>643</sup>.

<sup>640</sup> LOI n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé

<sup>641</sup> Recommandation de mai 2012 de la Haute autorité de santé (HAS) « Délivrance de l'information à la personne sur son état de santé » : « L'information prend en compte la situation de la personne dans ses dimensions psychologique, sociale et culturelle. Elle porte tant sur des éléments généraux que sur des éléments spécifiques, tenant compte des connaissances médicales avérées :

- l'état de santé de la personne et son évolution le plus souvent observée. En cas de maladie, elle porte sur ses caractéristiques et son évolution habituelle avec et sans traitement, y compris en ce qui concerne la qualité de vie ;
- la description, le déroulement et l'organisation des investigations, des soins, des actes envisagés et l'existence ou non d'une alternative ; leurs objectifs, leur utilité, leur degré d'urgence ; les bénéfices escomptés ; les suites, les inconvénients, les complications et les risques fréquents ou graves habituellement prévisibles ; les conseils à la personne et les précautions qui lui sont recommandées ;
- le suivi et ses modalités en fonction des solutions envisagées. »

<sup>642</sup> V. *infra* n°462

<sup>643</sup> V. *infra* n°476

**299. Qualité de l'information.** D'une manière générale, et pour tout patient, il a été jugé par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 14 octobre 1997<sup>644</sup> que : « *le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé* ». Autrement dit, l'information doit être « *loyale, claire et appropriée* » afin que le patient puisse le cas échéant consentir en connaissance de cause. Le Conseil d'État a également jugé dans un arrêt du 5 janvier 2000<sup>645</sup> que le patient doit être informé des risques dans des conditions permettant de recueillir son consentement éclairé. Enfin, l'information doit être appropriée. En effet, elle doit être délivrée en prenant compte de la vulnérabilité du majeur protégé et éventuellement de son handicap, d'où l'utilisation du terme d'information adaptée à la capacité de compréhension, qui renforce l'idée d'une information appropriée.

## **2. La nécessaire obtention du consentement du majeur protégé**

**300. Modifications.** L'article L1111-4 du Code de la santé publique dispose désormais que : « *le consentement, mentionné au quatrième alinéa, de la personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne doit être obtenu si elle est apte à exprimer sa volonté, au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection. Lorsque cette condition n'est pas remplie, il appartient à la personne chargée de la mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne de donner son autorisation en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée. Sauf urgence, en cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne chargée de sa protection, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision* ». Après avoir obtenu une information adaptée<sup>646</sup>, le consentement du majeur protégé qui fait l'objet d'une représentation relative à la personne doit donc être obtenu dans la mesure où il peut exprimer sa volonté.

**301. Champ d'application du texte.** Depuis l'ordonnance du 11 mars 2020, l'article L1111-4 du Code de la santé publique vise la personne majeure qui fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne. En effet, cette

---

<sup>644</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 oct. 1997, n°95-19.609, P: GADS, Dalloz, 3e éd., 2021, no 7 ; JCP 1997. II. 22942, rapp. Sargos ; RTD civ. 1998. 100, obs. Mestre ; LPA 13 mars 1998, note Dagorne-Labbe ; RDSS 1998. 68, note Harichaux

<sup>645</sup> CE , sect., 5 janv. 2000, n°s181899 A et 198530 (2e esp.): JCP 2000. II. 10271, note Moreau ; AJDA 2000. 137, chron. Guyomar et Collin ; RFDA 2000. 641, concl. Chauvaux et note Bon ; RDSS 2000. 357, note Dubouis ; LPA 25 févr. 2000, p. 16, note Clément ; Dr. adm. 2000, no 46, note Esper

<sup>646</sup> V. *supra* n°298

disposition ne visait auparavant que le majeur en tutelle, alors que la représentation relative à la personne est une dénomination beaucoup plus large qui prend en compte toutes les mesures de représentation et non pas seulement la tutelle. En effet, depuis la loi du 5 mars 2007, la protection de la personne peut être mise en place et la mesure de protection juridique peut viser la protection du patrimoine et/ou de la personne. Trois mesures sont donc concernées par les dispositions du Code de la santé publique : la tutelle, l'habilitation familiale par représentation, mais également le mandat de protection future lorsque la protection de la personne a été confiée par le mandat à son mandataire<sup>647</sup>. Les dispositions ne concernent donc pas les mesures d'assistance à la personne. Cette formulation fait donc l'objet de critiques, car il aurait été préférable de définir de manière plus générale ce qu'est la mesure avec représentation relative à la personne afin de garantir une meilleure lisibilité du dispositif pour les professionnels de santé<sup>648</sup>. Outre cette critique théorique, une critique pratique a été émise quant à l'absence de système de publicité pour les professionnels de santé qui peuvent avoir certaines difficultés à connaître l'existence d'une mesure de protection<sup>649</sup>. Ainsi, les auteurs<sup>650</sup> estiment que ces « *règles de fond sont irréalistes tant elles méconnaissent les contraintes quotidiennes et les conditions de travail des professionnels du secteur de la santé ou socio-médical.* » En effet, le risque pour le professionnel de santé est de ne pas avoir connaissance de l'existence de la mesure de protection, une modernisation du système de publicité de la mesure de protection est donc nécessaire.

**302. Assistance.** En principe, le consentement de la personne protégée bénéficiant d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne doit être obtenu dès lors qu'elle est apte à exprimer sa volonté. Il faut noter que l'article L1111-4 du Code de la santé publique précise curieusement que ce consentement doit être obtenu au besoin avec l'assistance de la personne chargée de la protection. Cette possible assistance n'a pas été définie par le législateur, ce qui ne manque pas de rendre floue cette disposition<sup>651</sup>. En effet, est-ce que cela signifie qu'une assistance systématique est mise en place alors même que le majeur protégé est en état d'exprimer sa volonté et de consentir seul ? Dans le cas où cette assistance est mise en place : comment se traduit-elle en pratique ? Il paraît surprenant

<sup>647</sup> G.RAOUL-CORMEIL, « La recodification du droit de la santé du majeur protégé : le pour et le contre (Ord.n°2020-232 du 11 mars 2020) », *RGDM*, juin 2020, n°75

<sup>648</sup> Ibid. ; A.BATTEUR, L.MAUGER-VIELPEAU, F.ROGUE, G.RAOUL-CORMEIL, « Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante ! », *D.*, 2020, p.992

<sup>649</sup> G.RAOULCORMEIL, op.cit.

<sup>650</sup> A.BATTEUR, L.MAUGER-VIELPEAU, F.ROGUE, G.RAOUL-CORMEIL op.cit.

<sup>651</sup> V. en ce sens : A.BATTEUR, L.MAUGER-VIELPEAU, F.ROGUE, G.RAOUL-CORMEIL, op.cit.

de préciser qu'une assistance peut être prévue alors que la personne protégée est apte à consentir, le législateur aurait dû préférer le terme d'accompagnement, qui est un système qui garantit une meilleure protection des droits fondamentaux notamment en matière personnelle<sup>652</sup>.

**303. Évaluation de l'aptitude à consentir.** Dans le cadre des décisions médicales, une autrice a considéré que la capacité juridique n'a pas d'incidence, car ce qui importe c'est la capacité de fait<sup>653</sup>, autrement dit, la capacité naturelle de consentir. En effet, le consentement doit être obtenu que le majeur soit protégé ou non, la seule différence résiderait dans le fait que, pour le majeur protégé, il doit être apte à exprimer sa volonté. Il s'agit de déterminer l'aptitude à consentir à une décision médicale et non pas à un acte. Autrement dit, le consentement en matière médicale est spécifique puisqu'il s'agit pour le majeur protégé de prendre une décision lui-même. Il ne s'agit pas de donner son approbation, mais bien d'un véritable pouvoir de choisir pour lui-même. Le médecin vérifie que le majeur protégé est capable de décider pour lui-même. Dès lors, il est important d'apprécier cette aptitude à exprimer sa volonté, ce qui peut poser certaines difficultés pour les professionnels de santé. En effet, la question peut se poser en pratique de savoir si le professionnel de santé est en mesure d'évaluer la capacité naturelle de la personne protégée. Il est nécessaire de trouver la bonne approche afin de s'assurer de la capacité de la personne à exprimer sa volonté : il faut trouver l'équilibre entre une appréciation trop rapide reposant sur le simple fait de l'existence d'une incapacité qui empêcherait le majeur protégé d'exercer son droit de consentir et une appréciation qui le considérerait capable sans prendre en compte d'autres facteurs. À ce titre, Laurence Gatti<sup>654</sup> estime à juste titre que : « *La loi ne donne pas la recette pour apprécier l'aptitude à exprimer sa volonté et laisse le champ libre à des pratiques qui peuvent être froidement techniques et réductrices ou, au contraire, invitent nécessairement à la réflexion éthique.* ». Il serait intéressant de connaître le point de vue des professionnels de santé et notamment l'approche mise en place afin de s'assurer d'obtenir le consentement du majeur protégé dans le respect de sa protection si nécessaire. Il est nécessaire de préciser les modalités d'appréciation de l'aptitude à consentir même si cette problématique n'est pas rare quand il s'agit du majeur protégé ou même du mineur. En tout état de cause, il semblerait que

---

<sup>652</sup> V. *infra* n°694 et s. sur le nécessaire développement de l'accompagnement de la personne protégée

<sup>653</sup> L.GATTI, *Les décisions de santé des majeurs protégés*, LEH éditions, 2022, p.122

<sup>654</sup> *Ibid.*

le Code de la santé publique pose une présomption de capacité du majeur protégé de consentir aux décisions médicales qui peut être renversée s'il n'est pas apte à exprimer sa volonté.

**304. Refus de soins.** L'article L1111-4 du Code de la santé publique évoque le refus du traitement par la personne chargée de la mesure de protection juridique. Dans ce cas, si ce refus peut entraîner des conséquences graves pour la santé du majeur protégé, le médecin délivre les soins indispensables, comme pour le mineur même si la valeur de son consentement n'est pas la même. Néanmoins, une des principales difficultés se présente lorsqu'il s'agit du majeur protégé, apte à exprimer sa volonté, qui refuse les soins. Les auteurs s'étonnent que peu de textes n'affirment que l'acte médical ne puisse pas être réalisé contre le refus du patient, il faudrait alors s'en tenir au droit commun qui subitement suffirait<sup>655</sup>. Il faudrait sans doute se fonder sur l'article 459 alinéa 4 du Code civil qui prévoit que « *La personne chargée de la protection du majeur peut prendre à l'égard de celui-ci les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement ferait courir à l'intéressé. Elle en informe sans délai le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué.* ». En pratique, il semble difficile d'imposer un traitement au majeur protégé apte à exprimer sa volonté qui le refuse. De plus, l'article L1111-4 alinéa 3 du Code de la santé publique dispose que : « *Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité. Si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable* ». Si le droit commun s'applique lorsque le majeur protégé apte à exprimer sa volonté refuse un traitement alors cette disposition le concerne également et il peut alors refuser ou interrompre un traitement.

**305. Conclusion du Chapitre.** L'exclusion de la représentation permet le respect de l'autonomie du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation et du mineur. Cette exclusion se retrouve essentiellement pour les actes relatifs à la parenté que ce soit pour le mineur ou le majeur protégé. Néanmoins, le majeur protégé bénéficie d'un texte général alors que rien n'est véritablement prévu pour le mineur, ce qui peut être regretté. Cette exclusion de la représentation tend à s'étendre pour le mineur et davantage encore pour le majeur protégé, notamment à travers la jurisprudence. Toutefois, le dispositif législatif peut devenir inintelligible au risque d'être peu effectif ou d'aboutir à d'éventuelles incapacités de jouissance. En effet, cette diversité d'interprétation rend le dispositif peu lisible et manque de

<sup>655</sup> A.BATTEUR, L.MAUGER-VIELPEAU, F.ROGUE, G.RAOUL-CORMEIL, op.cit.

sécurité juridique. En outre, certains textes ou décisions de jurisprudence visent parfois les majeurs protégés sans distinction et d'autres fois seulement le tuteur. Il arrive donc de se demander si l'exclusion de la représentation concerne tous les majeurs protégés bénéficiant d'une mesure de représentation. A cette fin, certains textes devraient être réécrits avec précision et il faudrait dans ce cas profiter de cette opportunité pour régler toutes les lacunes concernant les actes entourés de doutes et d'incohérences. Pour le mineur, les textes sont divers et éparpillés, les actes ont notamment nécessité l'intervention jurisprudentielle pour exclure l'intervention parentale. La principale proposition reste de faire du mineur parent un mineur émancipé afin de répondre aux actes problématiques qui concernent essentiellement l'établissement de la filiation et l'exercice de l'autorité parentale qui en découle. L'autre solution serait de lui reconnaître au moins une capacité d'agir pour tous les actes relatifs à son enfant. Une réécriture générale des textes excluant la représentation serait alors la bienvenue. En outre, cette exclusion de la représentation ne porte que sur les actes personnels ou de manière marginale sur quelques actes patrimoniaux. Or, l'aspect financier n'est pas à négliger dans le cadre des mesures de protection sachant que certains actes personnels excluant la représentation ou l'assistance comportent des conséquences financières. Par ailleurs, l'exclusion de la représentation n'est pas toujours systématique. En ce sens, l'exclusion de la représentation est parfois relative puisqu'elle est soumise à certaines conditions qui permettent l'intervention du représentant au cas où celles-ci ne seraient pas remplies. En effet, lorsque la représentation est totalement exclue, personne ne peut agir à la place du mineur ou du majeur protégé, ce qui n'est pas sans conséquences.

## **Chapitre 2 :** **Les conséquences de l'exclusion de la représentation**

**306. Incapacité de décider.** Si l'exclusion relative de la représentation repose sur certaines conditions, l'exclusion absolue quant à elle repose sur une présomption irréfragable de capacité du mineur ou du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation à réaliser l'acte. En effet, on présume que seuls eux peuvent agir et personne ne peut agir à leur place. Néanmoins, il peut arriver que la personne protégée ne soit pas en mesure de décider et rien ne semble prévu dans cette hypothèse ce qui peut conduire à d'éventuelles impossibilités d'agir aboutissant à des incapacités de jouissance puisque le droit en cause ne peut être exercé.

**307. Présomption de capacité.** Dès lors que le législateur exclut la représentation ou l'assistance, avec ou sans condition, il développe de véritables présomptions de capacité reposant sur de nombreuses capacités résiduelles. En effet, dans les hypothèses où une capacité résiduelle est prévue, on présume que le mineur ou le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation a la capacité d'agir lui-même. Toutefois, le dispositif n'est pas lisible, car il existe de nombreux textes et que les textes généraux sont sujets à interprétation. Dès lors, l'exercice de ces capacités peut manquer d'effectivité.

**308. Plan.** L'exclusion de la représentation, notamment lorsqu'elle est absolue, n'est pas sans conséquences puisque certains effets pervers peuvent apparaître lorsque le mineur ou le majeur bénéficiant d'une mesure de représentation n'est pas en mesure de décider, notamment en cas d'incapacité naturelle (Chapitre 1). L'autre conséquence de l'exclusion de la représentation, qu'elle soit absolue ou relative, est le développement accru de capacités résiduelles qui font perdre du sens à la présomption d'incapacité de la personne protégée : la capacité de décider doit donc être développée et unifiée (Chapitre 2).

## Section 1 : Les conséquences de l'incapacité à décider

**309. Incapacité naturelle.** En principe, les actes strictement personnels pourront être réalisés si le mineur ou le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation ont la capacité naturelle de les réaliser, autrement dit, l'exclusion de l'assistance ou de la représentation n'est possible que si le mineur ou le majeur protégé peuvent exprimer leur volonté. En effet, s'ils ne sont pas en mesure de décider eux-mêmes, l'acte ne pourra pas être réalisé puisque l'assistance ou la représentation sont exclues. Or, si ces derniers ne sont pas en mesure de consentir personnellement à l'acte, une incapacité de jouissance va donc apparaître (I). Toutefois, il existe parfois des palliatifs de l'existence d'incapacité de jouissance lorsque la personne protégée ne peut pas consentir elle-même (II).

### § I. - L'apparition d'une incapacité de jouissance

**310. Appréciation de la lucidité.** La reconnaissance d'une capacité personnelle des personnes protégées n'est pas sans susciter de difficultés<sup>656</sup>. La première, et nous l'avons évoqué précédemment, est de savoir ce que recouvre la notion d'acte strictement personnel, la liste donnée par le législateur n'étant pas exhaustive<sup>657</sup>. La seconde difficulté est de savoir si la personne protégée dispose de la lucidité suffisante, autrement dit de la capacité naturelle, pour prendre la décision seule. En outre, une des plus grandes difficultés posée par le régime des actes strictement personnels, qui exclut toute assistance ou représentation, est de savoir ce qu'il advient de l'acte lorsque la personne protégée n'a pas la lucidité suffisante pour y consentir.

**311. Consécration de la capacité naturelle ?** De nombreux auteurs ont mis en lumière les limites de la catégorie des actes strictement personnels. Tout d'abord, certains voient en la création de cette catégorie une consécration de la capacité naturelle<sup>658</sup> qui justifie l'octroi d'une sphère de capacité juridique, mais pose inévitablement la question des conséquences de l'incapacité naturelle à réaliser un acte strictement personnel. Pourtant, pour

---

<sup>656</sup> V. en ce sens : S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, op.cit.

<sup>657</sup> V. *supra* n°142

<sup>658</sup> T. FOSSIER, « La protection de la personne, un droit flexible », *Dr. fam.*, 2007, étude 17 ; J. HAUSER, « Avant la réforme », *Dr. et pat.*, avril 2009, n° 180, p 54 ; M. AZAVANT, « Effets généraux (comptes et logement) et effets personnels », *Dr et pat.*, avril 2009, n°180, p.73 ; S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, op. cit.

Clint Bouland<sup>659</sup>, il ne faut pas considérer que « *la notion d'acte strictement personnel consacrerait ou valoriserait la capacité naturelle du majeur, l'existence de cette dernière étant en tout état de cause préalable et par conséquent indépendante des conséquences juridiques pouvant lui être attachées* ». En effet, quand bien même la personne protégée ne dispose pas de la capacité naturelle à réaliser un acte strictement personnel, il lui sera toujours reconnu, sur le plan juridique, la capacité de réaliser seul un tel acte. La capacité ou l'incapacité naturelle de la personne protégée n'a finalement aucune incidence sur l'octroi de cette sphère résiduelle de capacité juridique et donc sur l'exclusion de l'assistance ou de la représentation qui est systématique. Il s'agit bien là de toute la difficulté qui entoure les actes strictement personnels puisque peu importe les aptitudes naturelles du mineur ou du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation, la nature strictement personnelle de l'acte empêchera toute assistance ou représentation. C'est pourquoi il peut y avoir certaines réticences à affirmer que les actes strictement personnels sont une consécration de la capacité naturelle. En effet, il ressort que l'incapacité naturelle de la personne protégée n'a pas d'incidence sur la consécration d'une sphère d'autonomie incompressible en matière strictement personnelle qui ne dépend pas de la capacité naturelle. Dès lors, il ne semble pas pertinent de dire que la capacité strictement personnelle consacrerait une capacité naturelle. Les actes strictement personnels reposent plutôt sur la volonté de ne pas permettre une incursion trop importante dans la vie personnelle de la personne protégée.

**312. Difficultés.** Le législateur ne répond pas à la question des conséquences de l'incapacité naturelle de la personne protégée à réaliser un acte strictement personnel qui exclut toute assistance ou représentation sauf dans certains cas<sup>660</sup>. Il empêche les tiers d'intervenir dans la réalisation d'un tel acte sans préciser ce qu'il en est de l'acte si la personne protégée ne peut exprimer sa volonté, et ce, même si cet acte revêt un certain intérêt pour la personne protégée<sup>661</sup>. Christine Bidaud-Garon<sup>662</sup> estime à juste titre que la répartition des actes personnels en plusieurs catégories et l'absence totale d'accompagnement pour les actes strictement personnels ne permettent pas de garantir le respect des droits fondamentaux de la personne vulnérable.

<sup>659</sup> C. BOULAND, op. cit,

<sup>660</sup> V. spéc. sur le consentement à sa propre adoption *infra* n°326

<sup>661</sup> V. en ce sens : C. BOULAND, op. cit.

<sup>662</sup> C.BIDAUD-GARON, « Accompagnement et actes personnels », *Dr.fam.*, mars 2017, n°3

## § II. - Le nécessaire aménagement de l'exclusion de la représentation

**313. Incapacité de jouissance.** Si le mineur ou le majeur protégé ne peut pas donner son consentement à un acte strictement personnel, une incapacité de jouissance peut apparaître, mais il existe certains palliatifs en droit commun lorsque la personne protégée ne peut pas consentir elle-même (A) et certaines solutions spécifiques aux majeurs protégés ont été mises en place par le législateur (B).

### A.- Les alternatives de droit commun

**314. Palliatifs.** Des alternatives sont trouvées lorsqu'il s'agit des actes relatifs à l'enfant de la personne protégée. En effet, il est nécessaire que l'incapacité du parent n'aboutisse pas à mettre à mal l'intérêt supérieur de l'enfant. Dès lors, le droit commun offre certaines opportunités pour pallier l'impossibilité de la personne protégée de consentir s'agissant de l'exercice de l'autorité parentale. Ces palliatifs ne sont pas réservés aux personnes protégées, mais le droit commun va permettre d'appliquer ces alternatives à ces dernières afin d'éviter d'éventuels blocages.

**315. Autorité parentale.** La question se pose de savoir ce qui se passe si la personne protégée ne peut réaliser un acte relatif à l'autorité parentale ou ne le souhaite pas alors que ce dernier serait dans l'intérêt de son enfant. Il est compréhensible que de tels actes soient réservés aux seules personnes protégées au regard de l'intimité de ces derniers, mais il ne faut pas pour autant oublier les conséquences d'une incapacité naturelle à consentir ou d'un refus de consentir qui ne seraient pas dans l'intérêt du majeur protégé, du mineur ou même de leurs enfants qui sont souvent l'objet des actes strictement personnels. Stéphanie Zeidenberg<sup>663</sup> rappelle à juste titre que l'intérêt de la personne vulnérable (qui peut être en mesure de représentation ou un mineur) rend souvent préférable une prise de décisions plutôt que l'inaction. Il est alors nécessaire de trouver des solutions lorsque le mineur ou le majeur protégé ne sont pas en mesure de consentir personnellement à l'acte, au risque de pervertir la volonté initiale des dispositions relatives aux actes strictement personnels.

**316. Les palliatifs à l'impossible exercice de l'autorité parentale.** Si le principe veut que la personne protégée conserve l'exercice de l'autorité parentale,<sup>664</sup> cela peut avoir certaines conséquences justifiant le recours aux alternatives prévues par le droit commun. En

---

<sup>663</sup> S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, op.cit.

<sup>664</sup> V. *supra* n°156

effet, un problème apparaît lorsque le parent ne peut pas exercer l'autorité parentale sur la personne de l'enfant alors même que la loi exclut toute assistance ou représentation dans ce domaine. Dans un premier temps, s'il y a un autre parent, il est possible de saisir le juge aux affaires familiales qui confiera, dans l'intérêt de l'enfant, l'exercice de l'autorité parentale à l'autre parent<sup>665</sup>. C'est en cas de danger, afin de protéger l'enfant, notamment lorsque son parent n'est pas en mesure d'assurer son éducation que le recours à une mesure d'assistance éducative est possible. Cette solution est applicable pour l'enfant du majeur protégé, mais aussi pour l'enfant du mineur. L'article 375 du Code civil permet au juge d'ordonner la mise en place de mesures d'assistance éducative lorsque « *la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises* ». La mise en place de mesures d'assistance éducative n'a, en principe, pas de conséquences sur les attributs de l'autorité parentale, comme le rappelle l'article 375-7 du Code civil et va permettre d'assister le parent incapable en lui permettant de se voir restituer son autorité à terme, ce qui respecte l'exclusion de la représentation en ce domaine. Il faut alors préciser que l'altération ne doit pas être grave et doit être temporaire pour mettre en place de telles mesures, ce qui rend cette solution particulièrement intéressante dans le cas de parents mineurs, mais peut-être plus compliqué pour le parent majeur protégé, qui bien souvent bénéficie d'une mesure de représentation, car l'altération a vocation à durer.

**317. Privation de l'exercice de l'autorité parentale.** Outre les mesures d'assistance éducatives, il est possible de restreindre les droits parentaux. L'article 373 du Code civil prévoit « *Est privé de l'exercice de l'autorité parentale, le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause* ». Cependant, l'incapacité citée dans l'article ne l'est que comme exemple. La seule incapacité de la personne ne justifie pas toujours le retrait de l'autorité parentale, sauf dans les cas où la personne incapable est hors d'état de manifester sa volonté. En ce sens, la Cour d'appel de Lyon a affirmé dans un arrêt du 18 juin 2013 que « *le placement sous mesure de protection ne saurait de facto priver le parent de l'exercice de l'autorité parentale, le texte de l'article 373 susvisé précisant que la privation de cet exercice suppose que ce parent, en raison de son incapacité, soit hors d'état de manifester sa volonté* ». Certains auteurs proposent alors à juste titre de supprimer la référence à l'incapacité dans cet article,

<sup>665</sup> Art. 373-2-1 Code civil, V. *supra* n°158.

l'expression « hors d'état de manifester sa volonté » suffirait<sup>666</sup>. Cette restriction de l'autorité parentale, notamment lorsque le parent est hors d'état de manifester sa volonté, peut se traduire par une privation des parents de l'exercice de l'autorité parentale, mais cette possibilité est notamment prévue en matière pénale en cas de crime d'un parent contre l'autre ou de condamnation pour violences conjugales. Cette privation des droits parentaux peut également prendre la forme d'une délégation de l'exercice de l'autorité parentale ou d'un retrait de sa titularité.

**318. Délégation de l'autorité parentale volontaire.** Si les mesures d'assistance éducative ne suffisent pas, il est possible de recourir à une délégation de l'autorité parentale<sup>667</sup>. Cette délégation peut être volontaire, le majeur protégé ou le mineur pourrait, dans ce cas, être d'accord pour déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers qui serait un membre de la famille ou un proche digne de confiance comme prévu par l'article 377 alinéa 1 du Code civil. Il peut s'agir par exemple du mineur qui souhaiterait déléguer tout ou partie de son autorité parentale à un de ses parents. L'article 1202 du Code de procédure civile prévoit que ces demandes en délégation de l'autorité parentale sont portées devant le juge aux affaires familiales du lieu où demeure le mineur. Dès lors, cette demande relevant d'une procédure judiciaire, le mineur ou le majeur protégé vont devoir être représentés pour demander une délégation totale ou partielle de leur autorité parentale conformément aux dispositions applicables aux actions en justice. Néanmoins, il pourrait être prévu que le mineur ou le majeur protégé puisse demander seul la délégation totale ou partielle de l'autorité parentale s'agissant d'une action en justice relative à un acte strictement personnel<sup>668</sup>.

**319. Délégation de l'autorité parentale forcée.** La délégation de l'autorité parentale est bien souvent une délégation forcée, le parent mineur ou majeur protégé ne pouvant pas toujours exprimer sa volonté de déléguer son autorité parentale. Dans ce cas, l'article 377 alinéa 2 prévoit que le délégataire de l'autorité parentale peut saisir le juge afin de se voir transférer, en tout ou partie, l'exercice de l'autorité parentale en cas de désintérêt des parents ou lorsque ces derniers sont dans l'impossibilité effective d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale. La procédure de délégation forcée a été assouplie afin de prendre en

---

<sup>666</sup> V. en ce sens les développements : F.FRESNEL, I.MARIA, « Majeurs protégés et autorité parentale », *LPA*, 2014, n°97, p.6

<sup>667</sup> Art. 376 et s. du Code civil

<sup>668</sup> V. *supra* n°234

considération le fait que le comportement des parents ne doit pas être fautif à la différence de ce qui est prévu pour le retrait de l'autorité parentale<sup>669</sup>. Cette délégation n'étant pas définitive, elle peut prendre fin en cas de circonstances nouvelles. Cette solution provisoire peut être judicieuse notamment pour le mineur qui va acquérir pleine capacité à sa majorité ou alors pour le majeur protégé provisoirement empêché.

**320. Retrait de l'autorité parentale.** Le retrait de l'autorité parentale est prévu aux articles 378-1 et suivants du Code civil. Toutefois, le retrait automatique de l'autorité parentale du seul fait de l'incapacité civile du parent n'est pas expressément prévu. La doctrine a eu l'occasion d'affirmer qu'il n'y a pas d'automatisme de la perte de l'autorité parentale, notamment quand le parent est placé en mesure de protection<sup>670</sup>. Le seul fait que le parent soit un majeur protégé ou un mineur est donc insuffisant pour justifier un retrait total ou partiel de l'autorité parentale. Néanmoins, s'agissant d'une mesure de protection de l'enfant et pas d'une sanction du parent, il est important de rappeler que le retrait ne suppose nullement le discernement du parent considéré<sup>671</sup>. En dehors des hypothèses de condamnation pénales, l'article 378-1 du Code civil prévoit le retrait partiel ou total de l'autorité parentale lorsque le père ou la mère mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant : *« soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, notamment lorsque l'enfant est témoin de pressions ou de violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre, soit par un défaut de soins ou un manque de direction »*. Il faut préciser que cette possibilité implique que le comportement de la personne représente un danger pour l'enfant et que ce comportement soit volontaire. Le juge ne peut donc retirer l'autorité parentale qu'en cas de circonstances particulières démontrant que le parent n'a pas la capacité d'exercer l'autorité parentale. Il faut établir une mise en danger de l'enfant par l'état ou le comportement du majeur protégé<sup>672</sup>.

<sup>669</sup> A.GOUTTENOIRE, P.COURBE, M.FARGE, *Droit de la famille*, Sirey, 2022, p.625, n°1832

<sup>670</sup> J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, Thèse de doctorat, droit, Université de Bordeaux ; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 527 ; N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, *Droit des tutelles. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, oct.2012, Dalloz, n° 88.61

<sup>671</sup> A.BATTEUR, « V°Majeurs protégés. – Curatelle et tutelle. – Effets personnels. – Vie familiale du majeur protégé », *JCl.Notarial Répertoire*, Fasc.31-10, 2022, n°105

<sup>672</sup> F.FRESNEL, I.MARIA, *op.cit.*

**321. Délaissement parental.** La loi du 14 mars 2016<sup>673</sup> a remplacé la déclaration judiciaire d'abandon par la procédure dite de délaissement parental aux termes de l'article 381-1 du Code civil : « *Un enfant est considéré comme délaissé lorsque ses parents n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires à son éducation ou à son développement pendant l'année qui précède l'introduction de la requête, sans que ces derniers en aient été empêchés par quelque cause que ce soit.* ». Cet article prend désormais en compte une situation objective et ne fait plus référence à la volonté des parents auquel faisait référence l'ancienne déclaration judiciaire d'abandon<sup>674</sup>. Le nouveau texte pourrait donc être appliqué à des majeurs protégés. Toutefois, cette mesure de délaissement parental ne peut pas s'appliquer s'il est considéré que l'incapacité du parent est une cause d'empêchement. En effet, il faut démontrer que le désintérêt n'est pas lié au trouble affectant le parent qui n'est pas, en lui-même, une cause de désintérêt. La condition d'empêchement rend plus difficile l'adoption d'un enfant d'une personne protégée. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur les conditions de la déclaration judiciaire de délaissement parental pour une mère curatellaire dans un arrêt du 30 novembre 2022<sup>675</sup>. Les juges confirment dans cet arrêt que la mesure de protection dont fait l'objet la mère est indifférente au prononcé du délaissement<sup>676</sup>. En effet, le prononcé du délaissement ne repose pas sur le fait que la mère bénéficie d'une mesure de protection puisque rien ne déterminait que l'altération de ses facultés mentales l'avait empêché d'avoir des relations avec son fils, mais plutôt sur le fait qu'elle n'avait pas mis en place d'actes concrets démontrant qu'elle voulait reprendre une relation avec son fils<sup>677</sup>. Dès lors, ce n'est pas parce que le parent bénéficie d'une mesure de protection que le délaissement ne peut pas être prononcé. En effet, l'empêchement doit être démontré. À l'inverse, ce n'est pas parce que le parent bénéficie d'une mesure de protection que le délaissement doit être prononcé, cette condition devant être indifférente. Pour la Professeure Annick Bateau<sup>678</sup>, une telle mesure peut présenter un intérêt certain lorsque l'un des parents est un majeur protégé défaillant et que l'autre ne l'est pas puisque « *la possibilité de ne déclarer l'enfant délaissé qu'à l'égard d'un seul des deux parents pourra ouvrir de nouvelles perspectives de protection*

<sup>673</sup> Loi n°2016-297 du 16 mars 2016 relative à la protection de l'enfance

<sup>674</sup> Pour une illustration de l'application de l'ancien article 350 du Code civil à propos d'une mère qui avait été mise en curatelle renforcée : CEDH, Zambotto Perrin c/ France, 26 sept. 2013, n°4962/11, AJ fam. 2013. 633, obs. E. Viganotti

<sup>675</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 nov.2022, n°20-22.903, D. 2022. 523, obs. Douchy-Oudot; AJ fam. 2023. 48, obs. Mallevaey; JCP 2023, no 161, note Cheynet de Beaupré

<sup>676</sup> F. ROGUE, « Retour sur les conditions de la déclaration judiciaire de délaissement parental », LPA, juin 2023, n°6, p.37

<sup>677</sup> Ibid.

<sup>678</sup> A. BATTEUR, op.cit.

de l'enfant ». Certes, l'enfant ne serait pas adoptable, mais cette mesure participe à sa protection en restaurant le parent non délaissant dans ses fonctions parentales<sup>679</sup>.

**322. Droits parentaux de la personne handicapée.** La Cour européenne des droits de l'homme a eu à connaître de la situation des droits parentaux de la personne handicapée à qui elle accorde une protection accrue dans l'arrêt *Korcherov et Sergejeva c/ Russie* du 29 mars 2016<sup>680</sup>. Ainsi, elle contrôle les motifs de maintien du placement en vérifiant que celui-ci n'est pas fondé sur le handicap du parent. De la même manière, dans l'arrêt *S.S c/ Slovénie* du 30 octobre 2018<sup>681</sup>, il est rappelé l'exigence de protection accrue des personnes vulnérables, notamment les personnes atteintes d'une maladie mentale. Les juges vérifient encore une fois que la privation irréversible des droits parentaux n'était pas fondée sur l'altération de la santé mentale du parent, mais sur son incapacité concrète à prendre soin de sa fille. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme s'attache à contrôler de manière accrue les motifs de limitation des droits parentaux, ces mesures d'atteinte à l'autorité parentale étant considérées comme des ingérences dans la vie privée et familiale de la personne garantie par l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

**323. Adoption de l'enfant.** En principe, le consentement à l'adoption de l'enfant de la personne protégée est strictement personnel. Dans le cas où l'un des parents est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'article 348 du Code civil prévoit que c'est l'autre parent qui consentira à l'adoption. Si ce dernier n'est pas non plus apte à manifester sa volonté, ou que les deux parents ont perdu leurs droits d'autorité parentale alors l'article 348-2 du Code civil prévoit que le consentement est donné par le conseil de famille. Il appartiendra au juge de vérifier que les parents ne sont pas en mesure de manifester leur volonté et qu'ils ne peuvent pas assumer la fonction parentale<sup>682</sup>. Dans cette hypothèse, l'intérêt de l'enfant à être adopté se heurte à la protection du majeur protégé qui ne doit pas être privé arbitrairement de son enfant. La Cour européenne des droits de l'homme estime dans l'arrêt *X. c/ Croatie* du 17 juillet 2008<sup>683</sup> qu'il y a violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors qu'une mère incapable a été tenue entièrement à l'écart de l'adoption de sa fille par un tiers alors qu'elle avait conservé des liens

<sup>679</sup> F. ROGUE, « Les perspectives de la déclaration judiciaire de délaissement parental unilatérale », *D.*, 2019, p. 1876

<sup>680</sup> CEDH, *Sergejeva c/ Russie*, 29 mars 2016, n°16899/13

<sup>681</sup> CEDH, *S.S c/ Slovénie*, 30 oct. 2018, n°40938/16

<sup>682</sup> V. en ce sens : A. BATTEUR, op.cit., *JCl. Civil code*, n°84

<sup>683</sup> CEDH, 17 juill. 2008, n°11223/04, *X. c/ Croatie*

avec elle. Il est donc important d'associer le parent protégé à cette décision et qu'il soit le seul à pouvoir consentir à l'adoption de son enfant, bien que le consentement de l'autre parent puisse suffire, s'il est démontré que le consentement de la personne protégée ne peut pas être valablement donné. Dans l'hypothèse du consentement à l'adoption de son enfant, personne ne pourra consentir à la place du parent protégé ce qui fait du consentement à l'adoption de son enfant un acte strictement personnel en raison de l'impossible représentation en la matière. Toutefois, le droit commun prévoit une alternative à l'impossibilité pour la personne protégée de consentir à l'adoption de son enfant puisque le consentement est dans ce cas donné par le conseil de famille, après avis de la personne qui, en fait, prend soin de l'enfant. Ce consentement ne découle pas de la représentation, mais bien d'un pouvoir propre et il est exceptionnellement permis de ne pas recueillir le consentement de la personne protégée. Il s'agit donc d'un acte strictement personnel pour lequel les textes de droit commun évitent une incapacité de jouissance inopportune, notamment dans l'intérêt de l'enfant.

### **B.- La rare intervention législative**

**324. Incapacité naturelle.** Un acte strictement personnel exclut toute représentation et assistance ce qui peut empêcher la réalisation de l'acte en cas d'incapacité naturelle entraînant une incapacité de jouissance. Afin d'éviter cet écueil, le législateur est intervenu en matière de consentement à son adoption qui est considéré par l'article 458 du Code civil comme étant un consentement strictement personnel pour lequel aucune assistance ou représentation n'est possible. Néanmoins, en cas d'incapacité naturelle à consentir à son adoption, une incapacité de jouissance pouvait apparaître, qui n'était pas toujours dans l'intérêt de la personne protégée.

**325. Adoption<sup>684</sup>.** Dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 6 octobre 2008<sup>685</sup>, l'impossibilité de la tutélaire de consentir à son adoption a empêché la réalisation de celle-ci en raison de l'exclusion de sa représentation pour donner son consentement à sa propre adoption, alors même que cette adoption était dans son intérêt. Autrement dit, en matière strictement personnelle, la personne protégée dispose d'une capacité juridique résiduelle, qui, en raison de son incapacité naturelle à réaliser l'acte, peut se transformer en une incapacité de jouissance. Dans ce cas, le mineur ou le majeur protégé

---

<sup>684</sup> V. *supra* n°164 et *infra* n°488

<sup>685</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 oct. 2008, V. *supra* n° 164

bénéficiant d'une mesure de représentation ne pouvaient pas bénéficier des droits qui leur sont octroyés par cette capacité juridique résiduelle. Ainsi, toute comme la tutélaire dans l'arrêt du 6 octobre 2008 de la Cour de cassation<sup>686</sup>, le mineur n'aura peut-être pas la lucidité suffisante pour consentir à sa propre adoption et sera donc empêché d'être adopté alors même que cette adoption pourrait être dans son intérêt. Quid alors du principe de primauté de l'intérêt supérieur l'enfant... ? Une décision prétorienne<sup>687</sup> est venue répondre à la situation dans laquelle un mineur de plus de treize ans ne pouvait donner son consentement à l'adoption en l'absence de discernement. Dans ce cas, les juges du fond ont préconisé la nomination d'un administrateur ad hoc pour apprécier l'intérêt du mineur et donner son consentement à sa place. Cette solution va permettre de préserver l'intérêt de l'enfant en permettant l'adoption malgré son impossibilité de consentir. Le législateur est intervenu en ce sens.

**326. Palliatif à l'impossibilité de consentir à sa propre adoption.** Le législateur a fait le choix d'éviter une incapacité de jouissance dans le cadre du consentement à sa propre adoption. C'est ainsi que la loi n°2022-219 du 21 février 2022<sup>688</sup> précisée par l'ordonnance du 5 octobre 2022<sup>689</sup> instaure l'article 350 du Code civil qui dispose que : « *Le tribunal peut prononcer l'adoption, si elle est conforme à l'intérêt de l'adopté, d'un mineur âgé de plus de treize ans ou d'un majeur protégé hors d'état d'y consentir personnellement, après avoir recueilli l'avis d'un administrateur ad hoc ou de la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne.* ». Dès lors, l'adoption peut être prononcée par le juge si la personne protégée, dont le consentement strictement personnel est en principe nécessaire, n'est pas en mesure de le donner. Cette adoption sera prononcée avec l'avis d'un administrateur ad hoc pour le mineur ou de la personne chargée de la mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne pour le majeur protégé. Cet article est la preuve que le législateur peut répondre aux lacunes de la loi même si l'adoption est un acte particulier nécessitant le consentement strictement personnel de la personne protégée. Il s'agit d'un acte particulier, car il s'agit de donner son consentement strictement personnel à une décision d'un tiers et pas d'être à l'initiative de l'acte. Pourtant, l'article 458 du Code civil qualifie le consentement à son adoption d'acte strictement personnel excluant ainsi toute assistance ou représentation. Ainsi, le consentement à son adoption est strictement

<sup>686</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 oct. 2008, op. cit

<sup>687</sup> Châlons-sur-Marne, juge des tutelles, 1<sup>er</sup> juin 1977, *Gaz.Pal.* 1978,1, 175, note Décheix

<sup>688</sup> Loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption

<sup>689</sup> Ordonnance n° 2022-1292 du 5 octobre 2022 prise en application de l'article 18 de la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption

personnel et exclut l'assistance ou la représentation dès lors que la personne protégée a la possibilité de consentir. Mais si elle ne peut pas consentir, des solutions sont prévues n'excluant pas toute assistance ou représentation en cas d'incapacité naturelle ce qui semble être une solution opportune et bienvenue afin d'éviter les éventuelles incapacités de jouissance.

**327. Critiques.** Pour le mineur, cette disposition vient entériner la solution jurisprudentielle rendue par le Tribunal d'instance de Châlons sur Marne le 1<sup>er</sup> juin 1977<sup>690</sup> et ne laisse désormais aucune place au doute. Si la personne incapable peut consentir, alors le consentement à sa propre adoption sera un acte strictement personnel. C'est seulement, et seulement si, l'état du mineur ou du majeur protégé ne lui permet pas de consentir que l'autorité judiciaire pourra passer outre le consentement strictement personnel de l'adopté. La Professeure Annick Batteur<sup>691</sup> regrette que l'article 458 du Code civil n'ait pas été réécrit en conséquence. En effet, il y a peu d'intérêt à laisser le consentement à sa propre adoption dans la catégorie des actes strictement personnels au regard du nouveau régime applicable au consentement à sa propre adoption prévu par un article spécifique dans la section relative à l'adoption du Code civil. Cela ne fait qu'ajouter de la confusion au régime des actes strictement personnels sauf à considérer qu'il s'agisse d'un acte strictement personnel par nature avec un régime spécifique. Néanmoins, le doute est permis concernant l'exclusion du consentement à son adoption des actes strictement personnels. En effet, dans cette hypothèse, il ne s'agit pas d'une représentation ni même véritablement d'une assistance. Le juge peut passer outre le consentement du majeur protégé ou du mineur qui ne peut l'exprimer, après consultation d'un administrateur ad hoc pour le mineur ou de la personne chargée de la mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne pour le majeur protégé. Le choix de ne pas avoir prévu une assistance s'explique très probablement par le fait que le consentement à sa propre adoption est avant tout un acte strictement personnel qui exclut dans son régime toute assistance ou représentation. Finalement, le régime choisi pour le consentement à l'adoption est assez inédit puisque personne ne consent à la place du majeur protégé ou du mineur, il n'y a pas de représentation ou d'assistance pour consentir, mais simplement un avis neutre qui est recueilli par le juge. Il s'agit d'un accompagnement sous la forme d'une consultation d'un tiers pour donner un avis qui semble s'associer judicieusement au régime des actes strictement personnels. En définitive, on écarte la nécessité du recueil du

---

<sup>690</sup> Op. cit.

<sup>691</sup> A.BATTEUR, op.cit., n°82

consentement de la personne protégée lorsqu'elle ne peut pas manifester sa volonté. Il s'agit d'une technique nouvelle qui ne transforme pas la nature de l'acte, mais permet au juge de décider de l'opportunité de la réalisation de l'acte.

**328. Actes médicaux du majeur protégé.** Ce régime inédit ainsi prévu pour le consentement à l'adoption se retrouve de manière quelque peu similaire pour le consentement à l'acte médical du majeur protégé dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté<sup>692</sup>. Il faut quand même préciser que dans le cadre des actes médicaux, l'exclusion de la représentation est relative puisque le législateur subordonne le consentement du majeur protégé à sa capacité naturelle et prévoit des solutions si ce dernier ne peut pas décider. En effet, dans ce cas, la personne chargée de la mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne ne va pas donner son consentement à la place du majeur protégé, mais va donner son autorisation en tenant compte de l'avis exprimé de la personne protégée. Dans cette hypothèse, ce n'est pas l'avis qui est recueilli, mais l'autorisation du représentant. En tout état de cause, il ne s'agit pas d'une substitution de volonté dans le sens où le représentant ne va pas consentir à la place du majeur protégé, mais bien pallier l'impossibilité d'exprimer sa volonté en donnant une autorisation en tenant compte de l'avis de ce dernier. Néanmoins, dans le cas des décisions médicales, il ne s'agit pas d'actes strictement personnels puisqu'une assistance est prévue voire une représentation. Pourtant, la nature de l'acte laisse penser que personne ne peut consentir à la place du majeur protégé. C'est sans doute pourquoi le législateur a fait le choix de permettre au représentant d'autoriser l'acte et non pas de consentir à l'acte. À la différence du consentement à l'adoption pour lequel c'est le juge qui se prononce sur l'acte, dans l'hypothèse des décisions médicales du majeur protégé, c'est son représentant qui autorise. La différence de qualification de l'acte explique que les alternatives soient différentes.

**329. Solutions possibles.** Stéphanie Zeidenberg propose trois grandes modalités pour pallier l'incapacité naturelle de la personne protégée dans le cadre des actes strictement personnels qui excluent l'assistance ou la représentation<sup>693</sup> : la décision pourrait être prise par une autre personne, par le juge ou encore en recourant à la collégialité. Cette auteure propose en effet que la décision puisse être confiée au représentant, ou, en cas de conflit d'intérêts, à un représentant ad hoc. Cette solution a notamment été retenue pour les décisions médicales

---

<sup>692</sup> V. *infra* n°592

<sup>693</sup> S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *op. cit.*

du majeur protégé, bien qu'elles ne soient pas considérées comme étant des actes strictement personnels. Elle propose également de recourir au juge pour suppléer une volonté défaillante puisqu'il est régulièrement fait appel à ce dernier pour autoriser certains actes. C'est d'ailleurs le choix qui a été fait en matière de consentement à sa propre adoption. Enfin l'auteure propose le recours à la collégialité afin d'obtenir une solution discutée grâce à la mise en place généralisée du conseil de famille ou de la consultation d'un comité d'experts. Il s'agit dans ce cas de la solution notamment édictée en cas d'impossibilité pour les parents de manifester leur volonté pour l'adoption de leur enfant. En tout état de cause, Stéphanie Zeidenberg estime qu'il ne faut pas donner un pouvoir discrétionnaire à la personne suppléant l'absence de volonté ou son expression afin de respecter l'objectif de respect de la personne. Ces solutions sont pertinentes, mais il est important de répondre à la volonté législative de laisser une véritable sphère d'autonomie aux personnes protégées.

**330. Opportunité des incapacités de jouissance.** La solution législative trouvée afin de pallier l'incapacité naturelle de consentir à un acte strictement personnel qui pourrait faire naître une incapacité de jouissance est donc de recueillir un avis ou une autorisation d'une autre personne qui a compétence soit du fait de la loi soit du fait de sa désignation prévue par un texte spécifique. Cette solution est opportune, car elle respecte le régime des actes strictement personnels impliquant le seul consentement de la personne protégée tout en maintenant une certaine protection en permettant d'agir en cas d'incapacité naturelle et ainsi éviter l'éventuelle apparition d'une incapacité de jouissance pour les actes excluant toute assistance ou représentation. La question se pose donc de savoir ce qui peut être mis en place dès lors que l'acte, considéré comme strictement personnel, exclut toute assistance ou représentation, mais que la personne protégée ne peut pas y consentir alors qu'il serait dans son intérêt ou dans l'intérêt d'un tiers de voir réaliser l'acte. Finalement, cette problématique ne concerne que peu d'actes puisque bien souvent le droit commun permet à d'autres d'intervenir non pas en représentation de la personne protégée, mais à la place de celle-ci. En effet, des solutions législatives ont notamment été mises en place lorsqu'il s'agit de décisions où l'incapacité de jouissance est inopportune. Dès lors, il existe des alternatives prévues expressément ou par le droit commun notamment lorsque l'incapacité de jouissance est inopportune et qu'elle pourrait porter atteinte à la personne protégée ou à un tiers notamment son enfant. Pour le reste, les incapacités de jouissance paraissent se justifier par le fait qu'il n'existe pas de préjudice pour la personne protégée si l'acte n'est pas réalisé. Par exemple, si

le majeur protégé n'est pas en capacité de voter, l'incapacité de jouissance qui peut naître est opportune. Il n'est pas concevable que quelqu'un décide à la place du majeur protégé pour qui voter donc l'impossibilité de décider seul qui empêche la réalisation de l'acte est opportune. Le législateur multiplie les hypothèses où le mineur ou le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation peut consentir seul et dispose d'une capacité décisive avec ou sans conditions, il est important de revoir ce modèle et d'unifier les modalités de cette capacité décisive.

## **Section 2 : Le développement de la capacité de décider**

**331. Préservation de l'autonomie.** Malgré les difficultés pouvant naître d'une exclusion de l'assistance ou de la représentation, il faut que les personnes protégées restent de véritables acteurs autonomes pour réaliser ces actes, notamment en matière personnelle, mais également en matière patrimoniale. En effet, les hypothèses de capacité résiduelle sont davantage prévues en matière personnelle, mais il faut également penser aux actes patrimoniaux que pourrait réaliser la personne protégée. L'exclusion absolue de la représentation ou de l'assistance dans certaines hypothèses laissant place à des incapacités de jouissance, la présomption irréfragable de capacité pour les actes strictement personnels ne semble donc pas toujours adaptée. Néanmoins, des solutions sont prévues et l'exclusion de la représentation est parfois seulement relative. Dès lors, la présomption de capacité n'est pas toujours irréfragable et repose parfois sur certaines conditions ce qui semble être pertinent et une solution à unifier. Toutefois, ces présomptions de capacité ne sont pas la règle en droit des incapacités. La présomption d'incapacité de principe doit donc être revue afin de s'adapter à la multiplication des capacités résiduelles excluant l'assistance ou la représentation.

**332. Plan.** S'il est important de maintenir un équilibre entre la protection et l'autonomie de la personne protégée, la multiplication des capacités résiduelles fait perdre du sens à la présomption d'incapacité du mineur ou du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation. Il faut alors renverser ce paradigme et créer une présomption simple de

capacité pour les majeurs protégés (A) et permettre le renversement de la présomption d'incapacité pour les mineurs (B).

### **§ I. - Le développement de la présomption de capacité du majeur protégé**

**333. Contexte.** Le Comité des droits des personnes handicapées a formulé une observation générale relative à l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées<sup>694</sup>. Dans cette observation, le comité recommande à la France de bannir les mesures substitutives privant la personne de sa capacité juridique au profit d'un régime de prise de décision assistée. Cette position a été rappelée par la rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées dans son rapport<sup>695</sup> sur sa visite en France dans lequel elle estime que : « *La France doit revoir d'urgence sa législation en vue de supprimer les régimes de prise de décision substitutive* ». Aussi, pour répondre, aux exigences de l'article 12 de la Convention Internationale des droits des personnes handicapées, il faudrait renverser le paradigme et poser un principe de capacité juridique pour les majeurs protégés avec une possible assistance en cas de besoin. Certains pays l'ont déjà fait (A), c'est dans ce contexte que les réflexions de la mission interministérielle dirigée par Anne Caron-Dégliise<sup>696</sup> ont eu lieu, proposant la création d'une mesure unique (B).

#### **A.- La modification du paradigme en droit étranger**

**334. Belgique.** La réforme belge du droit des majeurs protégés est récente, car elle est issue des lois du 17 mars 2013 et du 21 décembre 2018. Le droit belge pose le principe du maintien de la capacité juridique et l'article 488/1 du Code civil belge dispose : « *Le majeur, qui, en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état d'assumer lui-même, comme il se doit, sans assistance ou autre mesure de protection, fût-ce temporairement, la gestion de ses intérêts patrimoniaux ou non patrimoniaux, peut être placé sous protection si et dans la mesure où la protection de ses intérêts le nécessite.* ». Il existe deux régimes juridiques : la protection judiciaire et la protection extrajudiciaire. Il faut préciser que la protection extrajudiciaire doit être privilégiée, mais elle ne peut concerner que la gestion des biens. Dans le cadre de la protection judiciaire, le juge doit déterminer les actes

---

<sup>694</sup> Observation générale n°1 du Comité des droits des personnes handicapées, 19 mai 2014, CRPD/C/GC/1, p.7

<sup>695</sup> Visite en France – Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées, 8 janv.2019, A/HRC/40/54/Add.1, p.15

<sup>696</sup> A. CARON-DEGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes : reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables, rapport de mission interministérielle*, 21 sept. 2018, p.68 et s.

relatifs à la personne ou aux biens que la personne protégée est incapable de réaliser. Si les actes ne sont pas énumérés, cette dernière reste présumée capable d'agir juridiquement. La protection judiciaire est mise en place par une décision juridictionnelle désignant un administrateur qui peut recevoir pour mission d'assister la personne protégée lorsqu'elle reste capable ou à défaut de la représenter. Le juge dispose alors de plusieurs alternatives possibles lui permettant de moduler la protection à mettre en place. Il faut préciser que le droit belge prévoit que certains actes ne peuvent pas faire l'objet d'une assistance ou d'une représentation, car ils sont considérés comme hautement personnels. Toutefois, des régimes dérogatoires peuvent s'appliquer pour ces actes. Il a pu aussi être considéré que les multiples régimes de protection ont laissé place à une multiplicité de catégories d'actes<sup>697</sup>, desquels dépendra le régime applicable. L'instauration de ce régime unique en droit belge a l'avantage de la graduation et de l'adaptation aux situations. Ce système pourrait servir de référence au législateur français, le groupe de travail dirigé par Anne Caron-Dégliise n'a d'ailleurs pas hésité à prendre le droit belge en exemple au moment de proposer l'instauration d'une mesure unique.

**335. Québec.** Le droit québécois a très récemment<sup>698</sup> fait le choix de l'introduction d'un régime de protection unique qu'est la tutelle au majeur et supprime les deux autres régimes alors en vigueur : la curatelle et le conseiller au majeur. L'idée est de simplifier les mesures de protection en instaurant une mesure unique qui peut toutefois être modulée. Dès lors, la tutelle en tant que mesure juridique est établie dans l'intérêt du majeur protégé afin d'assurer la protection de sa personne et l'administration de son patrimoine. En général, l'exercice de ses droits civils et l'incapacité qui en résulte est établie seulement en sa faveur<sup>699</sup>. La tutelle est ouverte si le majeur est inapte à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens et qu'il a donc besoin d'être représenté dans l'exercice de ses droits civils<sup>700</sup>. Dans ce cas, le tribunal peut nommer un tuteur à la personne et aux biens ou bien un tuteur soit à la personne soit aux biens<sup>701</sup>. Le tribunal va devoir déterminer si la tutelle doit être modulée ou non à l'aide des évaluations médicales et psychosociales. Dès lors, l'article

---

<sup>697</sup> N.BAILLON-WIRTZ, « La mesure judiciaire unique en Allemagne et en Belgique : un modèle pour le droit français ? », in G.RAOUL-CORMEIL, M.REBOURG et I.MARIA (dir.), *Majeurs protégés : bilans et perspectives*, LexisNexis, 2020, p. 227 et s.

<sup>698</sup> Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes, LQ 2020, c 1, adoptée le 2 juin 2020 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2022

<sup>699</sup> Art. 256 Code civil du Québec

<sup>700</sup> Art. 268 al.1 Code civil du Québec

<sup>701</sup> Art. 268 al.2 Code civil du Québec

288 du Code civil du Québec dispose : « À l'ouverture de la tutelle ou postérieurement, le tribunal détermine si les règles concernant la capacité du majeur en tutelle doivent être modifiées ou précisées, compte tenu des facultés de celui-ci. Pour ce faire, il prend en considération les rapports d'évaluation médicale et psychosociale et, selon le cas, l'avis du conseil de tutelle ou des personnes susceptibles d'être appelées à en faire partie. Il tient aussi compte, dans la mesure du possible, de l'avis du majeur. Il indique alors, s'il y a lieu, les actes que la personne en tutelle peut faire elle-même, seule ou avec l'assistance du tuteur, ou ceux qu'elle ne peut faire sans être représentée. ». Si le législateur québécois fait le choix de parler de tutelle modulée, il semble que ce régime repose sur un système d'autonomie graduée qui ressemble à celui mis en place par le législateur français pour les décisions personnelles dans l'article 459 du Code civil avec une présomption de capacité pouvant être renversée en cas de besoin. De plus, le droit québécois met l'accent sur le fait que la décision d'ouvrir une tutelle au majeur ou toute décision concernant ce dernier doit être prise dans son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie, en tenant compte de ses volontés et préférences et il doit être dans la mesure du possible informé sans délai<sup>702</sup>. De plus, le tuteur doit, dans la mesure du possible, maintenir une relation personnelle avec le majeur et le faire participer aux décisions prises à son sujet et l'en tenir informé<sup>703</sup>. En tout état de cause, le respect de l'autonomie est au cœur du dispositif de protection et se trouve être renforcé par la modulation de la mesure et la prise en compte des volontés du majeur protégé, ce qui répond aux exigences de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées. Ces dispositions québécoises ressemblent aux dispositions belges et reposent essentiellement sur des catégories d'actes et l'adaptation de la mesure à la situation concrète du majeur à protéger.

## **B.- Le renversement du paradigme en droit français**

**336. Constat.** Dans son rapport sur la protection juridique des majeurs vulnérables rendu en septembre 2016<sup>704</sup>, le Défenseur des droits constate que la loi du 5 mars 2007 a permis une meilleure reconnaissance des droits et capacités des majeurs vulnérables ainsi que de la préservation de leurs droits personnels. Toutefois, le Défenseur des droits constate que les dispositions issues de cette loi se confrontent aux engagements internationaux auxquels la

---

<sup>702</sup> Art. 257 Code civil du Québec

<sup>703</sup> Art. 260 al.2 Code civil du Québec

<sup>704</sup> Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables, rapp.*, 30 sept. 2016, p.56

France est partie amenant à s'interroger sur leur conformité avec les principes généraux consacrés par le droit international des droits de l'homme. En effet, le droit international met l'accent sur la nécessité de prendre en compte la volonté des majeurs. C'est ainsi que le Comité des droits des personnes handicapées le laisse entendre dans son observation générale<sup>705</sup> sur l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées<sup>706</sup>. Ces injonctions poussent le législateur français à changer de paradigme, autrement dit, le droit de la protection doit reposer sur un autre modèle.

**337. Doctrine.** Pour certains auteurs<sup>707</sup>, le droit français de la protection se fonde sur les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité de la mesure avec une possible révision régulière de celle-ci, ce qui répond aux exigences du paragraphe 4 de la Convention internationale des personnes handicapées. En outre, ils ajoutent que la tutelle, réaménagée par la loi du 5 mars 2007, permet de tempérer les critiques du Comité des droits des personnes handicapées. Effectivement, le majeur protégé conserve une capacité de jouissance même s'il n'a pas toujours la capacité d'exercer ses droits<sup>708</sup>. De plus, la mesure de tutelle n'est pas forcément synonyme de décisions substitutives, ce que reproche le Comité à la France, puisqu'il existe une possibilité de moduler la protection des biens avec l'article 473 du Code civil ainsi qu'une exclusion de principe de la représentation en matière personnelle. Dès lors, le Professeur Gilles Raoul-Cormeil<sup>709</sup> estime que le changement de paradigme peut se faire à droit constant, puisque la règle est contenue dans le Code civil pour ceux qui veulent la retrouver. Les outils mis en place par le droit français peuvent inspirer le législateur afin de créer une mesure unique. La modulation de la protection en matière personnelle et les récentes interventions législatives afin d'éviter l'apparition d'éventuelles incapacités de jouissance sont de bons exemples de conciliation entre protection et autonomie.

<sup>705</sup> V. *supra* n°333

<sup>706</sup> Observation générale n°1 du Comité des droits des personnes handicapées, 19 mai 2014, CRPD/C/GC/1, op.cit

<sup>707</sup> E.PECQUEUR, A.CARON-DEGLISE, T.VERHEYDE, « Regards de juges sur la loi française et la CIDPH », in *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, B.Eyraud, J.Minoc, C.Hanon (dir.), éd. Doin, 2018, p.70 et s.

<sup>708</sup> En ce sens : *ibid.* ; I.MARIA, « Jouir et/ou exercer ses droits en situation de vulnérabilité : les concepts civilistes revisités à la lumière de la Convention », in *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, B.Eyraud, J.Minoc, C.Hanon (dir.), éd. Doin, 2018, p.66 et s.

<sup>709</sup> G.RAOUL-CORMEIL, « Changer de paradigme à droit constant ? Lire la loi à la lumière des droits fondamentaux », in *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, B.Eyraud, J.Minoc, C.Hanon (dir.), éd. Doin, 2018, p.249 et s.

**338. Proposition**<sup>710</sup>. Dans son rapport, le groupe de travail interministériel dirigé par Anne Caron-Déglise propose de reconnaître la présomption de capacité de la personne. Il s'agit alors de renverser le paradigme de présomption d'incapacité du majeur protégé. En ce sens, il propose de supprimer la tutelle au profit d'une mesure unique de sauvegarde des droits qui serait une mesure d'assistance et de soutien à l'exercice des droits. Le juge pourrait toujours, par décision spécialement motivée, décider de modalités renforcées de la mesure unique pouvant aller, à titre exceptionnel, jusqu'à la représentation. L'exclusion de la représentation est donc relative et la présomption simple de capacité peut être renversée, par décision motivée, afin de faire intervenir un tiers. Cette mesure unique de sauvegarde des droits semble largement s'inspirer des droits étrangers au regard de sa possible modulation et de son adaptabilité à la situation. Cette mesure serait équivalente à la curatelle simple actuelle existante pour les biens et à la rédaction de l'article 459 sur les décisions personnelles, mais elle reposerait sur une présomption simple de capacité.

**339. Présomption de capacité.** Selon les propositions du rapport interministériel, il s'agit de maintenir la capacité juridique de la personne protégée. La protection juridique doit préserver l'autonomie de la personne protégée en la soutenant dans l'exercice de ses droits, en favorisant l'expression de sa volonté et en la recherchant durant tout l'exercice de la mesure de protection. Ce premier point semble être nécessaire à mettre en place pour répondre aux exigences internationales de la Convention relative aux personnes handicapées. Ensuite, il est important de revoir l'ensemble des mesures de protection afin de favoriser l'autonomie de la personne protégée et d'unifier les interventions des tiers pour plus de cohérence dans la protection<sup>711</sup>. En effet, l'assistance et la représentation peuvent rester indispensables dans certaines hypothèses et le juge doit user de ces mécanismes afin de s'adapter aux besoins de la personne protégée. L'instauration d'une mesure unique de sauvegarde des droits peut permettre une meilleure lisibilité à condition que le juge soit précis dans sa décision. Cette mesure d'autonomie graduelle qui repose sur une présomption de capacité pouvant aboutir à l'assistance en principe et la représentation par exception n'est que l'extension du système mis en place dans l'article 459 du Code civil à tous les actes qu'ils soient patrimoniaux et/ou personnels. Le législateur aurait tout intérêt à s'emparer de cette question et à modifier en profondeur le droit des majeurs protégés. La représentation laisserait place à l'assistance et ne

---

<sup>710</sup> A.CARON-DEGLISE, *op.cit.*

<sup>711</sup> V. *infra* n°646 et s. sur la généralisation d'une intervention graduée du tiers

deviendrait qu'une mesure exceptionnelle renforçant les principes directeurs du droit des majeurs protégés que sont la proportionnalité, la subsidiarité et la nécessité.

**340. Impossibilité de manifester sa volonté.** Si la présomption de capacité ainsi instaurée permettait au majeur protégé de prendre toutes les décisions sauf exception, il convient de préciser ce qu'il arrive si ce dernier ne peut pas exprimer sa volonté. Selon le groupe de travail interministériel, c'est au juge de restreindre de manière exceptionnelle l'autonomie du majeur protégé. Dès lors, il serait capable de réaliser tous les actes sauf intervention judiciaire. Aussi, si le majeur protégé n'est pas en mesure de manifester sa volonté, c'est le juge qui va le constater et intervenir pour renverser la présomption de capacité du majeur protégé et ainsi restreindre sa capacité décisive et prévoir une assistance voire une représentation. Le juge va donc devoir constater l'incapacité naturelle du majeur protégé, et c'est lui qui décidera d'une éventuelle assistance voire d'une représentation.

**341. Sanction.** Le rapport interministériel dirigé par Anne Caron-Déglise<sup>712</sup> précise que si le principe du maintien de la capacité juridique du majeur protégé est posé, il faut revoir les règles relatives à la sanction des actes qu'elle pourrait conclure en articulant le régime de la nullité du contrat pour défaut de capacité avec le droit commun des contrats. La proposition qui pourrait être faite est que les actes conclus par la personne protégée doivent pouvoir rester annulables pour lésion lorsqu'ils lui sont préjudiciables, ce qui peut également être prévu dans le cadre de l'instauration d'une prémajorité générale du mineur<sup>713</sup>.

**342. Actes strictement personnels.** La question se pose de savoir si la catégorie des actes strictement personnels doit être maintenue. En effet, si ce système est généralisé, le régime des actes strictement personnels devra en tenir compte et il convient d'étendre les solutions législatives édictées pour le consentement à l'adoption à tous les actes strictement personnels. Autrement dit, pour les actes strictement personnels, il s'agirait de consentir à la place du majeur protégé indépendamment de toute assistance ou représentation. Cette personne tiendrait alors son pouvoir du fait de la loi ou du fait de sa désignation. Il ne s'agit pas d'un pouvoir d'assistance ou de représentation, mais d'un pouvoir propre à la personne. Dès lors, le juge pourra autoriser la réalisation de l'acte considéré comme strictement personnel, qui exclut normalement l'assistance ou la représentation, en tenant compte de l'avis du représentant, ce qui éviterait ainsi l'apparition d'une éventuelle incapacité de

---

<sup>712</sup> A.CARON-DEGLISE, op.cit.

<sup>713</sup> V. *infra* n°358

jouissance. Cette possibilité ne doit être mise en place que lorsque l'incapacité de jouissance est jugée inopportune. L'autre solution, qui irait dans le sens de la déjudiciarisation du droit des majeurs protégés, serait que ce soit le représentant qui autorise l'acte avec l'avis du majeur protégé<sup>714</sup> qui ne sait pas exprimer sa volonté, comme le législateur l'a prévu pour les actes médicaux<sup>715</sup>, mais sans doute que cette solution s'adapte moins aux actes strictement personnels qui nécessitent plutôt l'intervention judiciaire au regard de la nature intime de l'acte en cause.

## **§ II. - Le renversement de la présomption d'incapacité pour les mineurs**

**343. Développement de l'autonomie du mineur.** L'idée est de faire bénéficier le mineur discernant d'une plus grande autonomie dans son activité juridique. Il serait donc intéressant de lui octroyer de l'autonomie en fonction de sa capacité naturelle avec une possible modulation selon l'acte. En ce sens, le modèle évoqué pour le majeur protégé peut être inspirant, mais le paradigme serait différent, la protection ne reposant pas sur les mêmes justifications. Il s'agit d'accompagner le mineur vers l'autonomie. Le mineur serait par principe incapable, mais cette présomption pourrait être renversée selon sa capacité naturelle à prendre la décision à partir d'un certain âge ou niveau de développement. En effet, afin de pouvoir octroyer une capacité d'exercice au mineur, il faut qu'il dispose d'une capacité naturelle suffisante<sup>716</sup>. En l'état du droit positif, le mineur dispose d'une capacité résiduelle en fonction des textes prévoyant une action seule du mineur ou soumettant la capacité à différents seuils d'âge, cette capacité peut également être corrélée à diverses interventions des titulaires de l'autorité parentale<sup>717</sup>, ce qui rend le dispositif assez illisible, comme pour le majeur protégé. La question se pose de savoir quels sont les mineurs qui pourraient bénéficier du renversement de la présomption d'incapacité. En effet, tous les mineurs ne pourraient pas bénéficier de ce renversement qui rimerait avec un abandon de la représentation totale du mineur et un accompagnement vers l'autonomie. Il s'agit ici de traiter du mineur qui peut bénéficier du renversement de la présomption d'incapacité, les modalités de l'intervention du

---

<sup>714</sup> V. *infra* n°668

<sup>715</sup> V. *infra* n°592

<sup>716</sup> J.-M. PLAZY, *op.cit.*

<sup>717</sup> V. *infra* n°520 et s. et n°554 et s.

tiers relevant d'une autre analyse<sup>718</sup>. Il faut donc fixer les critères relatifs au mineur (A) avant d'envisager d'établir le régime du renversement de la présomption d'incapacité (B).

### A.- Les critères relatifs au mineur

**344. Âge et discernement.** Lorsqu'il s'agit d'octroyer une sphère de capacité au mineur, notre droit actuel utilise principalement deux critères : un critère plutôt objectif qui repose sur des seuils d'âge (A) et un critère plus subjectif qui repose sur le discernement (B). En effet, la combinaison de ces deux critères semble nécessaire afin d'octroyer une autonomie au mineur et renverser la présomption d'incapacité.

#### 1. Le critère objectif : l'âge

**345. Seuil d'âge de 16 ans.** Le seuil d'âge est retenu dans plusieurs hypothèses. Ainsi, le seuil d'âge de 16 ans est notamment retenu pour conclure un contrat d'apprentissage<sup>719</sup>, être employé<sup>720</sup>, être militaire<sup>721</sup>, être nommé directeur ou codirecteur de la publication de tout journal<sup>722</sup>, pour l'émancipation<sup>723</sup>, pour disposer par testament de la moitié des biens dont il pourrait disposer s'il était majeur<sup>724</sup>, réclamer la nationalité française<sup>725</sup>, renoncer à la répudiation de la nationalité française<sup>726</sup>, participer librement à la constitution d'une association et être chargé de son administration<sup>727</sup>, être autorisé à accomplir seul les actes d'administration nécessaires à la création et la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle<sup>728</sup> ou encore demander la réunion du conseil de famille<sup>729</sup>.

**346. Seuil d'âge de 15 et 13 ans.** Le seuil d'âge de 15 ans est notamment utilisé en matière numérique<sup>730</sup>. Il se retrouve davantage en droit pénal<sup>731</sup> pour la constitution des

<sup>718</sup> V. *infra* n°646 sur la généralisation de l'intervention graduée du tiers

<sup>719</sup> Art. L.6222-1 du Code du travail, V. *infra* n°532

<sup>720</sup> Article L. 4153-1 du Code du travail, V. *infra* n°521

<sup>721</sup> Article L4132-1 du Code de la Défense

<sup>722</sup> Article 6 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse modifié par la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017

<sup>723</sup> Art. 413-2 du Code civil

<sup>724</sup> Art. 904 du Code civil, V. *supra* n°254

<sup>725</sup> Art. 21-11 du Code civil, V. *supra* n°259 et 485

<sup>726</sup> Art. 20-2 du Code civil, V. *supra* n°260

<sup>727</sup> Article 2 bis de la Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association

<sup>728</sup> Art. 388-1-2 du Code civil

<sup>729</sup> Art. 1234 du Code de procédure civile

<sup>730</sup> V. *supra* n°247

<sup>731</sup> M.-C. GUERIN ET AUTRES, « Discernement sexuel et vulnérabilité du mineur de quinze ans.... », *RPDP*, 2019, n° 1, p. 51 et s.

infractions sexuelles sur le mineur, mais il est également une circonstance aggravante. Le seuil d'âge de 13 ans est, quant à lui, retenu pour consentir à l'adoption<sup>732</sup>, pour le changement de nom<sup>733</sup> et de prénom<sup>734</sup> ou encore pour s'inscrire sur le registre afin de faire connaître son refus d'un prélèvement d'organes post-mortem<sup>735</sup>.

**347. Critiques seuil d'âge.** La multiplication des seuils d'âge peut aboutir à un résultat complexe<sup>736</sup>, en effet, à chaque acte correspond un seuil d'âge, ce qui manque de lisibilité avec le risque pour le mineur de ne pas exercer sa capacité de manière effective. Si un seuil d'âge devait être retenu pour renverser la présomption d'incapacité, la doctrine<sup>737</sup> propose que ce soit l'âge de 13 ans. En effet, cet âge « *pourrait constituer le seuil entre la période pendant laquelle l'enfant, trop jeune, ne peut agir et doit être représenté et une période ultérieure pendant laquelle il pourrait exercer ses droits avec l'autorisation du ou des titulaires de l'autorité parentale.* »<sup>738</sup>. L'âge de 16 ans ne permettrait pas d'acquérir progressivement l'autonomie, la majorité étant fixée à 18 ans. Le seuil d'âge de 15 ans pourrait être plus adapté au renversement de la présomption d'incapacité. Toutefois, le seul critère du seuil d'âge peut manquer de souplesse, c'est pourquoi le législateur use également d'un critère plus subjectif qu'est le discernement.

## 2. *Le critère subjectif : le discernement*

**348. Définition.** Juridiquement, il n'existe aucune définition précise et générale du discernement. Pourtant, ce critère est régulièrement utilisé par le législateur afin de permettre aux mineurs d'exercer certains droits<sup>739</sup>. Ainsi, l'article 388-1 du Code civil permet au mineur capable de discernement d'être entendu dans toute procédure le concernant. De plus, le mineur capable de discernement peut choisir un avocat ou demander au juge que le bâtonnier lui en désigne un d'office<sup>740</sup>. Néanmoins, le législateur ne précise pas la définition du mineur capable de discernement. La doctrine a proposé certaines définitions. Le discernement est défini comme : « *(l') Aptitude à distinguer le bien du mal qui, apparaissant chez le mineur, à*

<sup>732</sup> Art. 345 du Code civil

<sup>733</sup> Art. 61-3 du Code civil

<sup>734</sup> Art. 60 du Code civil

<sup>735</sup> Art. R.1232-6 du Code de la santé publique

<sup>736</sup> J.-J.LEMOULAND, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD Civ.*, 1997, n° 1, p. 1

<sup>737</sup> J.-M. PLAZY, op.cit. ; J.J. LEMOULAND, op.cit.

<sup>738</sup> J.-J.LEMOULAND, op.cit.

<sup>739</sup> G.RAYMOND, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 5<sup>ème</sup> ed., Litec, coll. « Pratique professionnelle », 2006

<sup>740</sup> Art. 1186 du Code de procédure civile

*l'âge de raison* »<sup>741</sup>. Cet âge de raison est l'âge « à partir duquel le mineur commence à comprendre la portée de ses actes et qui dépend en fait, pour chacun, de l'éveil de son esprit »<sup>742</sup>. La Professeure Adeline Gouttenoire<sup>743</sup> estime que : « le discernement constitue la possibilité pour le mineur d'élaborer une stratégie d'action ou de représentation. Le discernement entretient donc des rapports étroits avec la faculté pour le mineur d'apprécier les individus, objets et situations extérieures à sa propre personne. ». L'appréciation du discernement est donc très empreinte de subjectivité, mais le mineur discernant serait le mineur capable d'apprécier les conséquences de ses actes et le monde extérieur.

**349. Le discernement en droit pénal.** Si le droit civil ne donne aucune définition du mineur discernant, le droit pénal fait également référence à ce critère pour déterminer la responsabilité pénale du mineur et prévoit dans l'article L11-1 alinéa 3 du Code de la justice pénale des mineurs : « *Est capable de discernement le mineur qui a compris et voulu son acte et qui est apte à comprendre le sens de la procédure pénale dont il fait l'objet.* ». Cette définition est considérée comme étant adaptée au droit pénal, mais peut difficilement s'appliquer à d'autres domaines<sup>744</sup>.

**350. Difficultés d'appréciation du discernement.** Le discernement est donc difficile à déterminer, ce critère étant empreint d'une forte subjectivité. En effet, le discernement dépend du développement variable de chaque enfant. En outre, c'est l'absence de discernement du mineur qui justifie notamment sa protection. Autrement dit, si le mineur est discernant, sa protection totale ne se justifie plus. La difficulté réside dans l'appréciation de ce discernement. Il est alors intéressant de combiner le critère objectif de l'âge à celui du discernement.

### 3. *La combinaison des critères*

**351. Exemple du droit pénal.** Le Professeur Jean-Jacques Lemouland<sup>745</sup> estime que la limite de l'indépendance du mineur « *doit être recherchée dans les nécessités de sa protection* » qui dépend de l'âge du mineur, de son discernement et de la nature de l'acte. C'est pourquoi il propose de maintenir le régime de la représentation jusqu'à un âge

<sup>741</sup> G.CORNU, op.cit., p.348

<sup>742</sup> Ibid., p.838

<sup>743</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>744</sup> Ibid.

<sup>745</sup> J.-J.LEMOULAND, op.cit.

déterminé en prévoyant la possibilité au-delà de cet âge d'apprécier le discernement du mineur. Le droit pénal combine les deux critères et estime que les mineurs d'au moins treize ans sont présumés être capables de discernement. S'agissant d'une présomption, le discernement est également pris en compte pour estimer si le mineur est pénalement responsable. Cette présomption de discernement à partir d'un âge déterminé pourrait également être utilisée afin de faire bénéficier le mineur du régime de l'assistance, cette présomption pouvant être renversée en cas d'absence de discernement ou si le mineur plus jeune que le seuil d'âge déterminé est discernant.

**352. Droit international.** Cette combinaison des deux critères se retrouve également dans l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui pose le droit de l'enfant de s'exprimer librement et d'être entendu « *eu égard à son âge et à son degré de maturité* ». Le droit international fait référence à la maturité qui est une notion fréquemment associée à celle de discernement<sup>746</sup>. Le droit québécois repose sur cette idée d'acquisition progressive de l'autonomie qui repose sur l'âge et la maturité. C'est ainsi que l'article 157 du Code civil du Québec prévoit, par exemple, que « *Le mineur peut, compte tenu de son âge et de son discernement, contracter seul pour satisfaire ses besoins ordinaires et usuels.* ». Même s'il s'agit dans cette hypothèse d'octroyer une complète autonomie au mineur, le droit québécois ne semble pas indifférent au cumul des critères de l'âge et du discernement. Cette combinaison semble donc être une solution pertinente pour mettre en place un régime qui permettrait une acquisition progressive de l'autonomie pour le mineur.

#### **B.- Le régime du renversement de la présomption d'incapacité**

**353. Droit positif.** Il faut mettre en place un régime permettant au mineur d'être à l'initiative de certains actes, notamment en raison de leur nature. Néanmoins, il est important que l'acquisition de l'autonomie soit graduelle en fonction des critères précédemment cités que sont le discernement et l'âge du mineur. La possibilité de renverser la présomption d'incapacité ne peut pas être la même selon l'âge du mineur, et la condition initiale reste qu'il soit suffisamment discernant pour agir. En outre, il convient de fixer les modalités d'acquisition de l'autonomie du mineur. En droit positif, la seule hypothèse où le mineur

---

<sup>746</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

devient pleinement capable est l'émancipation. La doctrine<sup>747</sup> proposait alors d'établir un statut de prémajorité, se différenciant de cette émancipation, qui mêlerait autonomie et protection et rassemblerait toutes les dispositions éparses grâce à une consécration législative d'un véritable statut.

**354. Émancipation en droit positif.** L'idée de créer un régime spécifique pour accompagner le mineur vers l'autonomie peut sembler surprenante puisqu'à partir de 16 ans le mineur peut être émancipé et ainsi être assimilé à un majeur et donc accomplir seul tous les actes pour lesquels il faut avoir la majorité. L'émancipation peut être automatique ou légale<sup>748</sup>, par le mariage, ce qui devient une hypothèse rare au regard du faible nombre de mariages de mineurs. L'émancipation est principalement judiciaire, sur requête dès lors que le mineur est âgé de seize ans révolus<sup>749</sup>. Néanmoins, le mineur ne peut lui-même demander son émancipation qui doit être demandée au juge des tutelles par son ou ses parents ou le conseil de famille ; le mineur est simplement obligatoirement entendu par le juge si celui-ci décide de l'émanciper<sup>750</sup>. En outre, il faut préciser que le mineur émancipé ne dispose pas exactement de la même capacité qu'un majeur. Ainsi, l'article 413-6 alinéa 2 du Code civil indique que pour se marier ou se donner en adoption, le mineur émancipé doit observer les mêmes règles que s'il n'était pas émancipé. De plus, l'article 413-8 du Code civil prévoit que le mineur émancipé peut devenir commerçant seulement s'il obtient l'autorisation du juge des tutelles au moment de l'émancipation ou du président du tribunal judiciaire si la demande est formulée après avoir été émancipé. Dès lors, la capacité du mineur émancipé n'est pas totale, mais seulement partielle<sup>751</sup>.

**355. Émancipation et prémajorité.** En droit positif, le mineur peut obtenir une capacité dès l'âge de 16 ans à travers l'émancipation. En outre, s'il n'existe pas de capacité générale, il existe des prémajorités spéciales octroyées à travers différents seuils d'âge<sup>752</sup>. L'idée de certains auteurs serait alors de supprimer l'émancipation et de créer une prémajorité

<sup>747</sup> F.GISSER, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP N*, févr. 1985 ; E.ALFANDARI, F.DEKEUWER-DEFOSSEZ, F.MONEGER, P.VERDIER, P.-Y.VERKINDT, *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la Convention internationale sur les droits de l'enfant*, Doc.fr., 1993 ; J. ROQUE, « La pré-majorité », *Dr.fam.*, 2009, étude 20

<sup>748</sup> Art. 413-1 du Code civil

<sup>749</sup> Art. 413-2 du Code civil

<sup>750</sup> Art. 413-2 al. 2 du Code civil : « Après audition du mineur, cette émancipation sera prononcée, s'il y a de justes motifs, par le juge des tutelles, à la demande des père et mère ou de l'un d'eux. »

<sup>751</sup> J.BOISSON, « De l'émancipation judiciaire du droit civil à la pré-majorité », in D.Guérin (dir.), *Jeunesse et Droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021, p.304

<sup>752</sup> V. *supra* n°345 et s.

générale<sup>753</sup>. Ainsi, la prémajorité serait un remède au déclin de l'émancipation, qui ne devrait pas être supprimée, mais être conçue comme palliatif aux insuffisances de la prémajorité<sup>754</sup>. En tout état de cause, il serait intéressant de créer un statut d'émancipation relative ou de prémajorité générale permettant de renverser la présomption d'incapacité, ce que d'autres droits ont fait.

**356. Doctrine.** Les modalités de cette prémajorité auraient pu reposer sur l'assistance du mineur dans tous les actes de la vie civile, mais il semble que ce statut de prémajorité accorde davantage d'autonomie au mineur et soit donc à distinguer de l'assistance<sup>755</sup>. Pour le Professeur Jean-Marie Plazy<sup>756</sup>, dans le système de la prémajorité, le mineur décide de l'acte à accomplir et en informe ses parents lorsqu'il s'agit d'un acte grave, ces derniers pourront alors s'opposer devant le juge des tutelles ; tandis que dans le système de l'assistance, les règles se calquent sur celle de l'autorité parentale où les parents vont jouer un rôle d'accompagnateurs qui mêle conseil et protection afin de permettre une acquisition progressive de l'autonomie. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'une capacité assistée qui repose sur l'autorisation ou l'absence d'opposition.

**357. Droit écossais**<sup>757</sup>. Le mineur en droit écossais devient juridiquement capable dès l'âge de 16 ans<sup>758</sup>, alors que la majorité est fixée à 18 ans. Dès lors, le domaine de la capacité du mineur de plus de 16 ans s'entend de l'ensemble des actes juridiques au sens du droit civil et donc toute manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit<sup>759</sup>. Certaines incapacités de jouissance persistent jusqu'à la majorité, sinon il a une sphère de capacité aussi vaste que le majeur et de manière automatique<sup>760</sup>. Dans le cadre de la prémajorité écossaise, il n'est pas mis fin à l'exercice de la responsabilité parentale par les parents qui se résume à un devoir de conseil<sup>761</sup>. De plus, les actes juridiques accomplis entre l'âge de 16 et 18 ans qui sont préjudiciables au mineur peuvent être plus facilement remis en

---

<sup>753</sup> I.CORPART, « Le déclin de l'émancipation des mineurs », *JCP N*, oct. 2003 ; J.ROQUE, *op.cit.*, n°19

<sup>754</sup> J.BOISSON, *op.cit.*

<sup>755</sup> En ce sens : J.-M.PLAZY, *op.cit.*

<sup>756</sup> *Ibid.*

<sup>757</sup> L.FRANCOZ-TERMINAL, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, Intersentia, aout 2008, p.187 et s.

<sup>758</sup> (1)(b) Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991 : « a person of or over the age of 16 years shall have legal capacity to enter into any transaction. »

<sup>759</sup> L.FRANCOZ-TERMINAL, *op.cit.*

<sup>760</sup> *Ibid.*

<sup>761</sup> *Ibid.*

cause par une action en justice jusqu'à l'âge de 21 ans<sup>762</sup>. Il s'agit alors d'une véritable anticipation de la majorité par le droit écossais et non pas de prémajorités résiduelles accordées selon un seuil d'âge comme en droit français<sup>763</sup>.

**358. Propositions de création d'une prémajorité générale.** Si le droit français consacre des prémajorités à travers les seuils d'âge, il faudrait créer une prémajorité générale pour laquelle il conviendrait de déterminer un seuil d'âge et les actes que le mineur pourrait réaliser seul, ce qui n'est pas sans poser de difficultés. Il a été proposé de reprendre le principe de l'émancipation issu de 1804, autrement dit, le mineur pourrait réaliser seul les actes d'administration courant<sup>764</sup> qui resteraient rescindables pour lésion si l'on s'en tient à l'esprit de la loi ancienne. Le Code Napoléon prévoyait que le mineur émancipé ne pouvait réaliser seul les actes de disposition pour lesquels l'assistance d'un curateur était nécessaire. Pour le Professeur Jean-Jacques Lemouland<sup>765</sup>, il serait possible d'imaginer un régime comparable pour grand nombre de mineurs dans le domaine personnel ou patrimonial. C'est d'ailleurs la proposition qui avait été faite dans le rapport remis à la Secrétaire d'État à la famille en 1992<sup>766</sup>. Plus récemment, le Rapport « *De nouveaux droits pour les enfants ? Oui ... dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie* »<sup>767</sup>, proposait également l'instauration d'une prémajorité avec un régime semblable à celui de la curatelle dès l'âge de seize ans. Pour ce qui est des actes personnels et de l'exercice des droits fondamentaux, la prémajorité doit offrir la possibilité au mineur de les réaliser seul<sup>768</sup>. En cela, le domaine de la prémajorité générale ressemblerait à celui du droit écossais, avec le maintien d'une possible réduction pour lésion des actes préjudiciables. À droit constant, le mineur dispose déjà de nombreuses sphères de capacité en matière personnelle, il s'agit d'harmoniser le régime à travers la prémajorité

<sup>762</sup> (3) Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991 : « (1) A person under the age of 21 years ("the applicant") may make application to the court to set aside a transaction which he entered into while he was of or over the age of 16 years but under the age of 18 years and which is a prejudicial transaction.

(2) In this section "prejudicial transaction" means a transaction which— (a) an adult, exercising reasonable prudence, would not have entered into in the circumstances of the applicant at the time of entering into the transaction, and (b) has caused or is likely to cause substantial prejudice to the applicant. »

<sup>763</sup> En ce sens : L.FRANCOZ-TERMINAL, op.cit.

<sup>764</sup> J.BOISSON, op.cit.

<sup>765</sup> J.-J.LEMOULAND, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD Civ.*, 1997, p.1

<sup>766</sup> A.ALFANDARI, F.DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F.MONÉGER, P.VERDIER, P.-Y.VERKINDT, *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant : Rapport du secrétaire d'Etat à la famille, aux personnes âgées et aux rapatriés*, La Documentation française, 1993

<sup>767</sup> J.-P.ROSENCZVEIG, Rapport « De nouveaux droits pour les enfants ? Oui... dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie », 29 janvier 2014, p.12 et p.154

<sup>768</sup> J.BOISSON, op.cit. ; F.GISSER, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP N*, févr. 1985,10.0138

générale, qui renverserait la présomption d'incapacité. Le dispositif serait plus lisible et permettrait une meilleure effectivité de l'autonomie du mineur.

**359. Âge de la prémajorité générale.** Il est important de déterminer les mineurs qui peuvent bénéficier de cette prémajorité générale. En l'état du droit actuel, il existe différentes prémajorités en fonction de l'âge. Il faudrait harmoniser ce système à travers la prémajorité générale qui impose de déterminer un seuil d'âge unique. Puisque la prémajorité générale veut être un système qui améliore celui de l'émancipation, l'idée pourrait être de garder le seuil d'âge de 16 ans pour accéder à la prémajorité générale, de façon automatique comme en droit écossais. Le statut de prémajorité générale reposant sur une présomption de capacité, même si la majorité est acquise à 18 ans, il ne semble pas opportun de prévoir un seuil d'âge plus bas. En ce sens, un autre système peut être mis en place afin d'accompagner le mineur de moins de 16 ans dans l'acquisition de son autonomie<sup>769</sup>. En outre, le seuil d'âge de 16 ans est « *un palier important de nombreuses dispositions du droit français* »<sup>770</sup>. De plus, il a pu être considéré que la prémajorité pénale existe déjà puisque le mineur de plus de 16 ans est jugé par une Cour d'assises et que l'excuse de minorité ne joue plus à partir de cet âge<sup>771</sup>.

**360. Modalités de la prémajorité générale.** Le discernement du mineur de 16 ans révolus serait donc présumé et la présomption d'incapacité renversée. Néanmoins, si le mineur ne dispose pas d'un discernement suffisant, il faut laisser la possibilité aux parents de pouvoir s'opposer à la réalisation de l'acte, avec une intervention judiciaire pour trancher le conflit<sup>772</sup>. Le seuil d'âge de 16 ans permettrait de renverser la présomption d'incapacité, mais la présomption de capacité qui en découle peut également être renversée en cas d'absence de discernement, par l'opposition des parents. Par ailleurs, si l'émancipation est maintenue en tant que palliatif à la prémajorité générale, elle permettrait à un mineur de plus de 16 ans discernant avec des aptitudes davantage développées d'élargir son domaine de capacité, à condition d'ouvrir la possibilité au mineur de demander lui-même son émancipation<sup>773</sup>.

**361. Mineur de moins de 16 ans.** Il s'agit donc d'instituer un statut de prémajorité générale, renversant la présomption d'incapacité du mineur à partir de l'âge de 16 ans et qui serait conçu comme un substitut privilégié à l'émancipation, qui ne rencontre pas un franc

---

<sup>769</sup> V. *infra* n°658 sur le développement de la capacité assistée du mineur

<sup>770</sup> J. BOISSON, *op.cit.*

<sup>771</sup> J.-P. ROSENCZVEIG, *op.cit.*

<sup>772</sup> V. *infra* n°671

<sup>773</sup> *Ibid.*

succès. L'émancipation pourrait rester un palliatif en cas de volonté du mineur discernant d'obtenir une autonomie semblable à celle d'un majeur. Néanmoins, la période de prémajorité reste courte puisque le mineur devient pleinement capable à 18 ans. Dès lors, se contenter d'un unique statut de prémajorité générale n'est pas la bonne solution si l'on souhaite une acquisition progressive de l'autonomie du mineur. Dès lors, il est important d'unifier les prémajorités résiduelles accordées aux mineurs de moins de 16 ans en créant un statut spécifique qui mêlerait autonomie et protection. Pour cela, la capacité assistée reposant sur une autorisation des parents est une solution pertinente, car il s'agit d'un régime qui se retrouve régulièrement pour les mineurs de moins de 16 ans<sup>774</sup>.

**362. Conclusion du Chapitre.** Si l'objectif de l'exclusion de la représentation est d'octroyer plus d'autonomie au mineur et au majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation, il n'en reste pas moins qu'elle est entourée de beaucoup d'incertitudes qui font douter de l'effectivité à les protéger. En effet, élaborer une liste non exhaustive dans l'article 458 du Code civil avec de nombreux actes satellites qui pourraient y trouver leur place peut être source d'une certaine insécurité juridique puisque c'est le juge qui, *in concreto*, et a posteriori, décidera si l'acte peut être réalisé sans assistance ou représentation et donc être considéré comme strictement personnel. De plus, l'absence de tout fondement similaire reconnaissant la même autonomie au mineur est à regretter. Cela permettrait une meilleure lisibilité de sa capacité strictement personnelle. Par ailleurs, le fait qu'il n'existe aucun remède à l'incapacité naturelle reste l'écueil le plus important. Pourtant, pour le consentement à l'adoption, le législateur a récemment trouvé une solution<sup>775</sup> consistant pour le juge à intervenir afin de réaliser l'acte. Il faudrait sans doute que celle-ci soit élargie et qu'elle ne se cantonne pas à ce seul acte, mais à tous les actes strictement personnels. En effet, il serait bienvenu de trouver une solution qui respecterait à la fois la volonté d'accroître l'autonomie du mineur et du majeur protégé au regard de sa capacité naturelle tout en garantissant sa protection qui reste le premier objectif de son incapacité juridique. À cette fin, il est important de reconsidérer le droit des majeurs protégés et des mineurs à l'aune de leur capacité et non plus de leur incapacité. Même si l'incapacité de jouissance est parfois opportune pour certains actes, elle ne semble pas devoir être généralisée à tous les actes excluant l'assistance ou la représentation. Dans le cadre du développement de nouvelles mesures respectueuses de

---

<sup>774</sup> V. *infra* n°554 et s. sur l'autorisation parentale

<sup>775</sup> V. *supra* n°326

l'autonomie du majeur protégé et de sa dignité<sup>776</sup>, d'autres alternatives pourraient voir le jour notamment à travers les techniques d'accompagnement qui pourraient être systématiques pour tous les actes strictement personnels alors que l'assistance pourrait se cantonner aux hypothèses où la personne protégée n'est pas en mesure de consentir seul à un acte strictement personnel. Que ce soit en droit des mineurs ou en droit des majeurs protégés, le respect de la volonté et de l'autonomie est au cœur des préoccupations. En ce sens, le régime de représentation systématique ne semble plus être adapté. Ce constat se justifie d'autant plus que le législateur multiplie les sphères de capacité, notamment en matière personnelle. Les propositions faites pour le mineur ou pour le majeur protégé reposent essentiellement sur un système favorisant l'autonomie de manière générale. Pour le majeur protégé, la représentation n'interviendrait qu'en derniers recours et pour le mineur la représentation diminuerait graduellement selon l'âge et le discernement du mineur. Ces nouvelles mesures favoriseraient la capacité du mineur ou du majeur protégé et unifieraient les différentes capacités résiduelles existantes, ce qui semble devoir être soutenu. *A contrario*, il est également important d'unifier l'intervention du tiers dès lors que l'état du majeur protégé justifie le renversement de la présomption de capacité ou lorsque le mineur ne répond pas aux critères de renversement du principe d'incapacité.

---

<sup>776</sup> V. *infra* n° 646

## **PARTIE 2 :**

# **LA CAPACITE PARTICIPATIVE DE LA PERSONNE REPRESENTEE**

**363. Définition.** La participation peut se définir comme le fait de prendre part à quelque chose, en l'occurrence, il s'agit ici de prendre part à la décision ou au processus de décision qui concerne la personne protégée. Juridiquement, la participation est définie comme le « *fait de participer à une action, une opération, une activité, de manière occasionnelle ou habituelle.* »<sup>777</sup>. Cette définition juridique rejoint l'idée d'une coopération de la personne protégée à la prise de décision. La doctrine définit plus spécifiquement la participation comme le : « *fait de coopérer à une activité est d'être associé à des résultats (...)* »<sup>778</sup>. Il s'agit donc d'analyser les hypothèses où le mineur et le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation vont prendre part à des décisions de manière participative et pas seuls.

**364. Capacité intermédiaire.** Selon Laure Talarico<sup>779</sup> : « *le caractère personnel des actes aboutit ainsi à rejeter la représentation, au profit soit de l'incapacité de jouissance, soit de la pleine capacité. Or entre ces deux voies une solution intermédiaire est préférable.* ». En effet, comme démontré précédemment, reconnaître une pleine capacité à la personne protégée en excluant totalement la représentation peut aboutir à une incapacité de jouissance<sup>780</sup>. Il est alors intéressant qu'une capacité participative soit mise en place permettant un intermédiaire entre l'incapacité et l'autonomie respectueuse de la dignité et de la volonté de la personne protégée. Cette capacité peut être qualifiée de participative d'une part, car elle est à mi-chemin entre la capacité et l'incapacité ne faisant intervenir la personne protégée que de manière participative, autrement dit elle n'est pas nécessairement à l'initiative de l'acte, et d'autre part parce qu'elle fait intervenir un tiers pour faire la liaison entre la participation et la réalisation de l'acte.

**365. Participation de la personne protégée et du tiers.** Pour certains actes, le choix a été fait de ne pas exclure totalement le mineur ou le majeur bénéficiant d'une mesure

---

<sup>777</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2019, 13<sup>ème</sup> ed., p.735

<sup>778</sup> Ibid.

<sup>779</sup> L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, Thèse de doctorat, droit, Lyon III, 2008

<sup>780</sup> V. *supra* n°310 et s.

de représentation, ni le tiers du mécanisme de la participation à la décision. Pour cela, l'intervention du tiers reste nécessaire tout en maintenant un respect de l'autonomie. C'est ainsi que, d'une part, se développe un véritable système de collaboration entre la personne protégée et son représentant qui repose notamment sur le développement de droits participatifs particulièrement respectueux de la volonté du mineur et du majeur protégé malgré la mesure de représentation qui ne leur permet pas une pleine capacité d'exercice. En effet, ils vont pouvoir être acteurs dans la décision de leur représentant ou du juge, facteur de respect de leur autonomie et de leur volonté, mais leur protection commande que la décision ne leur appartienne pas. Néanmoins, il faut constater pour que certaines décisions, ils pourront avoir une influence décisive. Par ailleurs, cette collaboration ne va pas que dans le sens d'un contrôle de la personne protégée sur la décision du tiers puisque ce contrôle peut également s'exercer par le tiers sur la décision du mineur ou du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation. Ce contrôle repose avant tout sur l'assistance ou l'autorisation, mais elle dépend notamment de l'acte en cause. En ce sens, la remarque de Laure Talarico doit être soutenue, il est préférable de prévoir la participation de la personne protégée qui apparaît comme une solution intermédiaire respectueuse de la volonté de cette dernière si elle n'est pas à l'initiative de l'acte, mais également d'empêcher, au besoin, la réalisation de l'acte à l'initiative de la personne protégée par l'intervention d'un tiers qui peut soit être le représentant soit le juge. En ce sens, s'il est important d'unifier la capacité de la personne protégée, il faut également unifier les interventions de son représentant ou du juge lorsque sa protection le commande. En tout état de cause, il est important de concilier l'autonomie de la personne représentée en soutenant sa capacité avec la nécessité de maintenir une certaine protection. Dès lors, la personne protégée peut intervenir en participant à la décision du tiers (Titre 1) et le tiers peut intervenir dans la décision de la personne protégée (Titre 2).

## **TITRE 1 :**

# **LA CAPACITE DE LA PERSONNE REPRESENTEE DE PARTICIPER A LA DECISION D'UN TIERS**

**366. Capacité limitée.** La participation est une des manifestations de la capacité de la personne protégée, il ne s'agit pas d'une capacité de prendre seule une décision, mais d'une capacité de collaborer à la décision ou à l'acte et donc d'y prendre part dans une certaine mesure. Il s'agit des hypothèses où un tiers prend une décision concernant la personne protégée qui reste soumise à la représentation, mais qui a la possibilité d'exprimer sa volonté. Pour Laure Talarico<sup>781</sup>, en maintenant cette forme d'association du majeur protégé à la prise de décisions, le législateur à l'initiative de la réforme de 2007<sup>782</sup> a validé, sans l'exprimer formellement, ce compromis entre la pleine autonomie et la représentation pure et simple. Cette capacité est donc limitée, mais laisse une place à la volonté de la personne protégée. Le législateur semble avoir eu la même volonté pour le mineur notamment lorsqu'en 1993<sup>783</sup> il décide d'introduire dans le Code civil la possibilité pour le mineur d'être entendu dans toutes les procédures le concernant. Lorsque la possibilité de consulter le mineur ou le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de protection est prévue, le législateur permet ainsi une meilleure prise en compte de leur volonté, respectant ainsi leur personne tout en maintenant leur protection notamment parce qu'ils ne sont pas à l'initiative de la décision. Pour la Professeure Adeline Gouttenoire : « *la conception du mineur comme sujet actif implique de tenir compte de son avis parmi les éléments permettant de déterminer quelle est la meilleure décision à prendre au regard de son intérêt supérieur* »<sup>784</sup>. En effet, prendre en compte l'avis du mineur ou du majeur protégé va permettre au représentant de prendre une meilleure décision dans l'intérêt de la personne qu'il représente.

**367. Développement de la participation.** Le mineur participe de plus en plus à la décision qui le concerne sous l'influence, notamment, de la Convention Internationale des

---

<sup>781</sup> L. TALARICO, op.cit.

<sup>782</sup> Loi 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs

<sup>783</sup> Loi 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

<sup>784</sup> A. GOUTTENOIRE ET P. BONFILS, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2021, p.971

Droits de l'enfant. Comme le précise très justement Laure Talarico<sup>785</sup> : « *Au-delà des exemples précis de traitement commun des mineurs et majeur sous tutelle, une idée commune apparaît : la représentation, à laquelle sont soumis tant le mineur que le majeur sous tutelle, n'empêche pas de donner aux pupilles la faculté d'exprimer sa volonté.* ». En effet, la représentation n'empêche pas de prendre en compte l'avis de la personne protégée. Il est donc essentiel que le législateur prévoie que cette dernière puisse participer à certaines décisions à travers une capacité participative simplement consultative ou une capacité décisive. Il faut cependant constater que cette capacité participative est davantage prévue pour le mineur que le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation.

**368. Modalités de la participation.** Cette participation à la décision du tiers se traduit de différentes manières : d'une part, elle peut prendre la forme d'une prise en compte de l'avis du mineur ou du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation en les consultant (Chapitre 1) et, d'autre part, elle peut se traduire par la recherche de l'adhésion de la personne protégée à la décision qui le concerne (Chapitre 2).

---

<sup>785</sup> L.TALARICO, op.cit.

## **Chapitre 1 :** **La consultation de la personne représentée**

**369. Avis.** La représentation prévue pour le mineur et le majeur protégé ne doit pas les empêcher d'être acteurs de leur protection et d'exprimer leur volonté. Il est prévu que dans certaines hypothèses le mineur ou le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation puisse être entendu afin d'exprimer son avis. Il est, en effet, important de tenir compte de l'avis de la personne protégée, et ce, malgré la mesure de représentation. Le fait que la personne représentée puisse être entendue participant au respect de sa personne. La participation consultative s'entend alors de la possibilité pour cette dernière d'être entendue afin que son avis soit pris en compte, bien qu'il ne soit pas déterminant. Il s'agit d'une participation « neutre » par l'expression d'un simple avis. Pour le mineur, les dispositions sont plus ou moins précises et il est prévu qu'il soit entendu dans toutes les procédures le concernant, mais qu'il soit également consulté pour les décisions relatives à l'autorité parentale. Pour le majeur représenté, les dispositions sont similaires, mais énoncées dans des termes moins généraux puisqu'il sera entendu dans les procédures relatives à la mesure de protection et dans quelques hypothèses spécifiques.

**370. Formes de la consultation.** La capacité consultative de la personne représentée se traduit par la possibilité d'être entendu dans des procédures le concernant à travers son audition (Section 1), mais également par la prise en compte de son avis (Section 2).

### **Section 1 : L'audition de la personne représentée dans les procédures la concernant**

**371. Différences.** Pour le mineur, le législateur a prévu de manière générale qu'il doit être entendu dans toutes les procédures le concernant s'il le demande. Une telle

disposition n'existe pas de manière aussi générale pour le majeur protégé. En effet, il n'existe que quelques dispositions permettant au majeur protégé d'être acteur de sa protection dans le cadre de procédures le concernant. Cette consultation dans le cadre de procédures se fait par un tiers qu'est le juge. En ce sens, il s'agit de la participation de la personne protégée à la décision du juge. Le législateur a prévu que le majeur protégé soit ponctuellement entendu dans le cadre de procédures le concernant (I) alors que, de manière plus large, le mineur a la possibilité d'être entendu dans toutes les procédures le concernant, mais à certaines conditions (II).

### **§ I. - L'audition ponctuelle du majeur protégé dans les procédures le concernant**

**372. Finalités de l'audition.** Le majeur protégé n'est que ponctuellement entendu dans les procédures le concernant en l'absence de texte général comme pour le mineur. En outre, l'audition du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation peut avoir deux finalités différentes : soit elle va permettre de prendre en compte l'avis du majeur protégé (A), soit elle va permettre de constater la capacité naturelle du majeur protégé à consentir ou exprimer sa volonté (B).

#### **A.- La prise en compte de l'avis du majeur protégé**

**373. Nécessité.** L'audition du majeur protégé dans le cadre des procédures relatives à sa mesure de protection est nécessaire afin d'avoir son avis sur l'opportunité de la mesure, mais également pour l'informer. Si cette audition est obligatoire à l'ouverture de la mesure de protection (1), elle est également nécessaire en cours de mesure si celle-ci doit être modifiée ou renouvelée (2).

##### **1. L'audition du majeur protégé relative à la mesure de protection**

**374. Fondement.** Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans sa recommandation n°R(99)4 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables adoptée le 23 février 1999 indiquait dans son 13<sup>ème</sup> principe que : « *La personne concernée devrait avoir le droit d'être entendue personnellement dans le cadre de toute procédure pouvant avoir une incidence sur sa capacité juridique.* ». La Cour de cassation

avait déjà fait de l'audition personnelle du majeur à protéger une règle d'ordre public<sup>786</sup>. L'article 1246 ancien du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du Décret du 14 mai 1981<sup>787</sup> et en vigueur jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2009<sup>788</sup> prévoyait déjà que : « *Le juge des tutelles entend la personne à protéger et lui donne connaissance de la procédure engagée (...)* ». Sous l'impulsion du droit communautaire, le législateur a modifié l'article 432 du Code civil dans la loi du 5 mars 2007<sup>789</sup> et a renforcé symboliquement l'audition du majeur protégé<sup>790</sup>, notamment en insérant ce principe dans le Code civil. Désormais l'article 432 alinéa 1<sup>er</sup> dispose que : « *Le juge statue, la personne entendue ou appelée. L'intéressé peut être accompagné par un avocat ou, sous réserve de l'accord du juge, par toute autre personne de son choix.* ». Il est prévu la même chose à l'article 494-4 du Code civil<sup>791</sup> lorsqu'une habilitation familiale est demandée. À travers cette audition, le juge va pouvoir informer le futur majeur protégé sur la procédure et de ses finalités et recueillir son avis sur l'opportunité et la nature de la mesure de protection. En ce sens, il s'agit d'une véritable consultation. L'article 449 du Code civil alinéa 3 précise d'ailleurs en ce qui concerne la désignation de la personne exerçant la mesure de protection que : « *Le juge prend en considération les sentiments exprimés par celui-ci, ses relations habituelles, l'intérêt porté à son égard et les recommandations éventuelles de ses parents et alliés ainsi que de son entourage.* ». L'avis du majeur protégé est donc au cœur de l'ouverture et du choix de la mesure de protection et sa participation consultative nécessaire.

**375. Accompagnement.** L'article 432 du Code civil dispose que la personne entendue peut être accompagnée par un avocat, ou toute autre personne de son choix sous réserve de l'accord du juge. L'article 1214 alinéa 1<sup>er</sup> du code de procédure civile précise également que : « *Dans toute instance relative au prononcé, à la modification ou à la mainlevée d'une mesure de protection, le majeur à protéger ou protégé peut faire le choix d'un avocat ou demander à la juridiction saisie que le bâtonnier lui en désigne un d'office. La désignation doit intervenir dans les huit jours de la demande.* ». En ce qui concerne l'accompagnement par un avocat, il s'agit d'un droit du majeur protégé, mais ce n'est pas une

<sup>786</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 nov. 1979, n°78-10.369, Bull.civ. I, n°288, p.233

<sup>787</sup> Décret n°81-500 du 12 mai 1981 instituant les dispositions des livres iii et iv du nouveau code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce code

<sup>788</sup> Date d'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs

<sup>789</sup> Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs

<sup>790</sup> L.TALARICO, op.cit.

<sup>791</sup> Art. 494-4 du Code civil : « La personne à l'égard de qui l'habilitation est demandée est entendue ou appelée selon les modalités prévues au premier alinéa de l'article 432.(...) »

obligation<sup>792</sup>. Il est alors important que le majeur protégé soit informé de cette possibilité, et c'est ce que prévoit l'article 1214 alinéa 2 du Code de procédure civile en imposant que le majeur protégé soit informé de ce droit dans l'acte de convocation. La Cour de cassation dans un arrêt du 27 janvier 2016<sup>793</sup> a estimé que dès lors que la convocation adressée à la majeure protégée l'informait de son droit à faire le choix d'un avocat ou d'en demander la désignation d'office par le bâtonnier, mais qu'elle n'a pas usé de ce droit, l'intéressée n'a pas été privée des droits tirés de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit à un procès équitable. Il serait néanmoins bienvenu de réformer la procédure civile afin que l'accompagnement par un avocat ne soit pas une simple possibilité ou un simple choix pour le majeur protégé, mais une obligation, ou au moins une faculté, pour le juge d'imposer systématiquement l'accompagnement de l'avocat<sup>794</sup>. Lorsque le majeur à protéger décide d'être accompagné de tout autre personne de son choix, l'accord du juge est nécessaire. Cette intervention judiciaire s'explique par la volonté de procéder à un contrôle de la qualité du tiers accompagnateur afin que cette présence n'ait pas d'influence sur la parole du futur majeur protégé<sup>795</sup>. De la même manière, pour le mineur, l'article 388-1 du Code civil prévoit dans son alinéa 2 qu'il : « *peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.* ». L'objectif est le même que pour le majeur protégé, à savoir que cette présence ne doit pas être contraire à l'intérêt du mineur, et surtout avoir une influence sur sa parole.

**376. Modalités de l'audition.** L'article 1220 du Code de procédure civile prévoit que le juge des tutelles<sup>796</sup>, ou les magistrats de la Cour d'appel en cas de recours, qui entend la personne protégée ou à protéger peut se déplacer dans toute l'étendue du ressort de la Cour d'appel et dans les départements limitrophes du ressort où il exerce ses fonctions. Il faut préciser que cet article n'a pas été modifié et évoque le juge des tutelles alors qu'il s'agit désormais du juge des contentieux de la protection. Le législateur s'efforce de mettre en place les meilleures conditions de réalisation de cette audition, en facilitant même ses modalités.

---

<sup>792</sup> L.PECAUT-RIVOLIER, T. VERHEYDE, « Majeurs protégés : mesure de protection juridique et d'accompagnement », *Rep. Procédure civile*, juin 2013, n° 102

<sup>793</sup> Civ 1<sup>ère</sup>, 27 janv. 2016, n° 15-11.002, D. 2016, p.312 ; AJ fam. 2016, p.166, obs. V. Montourcy ; Dr. fam. 2016, n° 65, note I. Maria

<sup>794</sup> En ce sens : V. MONTOURCY, « L'avocat du majeur protégé est un droit, il doit devenir une nécessité », *AJ fam.* 2016, p.166

<sup>795</sup> L. TALARICO, *op.cit.*

<sup>796</sup> Le texte n'a pas été réécrit et évoque toujours le juge des tutelles et non pas le juge des contentieux et de la protection

Ainsi, l'article 1220-1 du Code de procédure civile prévoit dans son premier alinéa que cette audition « *peut avoir lieu au siège du tribunal, au lieu où elle réside habituellement, dans l'établissement de traitement ou d'hébergement ou en tout autre lieu approprié.* ». Il s'agit de prendre en compte les éventuelles difficultés que le majeur protégé ou à protéger aurait à se déplacer ou lui éviter d'éventuelles perturbations en fonction de l'altération de ses facultés mentales. De plus, ce déplacement éventuel du magistrat sur le lieu de résidence du majeur à protéger peut lui permettre de prendre connaissance de ses conditions de vie<sup>797</sup>.

**377. Exception.** Le juge peut exceptionnellement décider de ne pas procéder à l'audition du majeur à protéger. Les articles 432 alinéa 2 du Code civil et 1220-3 du Code de procédure civile prévoient que l'audition peut ne pas avoir lieu si l'audition est de nature à porter atteinte à la santé du majeur protégé ou si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté. La possibilité de ne pas réaliser cette audition lorsque le majeur à protéger est hors d'état d'exprimer sa volonté peut être regrettée, car la mesure de protection étant une atteinte à sa capacité juridique, le majeur à protéger devrait être entendu au moins une fois par le juge des tutelles qui pourrait ainsi avoir une opinion directe et concrète de la situation du majeur, sauf à ce que cette audition risque de porter atteinte à sa santé<sup>798</sup>. De plus, il peut être difficile de savoir pour le juge des tutelles, sans avoir rencontré la personne, si elle est hors d'état d'exprimer sa volonté ou non. Dans ce cas, l'avis du médecin traitant a une influence très importante afin de guider la décision du juge<sup>799</sup>. En effet, l'article 432 alinéa 2 du Code civil précise que le juge décide de ne pas procéder à l'audition par décision spécialement motivée et sur avis du médecin traitant. Le texte laisse donc penser que l'avis du médecin traitant est déterminant dans l'appréciation par le juge de la possibilité d'entendre ou non le majeur protégé puisqu'il va le guider dans sa décision. L'audition du majeur à protéger est nécessaire au regard des droits fondamentaux, mais il faut également prendre en compte les difficultés ou les éventuelles fragilités du majeur à protéger qui peuvent empêcher de l'entendre. Il serait regrettable que l'impossibilité pour le majeur à protéger d'être entendu empêche la mise en place d'une mesure de protection. Ainsi, la Cour de cassation<sup>800</sup> a jugé qu'une Cour d'appel qui n'a pas recouru à la procédure de dispense d'audition et qui a statué sans entendre le

---

<sup>797</sup> L.PECAUT-RIVOLIER et T.VERHEYDE, op.cit.

<sup>798</sup> Ibid.

<sup>799</sup> L.TALARICO, op.cit.

<sup>800</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 juin 2020, n°19-15.781, D. actu. 9 juill. 2020, obs. C.Hélaine ; D. 2020, p.1406 ; AJ fam. 2020, p.537, obs. N.Peterka ; RTD civ.2020, p.855, obs. A.-M.Leroyer; JCP N 2020, p.1197, note S.Moisdon-Chataigner ; Defrénois 2020, n°39, p. 29, note Combert. Dans le même sens : Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juill.2014, n°13-20.077, Dr.fam., oct.2014, n°10, comm. I.Maria

majeur protégé ne méconnaît pas l'article 1220-3 du Code de procédure civile dès lors qu'elle l'a régulièrement convoqué et qu'il était représenté par un avocat à l'audience.

**378. Fondement.** L'article 442 du Code civil prévoit que le juge peut renouveler la mesure de protection, y mettre fin ou même la modifier ou lui substituer une autre mesure et qu'il statue dans les conditions prévues à l'article 432 du Code civil. Dès lors, le juge doit également entendre le majeur protégé lorsqu'il s'agit de renouveler ou de modifier la mesure. De plus, le premier alinéa de l'article 1228 du Code de procédure civile renvoie à l'article 442 du Code civil et rappelle que le juge statue après avoir entendu ou appelé la personne protégée dans les conditions prévues aux articles 1220 à 1220-2 du Code de procédure civile. Autrement dit, les modalités de l'audition au cours de la mesure sont les mêmes que lorsque le juge statue sur l'ouverture de la mesure de protection.

**379. Contrôle.** La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la nécessité d'entendre le majeur protégé au moment du renouvellement de la mesure dans un arrêt du 7 juillet 2020<sup>801</sup>. En l'espèce, un majeur était en tutelle depuis 2012 pour une durée de 5 ans. Au moment du renouvellement de la mesure, le juge en estimant qu'il n'y avait pas lieu à audition du majeur protégé, a maintenu la mesure de tutelle pour une durée de 10 ans, et a fixé la résidence du majeur en établissement adapté à son état de santé. La Cour d'appel d'Orléans a confirmé l'ordonnance du juge des tutelles dans un arrêt du 29 juin 2018 et retient qu'au regard de l'examen médical, la personnalité paranoïaque hostile du majeur protégé risquait de rendre son audition difficile, les éléments de la procédure établissant qu'il a pu faire preuve d'agressivité et de violences par le passé. Néanmoins, la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel pour défaut de base légale. En effet, la Cour d'appel s'est déterminée par des motifs impropres à caractériser la circonstance que l'intéressé était hors d'état d'exprimer sa volonté. S'il est donc exceptionnellement possible de ne pas procéder à l'audition au moment du renouvellement de la mesure, la Cour de cassation contrôle les motivations ayant conduit à ne pas procéder à l'audition. En l'espèce, les éléments retenus ne semblaient pas suffisants pour écarter l'audition, les juges du fond ne pouvaient se fonder sur la personnalité paranoïaque hostile du majeur protégé et ne devaient pas se contenter des seuls éléments de son comportement. En effet, les juges n'ont pas caractérisé le fait que le majeur protégé n'était pas apte à exprimer sa volonté, mais plutôt sur le fait que l'audition serait difficile pour

---

<sup>801</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juill.2020, n°19-12.912, JCP N n°39, 25 sept. 2020, note S.Moisdon-Chataigner ; Gaz.Pal., n°25, p.79, C.Robbe et C.Schlemmer ; RJPF, n°4, avr.2020 ; D. 2020, p.1485, obs. D. Noguéro ; AJ fam. 2020, p.193, obs. V. Montourcy

le juge au regard de son comportement. Cette motivation ne peut être retenue. La dispense d'audition doit être motivée, l'audition du majeur protégé étant nécessaire au nom de la préservation de ses droits fondamentaux.

## 2. *L'audition du majeur protégé au cours de la mesure de protection*

**380. Textes spécifiques.** Lorsqu'il s'agit de se prononcer sur une requête qui concerne la protection de sa personne (1), le majeur protégé doit être consulté. Il faut également souligner qu'il est spécifiquement prévu que le majeur en tutelle soit entendu lorsque la rupture du PACS est à l'initiative du tuteur (2).

### a. Les décisions personnelles

**381. Fondement.** De manière générale, l'article 1220-3 du Code de procédure civile dispose que : « *Le juge des tutelles ne peut statuer sur une requête concernant un majeur protégé et relative à la protection de sa personne qu'après avoir entendu ou appelé celui-ci sauf si l'audition est de nature à porter atteinte à la santé de l'intéressé ou si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté.* ». Dès lors qu'une requête porte sur la protection de la personne du majeur protégé, ce dernier doit être entendu ou appelé par le juge des tutelles sauf exception tout comme dans l'hypothèse de l'ouverture ou de la modification de la mesure. En effet, les principes posés par l'article 432 du Code civil sont appliqués au cours de la mesure aux requêtes relatives à la protection de la personne du majeur protégé et irriguent l'ensemble de la procédure de tutelle<sup>802</sup>.

**382. Relations personnelles.** La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur l'audition de la personne protégée dans le cadre d'une rupture des liens familiaux dans un arrêt de la première chambre civile du 24 juin 2020<sup>803</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'une tutélaire souffrant de troubles graves de la personnalité et du comportement en rapport avec une structure psychotique schizophrénique. Les experts ont précisé que cette personne ne pouvait pas exprimer sa volonté de manière cohérente et adaptée. Le tuteur a introduit une requête afin que les visites du frère à sa sœur tutélaire soient interdites. Le juge de première instance et la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ont interdit au frère de la tutélaire de lui rendre visite, de la rencontrer ou de lui téléphoner. Dès lors, le frère fait grief à l'arrêt d'avoir prononcé ces

<sup>802</sup> N. PETERKA, « Audition de la personne protégée et rupture des liens familiaux : la comparution par voie d'avocat et l'intérêt du majeur suffisent », *A.J.fam.* 2020, p.537

<sup>803</sup> Civ. 1re, 24 juin 2020, n°19-15.781, op.cit.

interdictions sans convoquer et entendre la tutélaire, ni justifier cette absence d'audition sur le fondement des articles 1220-3 et 1245 alinéa 4 du Code de procédure civile, ensemble l'article 432 du Code civil. De plus, il reproche à l'arrêt ces interdictions qui doivent être strictement nécessaires, toute autre mesure moins contraignante ayant été jugée insuffisante. Le juge peut, certes, en cas de difficulté, organiser les relations personnelles de la personne protégée avec tout tiers dans l'intérêt de celle-ci. Le requérant estime alors que la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 459-2 du Code civil, ensemble les articles 415 du Code civil et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour de cassation rejette le pourvoi aux motifs que la tutélaire a été convoquée par la Cour d'appel et n'a pas comparu en personne, mais était représentée par un avocat. Dès lors, la Cour d'appel qui n'a pas recouru à la procédure de dispense d'audition n'était donc pas tenue ni d'entendre la personne protégée ni de s'expliquer sur son défaut de comparution. En ce qui concerne les relations personnelles de la tutélaire, la Cour de cassation estime que la Cour d'appel a statué dans l'intérêt de la majeure protégée souverainement apprécié. La disposition intéressante est ici la confirmation<sup>804</sup>, même pour une décision relative à la protection de la personne, que la simple convocation de la personne protégée et la présence de son avocat à l'audience suffisent sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à la procédure de dispense d'audition ni d'entendre la personne protégée ou de s'expliquer sur son défaut de comparution. En effet, le texte de l'article 1220-3 du Code de procédure civile précise bien que le majeur protégé est entendu ou appelé, ce qui signifie que la convocation suffit.

**383. Rôle de l'avocat.** La Professeure Nathalie Peterka<sup>805</sup> estime que l'arrêt suggère une réflexion sur le rôle de l'avocat qui devrait être désigné pour représenter la personne protégée à chaque fois que cette dernière ne comparait pas à l'audience ou que son état de santé fait obstacle à son audition, ou, à tout le moins en appel. En effet, en l'absence de possibilité générale pour le majeur protégé d'être entendu dans les procédures le concernant ou d'être associé aux décisions qui le concernent, il faut, à tout le moins, prévoir la présence d'un avocat qui pourrait assurer l'expression de sa volonté. Dans ce cas, l'avocat n'aurait pas un rôle de représentation du majeur protégé, mais serait simplement un interlocuteur

---

<sup>804</sup> Dans le même sens, la convocation suffit : Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janv. 2013, n°11-26.085 et n°11-26.086 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 oct. 2013, n°11-28.113, Dr.fam., 2013, n°168, note I.Maria ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 avr. 2014, n°13-15.527, D.2014, p.2259, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy, AJ.fam. 2014, p. 375, obs. T.Verheyde

<sup>805</sup> N.PETERKA, op.cit.

privilegié et un porteur de la parole du majeur protégé. L'avocat rendrait compte de l'avis du majeur protégé afin qu'il soit pris en compte.

b. La rupture du PACS

**384. Conclusion du PACS.** Avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2019<sup>806</sup>, l'article 462 du Code civil prévoyait que la conclusion du pacte civil de solidarité de la personne en tutelle devait être autorisée par le juge ou le conseil de famille. Dans ce cas, les futurs partenaires étaient entendus. L'audition du majeur protégé était alors prévue pour la conclusion du pacte civil de solidarité. En effet, il était logique et bienvenu que, pour se prononcer sur l'autorisation de conclure un pacte civil de solidarité, le juge des tutelles recueille l'avis du tuteur pour s'assurer de ses intentions. Depuis la loi du 23 mars 2019<sup>807</sup>, l'article 462 du Code civil ne prévoit plus de représentation pour la conclusion ou la modification du pacte civil de solidarité<sup>808</sup>. Dès lors, l'audition pour la conclusion ou la modification du PACS n'est plus prévue, le tuteur n'étant désormais ni assisté ni représenté lors de la déclaration conjointe.

**385. Rupture unilatérale du PACS à l'initiative du tuteur.** Dans le cadre de la mesure de tutelle, l'article 462 alinéa 4 du Code civil prévoit en revanche que : « *La rupture unilatérale du pacte civil de solidarité peut également intervenir sur l'initiative du tuteur, autorisé par le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué, après audition de l'intéressé et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.* ». Dès lors que le tuteur prend l'initiative de la rupture du PACS, celle-ci doit être autorisée par le juge ou le conseil de famille. Si l'autorisation du juge est nécessaire, le tuteur doit également être entendu. En ce sens, avant la loi du 23 mars 2019, la conclusion du PACS impliquait également une audition, car elle devait être autorisée par le juge. Cette solution semble de bon sens et nécessaire puisque le juge doit veiller à ce que la volonté du tuteur soit respectée, et en recueillant son avis dans le cadre de l'audition il peut ainsi s'en assurer. En effet, le tuteur peut rompre le PACS par déclaration conjointe ou décision unilatérale, il est alors important, lorsque l'initiative de la rupture ne vient pas de l'intéressé, mais de son tuteur, de s'assurer de sa volonté de mettre fin au PACS. Dans ce cas, l'audition doit être systématique et reste, pour le

---

<sup>806</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

<sup>807</sup> Ibid

<sup>808</sup> V. *supra* n°173

juge ou le conseil de famille, la meilleure solution pour entendre le tuteur et recueillir son avis.

## **B.- La vérification de la capacité naturelle du majeur protégé pendant l'audition**

**386. Audition formelle.** Dans certaines hypothèses, le juge va entendre formellement le majeur protégé notamment afin de constater sa capacité naturelle à consentir à l'acte et d'en tirer les conséquences afin d'autoriser ou non la réalisation de l'acte. Ces hypothèses sont à distinguer de celles où le juge autorise le majeur protégé à agir seul dans lesquelles le constat de la capacité naturelle est informel<sup>809</sup>. Cette différence s'explique sans doute parce que les situations où la vérification du consentement est formellement prévue concernent le corps du majeur protégé puisqu'il s'agit du prélèvement de moelle osseuse (1) et de la stérilisation contraceptive (2).

### **1. Le prélèvement de moelle osseuse**

**387. Principe.** L'article L1241-2 du Code de la santé publique prévoit qu'en principe aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut être réalisé sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation à la personne ou un mineur. Sous l'empire de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique,<sup>810</sup> le législateur visait la personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale, mais la récente loi bioéthique du 2 août 2021<sup>811</sup> a préféré viser la personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation à la personne. L'analogie avec le mineur est renforcée puisque les deux personnes visées par le texte font l'objet d'une mesure de représentation. En outre, la loi bioéthique reprend les termes de l'ordonnance du 11 mars 2020<sup>812</sup> qui modifie les textes du Code de la santé publique en visant la personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne et non plus seulement le majeur en tutelle.

---

<sup>809</sup> V. *infra* n°5687 sur l'autorisation judiciaire

<sup>810</sup> Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique

<sup>811</sup> Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique

<sup>812</sup> Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique

**388. Dérogation.** L'article 1241-4 alinéa 1 du Code de la santé publique dispose : « *Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1241-2, en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne au bénéfice de son frère ou de sa sœur.* ». Ce prélèvement peut également être réalisé au bénéfice de l'un de ses parents, de l'un de ses enfants, de son cousin germain ou de sa cousine germaine, de son oncle ou de sa tante, de son neveu ou de sa nièce selon l'alinéa 2 de ce même article.

**389. Constat de la faculté de consentir.** Si les conditions pour déroger au principe d'interdiction du prélèvement de moelle osseuse sont réunies, alors l'article L1241-4 du Code de la santé publique dispose dans son alinéa 4 que le juge des tutelles entend la personne protégée afin de s'assurer qu'il a la faculté de consentir au prélèvement. L'audition va donc permettre au juge de constater ou non la faculté du majeur protégé de consentir. L'article R1241-6 du même code prévoit qu'à l'occasion de cette audition, le juge informe la personne protégée du déroulement ultérieur de la procédure.

**390. Mineur.** Il faut préciser que pour le mineur, l'article L1241-3 du même code prévoit que le juge autorise le prélèvement après avoir entendu, entre autres, le mineur s'il est capable de discernement et après avoir recueilli l'avis du comité d'experts. Or, l'article R1241-11 du Code de la santé publique prévoit dans son deuxième alinéa que le comité d'experts entend le mineur capable de discernement afin de s'assurer qu'il n'existe de la part du mineur apte à exprimer sa volonté aucun refus du prélèvement<sup>813</sup>. L'audition du mineur dans le cadre du prélèvement de moelle osseuse va permettre au juge de vérifier son discernement bien que cette appréciation semble devoir être réalisée en amont par le comité d'experts. Le consentement ne doit pas être obtenu, mais il doit simplement exprimer sa volonté négative s'il y est apte.

**391. Consultation du majeur protégé apte à consentir.** Dans le cas où la personne protégée a la faculté de consentir, le juge « *reçoit ce consentement* »<sup>814</sup> et le prélèvement doit être autorisé par le comité d'experts. Même si le consentement est reçu, il ne s'agit pas d'une

<sup>813</sup> V. *infra* n°507

<sup>814</sup> Art. L1241-4 al. 4 du Code de la santé publique

capacité décisive *stricto sensu*<sup>815</sup> car la réalisation de l'acte dépend également de l'autorisation du comité d'experts et non pas du seul consentement du majeur protégé. L'article R1241-7 du Code de la santé publique prévoit que la personne déclarée apte à consentir au prélèvement adresse au comité d'experts une demande d'autorisation de prélèvement accompagné d'une copie de l'acte du juge des tutelles ayant recueilli son consentement. Dans ce cas, le comité d'experts réalise l'audition du donneur et va s'assurer que celui-ci a mesuré les risques et conséquences du prélèvement. La consultation du majeur protégé est alors au cœur du processus d'autorisation du prélèvement dans le cas où celui-ci a la faculté de consentir et il faut noter qu'il en est de même pour le mineur discernant qui est apte à exprimer sa volonté bien qu'il fasse l'objet de deux textes bien distincts.

**392. Consultation du majeur protégé n'ayant pas la faculté de consentir.** Dans le cas où la personne protégée n'a pas la faculté de consentir, c'est le juge des tutelles qui autorise le prélèvement après avoir cette fois recueilli l'avis de la personne protégée, lorsque cela est possible<sup>816</sup>. Dans cette hypothèse, le juge consulte le majeur protégé. Un dispositif similaire n'est pas prévu pour le mineur qui serait dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté, ce sont les parents ou un administrateur ad hoc qui consentent. L'article R1241-8 du Code de la santé publique prévoit que, dans ce cas, le juge saisit le comité d'experts pour avis qui lui aussi procède à l'audition du donneur majeur protégé. Il est également précisé que le juge des tutelles se prononce sur la demande d'autorisation de prélèvement après avoir entendu ou convoqué la personne protégée et la personne chargée de la mesure de protection qui n'est ni receveur, ni descendant, ni collatéral du receveur, ou le cas échéant l'administrateur ad hoc. Une double audition est alors prévue pour s'assurer de recueillir l'avis de la personne protégée qui n'a pas la faculté de consentir au prélèvement afin de respecter son intégrité. Même si cette audition ne permet que d'obtenir un avis consultatif, il faut noter que si la personne protégée refuse de procéder à ce prélèvement, il ne peut être réalisé. Pour autant, si la personne protégée émet le souhait de réaliser le prélèvement lors de ces auditions, rien n'oblige le juge d'autoriser ce prélèvement. Dès lors, la volonté positive du majeur hors d'état de consentir ne sera que consultative alors que la volonté négative de la personne protégée sera décisive<sup>817</sup>, et ce en toute hypothèse. En effet, le consentement n'étant pas requis lorsque le majeur protégé n'a pas la faculté de consentir, même s'il consent à l'acte, il ne s'agira que

---

<sup>815</sup> V. le Titre 2 de la partie 1 en général concernant la capacité décisive en matière personnelle

<sup>816</sup> Art. L1241-4 alinéa 4 Code de la santé publique

<sup>817</sup> En ce sens : L.TALARICO, op.cit. ; V. *infra* n°508

d'un avis consultatif, alors que s'il ne consent pas, alors cette volonté sera décisive : il s'agit de la capacité décisive négative<sup>818</sup>. En tout état de cause, il paraît surprenant de prévoir la possibilité d'entendre le majeur protégé et de recueillir son avis alors qu'on estime qu'il n'a pas la faculté de consentir : s'agit-il d'une consultation purement symbolique ? De surcroît, alors même qu'il aurait été constaté qu'il ne peut pas consentir au prélèvement, on peut s'étonner que la possibilité lui soit, malgré tout, offerte de refuser un tel prélèvement et donc de consentir négativement<sup>819</sup>.

## 2. *La stérilisation contraceptive*

**393. Historique.** Dans un avis rendu le 6 juillet 1998<sup>820</sup>, la Cour de cassation estimait que l'article 16-3 du Code civil prohibait l'atteinte à l'intégrité du corps humain que constitue la ligature des trompes de Fallope pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique et à des fins strictement contraceptives, et ce, même si la personne intéressée donnerait son consentement libre et éclairé. La Cour de cassation déclarait la stérilisation contraceptive illégale, mais ouvrait la voie de la nécessité thérapeutique. Le Conseil consultatif national d'éthique<sup>821</sup> a estimé qu'il serait envisageable, *de lege feranda*, d'admettre la stérilisation contraceptive à deux conditions : que l'intéressé soit informé et donne un consentement libre et éclairé avec un délai de réflexion et l'impossibilité de recourir à une autre méthode. La loi du 4 juillet 2001<sup>822</sup> relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception a autorisé la stérilisation contraceptive sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement en tutelle seulement en cas de contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou en cas d'impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. Il était déjà prévu par l'article L.2123-2 du Code de la santé publique tel qu'issu de cette loi que le juge, après avoir entendu la personne concernée, recherche systématiquement son consentement si elle est apte à exprimer sa volonté et après lui avoir délivré une information adaptée à son degré de compréhension. Les dispositions de cet article ont été jugées compatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil d'État dans un arrêt du 26 septembre

<sup>818</sup> V. *infra* n°508

<sup>819</sup> Ibid.

<sup>820</sup> Cass., avis, 6 juil.1998, n°09-80006, Bull.civ. n°10, obs. J.Hauser, RTD civ. 1998, p.881 ; obs. J.Massip, LPA, 1999, n°110, p.20

<sup>821</sup> CCNE, avis n°49, 3 avr. 1996 Avis sur la contraception chez les personnes handicapées mentales. Rapport ; CCNE, avis n°50, 3 avr.1996, Rapport sur la stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive. ; J.MASSIP, « Peut-on procéder à la stérilisation d'une majeure incapable ? », LPA, 3 juin 1999, n°110, p.20

<sup>822</sup> Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception

2005<sup>823</sup>. Dans cet arrêt, les juges administratifs suprêmes considèrent qu'au regard des règles et garanties qui entourent la stérilisation contraceptive, il ne peut pas être soutenu que les dispositions de l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique auraient pour objet ou pour effet de favoriser la stérilisation non volontaire des personnes handicapées qui les rendraient incompatibles avec le droit de se marier et de fonder une famille reconnue par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que par l'article 23 du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, avec la prohibition des traitements inhumains et dégradants prévus par l'article 3 de cette convention et l'article 7 de ce même pacte ainsi qu'avec le droit à une vie privée et familiale reconnue par l'article 8 de cette même convention.

**394. Conditions.** L'article L.2123-2 du Code de la santé publique permet de pratiquer la ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive sur une personne protégée. Toutefois, celle-ci n'est pas sans condition. En effet, elle ne sera pratiquée que sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales a justifié l'instauration d'une mesure de protection juridique et lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. Récemment, par l'ordonnance du 11 mars 2020<sup>824</sup>, le législateur a supprimé la condition d'une altération des facultés mentales constituant un handicap. En effet, il était assez difficile de savoir ce qui était entendu par handicap puisque cette notion n'était pas définie par le législateur et donc difficile à déterminer et pouvait recouvrir des effets pervers si était retenue une conception large de la notion de handicap. Le législateur a revu la rédaction de cet article et limite donc la possibilité d'une stérilisation contraceptive aux personnes majeures dont l'altération des facultés mentales a justifié un placement en mesure de protection juridique. Le texte ne vise plus seulement le placement en tutelle ou curatelle, mais plus largement l'instauration d'une mesure de protection juridique, élargissant le champ d'application du texte. Les deux autres conditions que sont la contre-indication médicale ou l'impossibilité de mettre en œuvre efficacement la méthode de contraception permettent de limiter le recours à la stérilisation à visée contraceptive. Le législateur a souhaité encadrer strictement le recours à la stérilisation à visée contraceptive, qui reste une méthode

---

<sup>823</sup> CE, 26 sept.2005, Association Collectif contre l'handiphobie, req. n°248357, obs. D.Cristol, RDSS 2005, p.1060 ; AJDA, 2005, p.1874 ; D. 2005, p.2550

<sup>824</sup> Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique

irréversible de contraception. L'acte étant d'une certaine gravité, il est important qu'il soit entouré des garanties nécessaires. Si la personne représentée souhaite ensuite accéder à la parenté, elle en sera empêchée. Il est donc important d'encadrer la stérilisation et qu'il s'agisse véritablement de la seule possibilité existante de contraception. De plus, le juge qui doit autoriser l'acte s'assure d'entendre toutes les personnes dont l'audition lui paraît utile outre la personne chargée de la mesure de protection juridique avec assistance ou représentation relative à la personne ; il doit également recueillir l'avis d'un comité d'experts.

**395. Saisine du juge.** Cette intervention doit être autorisée par le juge des tutelles saisi à cette fin. Le texte précise que, lorsque la personne concernée par la stérilisation contraceptive fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, le juge est saisi par la personne chargée de cette mesure. En cela, outre l'exigence d'une audition formelle, cette hypothèse se distingue de celles où le juge va autoriser le majeur protégé à son initiative<sup>825</sup> puisque le texte prévoit que c'est le représentant qui saisit le juge aux fins d'autorisation. Le texte précise également que le refus de la personne protégée fait obstacle à la saisine du juge.

**396. Audition du majeur protégé apte à exprimer sa volonté.** Dans son alinéa 3, l'article L2123-2 du Code de la santé publique prévoit que le juge se prononce après avoir entendu la personne concernée. Il est simplement précisé que si cette dernière est apte à exprimer sa volonté alors son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après lui avoir délivré une information adaptée à son degré de compréhension. Dès lors, l'information ne sera délivrée que si le juge estime que le majeur protégé est apte à exprimer sa volonté, ce qui n'est pas le cas pour les actes médicaux en général. De manière générale, l'information est délivrée d'une manière adaptée aux capacités de compréhension du majeur protégé<sup>826</sup>. Ainsi, le législateur a fait le choix de privilégier la faculté de comprendre l'information plutôt que d'exiger la faculté d'exprimer sa volonté. Néanmoins, l'information relative à la stérilisation contraceptive est, quant à elle, fonction de l'aptitude à exprimer sa volonté. Le juge après avoir entendu le majeur protégé<sup>827</sup> vérifie s'il est apte à exprimer sa volonté et dans ce cas il lui délivre l'information sur l'acte en question. Aussi, tous les majeurs protégés sont entendus, mais ils ne sont pas tous informés<sup>828</sup>. La question est de

---

<sup>825</sup> V. *infra* n°567 et s. sur l'autorisation judiciaire

<sup>826</sup> V. *supra* n°296

<sup>827</sup> V. *infra* n°500

<sup>828</sup> L.TALARICO, *op.cit.*

savoir pourquoi le législateur a fait le choix ici de conditionner la délivrance de l'information à l'aptitude à exprimer sa volonté. Cela s'explique par le fait que sinon la décision ne relève pas du majeur protégé qui n'est même pas associé à la décision, soit il peut décider soit il s'agit d'une incapacité totale, ce qui peut être regretté. Il aurait néanmoins pu être intéressant de délivrer l'information en toute hypothèse.

**397. Audition du majeur protégé inapte à exprimer sa volonté.** Le texte dispose alors implicitement qu'*a contrario*, si la personne n'est pas apte à exprimer sa volonté, son consentement ne sera pas recherché, mais elle sera, en tout état de cause, entendue par le juge des tutelles qui autorise l'intervention. En effet, l'exigence d'audition du majeur protégé est posée en premier sans distinction si le majeur protégé est apte ou non à exprimer sa volonté. C'est assez paradoxal de constater que la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, mais d'imposer l'obligation de l'entendre comme dans le cadre du prélèvement de moelle osseuse. Cette obligation semble alors symbolique. Néanmoins, l'audition va sans doute permettre dans cette hypothèse de vérifier si le majeur protégé est apte ou non à exprimer sa volonté. En tout état de cause, il ne s'agit que d'un avis consultatif. En revanche, si la personne protégée refuse ou révoque son consentement, il sera fait obstacle à la réalisation de l'acte en toute hypothèse. La volonté négative de la personne protégée sera alors décisive<sup>829</sup> alors que sa volonté positive ne sera que consultative. Dans le cas où la personne est capable d'exprimer sa volonté alors son consentement est seulement recherché, il n'est pas nécessaire, et si elle ne peut exprimer sa volonté alors la personne sera seulement entendue par le juge. En tout état de cause, il semblerait que la garantie de protection du majeur protégé hors d'état d'exprimer sa volonté en la matière soit assurée par l'exigence d'une autorisation du juge pour réaliser l'acte.

**398. Critique.** L'article L2123-2 du Code de la santé publique prévoit que le consentement du majeur protégé n'est recherché que s'il est apte à exprimer sa volonté. Le législateur ne précise pas ce qui se passe lorsque le majeur protégé n'est pas apte à exprimer sa volonté, alors qu'il aurait pu prévoir que son avis puisse à tout le moins être recueilli comme lorsqu'il n'a pas la faculté de consentir au prélèvement de moelle osseuse. Cette différence s'explique sans doute parce que, dans le cadre de la stérilisation contraceptive, lorsque le majeur protégé peut exprimer sa volonté, le consentement n'est pas reçu, mais simplement recherché. Le consentement n'est pas exigé et pas déterminant pour la réalisation

---

<sup>829</sup> V. *infra* n°513

de l'acte. Le silence du majeur protégé n'est pas un obstacle et son adhésion n'oblige pas le juge à autoriser l'acte. Pour autant, la gravité de l'acte aurait pu justifier l'obtention du consentement s'agissant d'un renoncement presque irréversible à la parentalité<sup>830</sup>. En outre, le législateur<sup>831</sup> ayant généralisé l'obtention du consentement pour les soins médicaux des majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne dans l'article L1111-4 du Code de la santé publique<sup>832</sup>, il faut se demander pourquoi le choix a été fait d'une simple consultation du majeur protégé en la matière. La question se pose de savoir s'il s'agit d'une véritable volonté législative ou d'un écueil que de maintenir la simple recherche du consentement du majeur apte à exprimer sa volonté dans le cadre de la stérilisation contraceptive. Soit, il s'agit de l'application du principe *specialia generalibus derogant* selon lequel les lois spéciales dérogent aux lois générales, et dans ce cas, le législateur a voulu faire de la stérilisation contraceptive un acte particulier ; soit, le législateur n'a pas pensé à harmoniser les textes. En ce sens, le prélèvement de moelle osseuse paraît mieux s'articuler avec le texte général puisque lorsque le majeur protégé a la faculté de consentir, son consentement est reçu par le juge, ce n'est que dans le cas contraire où l'on recueille simplement son avis.

## **§ II. - L'audition générale du mineur dans les procédures judiciaires le concernant**

**399. Droit subjectif.** Il a été constaté une véritable évolution du droit du mineur de participer aux décisions qui le concernent notamment en ce qui concerne la possibilité d'être entendu dans les procédures le concernant. En effet, d'une simple possibilité d'être entendu, on est passé à un véritable droit subjectif lui permettant d'exprimer ou non son avis dans une procédure le concernant<sup>833</sup>, ce qui se traduit par une modification de la formulation qui renforce le principe (A) et l'existence de sanctions (B).

### **A.- Un principe renforcé par sa formulation**

**400. Développement des fondements.** Les fondements de l'audition du mineur se multiplient. Le droit du mineur d'être entendu dans toutes les procédures le concernant trouve

<sup>830</sup> Voir en ce sens : L.TALARICO, op.cit.

<sup>831</sup> Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique

<sup>832</sup> V. *supra* n°300 sur la capacité médicale

<sup>833</sup> A. GOUTTENOIRE, P.BONFILS, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2021, p.996, n°1785

son origine dans le droit international qui a inspiré à la fois la législation européenne, mais également le droit français des mineurs. Le droit du mineur d'être entendu est devenu un véritable droit subjectif en se fondant notamment sur l'autonomie personnelle qui découle du droit au respect de la vie privée prévu par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

### ***1. Un fondement international***

**401. CIDE.** Dans un premier alinéa, l'article 12 de la Convention Internationale des droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989 dispose de manière générale que « *Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.* ». Ce premier alinéa rejoint notamment l'idée que l'enfant doit être associé aux décisions relatives à l'autorité parentale puisqu'il peut librement exprimer son opinion sur les questions l'intéressant. Le deuxième alinéa de cet article est relatif à la participation de l'enfant aux procédures judiciaires et dispose ainsi que pour que l'enfant puisse librement exprimer son opinion sur toute question l'intéressant : « *(...) on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale* ». Il s'agit de la reconnaissance d'un droit de l'enfant d'être entendu en justice<sup>834</sup>.

**402. Applicabilité.** L'applicabilité de la Convention internationale des droits de l'enfant a fait l'objet de nombreux débats. En premier lieu, la Cour de cassation a rejeté l'applicabilité directe de la Convention en affirmant qu'aucune disposition n'avait d'effet direct notamment dans l'arrêt « *Lejeune* » du 10 mars 1993<sup>835</sup> en affirmant : « *que les dispositions de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, ne peuvent être invoquées devant les tribunaux, cette Convention, qui ne crée des obligations qu'à la charge des États parties, n'étant pas directement applicable en droit interne* ». Les juges de la Cour de cassation refusaient alors d'appliquer les dispositions de la

---

<sup>834</sup> Ibid., p.974

<sup>835</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mars 1993, D. 1993. 361 ; note M.-C. Rondeau-Rivier, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu », D. 1993. Chron. 203 ; C. NEIRINCK, P. MARTIN, « Un traité bien maltraité : à propos de l'arrêt Lejeune », JCP, 1993. I. 3677 ; J. Massip, commentaire de l'arrêt du 10 mars 1993, D. 1993, p.361.

Convention en droit français. Le Conseil d'État était plus nuancé sur cette question, mais rejetait l'applicabilité directe de l'article 12 de la Convention dans l'arrêt « *Paturel* » du 3 juillet 1996<sup>836</sup> en considérant : « *que les stipulations des articles 12-1, 12-2 et 14-1 de la même convention créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés* ». C'est en 2005 qu'un revirement de jurisprudence a lieu de la part de la haute juridiction judiciaire et administrative. En effet, dans un arrêt du 18 mai 2005<sup>837</sup>, la Cour de cassation reconnaît l'applicabilité directe de l'article 12 alinéa 2 de la Convention puisqu'elle se fonde sur cet article pour casser la décision de la Cour d'appel qui n'avait pas répondu favorablement à la demande d'audition du mineur dans le cadre d'une procédure intentée par son père pour modifier sa résidence. Pourtant, les juges de la Cour de cassation pouvaient se contenter d'appliquer l'article 388-1 du Code civil qui s'était largement inspiré des dispositions de la Convention, mais ils ont préféré adopter une autre position afin de conforter l'interprétation de ce texte<sup>838</sup>. Le Conseil d'État rejoint cette position un peu plus tard dans l'arrêt « *Mme Etarh* » du 27 juin 2008<sup>839</sup> en considérant que : « (...) *les stipulations du 2 de l'article 12 étant d'effet direct, un requérant peut utilement s'en prévaloir à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir (...)* ». Dès lors, l'article 12 2° peut être invoqué directement devant les différentes juridictions françaises. L'applicabilité directe de cet article en droit interne a largement influencé la naissance d'un véritable droit du mineur à être entendu, mais l'influence a également été européenne.

## 2. Une influence européenne

**403. CEDH.** La Convention Européenne des droits de l'homme ne contient pas de dispositions spécifiques octroyant au mineur le droit d'être entendu dans les procédures le concernant. En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme a consacré ce droit en se fondant sur le droit à l'autonomie personnelle découlant du droit au respect de la vie privée. En effet, dans l'arrêt *M. et M c/ Croatie* du 9 septembre 2015, les juges européens estiment que le droit de l'enfant d'être entendu en justice fait partie de son droit à l'autonomie

<sup>836</sup> CE 3 juill. 1996, *Paturel*, JCP 1996. I. 2279, obs. Ch. Rouault.

<sup>837</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mai 2005, n°02-20.613, JCP 2005. II. 10081, note Granet-Lambrecht et Strickler ; Dr. fam. 2005. Comm. 156, obs. Gouttenoire ; JCP2005. II. 10115, concl. Petit, note Chabert ; D. 2005. 1909, note Egéa ; AJ fam. 2005. 274, obs. Fossier ; Dr. et patr. 9/2005. 101, obs. Bonfils ; D. 2007. 2192, obs. Gouttenoire ; RDSS 2005. 814, étude Neirinck ; Rev. crit. DIP 2005. 679, note Bureau ; RTD civ. 2005. 556, obs. Encinas de Munagorri ; RTD civ.585, obs. Hauser ; RTD civ. 627, obs. Théry ; RTD civ. 750, obs. Remy-Corlay

<sup>838</sup> A. GOUTTENOIRE et P.BONFILS, op.cit.

<sup>839</sup> CE 27 juin 2008, n° 291561, AJ fam. 2008. 342, obs. F. Chénéde ; AJDA 2008. 1296 ; RTD civ. 2008. 665, obs. J. Hauser

personnelle et réalisent ainsi une interprétation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière de l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant<sup>840</sup>.

**404. Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant.** Le texte européen précurseur d'une reconnaissance de l'enfant d'un vrai droit à être entendu reste la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant adoptée par le Conseil de l'Europe le 25 janvier 1996. Il s'agit du premier texte qui pose un droit et non pas une simple possibilité pour l'enfant d'être entendu puisque son article 3 impose que l'enfant considéré comme discernant par le droit interne se voit conférer dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire le droit notamment d'être consulté et exprimer son opinion. De plus, l'article 6 précise que l'autorité judiciaire doit, avant toute prise de décision dans une procédure concernant l'enfant, l'informer, le consulter et lui permettre d'exprimer son opinion. Le droit européen accorde alors une grande importance à la consultation de l'enfant dans le cadre d'une procédure judiciaire le concernant.

**405. Convention sur les relations personnelles concernant les enfants.** La Convention sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003 prévoit également en son article 6 qu'un enfant considéré comme discernant par le droit interne a le droit d'être informé, consulté et d'exprimer son opinion à moins que ce ne soit contraire à son intérêt supérieur et précise que cette opinion doit être prise en compte.

**406. Conseil de l'Europe.** Une recommandation<sup>841</sup> de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe adoptée le 13 mars 2009 indique que : « *L'Assemblée soutient l'initiative et les conclusions de la Conférence des ministres européens de la Justice tenue à Lanzarote en octobre 2007 en ce qui concerne la participation des enfants aux procédures judiciaires dans lesquelles ils sont impliqués en tant que composante importante d'une justice moderne et équitable, et invite le Comité des Ministres, via ses organes compétents, à préparer des lignes directrices européennes pour une justice adaptée aux enfants.* ». La participation de l'enfant dans les procédures judiciaires occupe alors une place importante dans le droit européen, ce qui a largement pu influencer le droit interne.

---

<sup>840</sup> A.GOUTTENOIRE et P. BONFILS, op.cit., p.976

<sup>841</sup> Recommandation n°1864 « Promouvoir la participation des enfants aux décisions qui le concerne », texte adopté par la Commission permanente, agissant au nom de l'Assemblée, le 13 mars 2009

**407. Union Européenne.** La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne prévoit la possibilité pour l'enfant d'exprimer librement son opinion dans son article 24 qui dispose que les enfants : « (...) *peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.* ». Il ne s'agit ici que d'une liberté et non pas de la consécration d'un véritable droit de l'enfant. Par ailleurs, le règlement « Bruxelles II bis »<sup>842</sup> prévoit à plusieurs reprises la participation de l'enfant à travers sa possibilité d'être entendu. Le règlement « Bruxelles II ter »<sup>843</sup> du 25 juin 2019 va plus loin et prévoit dans son article 21 que « (...) *les juridictions des États membres, conformément aux législations et procédures nationales, donnent à un enfant qui est capable de discernement une possibilité réelle et effective d'exprimer son opinion (...)*», et précise que dans ce cas la juridiction « (...) *prend dûment en compte l'opinion de l'enfant eu égard à son âge et à son degré de maturité* ».

**408. CJUE.** La Cour de justice de l'Union Européenne s'est prononcée sur le droit de l'enfant d'être entendu dans l'arrêt Joseba Andoni Aguirre Zarraga c/ Simone Pelz du 22 décembre 2010<sup>844</sup> par une interprétation de l'article 42 du règlement Bruxelles II bis et l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux. La Cour de Justice de l'Union Européenne conclut que ces dispositions n'imposent aucune obligation d'auditionner l'enfant, mais une simple possibilité d'être entendu qui doit faire l'objet d'une appréciation *in concreto* guidée par l'intérêt de l'enfant. Il suffit d'offrir les moyens procéduraux et les conditions légales pour permettre à l'enfant d'exprimer librement son opinion et qu'elle soit recueillie par le juge. Ainsi, les juridictions des États membres doivent vérifier que l'enfant a eu la possibilité d'être entendu dans la procédure<sup>845</sup>. Ainsi, la Cour de justice de l'Union Européenne va moins loin que la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui, elle, consacre un véritable droit de l'enfant et ne se contente pas d'imposer une simple possibilité d'être entendu. C'est également le choix qu'a fait le législateur français.

<sup>842</sup> Régl. (CE) n°2201/2003 du 23 nov. 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ; A.GOUTTENOIRE, « L'audition de l'enfant dans le règlement de Bruxelles II bis », in H.Fulchiron et C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 201 et s.

<sup>843</sup> Régl. (UE) n°2019/1111 du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants, AJ fam. 2019. 401, obs. Gallant

<sup>844</sup> CJUE 22 déc. 2010, aff. C-491/10, D. 2011. 248 ; Rev. crit. DIP 2012. 172, obs. MuirWatt ; Europe 2011. Comm. 118, obs. Idot ; Procédures 2011. Comm. 59, obs. Nourissat ; D. 2011.Pan. 1374, obs. Jault-Seseke ; RTD eur. 2001. 482, obs. Douchy-Oudot

<sup>845</sup> A. GOUTTENOIRE et P.BONFILS, op.cit., p.980

### 3. *La naissance d'un droit subjectif en droit interne*

**409. Historique.** A l'origine, l'ancien article 290 3° du Code civil issu de la loi du 12 juillet 1975<sup>846</sup> prévoyait que le juge tenait compte : « *Des sentiments exprimés par les enfants mineurs lorsque leur audition a paru nécessaire et qu'elle ne comporte pas d'inconvénients pour eux.* ». Cet article a ensuite été complété par la loi du 22 juillet 1987<sup>847</sup> qui précisait alors que le juge pouvait tenir compte : « *Des sentiments exprimés par les enfants. Lorsque ceux-ci ont moins de treize ans, ils ne peuvent être entendus que si leur audition paraît nécessaire et ne comporte pas d'inconvénients pour eux ; lorsqu'ils ont plus de treize ans, leur audition ne peut être écartée que par décision spécialement motivée. Cette décision n'est susceptible d'appel qu'avec la décision qui statue sur l'autorité parentale.* ». Le législateur introduit alors un seuil d'âge de 13 ans pour que l'audition soit possible, en deçà, elle doit être nécessaire et ne pas comporter d'inconvénients. L'audition ne reposait pas sur la possibilité pour l'enfant de s'exprimer, mais bien sur l'utilité de cette audition de l'enfant pour le juge. L'adoption de la Convention internationale des droits de l'enfant le 20 novembre 1989 et sa ratification par la France le 7 août 1990 a conduit le législateur à reconnaître la possibilité pour le mineur d'être entendu dans les procédures judiciaires par la loi du 8 janvier 1993<sup>848</sup>.

**410. Possibilité d'être entendu en justice.** Alors que l'applicabilité directe de la Convention internationale des droits de l'enfant faisait débat, le législateur transpose l'aspect procédural de l'article 12 de la Convention, en reprenant les termes de ce dernier, dans l'article 388-1 du Code civil qui disposait dans sa version issue de la loi du 8 janvier 1993 que : « *Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet. Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. (...)* ». Le Code civil offrait alors une simple possibilité d'être entendu pour le mineur dans les procédures le concernant. Il ne s'agissait pas d'un droit de l'enfant, mais plutôt d'un outil à la disposition du juge qui refusait de procéder à ces auditions sur le terrain de l'intérêt de l'enfant<sup>849</sup>. Le juge

---

<sup>846</sup> Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce

<sup>847</sup> Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale

<sup>848</sup> Loi 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

<sup>849</sup> M.BRUGGEMAN, « Le droit d'être entendu », in C.Neirinck et M.Bruggeman (dir.), *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Dalloz, 2014, p.107 et s.

pouvait alors décider de l'opportunité ou non de procéder à l'audition du mineur et pouvait le refuser sur décision motivée<sup>850</sup>.

**411. Évolution.** La loi du 5 mars 2007<sup>851</sup> a modifié l'article 388-1 du Code pour qu'il soit compatible aux textes internationaux et communautaires. En effet, les juges ayant reconnu l'applicabilité directe de l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant<sup>852</sup>, le législateur se devait d'intervenir puisque l'article 388-1 du Code civil qui n'offrait qu'une simple possibilité au mineur d'être entendu n'avait que peu d'intérêt face à l'article 12 de la Convention. Ainsi, le législateur prévoit dans l'article 388-1 du Code civil alinéa 2 que : « *Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. (...)* ». Cette consécration conduit à supprimer tout contrôle d'opportunité<sup>853</sup> de cette audition de la part du juge. Ce dernier doit entendre l'enfant satisfaisant aux conditions prévues par le texte à savoir une procédure concernant le mineur qui doit être doué de discernement.

## B.- Un principe renforcé par son impérativité

**412. Texte général et textes spécifiques.** De manière générale, le juge a désormais obligation d'entendre l'enfant discernant qui le demande dans les procédures qui le concernent. Cette audition « de droit » relève de la volonté du mineur « *sans qu'aucune condition ne puisse efficacement lui être opposé* »<sup>854</sup>. Dans cette hypothèse, il s'agit alors d'un droit subjectif dont le non-respect appelle une sanction. Des textes spécifiques édictent en outre une obligation systématique pour le juge d'entendre le mineur, ce qui est notamment le cas pour l'émancipation, l'adoption, l'assistance éducative ou encore l'administration légale. Dès lors, le caractère impératif de l'audition qui doit être « de droit » lorsque le mineur en fait la demande (1) ou systématique lorsqu'elle est à l'initiative du juge dans certaines hypothèses (2) renforce le principe du droit du mineur d'être entendu dans les procédures le concernant.

### 1. L'audition de droit du mineur

**413. Refus motivé.** Lorsque le mineur demande à être entendu, cette audition est « de droit ». Si le juge refuse d'entendre le mineur qui répond aux conditions légales (a) et qui

<sup>850</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mai 2005, n°02-20.613, op.cit.

<sup>851</sup> Loi n°2007-293 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection de l'enfance

<sup>852</sup> V. *supra* n°402

<sup>853</sup> M.BRUGGEMAN, op.cit.

<sup>854</sup> Ibid.

demande à être entendu, il faut qu'il motive spécialement son refus (b) sinon, l'audition de droit doit être mise en œuvre (c).

a. Les conditions de l'audition du mineur

**414. Droit d'être entendu.** L'article 388-1 du Code civil impose au juge d'entendre le mineur discernant dans toutes les procédures qui le concernent lorsque celui-ci en fait la demande et soumet cette audition à deux conditions : que la procédure concerne le mineur et que ce dernier soit doué de discernement.

**415. Procédure concernant le mineur.** La procédure concernant le mineur doit être existante, l'audition peut intervenir à n'importe quel moment de la procédure dès lors qu'elle concerne le mineur. Il s'agit alors d'une application particulière du droit de participer aux décisions relatives à sa personne<sup>855</sup>, principe qui irrigue le droit des majeurs protégés en matière personnelle pour laquelle il est de plus en plus associé à la décision voire, acteur de la décision dans la mesure où son état le lui permet<sup>856</sup>. Une circulaire du 3 juillet 2009 édicte une liste de procédures dans lesquelles le mineur doit être au moins informé de son droit d'être entendu<sup>857</sup>. Le domaine des procédures concernant le mineur est difficile à déterminer avec précision le rendant assez large. Il s'agit essentiellement de procédures relatives à l'autorité parentale puisque le droit du mineur d'être entendu dans ces hypothèses lui permettra éventuellement de faire valoir son droit à être associé aux procédures le concernant, mais également d'agir sur sa situation personnelle<sup>858</sup>. Quoi qu'il en soit, la procédure concerne l'enfant dès lors qu'il en va de son intérêt de ne pas se voir imposer une décision sans être consulté<sup>859</sup> : le mineur n'a pas la capacité juridique d'agir directement sur la décision, mais il va au moins être consulté par sa participation et son avis va pouvoir être pris en compte.

**416. Discernement.** Le mineur qui demande à être entendu doit être doué de discernement au risque d'entraîner le rejet de sa demande. En l'absence de définition précise du discernement, l'appréciation de cette condition est empreinte de subjectivité soulevant une

---

<sup>855</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>856</sup> V. *supra* n°270

<sup>857</sup> Circ. DACS n° CIV/10/09, 211-7 C1/2-2-7/MLM du 3 juillet 2009

<sup>858</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>859</sup> Ibid.

difficulté pour le juge. La Circulaire d'application de la loi du 8 janvier 1993<sup>860</sup> en date du 3 mars 1993<sup>861</sup> a posé une définition du critère du discernement : « *Il appartient au juge de prendre en compte les différents éléments que comporte ce critère tel que l'âge, la maturité et le degré de compréhension pour apprécier, dans chaque cas dont il est saisi, si le mineur concerné répond à l'exigence légale.* ». Pour autant, cette précision reste abstraite, le choix d'une référence au discernement a justement pour objectif de ne pas se fonder uniquement sur l'âge de l'enfant. Dès lors, une appréciation *in concreto* peut être satisfaisante<sup>862</sup>. En outre, lorsque le mineur demande à être entendu c'est qu'il semble suffisamment mature et donc doué de discernement, sous réserve que cette demande ne soit pas instrumentalisée par les parents<sup>863</sup>. En effet, il semble difficile pour le juge de considérer que le mineur n'est pas discernant dès lors qu'il demande à être entendu, cette initiative laissant présumer une maturité suffisante. Malgré les difficultés entourant l'appréciation de cette condition de discernement, elle paraît nécessaire afin d'assurer l'effectivité du droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures le concernant, car le risque d'entendre un enfant non discernant est qu'il ne mesure pas l'impact de ses propos<sup>864</sup>. Une proposition de réforme de l'article 388-1 du Code civil a été faite pour tenter de contourner les difficultés liées à l'appréciation du discernement du mineur.

**417. Recommandation sur le critère du discernement.** Certains auteurs ont proposé de revenir à un seuil d'âge fixé par la loi afin qu'il soit le même pour tous au regard des variabilités d'appréciation qui peuvent apparaître dans la jurisprudence<sup>865</sup>. Dans le rapport annuel sur les droits de l'enfant du Défenseur des droits<sup>866</sup>, une recommandation a été émise au Garde des Sceaux pour faire respecter le droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures judiciaires. Ainsi, il est recommandé de réformer l'article 388-1 du Code civil, mais également l'article 338-4 du Code de procédure civile par voie réglementaire : « *pour que l'audition de l'enfant qui demande lui-même à être entendu dans le cadre d'une*

<sup>860</sup> Loi 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 : cette loi substitue au seuil d'âge prévu par l'article 290-3 ancien du Code civil le critère du discernement

<sup>861</sup> Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, JORF n°70 du 24 mars 1993

<sup>862</sup> M.BRUGGEMAN, op.cit.

<sup>863</sup> Ibid.

<sup>864</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>865</sup> B.MALLEVAEY, *Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales*, Mission de recherche droit et justice, 2018, p.57

<sup>866</sup> Rapport annuel sur les droits de l'enfant « Prendre en compte la parole de l'enfant : un droit pour l'enfant, un devoir pour l'adulte », 2020, p.16

*procédure le concernant soit de droit, sans qu'il ne soit plus fait référence à sa capacité de discernement.* ». Il n'y aurait donc plus de référence au discernement du mineur qui serait systématiquement entendu dès lors qu'il en fait la demande. Cette proposition de réforme renforce l'idée que dès lors que l'enfant est en capacité de demander à être entendu, on peut imaginer qu'il a le discernement suffisant. Le rapport recommande enfin de compléter l'article 338-1 du Code de procédure civile « *pour prévoir que le mineur de 10 ans et plus soit personnellement informé par le greffe de son droit d'être entendu* ». Il est ainsi proposé de prévoir un seuil d'âge pour lequel l'enfant est informé de son droit à être entendu. Il paraît cependant surprenant de supprimer la condition de discernement pour être entendu, mais d'imposer un seuil d'âge pour être informé. Il serait préférable de prévoir une information adaptée à l'âge et au degré de maturité de l'enfant comme en matière de santé<sup>867</sup>. La maturité se distingue du discernement en ce que prendre en compte la maturité c'est prendre en compte de manière concrète le développement du mineur alors que la prise en compte du discernement implique une appréciation plus abstraite.

b. Les conditions du refus du juge d'entendre le mineur

**418. Conditions entourant le refus.** L'article 338-4 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile dispose que : « *Lorsque la demande est formée par le mineur, le refus d'audition ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas.* ». La possibilité pour le juge de refuser l'audition est alors limitée par les conditions de l'audition du mineur qui doit avoir le discernement suffisant et être concerné par la procédure ; la première condition étant plus difficile à apprécier que la seconde, car elle est plus subjective<sup>868</sup>. Le juge ne peut pas procéder à une appréciation de l'opportunité de la demande et doit procéder à l'audition dès lors que le mineur répond aux conditions légales. D'une part il ne peut pas être fait référence à l'âge pour apprécier la capacité de discernement du mineur. D'autre part, le fait que l'audition soit contraire à l'intérêt de l'enfant ne suffit pas à justifier le refus de procéder à l'audition de l'enfant dès lors que les conditions légales sont réunies. La première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé les conditions entourant le refus d'entendre le mineur qui le demande dans un arrêt du 14 avril 2021<sup>869</sup> et affirme clairement qu'il résulte des articles 338-1 du Code civil et 338-4 du

---

<sup>867</sup> V. *infra* n°455

<sup>868</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, *op.cit.* ; M.BRUGGEMAN, *op.cit.*

<sup>869</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 avr. 2021, n° 18-26.707, ; AJ fam. 2021. 363, obs. B. Mallevaey ; Dr. fam. n° 6, juin 2021. Comm. 90, obs. C. Siffrein-Blanc.

Code de procédure civile que, lorsque la demande d'audition est formée par le mineur, le refus ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas. En l'espèce, la Cour d'appel refuse la demande d'audition formée par le mineur en raison de son manque de discernement et afin de le préserver de tout conflit parental et garantir l'intérêt de l'enfant. La Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir expliqué en quoi le mineur n'était pas capable de discernement. Cette décision exige en creux que les juges motivent le refus d'entendre le mineur lorsqu'il en fait la demande, cette motivation ne pouvant se fonder sur la volonté de le préserver d'un conflit parental sinon cela revient à ne pas procéder à l'audition sur le fondement de l'intérêt de l'enfant. La première chambre civile de la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 18 mars 2015<sup>870</sup> que le seul âge du mineur ne peut pas suffire à expliquer en quoi il n'était pas capable de discernement, et que le fait que la demande paraisse contraire à son intérêt est un motif impropre à justifier le refus d'audition.

**419. Contrôle de l'absence des conditions.** Lorsque le juge refuse d'entendre le mineur qui en fait la demande, la décision au fond doit préciser les motifs de ce refus afin que la Cour de cassation puisse effectuer son contrôle des raisons du rejet de la demande. Dans un arrêt du 16 février 2022<sup>871</sup>, la première chambre civile de la Cour de cassation a sanctionné une Cour d'appel qui n'avait pas mentionné dans sa décision au fond les motifs du refus de la demande d'audition de l'enfant alors âgé de 7 ans dans une procédure qui le concernait puisqu'il s'agissait d'une procédure relative au transfert de sa résidence chez son père, ce qui renforce l'idée que le juge doit motiver le refus d'audition demandée par l'enfant conformément aux dispositions de l'article 338-4 alinéa 3 du Code de procédure civile. Même si l'enfant est jeune et potentiellement pas discernant, il n'y a pas de présomption de défaut de discernement en dessous d'un certain comme on pourrait le croire.

**420. Absence de recours.** Le contrôle des motivations du refus de procéder à l'audition permet d'assurer l'effectivité du droit du mineur d'être entendu. Or, si le juge refuse de procéder à l'audition demandée par le mineur, cette décision n'est susceptible d'aucun recours<sup>872</sup>. L'article 338-5 du Code de procédure civile affirme que : « *La décision*

<sup>870</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 2015, n°14-11.392 ; D. 2015, p.1919, obs. P.Bonfils et A.Gouttenoire ; AJ fam. 2015, p.282, obs. S.Thouret ; AJ fam. 2015, p.282, obs. S.Thouret ; RTD civ. 2015, p.352, obs. J.Hausser.

<sup>871</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 févr. 2022, n° 21-23.087, AJ fam. 2022, p.151, obs. B.Mallevaey ; RTD civ. 2022, p.372, obs. A.-M.Leroyer ; Dr. fam. 2022, n° 71, obs. V.Égéa.

<sup>872</sup> A.-M.LEROYER, « L'audition de l'enfant en justice : une protection insuffisante », *RTD Civ.*, 2022, p.372

*statuant sur la demande d'audition formée par le mineur n'est susceptible d'aucun recours.* ». L'impossibilité de former un recours, même exceptionnel, contre cette décision de refus lorsque la demande vient du mineur peut fragiliser l'effectivité de son droit d'être entendu<sup>873</sup>. Néanmoins, s'il est prouvé que les conditions de l'audition ne sont pas remplies, il n'y a aucune raison d'instaurer un recours : le mineur ne sera pas discernant ou la procédure ne le concerne pas.

**421. Demande formée par les parties.** Lorsque l'audition de l'enfant est demandée par les parties à la procédure, l'article 338-4 alinéa 2 du Code de procédure civile dispose que : « *Lorsque la demande est formée par les parties, l'audition peut également être refusée si le juge ne l'estime pas nécessaire à la solution du litige ou si elle lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant mineur.* ». En ce sens, la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé dans un arrêt du 16 décembre 2015<sup>874</sup> que l'enfant âgé de 7 ans devait être préservé autant que possible du conflit parental dont elle avait déjà subi des conséquences. La demande d'audition pouvait être ainsi refusée si elle n'était pas nécessaire à la solution du litige ou contraire à l'intérêt de l'enfant aux termes de l'article 338-4 du Code de procédure civile. Dans cette hypothèse, ce n'est pas l'enfant qui demande à être entendu, les modalités de refus du juge sont donc différentes. Il est, en effet, important que l'audition de l'enfant ne soit pas instrumentalisée dans une procédure opposant les parents, mais qu'elle soit toujours réalisée dans son intérêt ; il s'agit d'un droit de l'enfant d'être entendu dont il faut éviter les éventuels effets pervers<sup>875</sup>.

c. L'exécution de l'audition du droit

**422. Demande d'audition.** L'article 338-2 du Code de procédure civile prévoit que la demande d'audition est présentée par le mineur lui-même et n'impose aucun formalisme et cette position a été confirmée par la jurisprudence<sup>876</sup>. Néanmoins, une telle disposition ne doit

---

<sup>873</sup> Ibid. ; C.SIFFREIN-BLANC, « Le droit d'être entendu, un droit absolu pour l'enfant discernant », *Dr.fam.*, Juin 2021, n°6, comm.90

<sup>874</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 déc. 2015, n° 15-10.442, D. 2016, p.674, obs. M.Douchy-Oudot ; AJ fam. 2016, p.102, obs. S.Thouret ; RTD civ. 2016, p. 95, obs. J.Hauser ; JCP 2016, n° 326, note B.Mallevaey.

<sup>875</sup> T.MOREAU, « Les risques d'effet pervers de la participation des enfants à la justice », in M.Paré, M.Bruning, T.Moreau et C.Siffrein-Blanc (dir.), *L'accès des enfants à la justice : bilan critique*, Dalloz, 2022, p.215 et s.

<sup>876</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 sept.2007, n°06-18.379, Dr.fam., 2007, comm. N°192, obs.P.Murat

pas s'opposer à ce que la demande d'audition du mineur puisse être présentée au juge par un avocat<sup>877</sup>.

**423. Déroulement de l'audition.** L'article 338-6 du Code de procédure civile prévoit que le mineur est convoqué par le juge afin d'être entendu. Le mineur peut être entendu par le juge comme le prévoit l'article 388-1 du Code civil ou par une personne que ce dernier délègue à cet effet lorsque l'intérêt du mineur le commande dans les conditions prévues par l'article 338-6 du Code de procédure civile. Le mineur peut être entendu seul ou il peut faire le choix d'être accompagné par un avocat ou une personne de son choix<sup>878</sup>. En outre, le juge opère un contrôle sur le choix de l'accompagnateur du mineur puisqu'il peut désigner une autre personne si ce choix n'est pas conforme à l'intérêt du mineur<sup>879</sup>. Lorsqu'il s'agit pour le mineur d'être accompagné dans le cadre d'actes relatifs à son corps qui exclut la représentation des titulaires de l'autorité parentale comme l'interruption de grossesse<sup>880</sup>, aucun contrôle n'est opéré sur le choix de l'accompagnateur. Cette différence s'explique sans doute parce que ce contrôle est plus difficile en la matière, l'accompagnement n'ayant pas lieu dans le cadre d'une procédure judiciaire faisant intervenir le juge.

**424. Conséquences.** L'audition du mineur fait l'objet d'un compte-rendu qui est soumis au respect du contradictoire selon l'article 338-12 du Code de procédure civile. Il est important de noter que le juge apprécie souverainement la parole de l'enfant, mais que, pour autant, sa décision ne peut pas être subordonnée à la volonté du mineur. Cette remarque renforce l'idée que l'audition du mineur n'est qu'une simple consultation de ce dernier lui offrant la possibilité de participer à la décision d'un tiers, mais sa volonté n'est pas décisive, car son avis ne détermine pas la décision du juge.

## 2. L'audition systématique du mineur

**425. Assistance éducative.** Dans le cadre de l'assistance éducative, le juge a l'obligation de provoquer l'audition. L'article 1182 alinéa 2 du Code de procédure civile dispose ainsi que le juge : « *entend chacun des parents, le tuteur, la personne ou le représentant du service à qui l'enfant a été confié et le mineur capable de discernement et porte à leur connaissance les motifs de sa saisine.* ». Avant l'entrée en vigueur du décret du

<sup>877</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>878</sup> Art. 388-1 al.2 du Code civil

<sup>879</sup> Ibid.

<sup>880</sup> V. *infra* n° 687

15 mars 2002<sup>881</sup>, l'article 1183 ancien du même Code indiquait que le juge : « *entend le mineur à moins que l'âge ou l'état de celui-ci ne le permette pas.* ». La Cour de cassation a alors précisé dans un arrêt du 20 février 1985<sup>882</sup> que l'audition du mineur est de principe dans le cadre de l'assistance éducative, mais que le juge peut ne pas y procéder si l'âge, la santé ou les facultés mentales de l'enfant rendent cette audition impossible, mais également lorsque cette dernière pourrait compromettre sa santé ou son état mental. Les juges devaient cependant constater l'existence de circonstances rendant inopportune une telle audition<sup>883</sup>. Le décret du 15 mars 2002 modifie l'article 1182 du Code de procédure civile et conditionne désormais l'audition de l'enfant dans le cadre de l'assistance éducative à son discernement et supprime la référence à son âge ou son état. Toutefois, les éléments permettant d'apprécier le discernement paraissent pourtant les mêmes que ceux utilisés auparavant pour déterminer si l'âge ou l'état du mineur lui permettaient d'être entendu<sup>884</sup>. L'audition de l'enfant dans le cadre de mesures provisoires prises dans le cas d'urgence peut ne pas avoir lieu conformément aux dispositions de l'article 1184 du Code de procédure civile. Le rapport annuel sur les droits de l'enfant du Défenseur des droits de 2020<sup>885</sup> déplore néanmoins qu'en pratique « *de nombreuses décisions en assistance éducative sont prises sans auditions ou rencontre préalable des mineurs, même capables de discernement et concernés par la procédure.* ». La Cour de cassation rappelle de manière bienvenue l'obligation faite au juge de procéder à cette audition dans un arrêt du 2 décembre 2020<sup>886</sup>. Les juges de la Cour de cassation affirment que la Cour d'appel « *saisie d'une demande tendant à voir fixer pour la première fois les modalités des relations entre l'enfant placé et un tiers, parent ou non* » ne peut se dispenser, en matière d'assistance éducative, « *d'entendre le mineur dont elle n'a pas constaté l'absence de discernement* » que s'il a précédemment été entendu, sur cette demande, par le juge des enfants conformément aux dispositions des articles 1189 alinéa 1 et 1193 alinéa 1 du Code de procédure civile. L'obligation faite au juge d'entendre l'enfant en matière d'assistance éducative est ainsi renforcée par la sanction. Cette obligation a été précisée par la loi du 7 février 2022<sup>887</sup> relative à la protection des enfants qui a introduit dans l'article 375-1 du Code civil un alinéa 3 qui prévoit qu'en matière d'assistance éducative, le juge doit

---

<sup>881</sup> Décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 modifiant le code de procédure civile et relatif à l'assistance éducative

<sup>882</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 févr. 1985, Gaz. Pal. 1985. 2. 756, obs. J.Massip

<sup>883</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 juin 1991, D. 1992, p.51, note J.Massip

<sup>884</sup> A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, op. cit., p.983

<sup>885</sup> Rapport, op.cit., p.14

<sup>886</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 déc. 2020, n° 19-20.184, D. 2020 p.2453 ; D. actu. 21 déc. 2020, note A.Bolze ; AJ fam. 2021, p.127, obs. B.Mallevaey ; JCP 2021, obs. A.Gouttenoire

<sup>887</sup> Loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants

systématiquement effectuer un entretien individuel avec l'enfant capable de discernement lors de son audience ou de son audition. Dès lors, l'audition du mineur doit se faire à travers un entretien individuel, garant de sa protection.

**426. Émancipation.** L'émancipation est prononcée après audition du mineur selon l'article 413-2 alinéa 2 du Code civil. Il s'agit d'une obligation faite au juge d'entendre le mineur puisque c'est une condition du prononcé de son émancipation. C'est ici au juge de prendre l'initiative de l'audition, bien qu'il ne s'agisse pas d'obtenir le consentement du futur émancipé. Le recours à cette audition n'a lieu que si le juge prononce l'émancipation, *a contrario*, le juge n'a pas l'obligation d'entendre le mineur lorsqu'il rejette la demande. En effet, à la lecture du texte, il est bien indiqué que l'émancipation est prononcée après audition du mineur, mais pas que l'audition a lieu pour prononcer ou non l'émancipation. L'utilisation de la formule de manière uniquement positive incite à penser que si le juge rejette l'émancipation il n'a pas à entendre le mineur. Si le juge ne provoque pas cette audition, le mineur peut toujours être entendu sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil<sup>888</sup>.

**427. Administration légale.** L'audition du mineur en matière d'administration légale a lieu lorsque le juge des tutelles intervient. L'article 1180-9 du Code de procédure civile créé par le décret du 23 février 2016<sup>889</sup> dispose dans son premier alinéa que : « *Le juge entend le mineur dans les conditions de l'article 388-1 du code civil. Il peut, dans tous les cas où il l'estime opportun, procéder à l'audition des parents et de toute autre personne.* ». Autrement dit, le juge a l'obligation d'entendre le mineur dès lors qu'il est discernant, la condition d'une procédure qui le concerne est, en effet, remplie lorsqu'il s'agit de l'administration légale. Il s'agit d'une procédure qui ne concerne pas la personne du mineur, mais l'une des rares hypothèses bienvenue où le mineur pourra faire entendre sa voix en matière patrimoniale. L'article 1180-9 du Code de procédure civile poursuit dans son alinéa 2 en indiquant qu'il est dressé un procès-verbal de l'audition du mineur, ce qui a suscité des critiques<sup>890</sup>. En effet, cette exigence, seulement prévue dans le cadre de l'audition du mineur relative à l'administration légale, est contraire à l'article 388-12 du Code de procédure civile qui prévoit qu'il est dressé un compte-rendu lorsqu'il s'agit de l'audition de droit commun. Ce paradoxe est d'autant plus surprenant que l'alinéa 1 de l'article 1180-9 du Code de procédure

<sup>888</sup> A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, op.cit., p.986

<sup>889</sup> Décret n° 2016-185 du 23 février 2016 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille

<sup>890</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

civil fait un renvoi aux conditions de l'article 388-1 du Code civil. Au nom de l'intérêt de l'enfant, il est préférable de dresser un compte-rendu plutôt qu'un procès-verbal qui reprend toutes les déclarations faites par le mineur.

**428. Adoption.** Il ne s'agit pas de la participation décisive du mineur pour laquelle il doit donner son consentement à l'adoption<sup>891</sup>, mais la participation du mineur consultative provoquée par le juge à travers l'audition du mineur. En effet, l'article 353-1 du Code civil affirme dans son deuxième alinéa<sup>892</sup> que le mineur capable de discernement est entendu par le tribunal et reprend les modalités prévues par l'article 388-1 du Code civil relatif au droit du mineur d'être entendu de manière générale. Contrairement à l'obtention du consentement à l'adoption qui est subordonnée au seuil d'âge de 13 ans, l'audition du mineur dans le cadre de la procédure d'adoption est conditionnée à son seul discernement. Dès lors que le mineur est discernant, il est entendu par le juge dans le cadre de l'adoption. Le code de l'action sociale et des familles prévoit également cette audition en matière d'adoption à l'article L225-1 alinéa 3 dès lors que le mineur est discernant, il est préalablement entendu par le tuteur ou son représentant et par le conseil de famille ou l'un de ses membres désignés par lui à cet effet. Dans ce cadre, ce n'est pas une obligation faite au juge d'entendre le mineur, mais au tuteur ou son représentant ainsi qu'au conseil de famille ou un de ses membres.

**429. Tutelle du mineur.** Dans le cadre d'une mesure de tutelle pour le mineur, il est prévu que le juge entend le mineur dès lors qu'il est capable de discernement préalablement à la réunion du conseil de famille dans les conditions générales prévues à l'article 388-1 du Code civil. Le mineur dispose de nombreux droits relativement au conseil de famille : il peut notamment assister de manière consultative à la réunion du conseil de famille, sauf si ce n'est pas dans son intérêt<sup>893</sup> ; il peut également convoquer le conseil de famille s'il est discernant et qu'il a plus de seize ans sauf décision contraire spécialement motivée du juge<sup>894</sup>. Le mineur participe alors à sa mesure de protection, comme il participe de manière générale à l'autorité parentale ou aux procédures judiciaires qui le concernent.

---

<sup>891</sup> V. *infra* n°488

<sup>892</sup> Art. 353-1 al. 2 : « (...) Le mineur capable de discernement est entendu par le tribunal ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le tribunal à cet effet. Il doit être entendu selon des modalités adaptées à son âge et à son degré de maturité. Lorsqu'il refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Le mineur peut être entendu seul ou avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à son intérêt, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne (...) »

<sup>893</sup> Art. 1234-7 du Code de procédure civile

<sup>894</sup> Art. 1234 du Code de procédure civile

**430. Différence entre le mineur et le majeur protégé.** Le majeur protégé n'est que très peu entendu dans le cadre des procédures judiciaires en l'absence de disposition générale exigeant son audition dans toutes les procédures le concernant. Néanmoins, on peut potentiellement penser que dans le cadre de procédures dans lesquelles il se trouve en conflit avec son représentant comme dans le cadre du choix de la résidence<sup>895</sup>, il existe une obligation implicite d'entendre le majeur protégé même en l'absence de disposition générale. En revanche, le mineur se voit quant à lui reconnaître formellement le droit d'être entendu dans toutes les procédures le concernant. Cette possibilité devrait être étendue au majeur protégé. En effet, il serait surprenant que s'agissant d'une procédure qui le concerne, le majeur protégé ne puisse pas être entendu dans la mesure où son état le permet. Dès lors, il faut légiférer afin de généraliser le fait que dans le cadre d'une mesure de protection avec représentation, si une procédure concernant le majeur protégé est intentée, ce dernier soit consulté à travers une audition systématique à la condition qu'il soit en état d'exprimer sa volonté, tout comme cette consultation est conditionnée au discernement du mineur. Si la demande d'être entendu doit être le principe pour le mineur, c'est sans doute plus difficile pour le majeur protégé d'être à l'initiative de cette demande d'audition. Pour ce dernier, il est alors important de favoriser l'initiative du juge.

## **Section 2 : La prise en compte de l'avis de la personne représentée dans les décisions le concernant**

**431. Développement de la consultation.** La Professeure Adeline Gouttenoire<sup>896</sup> estime que : « *la reconnaissance d'un droit du mineur de participer aux décisions qui le concernent constituent une forme de limitation, légitime, des droits parentaux.* ». Le mineur est de plus en plus placé au cœur de la décision qui le concerne notamment sous l'influence de la Convention Internationale des Droits de l'enfant. Aussi, la représentation totale du mineur va être relativisée au profit de la participation de ce dernier aux décisions qui le concernent. Il est important que dans l'exercice de l'autorité parentale, duquel découle la représentation, le mineur puisse donner son avis quant aux décisions relatives à sa personne. Le mineur va

---

<sup>895</sup> V. *infra* n°613

<sup>896</sup> A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, *op.cit.*, p.1014

pouvoir donner son avis en fonction de son discernement sans exclure l'intervention de ses représentants légaux afin de maintenir sa protection. Le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation est, quant à lui, rarement consulté en l'absence de mesure générale contraignant de l'associer aux décisions le concernant comme c'est le cas pour le mineur. Pourtant, dans le cadre d'une mesure de représentation, il est également nécessaire de prendre en compte son avis même s'il ne décide pas. Il ne s'agit pas de traiter de la capacité décisionnelle du mineur ou du majeur protégé<sup>897</sup>, mais bien de démontrer que leur avis est pris en compte à travers le droit de participer aux décisions qui les concernent sans que cette intervention soit décisive. Le législateur prévoit une participation générale du mineur aux décisions de l'autorité parentale qui le concernent (I) alors que pour le majeur protégé, cette consultation par son représentant est seulement prévue dans des textes spécifiques (II).

### **§ I. - L'association générale du mineur à l'exercice de l'autorité parentale**

**432. Intérêt de l'enfant.** L'autorité parentale est définie par l'article 371-1 du Code civil comme étant : « *un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.* ». Les parents doivent donc agir dans l'intérêt de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale, ce qui implique notamment de consulter le mineur afin de connaître sa volonté. Dès lors, de manière générale, le mineur est associé à l'exercice de l'autorité parentale (A) et il a été récemment prévu qu'il soit spécifiquement associé à l'exercice de son droit à l'image (B).

#### **A.- L'association à l'exercice de l'autorité parentale**

**433. Autonomie et protection.** L'association du mineur à l'exercice de l'autorité parentale permet de lui donner un rôle dans la détermination de son intérêt et devrait limiter la prise de décisions sans qu'il soit consulté ou alors que celles-ci soient prises contre son gré<sup>898</sup>. Le mineur se voit octroyer une part d'autonomie par sa consultation pour les décisions relatives à l'autorité parentale avec la garantie d'une certaine protection, à condition que ce ne soit pas l'occasion pour les titulaires de l'autorité parentale de se décharger de la décision. En ce sens, il s'agit d'un principe fondamental (A). Néanmoins, ce principe trouve certaines limites puisque le mineur ne peut agir pour assurer l'effectivité de ce principe (B).

---

<sup>897</sup> V. le titre 2 de la partie 1 sur la capacité décisive en matière personnelle

<sup>898</sup> A. GOUTTENOIRE ET P.BONFILS, op.cit., p.1015

### 1. *Un principe fondamental*

**434. Fondements.** Au niveau international, c'est l'article 12 alinéa 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui reconnaît à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question qui l'intéresse, cette opinion étant prise en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. En droit interne, l'article 371-1 du Code civil, qui définit l'autorité parentale, énonce dans son quatrième alinéa que les parents doivent associer l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité. Dès lors, les parents ont l'obligation de consulter le mineur avant de prendre une décision afin d'éviter de la prendre contre son gré, mais également dans le but d'offrir une certaine autonomie au mineur en fonction de son âge et de sa compréhension<sup>899</sup>. Cette obligation est inscrite dans un article relatif à l'autorité parentale, il faut donc comprendre qu'il s'agit d'une obligation faite aux parents plus qu'un droit accordé au mineur. Il s'agit alors de limiter les pouvoirs des représentants légaux en les obligeant à consulter le mineur.

**435. Domaine.** Blandine Mallevaey<sup>900</sup> énonce quelques exemples pour lesquels les parents doivent associer leur enfant aux décisions : ce sont les décisions relatives à sa scolarité, à sa santé ou encore à ses loisirs. Le mineur doit également être consulté s'agissant du choix de sa résidence après la séparation de ses parents. De la même manière, Blandine Mallevaey précise que les parents doivent tenir compte de l'opinion de leur enfant concernant sa religion au regard de la liberté religieuse qui lui est reconnue par la Convention de New York malgré l'absence de dispositions législatives spécifiques en droit interne<sup>901</sup>. La Professeure Adeline Gouttenoire remarque que le principe de l'association du mineur aux décisions relatives à l'autorité parentale « *semble limiter son champ d'application au domaine personnel* »<sup>902</sup>. Cette restriction au domaine personnel s'explique sans doute par le fait que la participation du mineur est davantage nécessaire au regard des enjeux différents que représentent les décisions relatives à sa personne par rapport aux décisions relatives à son patrimoine. Toutefois, la Professeure Adeline Gouttenoire estime qu'il serait opportun que cette règle soit étendue à l'administration légale afin d'en faire un principe applicable à

<sup>899</sup> V. en ce sens : A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, op.cit.

<sup>900</sup> B. MALLEVAEY, « Regards sur 30 ans d'application de l'article 12 de la Convention de New York sur la participation de l'enfant », *RTD Civ.*, 2020, p.291

<sup>901</sup> Ibid.

<sup>902</sup> A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, op.cit.

l'ensemble des actes concernant le mineur<sup>903</sup>. Le mineur est associé à l'exercice de l'autorité parentale en matière patrimoniale seulement lorsqu'il se voit remettre une copie des documents issus d'un inventaire<sup>904</sup> ou des comptes de gestion<sup>905</sup> demandé par le juge des tutelles. En effet, certains actes patrimoniaux réalisés par les titulaires de l'autorité parentale peuvent avoir des conséquences sur la vie personnelle du mineur. Toutefois, il faut souligner l'existence bienvenue de ce principe pour les décisions extrapatrimoniales pour lesquelles la représentation des titulaires de l'autorité parentale est souvent systématique afin de protéger le mineur.

## 2. *Un principe limité*

**436. Obligation parentale.** La première limite de l'association du mineur aux décisions relatives à l'autorité parentale est que cette obligation ne concerne que les parents du mineur puisque l'article 371-1 alinéa 4 du Code civil indique que ce sont les « *parents* » qui associent l'enfant aux décisions qui le concernent. Autrement dit, toute autre personne susceptible de prendre une décision concernant le mineur n'est pas dans l'obligation de le consulter afin d'avoir son avis<sup>906</sup>. Les parents n'ont, certes, pas l'obligation d'entendre le mineur contrairement à ce qui est prévu dans le cadre des procédures le concernant. Néanmoins, il s'agit d'une obligation implicite, car pour associer l'enfant aux décisions, il faut l'entendre. Il semble étonnant que le législateur ait limité cette obligation aux seuls parents et qu'il n'ait pas élargi cette disposition à toutes les hypothèses où une décision est prise concernant le mineur notamment lorsqu'il est placé. Le même constat est réalisé en matière médicale où le Code de la santé publique ne vise pas les personnes exerçant effectivement l'autorité parentale<sup>907</sup> même si dans cette hypothèse la remarque est plus discutable, car le débiteur de l'obligation est le médecin. Ainsi, il serait opportun que l'article 371-1 du Code civil prévoie plus généralement que le mineur soit associé aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité en supprimant la précision selon laquelle ce sont les parents qui associent l'enfant ou en créant une obligation plus générale. La difficulté reste de savoir qui pourrait être débiteur de cette obligation dans le cas où les parents seraient défaillants : il faudrait préciser qu'il s'agit de la personne exerçant l'autorité parentale et non pas le titulaire de l'autorité parentale.

---

<sup>903</sup> Ibid.

<sup>904</sup> Art.387-4 du Code civil

<sup>905</sup> Art. 387-5 du Code civil

<sup>906</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>907</sup> V. *supra* n°461

**437. Contenu de l'obligation.** Il n'y a aucune précision concernant le contenu de l'obligation faite aux parents. Il ne peut s'agir que d'une simple information puisqu'il n'est pas question d'obtenir le consentement du mineur, mais seulement de le consulter afin d'avoir son avis qui est neutre, les parents n'étant pas tenus par cette consultation et restant les décideurs. Il s'agit davantage d'une consultation que d'une information, d'où l'idée d'une participation consultative.

**438. Recours.** Si le mineur peut participer aux décisions relatives à l'autorité parentale, il s'est posé la question de sa participation aux procédures relatives à l'autorité parentale<sup>908</sup>. Il n'est pas reconnu au mineur de qualité à agir dans le cadre d'une procédure relative à l'autorité parentale. De plus, aucune disposition ne permet au mineur de saisir le juge aux affaires familiales ; il peut, seulement, solliciter une audition selon l'article 388-1 du Code civil dans une procédure intentée par un de ses parents. Il pourrait néanmoins être judicieux de permettre au mineur de saisir le juge aux affaires familiales dans le cadre d'une procédure relative à l'exercice de l'autorité parentale, notamment si ses parents ne l'ont pas associé aux décisions qui le concernent<sup>909</sup>. Il peut s'agir, par exemple, d'une décision du parent qui s'imposerait au mineur à laquelle il n'adhérerait pas. Il s'agirait alors d'une capacité similaire à celle reconnue par l'article 375 du Code civil qui permet au mineur de saisir lui-même le juge des enfants en matière d'assistance éducative. Si cette solution semble difficile à mettre en place au regard de l'incapacité du mineur, la professeure Adeline Gouttenoire propose d'assurer la représentation du mineur par un administrateur ad hoc dont il peut lui-même demander la désignation en vertu de l'article 388-2 du Code civil. En tout état de cause, le juge des enfants reste compétent si le fait que les parents n'associent pas l'enfant aux décisions qui le concernent entraîne un danger, notamment si le mineur manifeste son opposition par des passages à l'acte comme une fugue ou une tentative de suicide<sup>910</sup>. La question des actions en justice relative à l'autorité parentale n'est pas sans rappeler celle des actions en justice relative aux décisions personnelles du majeur protégé<sup>911</sup>.

---

<sup>908</sup> V. en ce sens : A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, op.cit. ; P.MURAT, « La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations », *Dr.fam.*, 2006, étude 31

<sup>909</sup> Ibid.

<sup>910</sup> A. GOUTTENOIRE, « La participation du mineur à la décision qui le concerne », in D.Guérin (dir.), *Jeunesse et Droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021, p. 187 et s.

<sup>911</sup> V. *supra* n°381

## B.- L'association à l'exercice du droit à l'image

**439. Droit à l'image.** Il s'agit de s'intéresser ici au droit à l'image du mineur entendu comme un élément du droit à la vie privée. Le consentement des deux titulaires de l'autorité parentale est requis pour autoriser une atteinte au droit à l'image du mineur<sup>912</sup>. La jurisprudence a eu l'occasion de rappeler la nécessité du consentement des deux parents qui exercent l'autorité parentale. Ainsi, la Cour d'appel de Paris juge dans un arrêt du 17 décembre 1991<sup>913</sup> que la diffusion de photographies ou de films dans lesquels un enfant est représenté ne peut être autorisée au directeur d'un établissement auquel l'enfant était confiée sans le consentement de ses parents. La jurisprudence insiste d'ailleurs particulièrement sur le fait que l'accord des deux parents est nécessaire. La première chambre civile de la Cour de cassation a condamné dans un arrêt du 27 février 2007<sup>914</sup> la méconnaissance par un organe de presse de l'opposition de la mère, titulaire de l'autorité parentale, à la publication d'une photographie de son enfant mineur. De la même manière, la Cour d'appel de Paris a interdit dans un arrêt du 9 février 2017<sup>915</sup> aux parents de diffuser des photographies des enfants sans l'accord de l'autre, sur le fondement de l'exercice conjoint de l'autorité parentale qui nécessite l'accord des deux parents concernant les décisions à prendre dans l'intérêt de l'enfant. Mais la question se pose inévitablement de savoir ce qu'il se passe lorsque le mineur autorise lui-même une atteinte à son droit à l'image ou alors lorsqu'il refuse celle que ses parents envisagent.

**440. Volonté du mineur.** Selon le Professeur Jean Hauser : « *S'agissant de sa personne, on peut, au moins à la lumière de ces dernières années, rappeler que le grand mineur jouit d'une certaine prémajorité. Après treize ans, il faut obtenir son accord pour le faire adopter, pour changer de nom ou de prénom, etc. Il paraîtrait donc logique d'estimer qu'il pourrait donner un tel accord, contre l'avis de ses parents, pour un acte qui paraît bien lié à sa personne.* » Cette proposition doit être soutenue, le mineur pourrait, à tout le moins, être consulté dès lors qu'il a la maturité suffisante pour consentir à une atteinte à son droit à l'image. À ce titre, la Professeure Adeline Gouttenoire<sup>916</sup> cite l'article 371-1 alinéa 3 du Code civil qui impose aux parents d'associer l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge

<sup>912</sup> J. HAUSER, « L'enfant ou l'enfance ? Le droit à l'image (contribution au XXe anniversaire de la Convention internationale des droits de l'enfant) », *D.*, 2010, p.214

<sup>913</sup> CA Paris, 17 décembre 1991, D.,1993,p.366 note J.Ravanas

<sup>914</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 févr.2007, n°06-14.273, RTD Civ. 2007.327, obs. J.Hauser ; RTD Civ.2007.571 obs. P.Jourdain ;Dr.fam. 2007.124, obs.P.Murat

<sup>915</sup> CA Paris, 9 févr. 2017, n°15/139656

<sup>916</sup> A. GOUTTENOIRE et P.BONFILS, op.cit., p.497

et son degré de maturité. Mais il convient de rappeler, qu'il n'y a aucun moyen de contrôle sur cette obligation et qu'il est difficile d'imaginer que le mineur puisse saisir le juge, car il n'a pas été consulté à propos d'une décision qui le concerne. Dans un arrêt du 18 mai 1972 concernant l'affaire Gabriel Russier, la première chambre civile de la Cour de cassation a confirmé le fait que le consentement des deux parents était nécessaire quand bien même le mineur avait autorisé et participé à la publication. Au regard du développement des droits de l'enfant, la question se pose de savoir si le juge rendrait la même décision en l'état du droit positif. En effet, il semble que la tendance contemporaine impose une consultation du mineur voire la recherche de son consentement<sup>917</sup>.

**441. Refus du mineur.** Il paraît peu concevable que les titulaires de l'autorité parentale soient autorisés à porter atteinte au droit à l'image de l'enfant alors que celui-ci refuse, ce qui impliquerait de lui imposer une atteinte à un droit fondamental<sup>918</sup>. Comme l'a dit le Professeur Hauser<sup>919</sup>, il s'agit d'un acte lié à la personne même du mineur, ce qui pourrait imposer son consentement dès lors qu'il est capable de le donner. C'est ainsi que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 19 décembre 1968<sup>920</sup>, a estimé que pour publier une photographie de la mineure dans le cadre de l'illustration d'un numéro sur la contraception, le directeur de publication aurait dû obtenir à la fois l'autorisation du père, mais également celle de la jeune fille qui avait « atteint un âge suffisant ». Les juges avaient alors déjà recours à l'idée de maturité du mineur qui pourrait lui permettre de consentir un acte lié à sa personne. Il faudrait permettre au mineur de pouvoir agir en justice lorsqu'il est porté atteinte à la vie privée par les titulaires de l'autorité parentale, ce qui implique l'intervention d'un administrateur ad hoc au regard du conflit d'intérêts que pourrait faire naître une telle procédure.

**442. Obligation parentale.** Dans ce contexte et à la suite du Rapport du Défenseur des droits « *La vie privée : un droit pour l'enfant* » de 2022 qui consacre une partie au droit des enfants à la protection de leur image, le législateur est intervenu. Le rapport regrette que le consentement de l'enfant à être filmé ou photographié soit rarement recherché alors même qu'un tel comportement de la part des parents peut constituer une atteinte à la vie privée de l'enfant. Ainsi, la loi n° 2024-120 du 19 février 2024 visant à garantir le respect du droit à

<sup>917</sup> V. en matière médicale *infra* n°474

<sup>918</sup> Art. 16 de la Convention internationale des droits de l'enfant

<sup>919</sup> J.HAUSER, *op.cit.*

<sup>920</sup> CA Aix-en-Provence, 19 déc.1968, D.1969.265

l'image des enfants<sup>921</sup> introduit un article 372-1 dans le Code civil qui prévoit : « *Les parents protègent en commun le droit à l'image de leur enfant mineur, dans le respect du droit à la vie privée mentionné à l'article 9. Les parents associent l'enfant à l'exercice de son droit à l'image, selon son âge et son degré de maturité.* ». Les parents protègent en commun le droit à l'image de l'enfant mineur, la loi pose donc le principe qu'il ne s'agit pas d'un acte usuel de l'autorité parentale qui nécessite le consentement des deux titulaires de l'autorité parentale consacrant la jurisprudence<sup>922</sup>. Cette loi impose également aux parents l'obligation de protection de l'enfant dans sa vie privée en complétant la définition de l'autorité parentale inscrite à l'article 371-1 du Code civil<sup>923</sup>, et elle ajoute que ce dernier doit être associé à l'exercice de son droit à l'image. En outre, la loi prévoit dans l'article 373-2-6 du Code civil que si les parents ne sont pas d'accord sur l'exercice du droit à l'image de l'enfant, le juge aux affaires familiales peut interdire à l'un des parents de diffuser tout contenu relatif à l'enfant sans autorisation de l'autre parent. Il est également ajouté un nouveau cas de délégation de l'autorité parentale à l'article 377 alinéa 4 du Code civil : « *Lorsque la diffusion de l'image de l'enfant par ses parents porte gravement atteinte à la dignité ou à l'intégrité morale de celui-ci (...)* ». Même si la loi permettait déjà d'assurer la protection du droit à l'image du mineur et de contrôler ou sanctionner les manquements parentaux à travers le droit commun de l'autorité parentale<sup>924</sup>, le législateur encadre spécifiquement ce droit au regard de l'exposition croissante des enfants sur les réseaux sociaux afin de le rendre plus effectif<sup>925</sup>. De plus, le mineur est désormais associé spécifiquement à l'exercice de son droit à l'image, ce qui aurait pu relever de l'association générale à l'exercice de l'autorité parentale. La volonté législative est cependant de rendre cette consultation encore plus effective par une obligation clairement énoncée. Néanmoins, cette obligation reste elle aussi seulement symbolique et il faut regretter que le législateur ait manqué l'occasion d'instaurer un recours pour l'enfant.

---

<sup>921</sup> Loi n° 2024-120 du 19 février 2024 visant à garantir le respect du droit à l'image des enfants

<sup>922</sup> A.BOURRAT-GUEGUEN, « Respect du droit à l'image des enfants : ce que change la loi du 19 février 2024 », *Dalloz actualité*, 28 févr.2024

<sup>923</sup> Article 371-1 du Code civil alinéa 2 : « Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé, sa vie privée et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. »

<sup>924</sup> A.GOUTTENOIRE, *op.cit.*

<sup>925</sup> A.BOURRAT-GUEGUEN, *op.cit.*

## § II. - La consultation ponctuelle du majeur protégé pour les décisions concernant sa personne

**443. Nécessité de la consultation.** En principe, dans le cadre d'une mesure de représentation, il est important de consulter la personne protégée afin de recueillir son avis quand il s'agit de prendre une décision le concernant, comme c'est le cas pour le mineur<sup>926</sup>. Néanmoins, la consultation du majeur protégé n'est que rarement prévue (A) alors qu'une obligation générale devrait être mise en place (B).

### A.- L'absence d'obligation générale de consulter le majeur protégé

**444. Obligation d'information.** En principe, dans le cadre d'une mesure de représentation, il est important de consulter la personne protégée afin de recueillir son avis quand il s'agit de prendre une décision le concernant, comme c'est le cas pour le mineur. Il est possible de considérer que l'obligation édictée par l'article 457-1 du Code civil d'informer la personne protégée sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part<sup>927</sup> puisse s'apparenter à une consultation du majeur protégé pour les décisions concernant sa personne. Néanmoins, l'information de la personne protégée n'implique pas formellement de le consulter et de recueillir son avis, l'analogie n'est donc pas opportune.

**445. Domaine restreint de la consultation.** En tout état de cause, les hypothèses de participation du majeur protégé à la décision sont rares, cela s'explique sans doute par le fait, qu'en principe, l'article 459 du Code civil prévoit que le majeur protégé prend seul les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. Or, justement, lorsqu'il n'est pas en mesure de prendre la décision lui-même, il serait intéressant de prévoir la possibilité générale de recueillir au moins son avis. En effet, cette possibilité est spécifiquement prévue dans le cadre du prélèvement de moelle osseuse et de la stérilisation contraceptive<sup>928</sup>. Néanmoins, dans ces hypothèses, le débiteur de l'obligation n'est pas le représentant, mais le juge à la suite d'une audition constatant l'absence de faculté de consentir à l'acte ou l'inaptitude à exprimer sa volonté. Or, il s'agit d'instaurer une obligation générale pour la personne chargée de la mesure de représentation de consulter le majeur protégé

---

<sup>926</sup> V. *supra* n°434 sur l'association générale du mineur à l'exercice de l'autorité parentale

<sup>927</sup> V. *infra* n°696

<sup>928</sup> V. *supra* n°392 et n°397

lorsqu'il prend une décision concernant sa personne. La Professeure Anne-Marie Leroyer<sup>929</sup> propose que lorsque la personne est en tutelle et que le juge est saisi d'une requête le concernant, il faille permettre à la personne chargée de sa protection de recueillir l'avis de celle-ci, pour qu'il ne soit pas présumé par avance qu'une personne, qui ne peut exprimer sa volonté, ne puisse pas exprimer son avis sur tel ou tel acte. Cette remarque peut être étendue à toutes les personnes faisant l'objet d'une mesure de représentation. Il conviendrait d'entamer une réflexion générale selon laquelle le majeur protégé qui ne peut exprimer sa volonté pourra toujours être consulté et exprimer son avis, et notamment pour les décisions relatives à sa personne. Le législateur est intervenu en ce sens pour les décisions médicales.

**446. Décisions médicales.** L'article L1111-4 du Code de la santé publique alinéa 8 prévoit que si la personne n'est pas apte à exprimer sa volonté, la personne chargée de la mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne donne son autorisation en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée. Dans ce cas, il s'agit d'une consultation du majeur protégé par le représentant afin d'autoriser la réalisation de l'acte quand il n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté. Cela implique que le majeur protégé soit consulté avant que son représentant ne prenne la décision pour lui. Cette précision législative est la bienvenue et respectueuse de la volonté du majeur protégé, car même s'il ne peut pas formellement cette volonté, il est important de tenir compte de son avis. Ce dispositif doit être étendu à toutes les décisions concernant la personne du majeur protégé, notamment lorsqu'il n'est pas en état d'exprimer sa volonté.

### **B.- Le développement nécessaire de la consultation du majeur protégé**

**447. Modification de l'article 459 du Code civil.** S'il n'existe pas de difficultés, autrement dit, si que l'état du majeur protégé le lui permet, il prend les décisions relatives à sa personne. Dans le cas contraire, la personne chargée de la mesure de protection peut intervenir afin de l'assister ou de la représenter<sup>930</sup> pour les décisions relatives à sa personne y compris les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle<sup>931</sup>. Il faudrait ajouter une disposition au sein de cet article pour dire que, dans ce cas, la personne chargée de la protection assiste ou représente le majeur protégé en tenant compte de son avis.

---

<sup>929</sup> A.-M. LEROYER, « Le droit d'être entendu et d'exprimer son avis doit être garanti à la personne protégée », *RTD civ.*, 2020, p.855

<sup>930</sup> V. *infra* n°587

<sup>931</sup> V. *infra* n°590

C'est sans doute déjà ce fait le représentant de manière informelle, mais il est important de prévoir explicitement cette obligation au sein d'un texte législatif. En cela, l'article 459 du Code civil s'articulerait davantage avec l'article L1111-4 du Code de la santé publique qui a été modifié à cette fin<sup>932</sup>.

**448. Majeur protégé hors d'état d'exprimer sa volonté.** Tout comme le mineur est associé aux décisions relatives à l'autorité parentale, il faudrait que le majeur protégé soit associé aux décisions relatives à sa personne, l'enjeu en matière patrimoniale étant moindre. Une telle disposition répondrait aux exigences de l'article 415 qui impose que la protection du majeur protégé soit assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Il faudrait recueillir l'avis de la personne protégée à travers sa consultation systématique d'une manière adaptée à sa capacité, notamment lorsqu'il n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté. Ainsi, ce dernier ne serait pas systématiquement exclu de la décision personnelle. Si l'association du mineur aux décisions qui le concernent dépend de son âge et de sa maturité, il s'agit pour le majeur protégé de l'associer de manière générale aux décisions le concernant même s'il est hors d'état de manifester sa volonté. En effet, lorsqu'il peut manifester sa volonté, il peut prendre lui-même les décisions relatives à sa personne, le problème se pose alors notamment lorsqu'il ne dispose pas de la capacité naturelle nécessaire pour agir en matière personnelle. Il s'agit de faire dépendre l'association du majeur protégé à la décision personnelle de son état concret, il n'est pas question de maturité ni d'âge, mais plutôt de ses facultés à pouvoir être consulté dans la mesure où son état le permet en adaptant la consultation à son état.

**449. Différence entre le mineur et le majeur protégé.** L'association du mineur à l'autorité parentale se veut être le dispositif protecteur de sa personne et de son patrimoine, à supposer qu'il en ait un. Il faut préciser que le mineur participe aux décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, mais pas à celles relatives aux modalités de l'exercice de l'autorité parentale, il ne s'agit pas de le consulter pour la mise en place de la protection, sauf exercice exclusif, alors que le majeur protégé est entendu pour la mise en place de la mesure de protection. Pour le majeur protégé, il est également consulté pour les décisions relatives à sa personne, mais ce dispositif n'est pas général. La consultation du majeur protégé mériterait d'être étendue à toutes les décisions concernant sa personne, notamment lorsqu'il n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté. Si le majeur protégé est moins consulté c'est sans doute, car sa

---

<sup>932</sup> V. *supra* n°300

capacité personnelle est plus élargie, mais cette consultation n'est pourtant quand même pas prévue en matière patrimoniale, ce qui pourrait parfois s'avérer opportun.

**450. Conclusion du Chapitre.** L'expression de la volonté du mineur et du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation peut se faire à travers leur consultation par le juge ou le représentant. Cette participation à la décision du tiers n'est pas décisive, elle constitue alors une capacité qui peut être qualifiée de consultative. Pour le mineur, que ce soit dans le cadre de procédures judiciaires le concernant ou des décisions le concernant, une consultation générale est prévue alors que pour le majeur protégé il n'existe pas d'obligation générale. En outre, l'audition du majeur protégé dans le cadre d'une procédure le concernant peut également prendre la forme d'une vérification de sa capacité à consentir ou à exprimer sa volonté. À l'occasion de l'audition du mineur dans le cadre des procédures le concernant, le juge va devoir constater le discernement ou non du mineur, mais afin de déterminer s'il peut être entendu ou non alors que pour le majeur protégé l'audition va permettre de constater la capacité naturelle de ce dernier et le juge en tirera les conséquences. Dans le cadre de la des décisions relatives à sa personne, le majeur protégé doit pouvoir plus largement être consulté par son représentant tout comme le mineur l'est par les titulaires de l'autorité parentale. En tout état de cause, il faut constater que concernant la capacité décisive, le majeur protégé bénéficie de dispositions générales et pas le mineur alors que pour la capacité participative, c'est le contraire. La volonté est sans doute de permettre plus largement au majeur protégé de décider ce qui n'implique donc pas forcément qu'il doive participer, mais il est important de prévoir cette possibilité quand il ne peut pas décider. Pour le mineur, l'autonomie semble donc plutôt se traduire par sa participation à la décision plus qu'à une véritable initiative de sa part.

## **Chapitre 2 :** **La recherche de l'adhésion de la personne représentée à la décision d'un tiers**

**451. Adhésion.** La recherche de l'adhésion du mineur ou du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation est une forme accrue de participation à la décision d'un tiers qui va leur permettre d'exprimer leur volonté qui sera obligatoirement prise en compte. La recherche de l'adhésion se traduit notamment par une participation à la décision à travers la recherche de l'expression d'un consentement. Dans ces hypothèses, l'expression d'un consentement positif n'est pas toujours décisive. En effet, l'adhésion à la décision d'un tiers peut être non décisive, c'est-à-dire qu'elle ne consiste qu'en une simple consultation, le consentement ne doit pas être obtenu. Dans d'autres hypothèses, la consultation de la personne protégée va consister à rechercher son adhésion qui sera décisive. En ce sens, l'adhésion décisive peut s'exprimer de manière positive ou de négative en prenant la forme d'une opposition à la décision. Dès lors, à l'issue de la recherche de l'adhésion de la personne représentée à la décision, il peut y avoir une adhésion positive qui n'est pas décisive, car il ne s'agit que d'une simple prise en compte de la volonté de la personne protégée (Section 1), alors que, dans d'autres hypothèses, la recherche de l'adhésion de la personne protégée à une décision prise par un tiers peut être décisive par l'expression d'un consentement positif ou négatif (Section 2).

### **Section 1 : L'adhésion non décisive à la décision**

**452. Matière médicale.** La recherche de l'adhésion facultative à la décision se retrouve essentiellement en matière médicale. Cette adhésion est qualifiée de facultative en ce qu'elle n'est pas déterminante, car il ne s'agit pas d'une capacité décisive, mais simplement une recherche du consentement de la personne protégée. Pour le mineur, cette recherche d'adhésion est également prévue dans le cadre de l'assistance éducative, mais elle est ici à

exclure, car il s'agit de rechercher l'adhésion de tous notamment des parents et pas seulement celle du mineur puisque l'article 375-1 du Code civil dispose dans son deuxième alinéa qu'il s'agit de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée. La recherche du consentement du mineur en matière médicale est un principe général prévu à l'article L.1111-4 du Code de la santé publique depuis la loi du 4 mars 2002<sup>933</sup>. À l'origine, le régime prévu pour le mineur en matière médicale était le même que pour le majeur en tutelle. Dès lors, le tuteur et le mineur étaient considérés de la même manière : leur consentement devait être systématiquement recherché s'ils étaient aptes à exprimer leur volonté et à participer à la décision. L'ordonnance du 11 mars 2020 est venue distinguer le mineur et le majeur en tutelle. Désormais, l'article L.1111-4 du Code de la santé publique impose la recherche du consentement du mineur tandis qu'il exige l'obtention du consentement de la personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne. De manière générale en matière médicale, il ne s'agit donc plus d'une simple recherche d'adhésion pour le majeur protégé, mais de la reconnaissance de sa capacité à décider<sup>934</sup>. Par ailleurs, la loi ne concerne plus uniquement le tuteur, mais plus largement toutes les personnes qui bénéficient d'une mesure de représentation pour les décisions relatives à la personne. La simple recherche du consentement en matière médicale ne concerne désormais plus que le seul mineur. Afin de lui permettre d'adhérer à la décision qui lui est soumise, il faut avant tout lui permettre d'accéder à toutes les informations sur cette décision, l'information est alors un préalable nécessaire (I) à la recherche de son consentement (II).

### **§ I. - L'information préalable à la recherche du consentement du mineur**

**453. Nécessité.** En matière médicale, l'information est un préalable nécessaire à la prise de décision. Afin que la participation à la décision médicale soit efficace, il est important que le mineur et le majeur protégé disposent au préalable de l'information nécessaire. Il s'agit ici de traiter de l'information médicale préalable à la recherche du consentement qui ne concerne que le mineur puisqu'en matière médicale, le consentement du majeur protégé doit désormais être obtenu. Cette obligation d'information n'a pas changé depuis son adoption par la loi Kouchner du 4 mars 2002,<sup>935</sup> mais l'ordonnance du 11 mars 2020 vient simplement

---

<sup>933</sup> Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

<sup>934</sup> V. *supra* n°300

<sup>935</sup> Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

distinguer le régime applicable aux mineurs de celui des majeurs protégés qui ne peuvent pas être traités de la même manière s'agissant de l'information médicale, les vulnérabilités étant différentes. En effet, il semble difficile de traiter de la maturité du majeur protégé à qui le législateur a préféré adapter l'information à sa capacité de compréhension.

**454. Information du mineur adaptée mais limitée.** L'information est un préalable à la recherche du consentement du mineur. En effet, pour que le mineur collabore à la décision, il est nécessaire qu'il dispose des informations indispensables inhérentes à la décision médicale. Cette information doit être adaptée à son degré de maturité (A), mais celle-ci est limitée dans son objet notamment parce que le mineur ne peut pas avoir accès à son dossier médical (B).

#### A.- Une information adaptée

**455. Fondements.** La Charte européenne des enfants hospitalisés<sup>936</sup> prévoit le droit pour les mineurs de « *recevoir une information sur la maladie et les soins, adaptée à leur âge et leur compréhension, afin de participer aux décisions les concernant.* ». Cette obligation est reprise en droit français à l'article L. 1111-2 alinéa 5 du code de la santé publique issu de l'ordonnance n°2020-232 du 11 mars 2020<sup>937</sup> qui dispose que le mineur a le droit de recevoir lui-même une information et de participer à la prise de décision le concernant, d'une manière adaptée à son degré de maturité. Cette obligation d'information est reprise de manière générale à l'article 35 du Code de déontologie médicale qui précise toutefois que cette information doit être « *loyale, claire et appropriée* » ainsi que par la Charte de la personne hospitalisée<sup>938</sup> qui prévoit que les mineurs sont « *informés des actes et examens nécessaires à la prise en charge de leur état de santé, en fonction de leur âge et de leurs capacités de compréhension, indépendamment de l'indispensable information donnée à leurs représentants légaux* ». Les règles concernant l'information obligatoire du mineur sont donc claires et s'imposent au personnel médical qui en est le débiteur et pas les parents.

---

<sup>936</sup> Charte Européenne des Droits de l'Enfant Hospitalisé adoptée par le Parlement Européen le 13 mai 1986

<sup>937</sup> Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique

<sup>938</sup> Usagers, vos droits. Charte de la personne hospitalisée, Paris, DHOS/DGA annexe de la Circulaire DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A n°2006-90 du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée, actualisant la Charte du patient hospitalisé de 1995

**456. Finalités de l'information.** L'article L1111-2 du Code de la santé publique indique le contenu précis de l'information à délivrer<sup>939</sup>. Cette information permettra notamment d'expliquer au mineur l'acte ou le traitement médical dont il va faire l'objet. En effet, Paul Véron<sup>940</sup> explique que cette information va permettre au mineur « *de comprendre en quoi consistent les soins et d'anticiper la manière dont ils vont se dérouler* » afin de lui permettre de poser des questions. Paul Véron poursuit en indiquant : « *Au-delà, l'enjeu pour le médecin est de faciliter l'adhésion du jeune patient aux soins* »<sup>941</sup>. De ce fait, la délivrance de l'information va permettre au mineur de participer de manière effective à la décision médicale, bien que son consentement ne soit pas décisif. À ce titre, selon Claire Quenesson<sup>942</sup>: « *la finalité de l'information n'est pas de convaincre [le mineur] mais de lui expliquer la façon dont le traitement va se dérouler car, in fine, les actes dits indispensables vont être réalisés.* ». Il est, en effet, important d'informer le mineur, afin qu'il puisse se préparer aux soins qui vont lui être dispensés et qu'il puisse connaître le protocole de soins à suivre.

**457. Modalités de délivrance de l'information.** L'information qui est donnée au mineur n'est pas la même en fonction du degré de compréhension de ce dernier puisqu'il faut qu'elle soit délivrée d'une manière adaptée à son degré de maturité. Autrement dit, l'information ne sera pas la même s'il s'agit d'un jeune enfant ou d'un adolescent. Cette information doit donc être adaptée à sa maturité, mais également à l'âge du mineur et à sa pathologie<sup>943</sup>. En effet, l'information ne sera pas la même selon que la pathologie est plus ou moins grave ou complexe, et que le malade est jeune avec plus ou moins de capacité de discernement<sup>944</sup>. La Professeure Adeline Gouttenoire<sup>945</sup> explique qu'en pratique : « *il apparaît que les soignants informent l'enfant de ce qui est strictement nécessaire à la compréhension*

<sup>939</sup> « (...) Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Elle est également informée de la possibilité de recevoir, lorsque son état de santé le permet, notamment lorsqu'elle relève de soins palliatifs au sens de l'article L. 1110-10, les soins sous forme ambulatoire ou à domicile. Il est tenu compte de la volonté de la personne de bénéficier de l'une de ces formes de prise en charge. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver. (...) »

<sup>940</sup> P.VERON, « La volonté du jeune patient », in D.Guérin (dir.), *Jeunesse et Droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021, p.216

<sup>941</sup> Ibid.

<sup>942</sup><sup>942</sup> C.QUENESSON, « La participation médicale du mineur aux décisions qui le concernent : la pratique bordelaise », *RDS*, n°50, nov. 2012, p.667-681

<sup>943</sup> Ibid.

<sup>944</sup> E.RUDE-ANTOINE, « Le droit du patient mineur », *Journal du droit des jeunes*, n°313, 2012, p. 19-24

<sup>945</sup> A.GOUTTENOIRE et P.BONFILS, op.cit., p.1023

de sa maladie ou du traitement ». En effet, l'information doit toujours être délivrée en ayant à l'esprit l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>946</sup>. Il faut noter que le législateur a préféré se référer à la maturité du mineur plutôt qu'au critère classique du discernement. C'est à l'équipe médicale d'apprécier cette maturité, même si les critères retenus par les droits étrangers dans la théorie du mineur mature peuvent être appliqués<sup>947</sup>. Les professionnels de santé estiment que « *l'âge, la faculté de discernement et de compréhension sont autant de variables qui vont caractériser la maturité de l'enfant et influencer de ce fait les modalités de leur intervention auprès de ce dernier* »<sup>948</sup>. Le critère de la maturité est donc subjectif et laissé à l'appréciation du personnel soignant qui doit estimer la manière dont ils peuvent expliquer l'acte ou le traitement médical au mineur.

## **B.- Une information limitée**

**458. Garantie limitée.** En matière médicale, l'information du mineur est la garantie de sa participation éclairée à la décision, mais elle reste limitée. Dès lors, l'accès à son dossier médical (1) et son droit à l'information (2) peuvent être limités.

### **1. L'accès au dossier médical**

**459. Accès au dossier médical.** Le mineur n'a pas directement accès aux informations sur sa santé puisqu'il n'a pas accès à son dossier médical. En effet, l'article L.1111-7 du Code de la santé publique prévoit que toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé, mais limite cet accès dans son alinéa 5 au(x) titulaire(s) de l'autorité parentale et dispose : « (...) dans le cas d'une personne mineure, le droit d'accès est exercé par le ou les titulaires de l'autorité parentale. (...) ». En effet, le mineur étant frappé d'une incapacité d'exercice générale, le jeu de la représentation légale implique que ce soient les titulaires de l'autorité parentale qui aient accès au dossier médical. L'alternative entre l'emploi du singulier ou du pluriel dans cet article a conduit la doctrine<sup>949</sup> à se placer selon deux points de vue différents : celui de la détermination des titulaires de l'autorité parentale ou celui de la qualification de l'acte, à savoir si cet acte est usuel ou non. La conclusion qui a pu être faite est que selon les règles de l'autorité parentale prévues par l'article 372 du Code

---

<sup>946</sup> E.RUDE-ANTOINE, op.cit.

<sup>947</sup> V. *infra* n°468

<sup>948</sup> C.QUENESSON, op.cit.

<sup>949</sup> V. en ce sens : J.FLAUSS-DIEM, « Le mineur et l'accès à son dossier médical », *Médecine & droit*, 2007, p.116 ; G.NICOLAS, « L'accès au dossier hospitalier par le patient et sa famille : les cas particuliers (patients mineurs, majeurs protégés, patients décédés) », *RGDM*, déc. 2010, n°37, p.188

civil, celle-ci s'exerce en commun, le dossier médical doit donc être consulté par les deux parents avec l'accord de l'autre, un tel accès ne pouvant vraisemblablement pas être considéré comme un acte usuel<sup>950</sup>. Il faut alors conclure que le mineur aura accès au dossier médical par l'intermédiaire de ses parents en raison du principe de représentation. Toutefois, il existe des tempéraments à l'accès direct au dossier médical par les titulaires de l'autorité parentale.

**460. Tempéraments à l'accès au dossier médical.** L'article 1111-7 alinéa 5 du Code de la santé publique dispose : « (...) À la demande du mineur, cet accès a lieu par l'intermédiaire d'un médecin. ». Autrement dit, le mineur peut intervenir pour neutraliser l'accès direct de ses parents au dossier médical en imposant qu'il se fasse par l'intermédiaire d'un médecin. Néanmoins, le mineur ne peut choisir le médecin qui interviendra dans la consultation du dossier. En effet, l'article R.1111-6 du Code de la santé publique dispose en son dernier alinéa : « Lorsqu'en application de l'article L. 1111-7 la personne mineure demande que l'accès du titulaire de l'autorité parentale aux informations concernant son état de santé ait lieu par l'intermédiaire d'un médecin, ces informations sont, au choix du titulaire de l'autorité parentale, adressées au médecin qu'il a désigné ou consultées sur place en présence de ce médecin. ». Pour la Professeure Jacqueline Flauss-Diem<sup>951</sup> : « On peut trouver une justification à cette faveur maintenue au profit du parent par le fait que cet accès indirect imposé par le mineur peut toucher la globalité du contenu du dossier ». Le mineur a alors la possibilité de limiter l'accès direct de ses parents au dossier médical, mais il ne peut les empêcher d'accéder au contenu entier de ce dossier. Le mineur peut cependant empêcher ses parents d'accéder à certains contenus précis s'il s'agit des informations relatives aux actes réalisés dans le secret dans le cadre des règles prévues aux articles L.1111-5 et L.1111-5-1 du Code de la santé publique, comme le prévoit l'article L.1111-7 alinéa 5 du même code. Dans ce cadre, il s'agit plutôt d'une limitation du droit à l'information des parents.

## 2. *L'information médicale*

**461. Titulaires de l'information.** L'information du mineur peut être limitée par la représentation des titulaires de l'autorité parentale. En effet, l'article L1111-2 du Code de la santé publique prévoit que ces derniers, ou le tuteur, reçoivent l'information quant à la santé du mineur qui pourra également la recevoir et participer à la décision. Autrement dit, les

---

<sup>950</sup> G.NICOLAS, op.cit. ; T. CASAGRANDE, « L'accès direct au dossier médical : principes juridiques et réalités pratiques », *Médecine & droit*, 2005, p.52-53

<sup>951</sup> J.FLAUSS-DIEM, op.cit.

titulaires de l'autorité parentale sont les premiers destinataires de l'information donnée par le personnel médical. À ce titre, Claire Quenesson<sup>952</sup> constate que les parents peuvent parfois vouloir préserver leur enfant et être les médias de l'information, ce que les médecins critiquent, car ils préfèrent que l'information soit délivrée par eux bien qu'ils s'efforcent de respecter les prérogatives parentales. En effet, le mineur est difficilement dissociable de ses parents, surtout lorsqu'il s'agit d'un très jeune patient. Néanmoins, il faut privilégier la délivrance de l'information par le personnel médical qui est moins lié affectivement au mineur et peut lui expliquer d'une manière plus adaptée et rigoureuse l'acte ou le traitement et d'une manière moins influencée par le ressenti des parents. En outre, le mineur a droit personnellement à l'information dont le débiteur est le personnel médical, ce qui peut poser des problèmes d'articulation avec les règles de l'autorité parentale selon lesquelles le mineur doit être associé aux décisions le concernant. La règle « *specialia generalibus derogant* » qui veut que la règle spéciale déroge au général trouve à s'appliquer, car il s'agit d'une décision spéciale concernant le mineur imposant de se fonder sur les règles du Code de la santé publique visant le personnel soignant comme débiteur de l'obligation d'informer le mineur sur la décision médicale le concernant.

**462. Limitation du contenu de l'information.** Selon le Professeur Patrick Mistretta<sup>953</sup> : « Si le droit positif permet donc que le mineur puisse accéder à l'information relative à sa santé, l'autonomie participative ne va pas jusqu'à autoriser le corps médical à délivrer une information pleine et sans limite ». Il ajoute que la délivrance de l'information doit se focaliser sur le « principe de la raison proportionnée »<sup>954</sup>. Autrement dit, il ne faut pas risquer de communiquer certaines informations au mineur qui ne lui serait pas bénéfique. Néanmoins, ce tempérament dans le contenu de l'information n'est pas absolu. En effet se pose la question de savoir si le corps médical peut taire une information. Avant 2012, l'article R.4127-35 du Code de la santé publique prévoyait en son alinéa 2 que « dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave, sauf dans le cas où l'affection dont il est atteint expose des tiers un risque de contamination ». Cette dissimulation de l'information ne semble plus possible aujourd'hui puisque l'alinéa 2 de l'article R.4127-35 du Code de la santé publique a été modifié par le Décret n° 2012-694 du 7

---

<sup>952</sup> Ibid.

<sup>953</sup> P.MISTRETTA, « Actes médicaux et droits de l'enfant : réflexions sur l'autonomie du mineur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, p.109

<sup>954</sup> Ibid.

mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale et prévoit désormais que : « lorsqu'une personne demande à être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic, sa volonté doit être respectée, sauf si des tiers sont exposés à un risque de contamination. ». La dissimulation de l'information n'est donc plus laissée à l'appréciation du corps médical, mais c'est au patient de demander à être tenu dans l'ignorance. La question de savoir si le mineur peut demander à être tenu dans l'ignorance se pose. Selon Paul Véron<sup>955</sup> : « le principe éthique conduira à limiter le champ de l'information médicale, qui sera en revanche délivrée de manière plus large aux titulaires de l'autorité parentale. ». Même si le personnel médical ne peut pas laisser un patient dans l'ignorance, en présence d'un patient mineur, en raison de l'obligation d'adaptation de l'information à sa maturité, il est possible de ne pas lui donner toutes les informations, mais plutôt de les donner à ses représentants légaux.

## § II. - La recherche de l'adhésion facultative du mineur à la décision médicale

**463. Consentement non décisif.** De manière générale pour le mineur en matière médicale, l'adhésion à la décision n'est pas décisive, car le consentement ne doit pas formellement être exprimé et surtout il ne s'agit que de le rechercher et non pas de l'obtenir. Dès lors, l'expression positive de la volonté du mineur en matière médicale n'est pas décisive contrairement à l'expression négative de la volonté pour certaines décisions spécifiques<sup>956</sup>. Si ce principe a longtemps valu à la fois pour le mineur et le majeur protégé, cette simple recherche du consentement ne concerne désormais plus que le seul mineur<sup>957</sup>.

**464. Participation sous conditions.** Le législateur n'a pas fait le choix de certaines législations étrangères qui considèrent le mineur « mature » comme capable de prendre des décisions médicales le concernant (A) ; il se contente d'imposer la recherche systématique du consentement du mineur s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision médicale (B).

### A.- La théorie du mineur mature en droit étranger

**465. Origine.** La théorie du mineur mature ou compétence Gillick nous vient du droit anglais. En droit anglais, la section 8 de la *Family Law reform Act* de 1969 prévoit la

---

<sup>955</sup> P.VERON, op.cit.

<sup>956</sup> V. *infra* n°492 et s.

<sup>957</sup> V. *supra* n°300

capacité du mineur en matière médicale à compter de l'âge de 16 ans, à cet âge le mineur peut consentir à tout traitement médical comme un majeur. C'est la jurisprudence qui a développé la théorie du mineur mature selon laquelle les mineurs de moins de 16 ans peuvent consentir valablement à un traitement ou un acte médical dès lors que ce mineur est doué d'une maturité suffisante. Cette théorie est tirée de la jurisprudence du même nom issue d'une décision rendue par la Chambre des Lords le 17 octobre 1985 dans l'affaire *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*<sup>958</sup>. Laurence Francoz-Terminal estime que l'impact de cette affaire a servi « *d'éléments déclencheurs et d'inspiration, à la réforme du droit de l'enfance en Angleterre, laquelle a abouti à l'adoption du Children Act 1989* »<sup>959</sup>.

**466. Affaire *Gillick*.** En l'espèce, dans l'affaire *Gillick*, une mère de cinq filles contestait les directives sur la planification familiale qui avait été émise par le ministère de la Santé et de la Sécurité sociale aux autorités sanitaires de sa région. Ces directives prévoyaient notamment qu'un médecin pourrait exceptionnellement dans l'exercice de son jugement clinique prescrire une contraception à une fille de moins de 16 ans à l'insu ou sans le consentement de ses parents. Dès lors, Madame Gillick souhaitait s'assurer qu'aucun conseil ou traitement contraceptif ne serait donné à l'une de ses filles de moins de 16 ans à son insu et sans son consentement. Face au refus de l'autorité sanitaire d'entendre sa demande, cette dernière demande à la justice de faire déclarer illégale ces directives pour atteinte à l'exercice de sa responsabilité parentale. Se posait alors la question de savoir si un médecin pouvait prescrire une contraception à une fille de moins de 16 ans sans obtenir le consentement préalable de ses parents et sans engager sa responsabilité délictuelle. À la majorité, la Chambre des Lords a jugé que les mineurs de moins de 16 ans pouvaient consentir à certains traitements médicaux, y compris un traitement contraceptif. En effet, il a été décidé : « *qu'il n'y avait pas de limite statutaire à l'âge des personnes auxquelles des moyens contraceptifs pouvaient être fournis ; qu'une fille de moins de 16 ans avait la capacité juridique de consentir à un examen médical et un traitement, y compris un traitement contraceptif, si elle avait suffisamment de maturité et d'intelligence pour comprendre la nature et les implications*

---

<sup>958</sup> *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* du 17 oct. 1985, [1986] AC 112 ; [1986] 1 FLR 229 ; [1985] UKHL 7

<sup>959</sup> L. FRANCOZ-TERMINAL, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, Intersentia, 1ère éd., 2008, p.168

du traitement proposé »<sup>960</sup>. Ainsi, la maturité du mineur de moins de 16 ans peut lui permettre de consentir à un traitement ou un acte médical.

**467. Développement de la théorie.** Lord Fraser of Tullybelton estime dans cet arrêt : « selon moi, il est contraire à l'expérience humaine ordinaire, du moins en Europe occidentale au siècle actuel, de dire qu'un enfant ou un jeune reste sous l'entière autorité de ses parents jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge défini de la majorité, aujourd'hui 18 ans au Royaume-Uni, et qu'en atteignant cet âge il acquiert subitement l'indépendance. En pratique, la plupart des parents sensés relâchent leur contrôle au fur et à mesure que l'enfant se développe et l'encouragent à devenir de plus en plus indépendant. De plus, le degré de contrôle parental effectivement exercé sur un enfant particulier varie en pratique considérablement selon sa compréhension et son intelligence et il serait, à mon avis, irréaliste que les tribunaux ne reconnaissent pas ces faits. »<sup>961</sup>. Lord Fraser estime que la capacité du mineur à prendre une décision ne dépend pas d'une limite juridique rigide, mais plutôt d'un développement continu. C'est pourquoi, la théorie du mineur mature s'est développée puisque la capacité de consentir à un acte médical ne dépendrait finalement pas d'un seuil d'âge juridique, mais plutôt d'un processus social continu dans lequel les droits parentaux cèdent face au droit de l'enfant de prendre ses décisions lorsque celui-ci a acquis une compréhension et une intelligence suffisantes, comme a pu le souligner Lord Scarman dans cet arrêt<sup>962</sup>. Cette position célèbre a fait de la maturité de l'enfant une limite naturelle à l'exercice de l'autorité parentale<sup>963</sup>. En effet, l'autorité parentale sera écartée toutes les fois où l'enfant aura la

<sup>960</sup> « that there was no statutory limit on the age of the persons to whom contraceptive facilities might be supplied; that a girl under the age of 16 years had the legal capacity to consent to medical examination and treatment, including contraceptive treatment, if she had sufficient maturity and intelligence to understand the nature and implications of the proposed treatment (post, pp. 166D-E, 169A-E, H - 170A, 195A-B) », Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority du 17 oct. 1985, [1986] AC 112 ; [1986] 1 FLR 229 ; [1985] UKHL 7

<sup>961</sup> « It is, in my view, contrary to the ordinary experience of mankind, at least in Western Europe in the present century, to say that a child or a young person remains in fact under the complete control of his parents until he attains the definite age of majority, now 18 in the United Kingdom, and that on attaining that age he suddenly acquires independence. In practice most wise parents relax their control gradually as the child develops and encourage him or her to become increasingly independent. Moreover, the degree of parental control actually exercised over a particular child does in practice vary considerably according to his understanding and intelligence and it would, in my opinion, be unrealistic for the courts not to recognise these facts. », Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority du 17 oct. 1985, [1986] AC 112 ; [1986] 1 FLR 229 ; [1985] UKHL 7

<sup>962</sup> « It is that parental right yields to the child's right to make his own decisions when he reaches a sufficient understanding and intelligence to be capable of making up his own mind on the matter requiring decision. », Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority du 17 oct. 1985, [1986] AC 112 ; [1986] 1 FLR 229 ; [1985] UKHL 7

<sup>963</sup> L.FRANCOZ-TERMINAL, « Minorité et capacité juridique du mineur au Royaume-Uni », in D.Guérin (dir.), *Jeunesse et Droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021, p.295

maturité suffisante pour consentir lui-même au traitement ou à l'acte médical. Dans l'arrêt R ( Axon ) v. Secretary of State for Health (Family Planning Association intervenant)<sup>964</sup>, les juges confirment la position adoptée dans cette affaire et consacrent un droit absolu au secret médical au bénéfice du mineur de moins de 16 ans<sup>965</sup>.

**468. Appréciation de la maturité.** Il est important de connaître les éléments qui vont permettre d'apprécier si le mineur dispose de la compréhension et de l'intelligence suffisante pour consentir. L'arrêt Gillick précédemment cité fournit différents éléments qui, selon la Chambre des Lords, permettent à l'interlocuteur du mineur d'estimer que ce dernier peut ou non consentir valablement. En effet, il est jugé qu'un médecin peut prescrire un traitement contraceptif ou donner des conseils à une fille de moins de 16 ans sans le consentement de ses parents et à leur insu dès lors qu'il est convaincu que : *«(i) la jeune fille comprendra les conseils ; (ii) il ne peut pas la persuader d'informer ses parents ou de le laisser informer ses parents qu'elle demande des conseils en matière de contraception ; (iii) elle est très susceptible de commencer ou de continuer à avoir des rapports sexuels avec ou sans traitement contraceptif ; (iv) à moins qu'elle ne reçoive des conseils ou un traitement contraceptif, sa santé physique ou mentale ou les deux sont susceptibles d'être compromises ; et (v) son intérêt supérieur l'oblige à lui donner des conseils contraceptifs, un traitement contraceptif ou les deux sans le consentement parental (poste, pp. 174C-E, 176B, 189C-E, 195A-B) »*<sup>966</sup>. Néanmoins, Lord Scarnam alerte et critique l'incertitude que peut faire naître une telle conception du droit. En effet, il estime que des incertitudes peuvent naître, mais qu'il s'agit du prix à payer pour maintenir la loi en conformité avec l'expérience sociale à savoir que beaucoup de jeunes filles sont pleinement capables de prendre des décisions censées sur de nombreux sujets et cet avant d'avoir atteint l'âge de 16 ans<sup>967</sup>. Il est vrai qu'un tel concept

---

<sup>964</sup> Regina ( Axon ) c. Secretary of State for Health (Family Planning Association intervenant) [2006] EWHC 37 (admin)

<sup>965</sup> L.FRANCOZ-TERMINAL, op.cit.

<sup>966</sup> *« (i) the girl will understand the advice; (ii) he cannot persuade her to inform her parents or to allow him to inform her parents that she is seeking contraceptive advice; (iii) she is very likely to begin or to continue having sexual intercourse with or without contraceptive treatment; (iv) unless she receives contraceptive advice or treatment her physical or mental health or both are likely to suffer; and (v) her best interests require him to give her contraceptive advice, treatment or both without the parental consent (post, pp. 174C-E, 176B, 189C-E, 195A-B) »*, Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority du 17 oct. 1985, [1986] AC 112 ; [1986] 1 FLR 229 ; [1985] UKHL 7

<sup>967</sup> *« It can be said by way of criticism of this view of the law that it will result in uncertainty and leave the law in the hands of the doctors. The uncertainty is the price which has to be paid to keep the law in line with social experience, which is that many girls are fully able to make sensible decisions about many matters before they reach the age of 16. »*, Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority du 17 oct. 1985, [1986] AC 112 ; [1986] 1 FLR 229 ; [1985] UKHL 7

peut être source d'insécurité juridique puisque sa définition reste à la discrétion et à l'appréciation de l'interlocuteur du mineur. Cette remarque se retrouve en droit français à propos de l'appréciation du discernement du mineur empreint d'une grande subjectivité<sup>968</sup>.

**469. Limitation de la capacité du mineur en matière médicale.** La jurisprudence anglo-saxonne a eu l'occasion de préciser l'autonomie accordée aux mineurs matures. Comme l'explique très justement Laurence Francoz-Terminal<sup>969</sup> inspirée par les mots de Lord Donaldson<sup>970</sup> : « *Il convient donc de donner du mou à la corde afin que l'enfant puisse manœuvrer, mais pas suffisamment pour qu'il puisse se pendre* ». En effet, dans le but de protéger l'enfant, la maturité ne permet pas une éviction totale de l'intervention parentale ou judiciaire. Par un arrêt *Re R*<sup>971</sup>, les juges britanniques ont répondu à la question de savoir s'il était possible de passer outre les souhaits d'un mineur pourtant « *Gillick competent* ». La solution des juges de première instance reposait sur le fait qu'il ne pouvait pas aller à l'encontre du refus de traitement d'un mineur mature, mais, qu'en l'espèce, l'état mental de la mineure ne lui permettait pas de remplir l'exigence de capacité<sup>972</sup>. Toutefois, en appel, les juges retiennent qu'en cas de refus donné par un mineur *Gillick competent* de consentir un traitement médical, ce consentement peut valablement être donné par une personne qui exerce la responsabilité parentale à son égard<sup>973</sup>. Il faut alors comprendre que la maturité qui octroie une capacité aux mineurs de moins de 16 ne met pas un terme absolu aux pouvoirs parentaux en matière médicale.

**470. Autre manifestation.** Dans l'arrêt *Re W*<sup>974</sup>, la Cour d'appel d'Angleterre a également répondu à la question de savoir s'il était possible de passer outre le refus d'un mineur de consentir à un traitement. En l'espèce, il s'agissait d'une jeune fille de 16 ans qui souffrait d'anorexie mentale, pour qui l'autorité locale a décidé qu'il pourrait devenir nécessaire d'appliquer un traitement médical auquel elle n'avait pas consenti. L'autorité locale a alors demandé l'autorisation de placer l'enfant dans une unité spécifique sans le consentement de cette dernière ainsi que l'autorisation de lui administrer un traitement sans son consentement. En effet, la mineure était opposée à son transfert dans une unité spécialisée

<sup>968</sup> V. *supra* n°350

<sup>969</sup> L.FRANCOZ-TERMINAL, *op.cit.*

<sup>970</sup> « *good parenting involves giving minors as much rope as they can handle without an unacceptable risk that they will hang themselves* » in *Re W (a minor)(medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 627

<sup>971</sup> *Re R (a minor) (wardship: medical treatment)*, [1991] 3 All E.R. 177 (C.A.),

<sup>972</sup> L.FRANCOZ-TERMINAL, *op.cit.*, p.106

<sup>973</sup> *Ibid.*

<sup>974</sup> *Re W (a minor)(medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 627

dans le traitement des troubles de l'alimentation et avait rejeté les propositions de traitement. En vertu de la section 8 de la loi de 1969<sup>975</sup>, elle avait le pouvoir de refuser de consentir à un traitement médical puisqu'elle avait 16 ans. En première instance, le juge constate que l'enfant disposait de la compréhension nécessaire pour prendre une décision éclairée et reprend le point de vue<sup>976</sup> de l'arrêt *Re R* précédemment cité<sup>977</sup> selon lequel si un enfant apte à consentir un traitement le refuse, le tribunal a le pouvoir de passer outre les souhaits de l'enfant et de consentir au traitement. Un appel a été formé par l'enfant et a été rejeté. Les juges retiennent que la section 8 de la loi de 1969 n'empêche pas le consentement parental de rester effectif et que les pouvoirs de la Haute Cour, qui exerce sa compétence inhérente étant plus large que ceux d'un parent, lui permettent de consentir à ce qu'un enfant reçoive un traitement médical malgré son refus et celui de ses parents<sup>978</sup>. Comme l'explique Laurence Francoz Terminal<sup>979</sup>, contrairement aux parents, la Haute Cour peut aller à l'encontre de la volonté exprimée de l'enfant, capable selon la loi, au nom de sa protection. Certes, même si l'enfant a plus de 16 ans et dispose normalement de la capacité médicale selon la loi, les organes judiciaires peuvent intervenir au nom de sa protection. Ces arrêts constituent le fondement de la capacité du mineur de prendre une décision en matière médicale. Aussi, dès lors que le mineur de moins de 16 ans dispose de la maturité suffisante au sens de l'arrêt *Gillick* il peut consentir à un traitement ou un acte médical. Toutefois, il est possible de passer outre les volontés de ce mineur notamment lorsqu'il en est de son intérêt qu'il ait plus ou moins de 16 ans.

**471. Droit canadien.** À l'instar de la Chambre des Lords, les tribunaux canadiens ont également appliqué la théorie du « *mineur mature* ». Ainsi, les juges canadiens ont pu conclure qu'une mineure était capable de consentir à un avortement thérapeutique malgré le refus de ses parents notamment parce qu'un adolescent peut exercer son autonomie dans la mesure où il dispose de la maturité nécessaire<sup>980</sup>. Les tribunaux canadiens ont également eu l'occasion d'ordonner un traitement malgré le refus du mineur ou de ses parents lorsque ces

<sup>975</sup> S.8 Family Law Reform Act 1969

<sup>976</sup> Notamment de Lord Donaldson of Lymington

<sup>977</sup> *Re R (a minor) (wardship: medical treatment)*, [1991] 3 All E.R. 177 (C.A.),

<sup>978</sup> « *Section 8 of the 1969 Act did not operate to prevent parental consent remaining effective, as well in the case of a child aged 16 or 17 as in the case of a child under 16. The powers of the High Court exercising its inherent jurisdiction, being wider than those of a parent, enabled it to consent to a child receiving medical treatment, overriding the refusal of both the child and the parent* » comme il avait été jugé par Lord Donaldson of Lymington, MR dans *Re R (A Minor) (Wardship: Consent to Treatment)*[1992] 2 FCR 229 at pp 245 and 246, *Re W (a minor)(medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 627

<sup>979</sup> L.FRANCOZ-TERMINAL, op.cit.

<sup>980</sup> *J. S. C. c. Wren* (1986), 76 A.R. 115 (C.A.)

volontés risquaient de compromettre l'avenir de l'enfant<sup>981</sup>. Les juges canadiens ont, à l'inverse, validé le refus d'un traitement dès lors qu'ils estimaient que les volontés de l'enfant mature étaient compatibles avec son intérêt supérieur<sup>982</sup>. La Cour suprême du Canada a traité de l'appréciation de la maturité dans la décision A.C c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille) du 26 juin 2009. La Cour estime que « *L'examen de la maturité d'un enfant dans le cadre de l'analyse de l'intérêt effectuée en vertu du §25 nécessitera, par définition, une évaluation individuelle compte tenu de la situation particulière de l'enfant, notamment la nature de la décision concernant le traitement et la gravité des conséquences possibles de cette décision. Plus les conséquences risquent d'être graves, plus la maturité de l'adolescent sera scrutée.* » Dans cet arrêt, les juges constatent que la maturité est un concept difficile à définir et à déterminer de façon définitive en raison de son caractère évolutif et contextuel. Néanmoins, ils estiment que : « *le droit des adolescents matures à ne pas être injustement privés de la possibilité de prendre de façon autonome des décisions médicales commande que l'évaluation soit effectuée avec respect et rigueur.* ». Aussi, la Cour suprême du Canada propose des facteurs qui pourraient être utiles à cette évaluation à savoir la nature, le but et l'utilité du traitement médical recommandé ainsi que ses risques et ses bénéfices. Un autre facteur consisterait à examiner si l'adolescent possède la capacité intellectuelle et le discernement requis pour comprendre les informations lui permettant de prendre une décision et d'en évaluer les possibles conséquences. Un autre élément dont le juge doit tenir compte est de savoir si l'opinion de l'adolescent est bien arrêtée et si elle reflète véritablement ses valeurs et croyances profondes. L'impact du style de vie de l'adolescent, ses relations familiales et ses affiliations sociales sur sa capacité d'exercer tout seul son jugement peut également être pris en compte. L'existence de troubles émotionnels ou psychiatriques, l'état ou la maladie de l'adolescent sont également des éléments devant être considérés. Enfin, les renseignements pertinents fournis par des adultes qui connaissent l'adolescent peuvent être utiles à l'évaluation de sa maturité.

---

<sup>981</sup> H. (T.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (1996), 138 D.L.R. (4th) 144 (C. Ont.(Div. gén.)) : Refus de l'administration de produits sanguins par une mineure et sa mère toutes les deux témoins de Jéhovah en l'absence de maturité nécessaire de la mineure pour évaluer les conséquences de sa décision. ; Dueck (Re) (1999), 171 D.L.R. (4th) 761 (B.R.Sask.) Le tribunal ordonne le traitement malgré le refus du mineur de consentir notamment parce qu'il n'avait pas la capacité de consentir en raison de l'influence importante de son père ; Alberta (Director of Child Welfare) c. H.(B.), 2002 ABPC 39, [2002] 11 W.W.R. 752. Absence de maturité nécessaire pour décider de mourir.

<sup>982</sup> Re L.D.K. (1985), 48 R.F.L. (2d) 164 (C. prov. Ont. (Div.de la famille)). Quelle que soit la décision la vie de l'enfant était en danger avec ou sans traitement donc les juges ont accepté le refus de la mineure de consentir au traitement. ; Re A.Y. (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 91 (C.S.T.-N.-L.). Refus d'un traitement par un mineur témoin de Jéhovah validé par les juges au regard de la maturité de l'enfant et de son intérêt le traitement ayant peu de chances d'être efficace et n'étant pas essentiel.

**472. États-Unis.** La Cour suprême des États-Unis a eu l'occasion de reconnaître que certains mineurs disposent de la maturité nécessaire pour prendre certaines décisions précises et qu'ils jouissent d'une protection constitutionnelle, notamment celle de recourir à l'avortement<sup>983</sup> tout en précisant que les droits constitutionnels des adolescents ne sont pas équivalents à ceux des adultes au regard de leur particulière vulnérabilité<sup>984</sup>. Selon les États américains, les décisions ne sont pas les mêmes. Certains États prévoient des exceptions légales à l'incapacité et d'autres suivent la théorie du « *mineur mature* ». Par exemple, la Cour suprême de Virginie-Occidentale a considéré dans la décision *Belcher c. Charleston Area Medical Center*<sup>985</sup> que pour faire jouer l'exception du mineur mature il fallait tenir compte de l'âge, la capacité, l'expérience, l'éducation, le jugement exposé, la conduite et l'appréciation des risques et conséquences<sup>986</sup>.

## **B.- La participation du mineur à la décision médicale en droit français**

**473. Consentement.** Une fois l'information donnée au mineur conformément à l'article L.1111-2 du Code de la santé publique, ce même code prévoit à l'article L.1111-4 alinéa 7 que le consentement du mineur doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. La prise en compte de la parole du mineur est donc obligatoire puisque son consentement doit systématiquement être recherché (1) néanmoins ce consentement ne détermine pas la décision finale (2).

### **1. La recherche obligatoire du consentement**

**474. Fondements.** Au niveau international, la Convention internationale des droits de l'enfant exige dans son article 12§1 que « *Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.* » L'article 6 de la Convention sur les droits de l'homme et de la biomédecine, également appelée Convention d'Oviedo<sup>987</sup>, dispose également en son troisième alinéa que : « *L'avis du mineur est pris en considération comme un facteur de plus en plus*

<sup>983</sup> *Planned Parenthood of Central Missouri c. Danforth* Attorney General of Missouri, 428 U.S. 52(1976)

<sup>984</sup> *Bellotti, Attorney General of Massachusetts c. Baird*, 443 U.S. 622(1979)

<sup>985</sup> *Belcher c. Charleston Area Medical Center*, 422 S.E.2d 827 (W.Va. 1992)

<sup>986</sup> A. GOUTTENOIRE et P.BONFILS, *op.cit.*, p.942

<sup>987</sup> Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Oviedo, Conseil de l'Europe, 4 avril 1997

déterminant, en fonction de son âge et de son degré de maturité. » Ainsi, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé<sup>988</sup> a inclus ces exigences dans le droit français à l'article L.1111-4 du Code de la santé publique qui énonce que « *le consentement du mineur doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ». La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale<sup>989</sup> instaure à l'article 371-1 du Code civil l'obligation aux parents d'associer leur enfant « *aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* »<sup>990</sup>. Cette disposition va dans le même sens en étant plus spécifique avec des débiteurs de l'obligation différents. Les règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale sont donc en cohérence avec les exigences du Code de la santé publique et imposent la recherche du consentement du mineur aux décisions médicales qui le concernent. Néanmoins, une différence existe quant aux débiteurs de l'obligation de rechercher l'adhésion du mineur. En matière médicale, il s'agit du personnel soignant alors que dans l'exercice de l'autorité parentale il s'agit des parents. Or, la décision médicale peut être considérée comme une décision concernant le mineur imposant aux parents de l'y associer. Cette remarque a également été faite lorsqu'il s'agit des débiteurs de l'obligation d'information personnelle du mineur<sup>991</sup>. Aussi, la règle « *specialia generalibus derogant* » qui veut que la règle spéciale déroge au général pourrait ici s'appliquer, car il s'agit d'une décision spéciale concernant le mineur imposant de se fonder sur les règles du Code de la santé publique visant le personnel soignant comme débiteur de l'obligation de rechercher le consentement du mineur. La conséquence est que le personnel médical ne peut s'abstenir de rechercher le consentement du mineur même si les parents s'y opposent. Cette injonction semble théorique, car la pratique est différente, les interlocuteurs privilégiés du personnel médical étant bien souvent les parents notamment parce que ce sont eux qui consentent.

**475. Absence de seuil d'âge.** Les textes législatifs et supralégislatifs ne font pas référence à un seuil d'âge, mais plutôt à la maturité ou à l'aptitude du mineur à exprimer sa volonté. Dans son enquête sur la pratique bordelaise, Claire Quenesson<sup>992</sup> remarque que « *cette recherche du consentement concerne les mineurs suffisamment mûrs, c'est-à-dire à*

---

<sup>988</sup> Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

<sup>989</sup> Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale

<sup>990</sup> V. *supra* n°433 et s.

<sup>991</sup> V. *supra* n°436

<sup>992</sup> C.QUENESSON, « La participation médicale du mineur aux décisions qui le concernent : la pratique bordelaise », *RDS*, n°50, nov. 2012, p.671

partir de dix et douze ans selon les soignants, mais il semble que la question fasse l'objet pour chaque enfant d'une discussion collégiale ». La question de la maturité reste à l'appréciation du personnel médical qui fait une appréciation *in concreto* de la situation en fonction du discernement du mineur et de sa pathologie. Les éléments de la maturité contenus en droit étranger pourraient également pris en compte<sup>993</sup>. Pour Stéphanie Renard<sup>994</sup>, l'absence d'un seuil d'âge fixe permet de préserver « *l'adaptabilité de la règle de droit* ». En effet, si le législateur fixe un âge à partir duquel le consentement du mineur doit être recherché, cela signifie qu'un mineur, qui dispose pourtant de la maturité suffisante, mais n'ayant pas l'âge requis se verrait imposer une décision médicale pour laquelle il dispose de l'aptitude nécessaire à exprimer sa volonté. Le choix de conditionner la recherche de l'adhésion du mineur à son aptitude à exprimer sa volonté permet d'apprécier de manière concrète la situation et de s'y adapter. Stéphanie Renard explique très justement que « *ce standard de la maturité favorise une approche individualisée et personnalisée de la participation du mineur à la décision* ». Effectivement, si le législateur avait fait le choix d'un seuil d'âge, le personnel soignant aurait moins de liberté pour rechercher le consentement du mineur, le critère de l'âge pouvant être restrictif et insusceptible d'appréciation concrète. La référence à la maturité permet de s'adapter au mineur de manière individuelle, sans critère commun et objectif, les situations étant différentes et la maturité du mineur étant très éloignée d'un âge précisément défini.

## 2. *La valeur du consentement*

**476. Consentement non déterminant.** Le législateur a fait le choix d'exiger dans l'article L.1111-4 du Code de la santé publique la recherche du consentement du mineur et non pas l'obtention de son consentement. Dès lors, le consentement du mineur n'est pas déterminant puisqu'il n'est pas requis pour que la décision médicale soit prise. Néanmoins, le législateur n'a rien précisé quant à la valeur du consentement du mineur, sauf à imposer qu'il soit recherché. À ce titre, Nour le Du<sup>995</sup> a écrit que : « *L'absence de mention explicite de la représentation du mineur en matière de consentement à l'acte médical pourrait être interprétée comme la volonté du législateur de permettre au mineur l'acquisition d'une autonomie progressive en fonction de ses capacités.* ». Sur ce point, la doctrine est, en effet,

---

<sup>993</sup> V. *supra* n°468

<sup>994</sup> S. RENARD, « La pré-majorité sanitaire », in D.Guérin (dir.), *Jeunesse et Droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021, p.229

<sup>995</sup> N. LE DU, *Le consentement à l'acte médical des personnes vulnérables*, Thèse de doctorat, Droit, Université Paris-Est, 2018

divisée. Pour le Professeur Guy Raymond<sup>996</sup>, il faut déduire des textes que : « *l'adolescent, qui, a priori et sauf exceptions, est capable de comprendre et de vouloir, a le droit à une information et qu'il doit consentir au traitement médical qu'il devra subir* ». Pour cet auteur, le mineur doit donc consentir au traitement médical. Pour le Professeur Daniel Vigneau<sup>997</sup>, il faut déduire de l'obligation de rechercher systématiquement le consentement du mineur capable d'exprimer sa volonté, celle de respecter son refus de consentir à l'acte. Cependant, il ne semble pas que le législateur ait voulu octroyer une autonomie décisionnelle du mineur en matière médicale<sup>998</sup>. Pour la Professeure Adeline Gouttenoire<sup>999</sup>, le droit français ne confère au mineur qu'une « *autonomie participative* ». De la même manière, le Professeur Patrick Mistretta<sup>1000</sup> estime que : « *dès lors que l'on considère que le consentement du mineur ne traduit qu'une logique participative et non décisionnelle il est certain que le défaut d'adhésion ne saurait constituer systématiquement un obstacle aux soins.* », il ne s'agit alors que d'une « *obligation de moyens qui pèse sur le professionnel de santé* »<sup>1001</sup>. Dès lors, au regard des textes et de la doctrine, le consentement du mineur ne paraît pas suffisant. Il ne s'agit pas d'une capacité décisive, mais simplement participative à travers la recherche de son consentement. C'est aux titulaires de l'autorité parentale de consentir, l'absence de consentement du mineur n'empêche pas la réalisation de l'acte sauf exception dans certains cas précis où il va pouvoir s'opposer à la décision<sup>1002</sup>. La reconnaissance d'un droit de veto général au mineur pour toutes les décisions médicales pourrait le mettre en danger, c'est pourquoi il faut tout mettre en œuvre pour le convaincre d'adhérer à la décision sans que sa volonté soit décisive.

**477. Droit comparé.** Lorsque le mineur refuse l'acte médical, le médecin « *doit s'efforcer de le convaincre en lui apportant à nouveau toutes les précisions nécessaires et en s'assurant que les informations sont correctement comprises.* »<sup>1003</sup>. En effet, il est important d'essayer d'obtenir l'adhésion du mineur. Dans certains pays, le consentement du mineur est décisif, comme au Canada, dans la province du Manitoba, où l'adolescent de plus de 16 ans

<sup>996</sup> G. RAYMOND, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 5<sup>ème</sup> ed., Litec, coll. « Pratique professionnelle », 2006, p.374

<sup>997</sup> D. VIGNEAU, « L'autonomie du mineur en matière de santé », in J.-J. Lemouland (dir.), *La condition juridique du mineur. Aspects internes et internationaux*, Litec, coll. « Carré droit », 2004, p.41

<sup>998</sup> V. en ce sens l'étude des travaux parlementaires par N. LE DU, op.cit.

<sup>999</sup> A. GOUTTENOIRE, P. BONFILS, op.cit.

<sup>1000</sup> P.MISTRETTA, op.cit.

<sup>1001</sup> Ibid ; en ce sens également : S. RENARD, op.cit.

<sup>1002</sup> V. *infra* n°492 et s. sur la participation négative à la décision médicale

<sup>1003</sup> E.RUDE-ANTOINE, op.cit.

est reconnu apte à consentir à un traitement médical<sup>1004</sup>. Néanmoins, il est prévu que le tribunal puisse autoriser les examens et les traitements médicaux ou dentaires qu'il juge dans son intérêt<sup>1005</sup>. Aussi, le Manitoba a fait le choix de laisser le mineur de plus de 16 ans consentir aux soins médicaux, mais réserve la possibilité au tribunal d'intervenir si le refus de consentement de l'enfant n'est pas dans son intérêt. Même si le mineur refuse l'examen ou le traitement médical, il ne faut pas que ce soit contre son intérêt : sa protection prime sur son autonomie<sup>1006</sup>. Au Québec, l'article 17 du Code civil du Québec prévoit que : « Le mineur de 14 ans et plus peut consentir seul aux soins non requis par l'état de santé ; le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur est cependant nécessaire si les soins présentent un risque sérieux pour la santé du mineur et peuvent lui causer des effets graves et permanents. » Le choix du législateur québécois a été de protéger la décision du mineur par l'éventuelle intervention parentale si l'acte médical comporte des risques pour sa santé. Le mineur québécois dispose donc d'une certaine autonomie, mais des garde-fous sont prévus au nom de sa protection qui doit toujours primer au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le consentement positif du mineur au Québec est décisif dès lors qu'il ne s'agit pas d'un acte risqué pour sa santé sinon le parent consent. Au Manitoba, c'est le consentement négatif (son refus) qui est décisif sous réserve de l'intervention du juge si le refus du mineur n'est pas dans son intérêt.

**478. Refus du mineur.** En principe, si les représentants légaux ont donné leur consentement, le refus du mineur de consentir à l'acte médical ne fait pas obstacle à la réalisation de celui-ci, son refus n'étant pas déterminant. La recherche du consentement du mineur consiste seulement au recueil de sa parole et de sa volonté. Il ne s'agit pas d'une participation décisive en dehors des hypothèses particulières où la participation négative du mineur à travers son refus est décisive<sup>1007</sup>. Cependant, concrètement, la question se pose de connaître la position à adopter pour le personnel soignant lorsqu'un mineur, apte à exprimer

---

<sup>1004</sup> Art. 25 (9) de la loi sur les services à l'enfant et à la famille : « La Cour ne peut rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (8) sans le consentement de l'enfant qui a au moins 16 ans, sauf si elle est convaincue qu'il ne peut :

a) comprendre les renseignements qui lui permettraient d'accorder ou de refuser son consentement à l'examen médical, au traitement médical ou au traitement dentaire;

b) évaluer les conséquences normalement prévisibles qu'entraînerait son consentement ou son refus de consentement à l'examen médical, au traitement médical ou au traitement dentaire. »

<sup>1005</sup> Article 25(8) de la loi sur les services à l'enfant et à la famille : « Sous réserve du paragraphe (9), la Cour peut, à la fin de l'audience, autoriser les examens médicaux, les traitements médicaux ou les traitements dentaires qu'elle juge être dans l'intérêt de l'enfant. »

<sup>1006</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>1007</sup> Ibid.

sa volonté, refuse de consentir à l'acte médical, mais que ses représentants légaux y ont consenti. Le Professeur Patrick Mistretta<sup>1008</sup> explique à ce propos qu'on « *imagine mal un médecin procéder à certains actes sur un mineur pleinement discernant sans obtenir de facto ce consentement conforme, surtout à défaut de péril pour sa vie, sauf à admettre que le corps médical puisse recourir à la contrainte physique pour administrer un traitement.* ». Pour la Professeure Adeline Gouttenoire<sup>1009</sup>, pratiquer un acte médical sur un mineur sous la contrainte, pourrait être contraire au principe de dignité humaine et de l'inviolabilité du corps humain consacré notamment par l'article 3 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 16-3 du Code civil ainsi qu'à l'article 371-1 du Code civil qui commande aux parents de protéger le mineur « *dans le respect dû à sa personne* »<sup>1010</sup>.

**479. Atteinte proportionnée.** Selon la Professeure Adeline Gouttenoire<sup>1011</sup>, la Cour Européenne des droits de l'homme pourrait condamner le fait d'imposer au mineur un acte médical sur le fondement de l'atteinte à la vie privée qui comprend le droit à l'intégrité physique, comme les juges européens l'ont énoncé dans l'arrêt X et Y c/ Pays Bas du 26 mars 1985<sup>1012</sup>. Cependant, l'acte médical peut être nécessaire et dans l'intérêt thérapeutique du patient mineur même si celui-ci n'y adhère pas. Dès lors, il faut mettre en balance la nécessaire protection du mineur qu'implique l'exercice de l'autorité parentale et le droit à l'intégrité physique du mineur. Dans cette hypothèse, la Cour Européenne des droits de l'homme pourrait considérer qu'il s'agit d'une atteinte à l'intégrité physique du mineur justifiée par l'intérêt de l'enfant et proportionnée en raison de son caractère thérapeutique<sup>1013</sup>. Ainsi, le personnel soignant pourrait réaliser l'acte médical malgré le refus d'adhésion du patient mineur au nom de la protection de son intérêt, si toutefois cet acte médical est nécessaire, voire indispensable, d'un point de vue thérapeutique. À ce titre, une circoncision rituelle ne constitue pas un acte thérapeutique nécessaire alors qu'administrer un traitement pour un mineur anorexique serait indispensable. Il s'agit alors de la situation où le refus du mineur d'adhérer à l'acte médical est incompatible avec son intérêt et nécessaire d'un point de vue thérapeutique. En cas de refus par le mineur, à un acte indispensable à la sauvegarde de sa

---

<sup>1008</sup> P. MISTRETTA, op.cit.

<sup>1009</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>1010</sup> Art. 371-1 du Code civil

<sup>1011</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>1012</sup> CEDH, X et Y c/ Pays Bas, 26 mars 1985, req. n° 8978/80

<sup>1013</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

santé, l'exercice de l'autorité parentale par les représentants légaux implique que c'est à eux de consentir. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de dire dans l'arrêt Nielsen c/ Danemark<sup>1014</sup> à propos d'une hospitalisation en hôpital psychiatrique contre la volonté du mineur que « *Quant à l'importance à accorder aux vues de l'intéressé sur son hospitalisation, il se trouvait encore à un âge où il est normal qu'un parent se prononce, au besoin, contre le gré de son enfant. Rien ne prouve que la mère ait agi de mauvaise foi. Elle a pris sa décision en suivant les conseils de médecins compétents. Un enfant comme le requérant doit pouvoir être hospitalisé à la demande du titulaire de l'autorité parentale.* ». Dès lors, il faut considérer que les représentants légaux ont le devoir de protéger le mineur en vertu de l'autorité parentale qu'ils exercent et qu'ils sont les mieux placés pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, qui, bien qu'apte à exprimer sa volonté n'est peut-être pas en mesure d'apprécier ce qui est dans son intérêt.

**480. Refus des représentants légaux constituant un danger.** Ce n'est que si le refus des représentants légaux constitue un danger, que le médecin peut passer outre et délivrer les soins indispensables<sup>1015</sup>. De la même manière, si l'acte faisait courir un danger au mineur, ce dernier peut saisir le juge des enfants sur le fondement de l'article 375 du Code civil. Parfois, le mineur peut adhérer à la décision médicale alors que les parents ne souhaitent pas y consentir. Dans ce cas, si ce refus constitue un danger, le mineur peut toujours saisir le juge des enfants ou le médecin peut délivrer les soins indispensables.

**481. Conciliation autonomie et protection.** Le législateur français a fait le choix de seulement rechercher le consentement du mineur pour prendre en compte sa volonté, et a décidé au nom de sa protection que son adhésion à la décision médicale ne soit pas déterminante dans l'hypothèse où l'acte est indispensable ou à tout le moins opportun. Ce dispositif a le mérite de concilier autonomie et protection du mineur. Néanmoins, il semble que le refus du mineur soit rare<sup>1016</sup>.

---

<sup>1014</sup> CEDH, Nielsen c/ Danemark, 28 nov. 1988, req. n°10929/84

<sup>1015</sup> Art. L.1111-4 al.9 Code de la santé publique

<sup>1016</sup> Conclusion de l'enquête réalisée en 2010 dans le service d'oncologie de l'hôpital des enfants de Bordeaux, par les professeurs A. GOUTTENOIRE et L. BLOCH.

## **Section 2 : L'adhésion décisive à la décision**

**482. Formes de l'adhésion décisive à la décision du tiers.** La volonté de la personne protégée peut parfois être décisive. En effet, elle est consultée afin d'obtenir son adhésion à une décision qui peut se manifester de deux manières. Soit la personne protégée adhère de manière positive en donnant son consentement à la décision (I), cette forme concerne seulement le mineur, sans doute parce que le majeur protégé dispose d'une sphère de capacité personnelle plus étendue. La personne protégée peut également adhérer de manière négative en s'opposant à la décision du tiers et en exprimant son refus (II).

### **§ I. - La participation positive à la décision**

**483. Consentement à la décision.** La participation à la décision peut se faire de manière positive lorsque la personne protégée adhère à la décision du tiers par l'expression d'un consentement. Cette participation positive concerne essentiellement le mineur pour qui un consentement personnel est requis dans certains cas, mais ce recueil est soumis à un seuil d'âge et repose sur une présomption irréfragable de discernement. Dans ces hypothèses de participation positive à la décision, la personne protégée a la capacité d'adhérer de manière décisive à la décision du tiers, car le législateur donne un caractère décisif à sa volonté soit en imposant un seuil d'âge soit en imposant une condition de capacité naturelle. Ce n'est cependant pas une capacité d'exercice *stricto sensu* même si certains substituts existent si les conditions pour consentir à la décision ne sont pas réunies. Cette participation positive à la décision se retrouve dans différents domaines pour le mineur qui touchent notamment à sa personne. Ce consentement décisif à la décision d'un tiers peut être soumis à un seuil d'âge (A) ou au discernement du mineur (B).

#### **A.- Le consentement décisif soumis à un seuil d'âge**

**484. Domaine.** Ce consentement décisif à la décision d'un tiers est soumis à un seuil d'âge et est restrictivement prévu dans certains domaines que sont l'acquisition de la nationalité française (1), le changement de nom et de prénom (2) et le consentement à l'adoption (3).

## 1. *La nationalité*

**485. Acquisition de la nationalité française.** L'article 21-11 du Code civil prévoit que dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants du même code : « *La nationalité française peut être réclamée, au nom de l'enfant mineur né en France de parents étrangers, à partir de l'âge de treize ans, la condition de résidence habituelle en France devant alors être remplie à partir de l'âge de huit ans. Le consentement du mineur est requis, sauf s'il est empêché d'exprimer sa volonté par une altération de ses facultés mentales ou corporelles constatée selon les modalités prévues au troisième alinéa de l'article 17-3.* » Dès lors que le mineur a atteint l'âge de 13 ans et qu'il n'est pas empêché d'exprimer sa volonté alors il doit consentir à la décision d'acquisition de la nationalité française. Néanmoins, dans le cas où il ne peut pas exprimer sa volonté alors son consentement n'est pas requis. Cet empêchement doit être constaté par l'établissement d'un certificat de la part d'un médecin figurant sur une liste établie par le Procureur de la République. Le législateur pose donc une présomption irréfragable de discernement à partir de l'âge de 13 ans qui rend la volonté du mineur décisive dans le cadre de l'acquisition de la nationalité française.

## 2. *Le changement de nom et de prénom*

**486. Changement de nom.** L'article 61-3 du Code civil dispose que « *Tout changement de nom de l'enfant de plus de treize ans nécessite son consentement personnel lorsque ce changement ne résulte pas de l'établissement ou d'une modification d'un lien de filiation.* ». En effet, le changement de nom administratif est prévu par l'article 61 du Code civil qui prévoit que toute personne justifiant d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom. Une notice relative au changement de nom<sup>1017</sup> du mineur précise que lorsque la demande concerne des enfants mineurs, la demande est présentée par les deux parents ou par l'un d'eux avec le consentement de l'autre lorsque l'autorité parentale est exercée en commun. Plus précisément, le 7° de l'article 2 du décret du 20 janvier 1994<sup>1018</sup> relatif à la procédure de changement de nom prévoit que l'autorisation du juge des tutelles est nécessaire lorsque l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents et que cette demande n'est présentée que par un seul des parents. Dès lors, la volonté du mineur est décisive, mais elle est soumise au seuil d'âge de 13 ans. Il s'agit d'une participation décisive à la décision puisque la demande est remise par le ou les titulaires de l'autorité parentale, contrairement au

<sup>1017</sup> Notice du Ministère de la Justice relative au changement de nom, 26 mars 2019 [en ligne], <https://www.justice.fr/sites/default/files/Notice%20changement%20de%20nom.pdf>

<sup>1018</sup> Décret n°94-52 du 20 janvier 1994 relatif à la procédure de changement de nom

majeur protégé qui peut déposer lui-même la demande. En effet, la loi est intervenue pour permettre au majeur protégé d'agir lui-même en la matière à travers l'article 63-3-1 du Code civil qui dispose que toute personne majeure sans distinction peut faire une demande de changement de nom selon une procédure simplifiée auprès de l'officier d'état civil<sup>1019</sup>. Cette différence s'explique sans doute, car le mineur peut agir une fois sa majorité acquise, alors que le majeur protégé a peu de probabilités de recouvrer sa capacité. La Professeure Adeline Gouttenoire<sup>1020</sup> s'interroge à juste titre sur l'opportunité d'interdire aux parents de changer le nom de leur enfant avant qu'il n'ait atteint l'âge de 13 ans pour que ce changement particulièrement perturbateur ne s'impose pas à l'enfant. Par ailleurs, l'article 61-3-1 du Code civil prévoit dans son deuxième alinéa que : « *Toute personne qui justifie d'un nom inscrit sur le registre de l'état civil d'un autre Etat peut demander à l'officier de l'état civil dépositaire de son acte de naissance établi en France son changement de nom en vue de porter le nom acquis dans cet autre Etat. Lorsque la personne est mineure, la déclaration est effectuée conjointement par les deux parents exerçant l'autorité parentale ou par le parent exerçant seul l'autorité parentale, avec son consentement personnel si elle a plus de treize ans.* ». Le législateur exige et précise dans cette hypothèse que ce soit les deux parents qui exercent l'autorité parentale, qui réalisent la déclaration et maintiennent l'exigence d'un consentement personnel du mineur de plus de 13 ans.

**487. Changement de prénom.** L'article 60 du Code civil prévoit le changement de prénom qui peut être demandé à l'officier d'état civil par toute personne et précise que s'il s'agit d'un mineur, la demande est remise par son représentant légal. La demande est toujours déposée par le représentant légal du mineur alors que le majeur protégé peut déposer la demande lui-même. Il s'agit donc d'une participation décisive du mineur à la décision puisqu'il ne dépose pas la demande. Comme pour le changement de nom, cette différence s'explique par l'acquisition future de la capacité du mineur alors que le majeur protégé n'a potentiellement pas vocation à retrouver sa capacité. Toutefois, ce même article dispose dans son alinéa 2 : « *Si l'enfant est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel est requis.* ». Le mineur doit donc donner son consentement dès lors qu'il a plus de 13 ans, mais cette capacité reste relative, car son consentement est certes requis, mais pas suffisant et sa capacité est soumise à un seuil d'âge.

---

<sup>1019</sup> V. *supra* n°243 sur le changement de nom du majeur protégé

<sup>1020</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, *Droit des mineurs*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2022, p.245, n°409

### 3. *Le consentement à l'adoption*

**488. Adoption du mineur.** L'exigence du consentement du mineur de plus de 13 ans à son adoption est inscrite aux articles 345 alinéa 3 et 360 alinéa 4 du Code civil. Dès lors, tout comme pour le majeur protégé, personne ne peut consentir à la place du mineur pour son adoption. Pourtant, pour le mineur, le législateur a opté pour une disposition spécifique. Si le mineur ne peut pas consentir, il avait été envisagé par la jurisprudence<sup>1021</sup> qu'il puisse être représenté et qu'un administrateur *ad hoc* pouvait consentir en son nom. La solution retenue dans l'arrêt du 8 octobre 2008<sup>1022</sup> relatif à l'adoption du tuteur était différente. Pour autant, il était assez bienvenu que les juges statuent de manière différente au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, même pour le mineur de plus de 13 ans, l'auteure Valérie Da Silva estime qu'il est dans son intérêt d'être élevé dans une famille et qu'il est impératif de le représenter s'il n'a pas les facultés suffisantes pour le faire lui-même<sup>1023</sup>. En revanche, pour le tuteur, Valérie Da Silva<sup>1024</sup> explique que ce dernier peut être protégé par un proche, et ce, en dehors de tout lien de filiation, si ce proche, qui le considère comme son enfant, est désigné en tant que tuteur. En revanche, l'intérêt d'une possible représentation est important pour le mineur malgré la nature strictement personnelle du consentement à l'adoption. Cet intérêt est moindre concernant le majeur protégé, dont la situation est différente, et dont la désignation du représentant peut être considérée comme filiale. Cette représentation possible pouvait paraître tout à fait contestable s'agissant d'un acte aussi personnel que l'adoption, mais les juges ont, pour le mineur, préféré faire prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant à son autonomie. Fort heureusement, le législateur est intervenu pour combler ces lacunes par l'article 350 du Code civil en permettant au juge de prononcer l'adoption conforme à l'intérêt du mineur de plus de 13 ans qui n'est pas en état d'y consentir personnellement<sup>1025</sup>.

#### **B.- Le consentement décisif soumis au discernement du mineur**

**489. Le recueil, le prélèvement ou la conservation de gamètes ou de tissus germinaux du mineur.** L'article L2141-11 du Code de la santé publique prévoit que : « *Le recueil, le prélèvement et la conservation mentionnés au premier alinéa sont subordonnés au*

---

<sup>1021</sup> TI Châlons sur Marne, 1<sup>er</sup> juin 1977, *Gaz. Pal.* 1978. 1. 175, note Decheix

<sup>1022</sup> Ibid.

<sup>1023</sup> V. DA SILVA, *La protection des mineurs et des majeurs en curatelle et en tutelle en matière personnelle*, coll. Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2014

<sup>1024</sup> Ibid.

<sup>1025</sup> V. spéc. *supra* n°326

*consentement de l'intéressé et, le cas échéant, à celui de l'un des parents investis de l'exercice de l'autorité parentale ou du tuteur lorsque l'intéressé est mineur, après information sur les conditions, les risques et les limites de la démarche et de ses suites. (...) Le consentement de la personne mineure doit être systématiquement recherché si elle est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. ».* De plus, l'arrêté du 5 octobre 2023 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation et abrogeant l'arrêté du 30 juin 2017 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 précise au paragraphe III-4.2 que : « *Le patient, s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision et le représentant légal s'il s'agit d'un mineur, donne par écrit son consentement au recueil, au prélèvement, à la congélation et la conservation des gamètes et/ou des tissus germinaux* ». Les dispositions sont confuses : il n'est pas clairement prévu le consentement décisif du mineur contrairement au majeur protégé pour qui il s'agit d'un acte strictement personnel<sup>1026</sup>. Le code de la santé publique évoque le nécessaire consentement de l'intéressé et de celui d'un des parents exerçant l'autorité parentale si celui-ci est mineur, mais précise ensuite que le consentement du mineur est systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. La question se pose alors de savoir si le consentement du mineur est requis ou s'il doit simplement être recherché. Le décret précise que le patient capable d'exprimer sa volonté et de participer à la décision et le représentant légal s'il est mineur donne par écrit son consentement au recueil, au prélèvement ou à la conservation des gamètes et/ou tissus germinaux. Le choix du singulier peut surprendre puisque la coordination « et » laisse penser qu'à la fois le consentement écrit du patient mineur et de son représentant légal sont nécessaires. S'agit-il d'un écueil ou d'une véritable volonté législative de n'imposer que le consentement écrit du représentant légal ? La conclusion semble être que dès lors que le mineur est doué de discernement, sa participation est décisive et il doit consentir au recueil, au prélèvement ou à la conservation des gamètes et/ou tissus germinaux. Néanmoins, lorsqu'il n'est pas en mesure de participer à la décision et d'exprimer sa volonté alors le seul consentement du représentant légal suffit.

**490. Consentement parental.** Il faut noter que le législateur n'impose le consentement que d'un seul parent pour un tel acte qui pourrait donc être considéré comme étant un acte usuel de l'autorité parentale. Le recueil, le prélèvement ou la conservation de gamètes ou de tissus germinaux du mineur semble donc être considéré comme un acte qui ne

---

<sup>1026</sup> V. *supra* n°194

représente pas de danger pour le mineur et qui est, au contraire, dans son intérêt d'où l'exigence d'un seul consentement parental. Néanmoins, il faudrait considérer qu'il s'agit plutôt d'un acte non usuel dont le régime est spécifique au regard de l'intérêt qu'il représente pour le mineur. En outre, l'autre parent peut s'opposer. Le législateur a également fait le choix d'évoquer le consentement de la personne qui est investi de l'exercice de l'autorité parentale et non pas du titulaire de l'autorité parentale.

**491. Différence avec le majeur protégé.** En cette matière le consentement du représentant légal du mineur est requis. L'incapacité de jouissance qui pourrait notamment naître de l'absence de discernement pour le mineur de consentir ne serait pas dans son intérêt, car cela pourrait l'empêcher d'accéder à la parenté dans le futur. La différence avec le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation s'explique probablement par le fait que le mineur va recouvrir pleine capacité à sa majorité et qu'il est important qu'il puisse accéder à la procréation même s'il ne peut pas consentir. En effet, les conséquences pour ce dernier ne sont pas les mêmes puisque le majeur protégé est moins susceptible de recouvrir sa pleine capacité. Il s'agit peut-être d'une justification de l'application d'un régime différent au mineur et au majeur protégé, même si celle-ci semble peu convaincante bien que la probabilité pour le mineur d'avoir des enfants dans le futur est plus grande que pour le majeur protégé.

## § II. - La participation négative à la décision médicale

**492. Droit de veto.** La participation à la décision peut se faire de manière négative lorsque la personne protégée n'adhère pas à la décision du tiers par l'expression d'une opposition constituant un véritable droit de veto. Dans certaines hypothèses, en matière médicale notamment, l'opposition, forme de participation négative, va permettre à la personne d'exprimer sa volonté de manière décisive. De manière implicite, la recherche de l'adhésion est décisive, car la réalisation de l'acte va dépendre de l'absence d'opposition. En effet, l'expression positive du consentement n'est pas décisive, mais l'expression négative du consentement, par un veto, sera décisive. L'opposition devient un consentement négatif puisqu'en cas de refus, l'acte ne peut pas être réalisé. Ce droit de veto sera « *le dernier bastion de l'autonomie de la personne, ce qui demeure de sa volonté lorsque le consentement n'est pas requis* »<sup>1027</sup>. La personne protégée n'est pas en mesure de consentir, mais le

---

<sup>1027</sup> F.DREIFUSS-NETTER, « Le droit d'opposition en droit des personnes », *LPA*, 4 avr. 2007, n°68, p.35

législateur lui laisse la possibilité de s'opposer, l'expression de son refus est une « *ultime expression de l'autonomie conservée en dépit de l'incapacité* »<sup>1028</sup>.

**493. Domaine.** Le droit de veto de la personne protégée s'exprime notamment dans le cadre d'atteintes à l'intégrité du corps humain qui ne sont pas indispensables à sa santé et n'ayant pas ou peu de finalité thérapeutique pour le mineur ou le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation. Il ne s'agit pas d'actes impératifs et nécessaires à la préservation de la santé de la personne protégée, ce qui semble justifier que son refus soit impératif.

**494. Nécessité de l'information.** La délivrance de l'information dans le cadre des décisions auxquelles la personne protégée va pouvoir s'opposer semble nécessaire. En effet, comme lorsque l'adhésion décisive positive est recherchée, l'adhésion décisive négative ne peut s'exprimer que par une volonté éclairée à travers l'information qui doit être spécifique à ces actes puisque leur régime l'est tout autant. Pour cela, une information spécifique est prévue (I) afin que la personne protégée puisse éventuellement exprimer son refus (II).

#### **A.- L'information spécifique pour les actes soumis à l'absence de refus**

**495. Recherches portant sur la personne humaine.** Les recherches impliquant la personne humaine sont définies à l'article L.1121-1 du Code de la santé publique comme des « *recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales* ». Dans ce cadre, le Code de la santé publique prévoit une information spécifique à l'article L.1122-1 notamment en ce qui concerne son contenu. Pour les majeurs protégés, comme pour les mineurs, il est prévu que cette information doit être adaptée à leur capacité de compréhension par l'article L.1122-2 du Code de la santé publique.

**496. Capacité de compréhension.** Contrairement aux dispositions générales pour lesquelles l'information est adaptée au degré de maturité du mineur et à la capacité de compréhension du majeur protégé, le choix a été fait de se référer aux capacités de compréhension à la fois pour le mineur et le majeur protégé dans le cadre des recherches biomédicales. Cette différence peut s'expliquer par le fait que peu importe que le mineur ou le majeur protégé soit en capacité de consentir, il ne s'agit pas d'obtenir leur consentement, mais

---

<sup>1028</sup> Ibid.

d'éventuellement leur permettre de s'opposer à l'acte. Que ce soit pour obtenir le consentement du majeur protégé à une décision médicale ou pour rechercher son adhésion à une recherche médicale, l'information est adaptée à sa capacité de compréhension et non pas à son aptitude à exprimer sa volonté, contrairement à l'information relative à la stérilisation<sup>1029</sup>. Pour le mineur, l'information médicale générale en vue de rechercher son adhésion est conditionnée à son degré de maturité, mais ici il s'agit d'une information adaptée à son degré de compréhension. Tout laisse penser que le degré de compréhension dépend de la maturité, la différence ne semble donc pas significative. Il s'agira de simplement comprendre l'information qui doit être donnée quoi qu'il arrive, alors que l'expression de sa volonté n'est pas toujours possible.

**497. Débiteur de l'obligation d'information sur les recherches portant sur la personne humaine.** Cette information est donnée par l'investigateur, mais également par les organes ou autorités chargés de les assister, de les représenter ou d'autoriser la recherche, eux-mêmes informés par l'investigateur. L'information est donc donnée au représenté, mais également au représentant.

**498. Prélèvement de moelle osseuse du mineur.** Pour le mineur, l'article R1241-16 du Code de la santé publique prévoit que l'information en matière de prélèvement de moelle osseuse est délivrée à chacun des titulaires de l'autorité parentale ou au représentant légal du mineur et qu'une information appropriée est délivrée au mineur si son âge et son degré de maturité le permettent. Cette condition paraît surprenante, car pour exprimer son opposition à l'acte, le législateur ne pose aucune condition. Or, il semble difficile de pouvoir exprimer son refus en l'absence d'information sur l'acte. En outre, l'audition du mineur devant le comité d'experts afin de s'assurer qu'il n'existe aucun refus de sa part est également subordonnée à son âge et son degré de maturité. Néanmoins, cette audition n'a lieu que si le mineur est apte à exprimer sa volonté. Il faut alors comprendre que l'opposition ne peut avoir lieu que si le mineur est apte à exprimer sa volonté, ce qui revient à subordonner l'expression du refus du mineur à son discernement. Pour le majeur protégé, une telle condition n'existe pas puisque l'article L1241-4 du Code de la santé publique prévoit dans son dernier alinéa que le refus de la personne protégée fait obstacle au prélèvement sans faire de distinctions.

---

<sup>1029</sup> V. *infra* n°500

**499. Prélèvement de moelle osseuse du majeur protégé.** Tout comme pour le mineur, l'article R1241-5 du Code de la santé publique prévoit que dans le cadre du prélèvement de moelle osseuse sur un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, l'information lui est délivrée ainsi qu'à la personne chargée de la mesure de protection ou l'administrateur ad hoc désigné dans les conditions de l'article L1241-4 du même code. Contrairement au mineur, l'information n'est soumise à aucune condition de compréhension. Pourtant, cette information devrait, à tout le moins, nécessairement être adaptée à la personne protégée. Dès lors, en toute hypothèse l'information sur le prélèvement doit être délivrée au majeur bénéficiant d'une mesure de représentation, mais il convient de donner une information qui soit adaptée à l'altération du majeur protégé.

**500. Stérilisation contraceptive.** L'information quant à cet acte n'est donnée qu'au majeur protégé qui a la faculté de consentir<sup>1030</sup>, pourtant le refus du majeur protégé ne dépend pas de sa faculté de consentir ou non, car le texte ne précise rien si ce n'est qu'il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation du consentement. C'est pourquoi il est important et nécessaire que l'information spécifique quant à la stérilisation contraceptive soit prévue de manière générale que le majeur protégé ait la faculté ou non de consentir puisque dans tous les cas il peut refuser. En pratique, il est probable que le médecin informe le majeur protégé dans tous les cas notamment parce qu'il y a une obligation générale d'information en matière médicale<sup>1031</sup>.

## **B.- L'opposition déterminante de la personne protégée à la décision médicale**

**501. Refus impératif.** Une fois la personne protégée informée, elle va pouvoir adhérer ou non à la décision. Ce droit de veto s'exerce de manière inédite en matière médicale sûrement, car il s'agit d'actes touchant à l'intégrité corporelle de la personne protégée. Si son adhésion reste non décisive, son absence d'adhésion à la décision a, quant à elle, un caractère décisif et son droit de veto est donc impératif. En effet, l'expression de la volonté négative de la personne protégée sera décisive. Le refus de la personne protégée fait obstacle à la réalisation de recherches portant sur la personne humaine (1), de certains prélèvements sur son corps (2) et à la stérilisation contraceptive du majeur protégé (3).

---

<sup>1030</sup> V. *supra* n°396 sur la vérification de la capacité naturelle du majeur protégé pendant l'audition

<sup>1031</sup> V. *supra* n°296 sur l'information préalable du majeur protégé en matière médicale

## 1. *Les recherches portant sur la personne humaine*

**502. Recherches impliquant la personne humaine.** L'article L1122-2 du Code de la santé publique traite spécifiquement des mineurs non émancipés et des majeurs protégés et prévoit qu'ils sont consultés dans la mesure où leur état le permet et leur adhésion personnelle est recherchée. Dès lors, il s'agit d'une consultation en vue de rechercher l'adhésion à la participation à la recherche. Pour les mineurs, le consentement des titulaires de l'autorité parentale est requis ou d'un seul à certaines conditions. Le législateur précise que si la recherche est toujours en cours à la majorité du mineur, il doit confirmer son consentement, qui n'est pourtant pas requis pendant sa minorité. Dès lors, le terme de confirmation de son consentement n'est pas adapté, il faudrait plutôt évoquer la confirmation du consentement donné par les titulaires de l'autorité parentale ou alors la confirmation de son adhésion personnelle. Pour les mineurs en tutelle, l'article L.1122-2 du Code de la santé publique prévoit que l'autorisation est donnée par son représentant légal ou le juge des tutelles lorsque le comité considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain. Le dispositif est le même pour les personnes faisant l'objet d'une mesure avec représentation relative à la personne, l'autorisation est donnée par la personne chargée de la représenter ou par le conseil de famille ou le juge des tutelles si le comité l'estime nécessaire. L'ordonnance du 11 mars 2020<sup>1032</sup> ne se contente pas de viser la personne majeure en tutelle, mais vise plus largement la personne majeure faisant l'objet d'un mandat de protection future, d'une habilitation familiale ou d'une mesure de tutelle, avec représentation relative à la personne, dont le régime est le même. Elle distingue également le mineur du majeur protégé, ce choix ayant également été fait par la même ordonnance pour les décisions médicales en général.

**503. Participation négative décisive de la personne protégée.** L'article L1122-2 du Code de la santé publique prévoit : « (...) *En toute hypothèse, il ne peut être passé outre à leur refus ou à la révocation de leur acceptation* ». Même si le consentement ne doit pas être obtenu, le majeur représenté ou le mineur doit être consulté dans la mesure où son état le permet ; son adhésion personnelle est recherchée. Il peut alors être passé outre l'absence d'acceptation du majeur protégé ou du mineur, mais pas de sa révocation ou de son refus. Sa

---

<sup>1032</sup> Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique

participation positive ne sera pas décisive alors que sa participation négative le sera. Le législateur n'évoque pas ici le consentement du majeur protégé ou du mineur, mais bien son adhésion personnelle constituant une véritable consultation, ce qui renforce l'idée que leur adhésion va renforcer la validité de l'acte plutôt que sa validation pure et simple, ce qui semble être un « *aval optionnel* »<sup>1033</sup>. De plus, cette consultation n'aura lieu que dans la mesure où leur état le permet. L'aptitude du majeur protégé ou du mineur doit donc être vérifiée et *a contrario* si son état ne le permet pas il ne peut pas être consulté. Néanmoins, il semble que leur adhésion personnelle doive également être recherchée en fonction de leur aptitude puisque le législateur évoque d'abord la consultation dans la mesure où leur état le permet avant d'envisager leur adhésion personnelle à la recherche impliquant la personne humaine. En revanche, il ne peut être passé outre à leur refus ou à la révocation de leur acceptation. Il y a donc une exigence de recherche d'adhésion qui ne sera pas décisive, mais également d'absence d'opposition qui sera décisive. En outre, si la participation positive est fonction de l'état du mineur ou du majeur protégé, le législateur précise qu'en toute hypothèse, il ne peut être passé outre à leur refus ou à la révocation de leur acceptation. Dès lors, le droit de veto ne dépend pas de la capacité naturelle du mineur ou du majeur protégé contrairement à son adhésion positive. Ce choix démontre l'importance de la possibilité d'opposition laissée au mineur et au majeur protégé qui semble indispensable au regard de l'absence de nécessité thérapeutique d'un tel acte pour ces derniers et de l'atteinte à leur intégrité physique qu'une recherche biomédicale peut comporter, tout comme le prélèvement de moelle osseuse.

**504. Atteinte à l'intégrité corporelle du majeur bénéficiant d'une mesure de représentation.** Le texte correspond partiellement aux indications de l'article 459 du Code civil puisque, pour les décisions ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne protégée, le représentant légal ne peut agir sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué sauf urgence. Dans ce cadre, une déjudiciarisation a été opérée dans l'article 459 du Code civil, et le tuteur ou la personne chargée de l'habilitation familiale peut représenter l'intéressé. Pourtant, dans le cas des recherches biomédicales, il a été maintenu par le Code de la santé publique une autorisation judiciaire pour que le représentant légal puisse agir en cas de risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain. Cette décision personnelle dispose donc d'un régime

---

<sup>1033</sup> L.TALARICO, op.cit.

spécifique prévue par le Code de la santé publique alors que l'article 459 du Code civil permet au juge de prononcer une représentation large du majeur protégé s'agissant des décisions relatives à la personne portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle, ce qui peut inclure les recherches impliquant la personne humaine. Dès lors, cette confusion peut conduire à ne pas inclure les majeurs représentés dans une recherche biomédicale<sup>1034</sup> alors que cette participation peut être nécessaire, car ces recherches peuvent être relatives au traitement des maladies mentales qui touchent bien souvent les majeurs protégés<sup>1035</sup>. En revanche, cette problématique ne se pose pas pour le mineur qui ne bénéficie pas du régime de l'article 459 du Code civil.

## 2. *Les prélèvements sur le corps de la personne protégée*

**505. Distinction.** Il est important de distinguer le régime du prélèvement de moelle osseuse qui est particulier (a) de celui des autres prélèvements (b).

### a. Le prélèvement de moelle osseuse

**506. Dérogation.** Si l'article L1241-2 du Code de la santé publique pose le principe de l'interdiction d'un tel prélèvement, les articles L1241-3 et L1241-4 du même code prévoient que le prélèvement de moelle osseuse sur une personne protégée est possible à certaines conditions. Le prélèvement est ainsi possible en l'absence d'autres solutions thérapeutiques appropriées au bénéfice de certaines personnes. Les personnes pouvant bénéficier d'un tel prélèvement sont : le frère ou la sœur du majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à sa personne ou du mineur, l'un de ses parents, l'un de ses enfants, son cousin germain ou sa cousine germaine, son oncle ou sa tante, son neveu ou sa nièce. La dérogation à la prohibition n'est donc pas sans condition, il est important d'entourer une telle exception de ces restrictions afin de protéger l'intérêt du majeur protégé et du mineur. Le principe reste l'interdiction, ce n'est qu'en l'absence d'autre solution thérapeutique adaptée que le prélèvement pourra avoir lieu sur le majeur protégé avec représentation à la personne ou le mineur. De plus, le champ des personnes pouvant recevoir ce prélèvement est restreint à un entourage familial proche. Cette dérogation est bienvenue lorsque l'intérêt thérapeutique du receveur le commande, mais cet acte doit être entouré de certaines garanties pour le donneur qui reste une personne protégée à qui on accorde donc la

<sup>1034</sup> F. ROGUE, « Recherches impliquant la personne humaine et personnes vulnérables », *RDSS*, 2019, p.1066

<sup>1035</sup> A. BATTEUR, « Majeurs protégés – Dispositions communes aux mesures de protection. – Effets personnels », *JCl. Civil Code*, Fasc.10, 2022, n°101

possibilité de s'opposer. Dès lors que les conditions pour déroger au principe d'interdiction du prélèvement de moelle osseuse sur un mineur ou un majeur protégé sont réunies, le régime n'est pas le même.

**507. Prélèvement de moelle osseuse du mineur.** Pour le mineur, l'article L1241-3 du Code de la santé publique prévoit que l'autorisation du prélèvement est donnée par le juge après, entre autres, l'audition du mineur s'il est capable de discernement. Le comité d'experts vérifie que le mineur a été informé en vue d'exprimer sa volonté, s'il y est apte. Dès lors, l'expression de la volonté du mineur est entendue, mais elle n'est pas déterminante de la décision, ce sont les titulaires de l'autorité parentale qui vont consentir. En Belgique<sup>1036</sup> et en Espagne<sup>1037</sup>, un tel prélèvement est subordonné au seul consentement du mineur. L'Allemagne a fait le choix d'exiger un double consentement à la fois des parents et du mineur<sup>1038</sup>. On peut légitimement se poser la question de savoir s'il ne serait pas intéressant d'exiger également le consentement du mineur, ou qu'il puisse, à tout le moins, être recueilli par le juge lorsque le mineur est apte à exprimer sa volonté, comme le législateur l'a prévu pour le majeur protégé. Le mineur est entendu par le président du tribunal judiciaire qui autorise le prélèvement après avoir recueilli l'avis du comité d'experts qui lui aussi entend le mineur capable de discernement<sup>1039</sup>. En revanche, il est précisé que c'est le comité d'experts qui s'assure qu'il n'existe de la part du mineur apte à exprimer sa volonté, aucun refus de prélèvement. En effet, l'article L1241-3 du Code de la santé publique alinéa 6 prévoit que le refus du mineur fait obstacle au prélèvement. Si le mineur exprime sa volonté de manière positive et qu'il adhère à la décision, son consentement n'est pas requis, mais il lui est permis d'exprimer sa volonté. Toutefois, s'il exprime sa volonté de manière négative, cette absence de consentement sera décisive puisque l'acte ne peut pas être réalisé. La question se pose de savoir ce qu'il advient si le mineur n'est pas discernant. Dans cette hypothèse, que sa volonté soit positive ou négative, il ne pourra pas l'exprimer. Il semble que le mineur non discernant ne peut pas user de son droit de veto en matière de prélèvement de moelle osseuse puisque le législateur dit que dans le cas où le mineur est apte à exprimer sa volonté, le refus fait obstacle

---

<sup>1036</sup> G.SCHAMPS, « Le degré d'autonomie du mineur dans le domaine des soins médicaux en droit belge », in B.Feuillet-Liger et R.Ida, *Adolescent et acte médical, regards croisés, Approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruylant, 2011, p.155

<sup>1037</sup> V.SAN JULIAN, « Adolescence et acte médical en Espagne », in B.Feuillet-Liger et R.Ida, *Adolescent et acte médical, regards croisés, Approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruylant, 2011, p.57

<sup>1038</sup> F.FURKEL, « L'adolescent face à l'acte médical en République fédérale d'Allemagne ; une autonomie grandissante malgré le silence regrettable du législateur », in B.Feuillet-Liger et R.Ida, *Adolescent et acte médical, regards croisés, Approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruylant, 2011, p.57

<sup>1039</sup> V. *supra* n°390 ; Art. R.1241-11 du Code de la santé publique

au prélèvement : quid s'il n'est pas apte ? Il est difficile d'imaginer qu'un mineur qui refuserait un tel acte, même non discernant, puisse se voir imposer le prélèvement.

**508. Prélèvement de moelle osseuse sur le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation.** En vertu de l'article L1241-4 du Code de la santé publique, le juge procède à l'audition du majeur protégé afin de constater s'il a la faculté de consentir<sup>1040</sup>. Si c'est le cas, alors le juge reçoit le consentement, mais le prélèvement doit quand même être autorisé par un comité d'experts. Si le majeur protégé n'a pas la faculté de consentir, le juge autorise le prélèvement après avoir recueilli, entre autres, l'avis du majeur protégé. L'adhésion n'est donc pas décisive notamment lorsque le majeur protégé n'a pas la faculté de consentir. Lorsqu'il a la faculté de consentir, l'adhésion n'est pas totalement décisive puisqu'elle reste subordonnée à l'autorisation du comité d'experts, sans doute au regard de la particularité de l'acte en cause qui n'est pas une nécessité thérapeutique pour le majeur protégé. Dans ce cas, l'adhésion peut être qualifiée de relative, car elle reste subordonnée à une autorisation alors que dans le cadre des décisions médicales en général l'obtention du consentement est décisive<sup>1041</sup>. Pour le majeur protégé, l'appréciation n'est donc pas la même que pour le mineur. Contrairement au mineur, il y a une distinction entre les cas où le majeur protégé peut consentir au prélèvement ou non. Lorsque le majeur protégé n'a pas la faculté de consentir, le régime se rapproche de celui du mineur, puisqu'il ne sera que consulté et que le comité d'experts va s'assurer qu'il n'y a pas de refus de sa part. En effet, le refus du majeur protégé fait obstacle au prélèvement comme le précise l'article L1241-4 alinéa 6 du Code de la santé publique. En revanche, que le majeur protégé ait ou non la faculté de consentir, l'expression de sa volonté négative sera toujours décisive. Autrement dit, il n'y a pas de distinction selon que le majeur protégé a ou non la faculté de consentir, il peut toujours refuser le prélèvement. Cette possibilité prend davantage d'importance dans le cadre d'une impossibilité de consentir puisqu'elle laisse la possibilité au majeur protégé d'exprimer une volonté décisive. Pour le mineur, rien n'est prévu s'il n'est pas discernant : est-ce que le même régime ne pourrait pas être appliqué ? Autrement dit, il faudrait prévoir qu'il soit discernant ou non l'expression de sa volonté négative serait toujours décisive.

---

<sup>1040</sup> V. également *supra* n°389 sur la vérification de la capacité naturelle du majeur protégé pendant l'audition

<sup>1041</sup> V. *supra* n°300

b. Les autres prélèvements

**509. Prélèvement de tissu ou de cellules embryonnaires.** L'article L1241-5 du Code de la santé publique dispose de manière générale dans son premier alinéa que : « *Des tissus ou cellules embryonnaires ou fœtaux ne peuvent être prélevés, conservés et utilisés à l'issue d'une interruption de grossesse qu'à des fins diagnostiques, thérapeutiques ou scientifiques. La femme ayant subi une interruption de grossesse donne son consentement écrit après avoir reçu une information appropriée sur les finalités d'un tel prélèvement. Cette information doit être postérieure à la décision prise par la femme d'interrompre sa grossesse.* ». Pour la mineure ou la majeure protégée qui fait l'objet d'une mesure de protection juridique, le législateur a précisé le régime des prélèvements de cellules embryonnaires ou fœtales. Par principe, ce prélèvement ne peut pas avoir lieu si la femme ayant subi l'interruption volontaire de grossesse est mineure ou fait l'objet d'une mesure de protection juridique. Néanmoins, une exception existe lorsqu'il s'agit de rechercher les causes de l'interruption de grossesse. Dans ce cas, le régime est le même pour la mineure et la majeure protégée : elles reçoivent une information sur leur droit de s'opposer à un tel prélèvement. L'expression de leur volonté négative est alors décisive.

**510. Don du sang.** Si le principe posé par l'article L1221-5 du Code de la santé publique interdit le prélèvement de sang ou de ses composantes en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui sur un mineur ou un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, il existe une dérogation pour les mineurs. En effet, le deuxième alinéa de ce même article prévoit qu'un prélèvement peut exceptionnellement être effectué si « *des motifs tirés de l'urgence thérapeutique l'exigent ou lorsqu'il n'a pu être trouvé de donneur majeur immunologiquement compatible* ». Dans ce cas, ce sont les titulaires de l'autorité parentale qui consentent par écrit. Le consentement des deux titulaires de l'autorité parentale paraît nécessaire puisqu'il s'agit d'une exception à un principe qui interdit un tel prélèvement. Toutefois, le refus du mineur fait obstacle au prélèvement. Cette dérogation n'est prévue que pour le mineur qui pourra exprimer sa volonté décisive de manière négative. Pour le majeur protégé, il a été fait le choix d'interdire le prélèvement seulement à la personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne. Le champ des personnes concernées étant limité, le législateur n'a sans doute pas trouvé opportun de prévoir la même exception que

pour le mineur. Pourtant, comme le souligne la Professeure Annick Bateur<sup>1042</sup>, l'article L1211-6-1 du Code de la santé publique pose le principe selon lequel : « *Nul ne peut être exclu du don de sang en dehors de contre-indications médicales.* ». Le maintien d'une telle interdiction sans dérogation possible peut alors paraître surprenant, d'autant plus que le régime pourrait être calqué sur celui du mineur.

**511. Prélèvement d'organes sur une personne décédée.** Le prélèvement d'organes sur une personne majeure décédée peut désormais avoir lieu, selon le droit commun prévu à l'article L1232-1 du Code de la santé publique, même s'il s'agissait d'un majeur protégé sauf si de son vivant il a fait connaître son refus d'un tel prélèvement. En effet, le texte prévoit que : « *Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Ce refus est révocable à tout moment.* ». Dès lors, le majeur protégé dispose d'un droit de s'opposer au prélèvement de ses organes à son décès puisque le texte ne distingue pas selon que le majeur est protégé ou non. À cette fin, l'article R1232-6 du Code de la santé publique dispose que : « *Toute personne majeure ou mineure âgée de treize ans au moins peut s'inscrire sur le registre afin de faire connaître qu'elle refuse qu'un prélèvement d'organes soit opéré sur son corps après son décès soit à des fins thérapeutiques, soit pour rechercher les causes du décès, soit à d'autres fins scientifiques, soit dans plusieurs de ces trois cas.* ». Toutefois, pour le mineur, l'article L1232-2 du Code de la santé publique prévoit que le prélèvement n'a lieu qu'à l'une ou plusieurs des fins mentionnées à l'article L1232-1 du Code de la santé publique à la condition que les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale y consentent par écrit. Dès lors, le consentement positif relève des titulaires de l'autorité parentale alors que le consentement négatif appartient au mineur de plus de 13 ans qui peut s'inscrire sur le registre de refus des prélèvements.

**512. Prélèvements d'organes lors d'une intervention chirurgicale.** L'article L1235-2 du Code de la santé publique alinéa 1<sup>er</sup> pose le principe selon lequel : « *Les organes prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale, pratiquée dans l'intérêt de la personne opérée, peuvent être utilisés à des fins thérapeutiques ou scientifiques, sauf opposition exprimée par elle après qu'elle a été informée de l'objet de cette utilisation.* ». Le législateur

---

<sup>1042</sup> A.BATTEUR, « Majeurs protégés. – Dispositions communes aux mesures de protection.- Effets personnels », *JCl. Civil Code*, Fasc.10, 2022, n°95

prévoit un régime commun lorsque cette personne est mineure ou majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation à la personne. Dans ce cas, l'article L1235-2 du Code de la santé publique alinéa 2 prévoit que cette utilisation est « *en outre subordonnée à l'absence d'opposition des personnes investies de l'exercice de l'autorité parentale ou de la personne chargée de la mesure de protection, dûment informées de l'objet de cette utilisation.* ». Si les représentants peuvent s'opposer, cette opposition peut également venir du mineur ou du majeur protégé puisque leur refus fait obstacle à cette utilisation. Une fois encore, la volonté négative est ici décisive et le régime est commun pour un tel prélèvement.

### **3. *La stérilisation contraceptive***

**513. Refus décisif.** La stérilisation contraceptive ne peut pas être pratiquée sur une personne mineure. Pour le majeur protégé, l'article L2123-2 du Code de la santé publique précise que la stérilisation contraceptive est possible à certaines conditions et doit être autorisée par le juge des tutelles<sup>1043</sup>. Le majeur protégé peut s'opposer de deux manières puisqu'il peut s'opposer à la saisine du juge, mais il peut également s'opposer à la réalisation de l'acte. Si le majeur protégé est apte à exprimer sa volonté, son consentement est recherché. Si le majeur n'est pas apte à exprimer sa volonté, alors son consentement n'est même pas au moins recherché et il peut subir une stérilisation contraceptive, ce qui peut être regretté, malgré l'existence d'un droit de veto<sup>1044</sup>. Cette absence d'exigence du consentement peut se justifier par l'intérêt de la personne protégée elle-même. Toutefois, selon la rédaction du texte, le refus est toujours décisif que le majeur protégé soit apte ou non à exprimer sa volonté. De sa capacité naturelle dépend uniquement la recherche de son consentement, mais pas sa possibilité de refuser l'acte, ni même de s'opposer à la saisine du juge aux fins d'autorisation de l'acte. En outre, c'est sans doute parce que le consentement négatif, autrement dit le refus du majeur protégé, est décisif que le législateur a fait le choix de maintenir la simple recherche du consentement. De plus, une éventuelle incapacité de jouissance en cette matière pourrait ne pas être dans l'intérêt du majeur protégé, c'est pourquoi il a été fait ce choix en garantissant la possibilité d'exprimer un refus décisif.

**514. Conclusion du Chapitre.** La recherche du consentement du majeur protégé et du mineur implique nécessairement une information afin qu'ils disposent des éléments

---

<sup>1043</sup> V. *supra* n°395

<sup>1044</sup> V. en ce sens : L.TALARICO, *op.cit.*

nécessaires à l'expression de leur volonté. Cette forme d'expression de la volonté peut être qualifiée de capacité participative, car il ne s'agit pas d'une capacité décisive, notamment pour le mineur. Il s'agit d'une capacité passive s'agissant d'une simple participation à la décision avec une simple recherche du consentement. Néanmoins, cette consultation peut parfois être décisive. En effet, il est parfois prévu que le mineur ou le majeur protégé soit consulté, et qu'il puisse ponctuellement s'opposer à certains actes, touchant notamment à son intégrité physique. Dès lors, outre une simple recherche d'adhésion, il faut également et surtout une absence d'opposition à la réalisation de l'acte. La recherche de l'adhésion se traduit alors par l'expression d'une volonté, d'un avis, d'un consentement qui, positivement, n'est pas décisif, mais qui, négativement, dans certains cas, est décisif. Toutefois, l'existence de textes spécifiques permettant au majeur protégé de s'opposer ne semble plus pertinente depuis l'ordonnance du 11 mars 2020<sup>1045</sup>. En effet, il ne s'agit plus de rechercher le consentement du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation relative à la personne, mais bien de l'obtenir. Dès lors, pourquoi prévoir spécifiquement que son refus fait obstacle à la décision si de manière générale son consentement doit être obtenu ? Le législateur n'a sans doute pas pensé à harmoniser le texte général avec les textes spéciaux.

---

<sup>1045</sup> Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique



## **TITRE 2 :**

### **LA PARTICIPATION DU TIERS**

### **A LA DECISION DE LA PERSONNE REPRESENTEE**

**515. Protection.** Lorsque la décision relative à la personne protégée est à l'initiative du tiers, on recherche la participation de la personne protégée. À l'inverse, la décision peut être à l'initiative de la personne protégée, et, dans ce cas, le tiers doit pouvoir intervenir afin de répondre aux exigences de protection requises par la mesure de représentation. Il s'agit ici des hypothèses où la personne protégée ne dispose pas de la capacité de décider seul, mais d'une capacité qui nécessite qu'un tiers intervienne.

**516. Interventions.** Cette capacité de la personne protégée avec l'intervention d'un tiers peut être perçue comme une capacité assistée. Cette intervention peut prendre différentes formes et laisse différents pouvoirs aux tiers rendant le dispositif peu lisible. Aussi, faut-il envisager d'étendre la possibilité d'une action autonome de la personne protégée par la création de nouvelles dispositions qui feraient intervenir une tierce personne afin de protéger le mineur ou le majeur bénéficiant d'une mesure de représentation en respectant sa volonté et sa liberté d'agir. Dès lors, il faut constater que le tiers peut intervenir de différentes manières dans la capacité d'exercice de la personne représentée (Chapitre 1), mais ce dispositif mériterait d'être plus lisible en unifiant les modalités de cette intervention (Chapitre 2).



## **Chapitre 1 :** **La diversité des interventions du tiers**

**517. Typologie des interventions du tiers.** Pour la Professeure Adeline Gouttenoire<sup>1046</sup> : « *La capacité assistée du mineur discernant s'entend des hypothèses dans lesquelles le mineur prend lui-même l'initiative des décisions qui le concernent tout en restant soumis à l'intervention des titulaires de l'autorité parentale.* ». Aussi, dès lors que le mineur est acteur de la décision, mais qu'il reste soumis à l'intervention parentale alors il s'agit d'une capacité assistée. La capacité assistée du mineur est donc celle où le mineur est acteur de la décision qui reste soumise à l'autorisation parentale, mais également les hypothèses où le consentement des parents est nécessaire en plus du consentement du mineur. Pour le majeur protégé, l'intervention du tiers dans sa capacité se traduit également par une autorisation ou une absence d'opposition. Pour le majeur protégé, le législateur a fait également le choix de mettre en place une assistance ponctuelle dans certaines hypothèses qui se traduit par un double consentement. Dès lors, l'intervention du tiers peut parfois être nécessaire à la réalisation de l'acte (Section 1), mais elle peut également parfois n'être que subsidiaire (Section 2).

### **Section 1 : L'intervention nécessaire du tiers à l'acte de la personne protégée**

**518. Principe.** L'intervention formelle d'un tiers est parfois nécessaire à la validité de l'acte initié par le mineur. La personne protégée est à l'initiative de l'acte, mais l'acte ne sera valable qu'avec l'intervention du tiers dans l'acte. Pour le mineur, la représentation est notamment écartée en raison de la nature de l'acte, mais sa protection justifie l'intervention parentale. De la même manière, le majeur protégé peut conserver sa capacité d'exercice et donc l'initiative de l'acte, mais, au regard des conséquences inhérentes à celui-ci,

---

<sup>1046</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

l'instauration d'une protection est nécessaire et elle se traduit par une intervention d'un tiers. Ce tiers peut être le représentant du majeur protégé, les parents du mineur ou encore le juge. Dès lors, le tiers va parfois intervenir par une participation formelle aux actes de la personne protégée (I) ou par une autorisation (II).

### **§ I. - La participation formelle du tiers aux actes de la personne protégée**

**519. Définition.** L'intervention du tiers aux actes de la personne peut prendre la forme d'une participation formelle, autrement dit, le tiers va intervenir dans l'acte au moment de sa formation. Cette participation formelle intervient notamment pour le mineur (A) et pour différents actes du majeur protégé (B).

#### **A.- La participation du tiers aux actes du mineur**

**520. Intervention parentale.** L'intervention du tiers aux actes du mineur se traduit principalement par la nécessaire intervention des titulaires de l'autorité parentale pour les actes professionnels du mineur (1) mais également pour le traitement des données personnelles du mineur de 15 ans (2).

##### **1. La participation du tiers aux actes professionnels du mineur**

**521. Fondements de la protection du mineur salarié.** Le législateur français n'a pas manqué de protéger le mineur salarié conformément aux exigences internationales et européennes. L'article L4153-1 du Code du travail prévoit ainsi qu'il est interdit d'employer des travailleurs de moins de seize ans sauf quelques exceptions notamment prévues par ce texte. Deux décrets du 11 octobre 2013 sont venus préciser la procédure de dérogation prévue pour les jeunes âgés de moins de 18 ans dans le cadre de l'article L.4153-9 du Code du travail qui prévoit la formation professionnelle<sup>1047</sup> ainsi que la liste des travaux interdits et réglementés pour les jeunes âgés de moins de 18 ans<sup>1048</sup>.

**522. Représentation écartée.** La participation des parents dans la conclusion du contrat de travail ou d'apprentissage fait naître une véritable capacité qui ne peut cependant exister qu'en cas d'intervention parentale. Le législateur s'attache notamment à protéger le mineur salarié contre toute éventuelle exploitation économique. C'est d'ailleurs en raison de

---

<sup>1047</sup> Décret n°2013-914 du 11 octobre 2013

<sup>1048</sup> Décret n°2013-915 du 11 octobre 2013

la nature de l'acte qu'est le contrat de travail qu'une autorisation est nécessaire de la part des représentants légaux ; la capacité du mineur est alors partagée, car ce dernier est à l'initiative de l'acte, mais il doit obtenir l'autorisation de ses représentants légaux. En effet, au nom de la protection du mineur contre l'exploitation économique ou sa décision d'arrêter ou limiter ses études, il est imposé qu'il soit autorisé à conclure ce contrat de travail, l'idée étant que les représentants légaux sont garants de cette protection. À l'inverse, il n'est prévu qu'une simple autorisation et non pas une représentation afin d'éviter le travail forcé : permettre aux parents de représenter le mineur dans la conclusion du contrat de travail reviendrait à leur donner le pouvoir de lui imposer un travail, ce qui n'est pas concevable. C'est pourquoi les parents ne vont intervenir que pour autoriser la conclusion du contrat de travail à la demande du mineur qui ne peut se voir imposer un tel contrat.

**523. Domaine.** La représentation du mineur se trouve ainsi écartée pour la conclusion du contrat de travail (1) et pour le contrat d'apprentissage (2) puisque le mineur de plus de seize ans doit y consentir personnellement, mais il s'agit d'une capacité partagée. Le mineur pourra ensuite participer librement et de manière autonome à son activité professionnelle (3).

a. Le contrat de travail

**524. Incapacité de principe de travailler pour le mineur de 16 ans.** En principe, le mineur de moins de seize ans est soumis à l'obligation scolaire et ne peut travailler sous peine d'une sanction pénale pour l'employeur<sup>1049</sup>. Il faut tout de même signaler que si le mineur a travaillé en ne respectant pas ce seuil d'âge, et malgré la nullité du contrat de travail pour violation d'une règle d'ordre public<sup>1050</sup> qui en découlerait, l'employeur ne peut pas invoquer cette prohibition du mineur de moins de seize ans pour ne pas le payer comme l'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 19 janvier 1996<sup>1051</sup>. De la même manière, la Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 4 février 1981<sup>1052</sup> que l'employeur ne peut se fonder sur cette prohibition pour ne pas lui appliquer la législation relative aux accidents du travail<sup>1053</sup>. Néanmoins, certaines dérogations existent à ce seuil d'âge minimal de 16 ans pour pouvoir travailler. L'article L4153-1 du Code du travail prévoit ainsi plusieurs exceptions au seuil

<sup>1049</sup> M.SCHMITT, « La protection de l'enfant au travail en droit français », *AJ fam.*, 2006, p.132

<sup>1050</sup> Ibid.

<sup>1051</sup> Soc., 19 janv.1996, n°92-44.475

<sup>1052</sup> Soc., 4 févr.1981, n°79-15.058

<sup>1053</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, *Droits des mineurs*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> ed., 2021, p.1055, n°1879

d'âge de seize ans pour les mineurs en contrat d'apprentissage, stage d'observation ou formation professionnelle,<sup>1054</sup> mais d'autres sont spécifiquement prévues et soumises à une double autorisation.

**525. Dérogations à l'incapacité de travailler du mineur de 16 ans.** Le Code du travail prévoit d'autres exceptions à certaines conditions gardant à l'esprit que le mineur doit être protégé contre toute exploitation économique. Ainsi, les articles L.7124-1 et suivants du Code du travail envisagent l'emploi du mineur de moins de seize ans dans le secteur du spectacle ou du mannequinat, mais également dans le secteur du jeu vidéo. L'article L.7124-1 du Code du travail définit les activités que les mineurs de moins de seize ans peuvent exercer, elles sont notamment relatives au domaine artistique au sens large et du mannequinat. Cet article prévoit que, dans le cadre de ces activités, le mineur de moins de seize ans ne peut être engagé ou produit sans autorisation individuelle préalable accordée par l'autorité administrative. L'autonomie du mineur dans cette hypothèse est donc subordonnée à l'autorisation parentale, mais également à l'autorisation administrative. Une autre dérogation prévue par l'article L4153-3 du Code du travail concerne la possibilité pour le mineur de plus de 14 ans de réaliser des travaux légers adaptés à son âge, ce qui ne porte pas atteinte à l'obligation scolaire, car ces travaux peuvent être effectués durant leurs vacances scolaires. Dans ce cadre, le mineur doit tout de même obtenir l'autorisation de ses représentants légaux et l'employeur doit, quant à lui, obtenir l'autorisation de l'inspecteur du travail au moins quinze jours avant la date prévue d'embauche<sup>1055</sup>.

**526. Difficultés.** L'emploi du mineur de plus de treize ans dans les domaines artistiques et du mannequinat nécessite l'accord de l'autorité administrative, des représentants légaux, sur le fondement civil de l'exercice de l'autorité parentale, mais l'article L.7124-2 du Code du travail précise que l'avis favorable écrit du mineur de plus de treize ans est également nécessaire. Il s'agit toujours de la volonté du législateur de garantir la protection du

---

<sup>1054</sup> Art. L4153-1 du Code du travail : « Il est interdit d'employer des travailleurs de moins de seize ans, sauf s'il s'agit :

1° De mineurs de quinze ans et plus titulaires d'un contrat d'apprentissage, dans les conditions prévues à l'article L. 6222-1 ;

2° D'élèves de l'enseignement général lorsqu'ils font des visites d'information organisées par leurs enseignants ou, durant les deux derniers niveaux de l'enseignement des collèges ou durant la scolarité au lycée, lorsqu'ils suivent des périodes d'observation mentionnées à l'article L. 332-3-1 du code de l'éducation ou des séquences d'observation et selon des modalités déterminées par décret ;

3° D'élèves qui suivent un enseignement alterné ou un enseignement professionnel durant les deux dernières années de leur scolarité obligatoire, lorsqu'ils accomplissent des stages d'initiation, d'application ou des périodes de formation en milieu professionnel selon des modalités déterminées par décret. »

<sup>1055</sup> Article D4153-5 du Code du travail

mineur contre toute exploitation économique, les parents pouvant être tentés de contraindre le mineur même s'ils sont censés être des protecteurs naturels. Néanmoins, ce seuil d'âge de 13 ans peut être regretté, car un mineur de moins de treize ans pourrait tout à fait être suffisamment discernant pour donner son avis, ce choix implique que, potentiellement, le mineur de moins de 13 ans, alors même qu'il est doué de discernement, peut être contraint de faire du mannequinat ou d'être employé dans un domaine artistique, ce qui est discutable. C'est pourquoi le critère du discernement devrait être préféré.

**527. Mineur de plus de seize ans.** L'article L4153-1 du Code du travail permet au mineur de plus de seize ans de travailler. La question reste de savoir si cette possibilité accorde au mineur de plus de seize ans une pleine autonomie dans la conclusion du contrat de travail. En réalité, aucune disposition ne prévoit le travail du mineur entre 16 et 18 ans qui n'est pas émancipé. Au regard des dispositions de droit commun, le mineur ne dispose pas de la capacité de contracter sauf pour les actes courants ou autorisés par la loi<sup>1056</sup>. Malgré la représentation générale du mineur, celui-ci étant personnellement engagé dans le contrat de travail, il ne semble pas possible de le conclure sans son consentement<sup>1057</sup>. Le mineur est donc logiquement à l'initiative de la conclusion du contrat de travail, mais sa protection, qui justifie le régime de représentation, impose l'intervention de ses représentants légaux. La question se pose alors de la forme que doit prendre cette intervention.

**528. Autorisation parentale.** La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur le régime du contrat de travail d'un mineur de plus de 16 ans et de répondre notamment à la question de savoir si une autorisation parentale est nécessaire. Ainsi, dans un arrêt du 10 février 1926<sup>1058</sup>, la Cour de cassation estime que le mineur peut conclure un contrat de travail avec l'autorisation de ses parents. La jurisprudence semble donc imposer un double consentement des deux titulaires de l'autorité parentale et répond aux exigences du Code civil relatives à l'autorité parentale imposant le consentement des parents et à celles du droit du travail interdisant le travail forcé, ce qui implique que le mineur doive décider lui-même de travailler<sup>1059</sup>. En l'absence d'autorisation parentale lors de la conclusion du contrat de travail, la sanction est la nullité relative et l'exécution du contrat par le mineur devenu majeur vaut

<sup>1056</sup> V. *supra* n°52 et s. sur la consécration de la capacité usuelle de la personne représentée

<sup>1057</sup> A. GOUTTENOIRE, C. RADE, Le mineur au travail : de l'incapacité civile à la capacité professionnelle, in : *Des liens et des droits : Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, 2015

<sup>1058</sup> Civ., 10 févr. 2006, D.1927.1, p.20

<sup>1059</sup> A.GOUTTENOIRE, C.RADE, *op.cit.*

confirmation<sup>1060</sup>. La rescision pour lésion d'un contrat de travail conclu par un mineur sans autorisation parentale a pu également être retenue dans l'affaire Johnny Hallyday ayant donné lieu à un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 octobre 1966<sup>1061</sup>.

**529. Limites de l'intervention parentale.** Les différents arrêts relatifs au contrat de travail du mineur ne portent pas sur la question précise de savoir s'il doit être autorisé par les deux titulaires de l'autorité parentale ou non. La Professeure Adeline Gouttenoire<sup>1062</sup> propose de considérer que, malgré l'importance d'un tel acte qui pourrait empêcher de le qualifier d'usuel impliquant l'autorisation des deux titulaires de l'autorité parentale pour pouvoir l'accomplir, il faut favoriser l'autonomie du mineur et que le régime d'autorisation ne soit pas trop lourd<sup>1063</sup>. Le Code du travail doit s'articuler avec le Code civil : si l'autorisation de conclure un contrat de travail est considérée comme un acte usuel de l'autorité parentale alors l'intervention d'un seul de ses titulaires suffit, sinon, il est nécessaire d'imposer l'autorisation des deux titulaires de l'autorité parentale. Le contrat de travail relevant de l'initiative du mineur et étant formellement autorisé par la loi dès l'âge de 16 ans, sa conclusion doit être considérée comme un acte non usuel de l'autorité parentale avec un régime spécifique qui n'impose que l'autorisation d'un seul des titulaires de l'autorité parentale. En outre, de nombreux actes soumis à autorisation parentale ne nécessitent le consentement que d'un seul des titulaires de l'autorité parentale, notamment le contrat d'apprentissage<sup>1064</sup>. En l'absence de dispositions législatives, la Professeure Adeline Gouttenoire<sup>1065</sup> propose de raisonner par analogie avec le contrat d'apprentissage, contrat de travail spécifique pour lequel le Code du travail prévoit dans son article R.6222-2 que ce contrat doit être signé par l'employeur, l'apprenti et son représentant légal<sup>1066</sup>. Le contrat d'apprentissage impose la signature d'un seul représentant légal, il serait logique que pour le contrat de travail le régime soit le même.

**530. Autonomie du mineur ?** D'autres ont proposé que le mineur de 16 ans puisse avoir la capacité de signer seul un contrat de travail, de le transmettre à l'Inspection du travail et de percevoir une part de cette rémunération<sup>1067</sup>. Il a également été proposé que la

---

<sup>1060</sup> Soc., 16 févr. 1976, Bull. civ. V, n° 129.

<sup>1061</sup> Soc., 4 oct. 1966, Dr. soc. 1967, p. 178, note J. Savatier.

<sup>1062</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>1063</sup> Ibid.

<sup>1064</sup> V. *infra* n°533

<sup>1065</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>1066</sup> V. *infra* n°533

<sup>1067</sup> E.ALFANDARI, F.DEKEUWER-DEFOSSEZ, F.MONEGER, P.VERDIER, P.-Y. VERDINKT, Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la Convention international sur les droits de l'enfant, Doc.fr., 1993, p.71

commission fixe la part de la rémunération perçue par le mineur et celle affectée jusqu'à sa majorité ou son émancipation à la Caisse des dépôts. Néanmoins, l'assistance du représentant légal paraît nécessaire afin de protéger le mineur de cet engagement qui n'est pas sans conséquences. La Professeure Adeline Gouttenoire<sup>1068</sup> préférerait que le mineur puisse disposer d'un recours en cas de refus ou d'absence de réponse de ses parents ou même encore que le mineur puisse lui-même demander son émancipation afin qu'il puisse librement conclure un contrat de travail. En effet, rien n'est prévu en cas de désaccord des représentants légaux, l'assistance est nécessaire, certes, mais l'autonomie ne doit pas être réduite à néant au nom d'une protection trop accrue. En cela, la possibilité pour le mineur de demander son émancipation paraît être une solution bienvenue, car il pourrait ainsi être considéré comme juridiquement capable, le juge appréciant cette possibilité. L'émancipation peut parfois être considérée comme étant trop générale, il faudrait alors proposer qu'il soit possible de demander une émancipation pour certains actes seulement. En ce sens, il existe la possibilité pour le majeur en tutelle de se voir autoriser la possibilité de réaliser certains actes seul dans l'article 473 du Code civil. Un tel système pourrait être mis en place pour le mineur lui permettant d'être émancipé pour la réalisation de certains actes du mineur : la conclusion du travail ou encore lorsqu'il devient parent<sup>1069</sup>. En tout état de cause, l'absence de dispositions légales dans le Code du travail concernant le contrat de travail « *de droit commun* » du mineur empêche de consacrer une pleine capacité du mineur de passer un contrat de travail, l'intervention des titulaires de l'autorité parentale dans l'acte avec le mineur paraît être la solution la plus respectueuse de l'autonomie et de la protection du mineur.

**531. Rupture du contrat de travail.** Si le mineur peut, avec l'assistance de ses parents qui prend la forme d'une autorisation, conclure un contrat de travail, il se pose la question de la rupture de ce dernier. La Professeure Adeline Gouttenoire<sup>1070</sup> estime que le parallélisme des formes pourrait conduire à exiger que cette rupture soit autorisée par les représentants légaux du mineur, mais un refus parental obligerait le mineur à poursuivre son activité professionnelle. Il est, en effet, difficile de raisonner par analogie dans cette hypothèse. Cette règle irait à l'encontre de la prohibition du travail forcé. Toutefois, il semble que les juges prud'homaux estiment que le mineur est incapable en matière de rupture de

<sup>1068</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>1069</sup> V. en ce sens *supra* n°166

<sup>1070</sup> Ibid.

contrat de travail. Par un jugement du 7 juin 2011<sup>1071</sup>, le Conseil des prud'hommes de Lyon a annulé l'accord passé entre un employeur et un salarié mineur ayant pour objet de mettre fin au contrat de professionnalisation de ce dernier en renonçant à tout recours judiciaire, en raison d'un défaut de capacité du salarié mineur, et a ainsi condamné l'employeur pour licenciement injustifié. Les parents semblent donc devoir intervenir dans la rupture du contrat de travail même en cas d'éventuels accords entre le salarié mineur et son employeur. Sans doute, les juges ont ainsi voulu protéger le mineur vulnérable d'une éventuelle manipulation de la part de l'employeur en exigeant la signature de ses parents. Le licenciement ne semble pas poser de problème puisqu'il s'agit d'un acte unilatéral ne nécessitant aucun consentement du salarié et le fait que celui-ci soit mineur ne semble pas lui octroyer un traitement différencié. La démission est, en revanche, un acte juridique qui ne peut être réalisé par le mineur seul et nécessiterait la participation de ses parents, par application d'une sorte de parallélisme des formes<sup>1072</sup>. Toutefois, la capacité pour le mineur de démissionner pourrait découler de l'autorisation parentale obtenue lors de la formation du contrat qui lui conférerait la capacité d'accomplir ensuite tout acte relatif à ce contrat, dont sa rupture sous réserve d'une éventuelle information des parents<sup>1073</sup>. Il semblerait logique de laisser le mineur accomplir les actes relatifs à son contrat de travail, celui-ci ayant obtenu l'accord de ses parents pour former le contrat de travail. Il faudrait alors prévoir que les parents en donnant leur accord pour la formation du contrat de travail donnent également leur accord pour que le mineur passe seul tous les actes relatifs à ce dernier notamment sa démission avec la nécessité toutefois d'informer les parents.

b. Le contrat d'apprentissage

**532. Le seuil d'âge.** L'article L.6221-1 du Code du travail définit le contrat d'apprentissage comme un « *contrat de travail de type particulier conclu entre un apprenti ou son représentant légal et un employeur* ». L'article L6222-1 du même code permet aux mineurs de plus de seize ans de souscrire un contrat d'apprentissage, Cet âge minimum atteste « *de la nécessité de satisfaire à l'obligation scolaire* »<sup>1074</sup>. Tout comme pour le contrat de travail, il est possible d'anticiper la conclusion du contrat d'apprentissage<sup>1075</sup> puisque ce

---

<sup>1071</sup> JS Lamy n°33, déc. 2011, obs. K.Thiebault. cité par A.GOUTTENOIRE, C.RADE, op.cit.

<sup>1072</sup> Soc. 25 oct. 1962 ; A. GOUTTENOIRE, C. RADE, op.cit

<sup>1073</sup> A. GOUTTENOIRE, P. BONFILS, op.cit

<sup>1074</sup> G.PIGNARRE, « Le contrat d'apprentissage aujourd'hui – Un modèle attractif, une réalité d'avenir », *AJ fam.*, 2006, p.141

<sup>1075</sup> A.GOUTTENOIRE, C.RADE, op.cit.

même article permet au mineur d'au moins quinze ans de débiter un contrat d'apprentissage s'il justifie avoir accompli la scolarité du premier cycle de l'enseignement secondaire. Avant la loi n°2013-595 du 8 juillet 2013, il était même possible de conclure un contrat d'apprentissage dès 14 ans pour bénéficier du statut d'apprenti junior en restant soumis aux dispositions du code de l'éducation. Cette possibilité ayant été supprimée, c'est l'article L337-3-1 du Code de l'éducation qui prévoit : « *Au cours de la dernière année de scolarité au collège, les élèves volontaires peuvent suivre une classe intitulée " troisième prépa-métiers " . Cette classe vise à préparer l'orientation des élèves, en particulier vers la voie professionnelle et l'apprentissage, et leur permet de poursuivre l'acquisition du socle commun de connaissances, de compétences et de culture mentionné à l'article L. 122-1-1. Elle permet de renforcer la découverte des métiers, notamment par des périodes d'immersion en milieu professionnel, et prépare à l'apprentissage, notamment par des périodes d'immersion dans des centres de formation d'apprentis, des sections d'apprentissage ou des unités de formation par apprentissage (...)* ». Le contrat d'apprentissage ne pourra être conclu par le mineur au minimum à partir de l'âge de 15 ans, le dispositif existant pour la dernière année de collège ne relevant pas du code du travail, mais du Code de l'éducation. La volonté d'offrir une plus grande autonomie aux mineurs ne doit pas aller à l'encontre des possibilités éducatives qui s'offrent à lui. C'est pourquoi la loi s'attache à tout faire pour que le mineur aille au bout de son obligation scolaire et ne déroge que dans des conditions très strictes.

**533. Formalisme.** La capacité du mineur à conclure un contrat d'apprentissage est limitée par les conditions rigoureuses entourant la formation de ce contrat. Les articles L. 6222-4 R. 6222-2 du Code du travail imposent que le contrat d'apprentissage fasse l'objet d'un écrit signé à la fois par le mineur et par son représentant légal. Le législateur se contente ici de l'intervention d'un seul représentant légal à la différence du contrat de travail imposant l'intervention des deux titulaires de l'autorité parentale. Il est surprenant de maintenir une telle différence, mais elle peut s'expliquer par le fait que le mineur dans le cadre du contrat d'apprentissage ne rompt pas de manière absolue avec l'obligation scolaire, ce qui est le cas lorsqu'il s'engage dans un contrat de travail. En cas de non-respect de ce formalisme, la jurisprudence annule le contrat et considère que cette exigence d'écrit est une condition de validité de celui-ci. Le choix de cette sanction est logique puisqu'il s'agit de respecter une règle relative à la capacité des parties à l'acte, qui est sanctionnée par la nullité relative<sup>1076</sup>.

<sup>1076</sup> A. GOUTTENOIRE, C. RADE, op.cit.

L'idée est là encore de protéger le mineur, la présence d'un écrit étant source d'une meilleure sécurité juridique. Ainsi, en l'absence d'écrit, le contrat est requalifié en contrat de travail<sup>1077</sup> avec les conséquences relatives à la rémunération qui ne sera plus calculé en pourcentage du SMIC, mais par rapport au salaire versé à un jeune travailleur sous contrat de travail<sup>1078</sup> rendant la rémunération plus favorable au mineur<sup>1079</sup>.

**534. Exécution du contrat d'apprentissage.** Dès lors que l'apprenti est mineur, l'employeur doit continuer de rendre des comptes aux parents. En effet, l'article R. 6223-9 du Code du travail impose à l'employeur de prévenir les représentants légaux de l'apprenti mineur « *en cas de maladie ou d'absence de l'apprenti ou de tout autre fait de nature à motiver leur intervention.* ». L'autonomie du mineur sous contrat d'apprentissage est limitée et contrôlée. La loi prévoit également les cas où l'apprenti obtient son diplôme avant le terme du contrat d'apprentissage. Dans ce cas, le mineur peut y mettre fin de manière anticipée selon l'article L. 6222-19 du Code du travail. À l'inverse, si le mineur apprenti échoue à son examen de fin d'études, son contrat d'apprentissage peut être prolongé<sup>1080</sup>. Si l'autonomie du mineur est limitée, il est également protégé dans l'exécution du contrat d'apprentissage. L'article L6222-23 du Code du travail prévoit que : « *L'apprenti bénéficie des dispositions applicables à l'ensemble des salariés dans la mesure où elles ne sont pas contraires à celles qui sont liées à sa situation de jeune travailleur en formation.* ». La jeunesse, qui peut rendre vulnérable, est donc prise en compte dans l'exécution du contrat. La durée de travail des apprentis mineurs<sup>1081</sup> est déterminée dans les conditions prescrites par l'article L.3162.1 du Code du travail pour le jeune travailleur. Lorsqu'un employeur ne satisfait pas à son obligation de formation, objet du contrat d'apprentissage, la Cour de cassation a également approuvé la requalification de celui-ci en contrat à durée déterminée<sup>1082</sup>. Le contrat d'apprentissage doit être déposé auprès de l'opérateur de compétences<sup>1083</sup> qui vérifie que le contrat satisfait à différentes conditions relatives aux formations éligibles à l'apprentissage, à

---

<sup>1077</sup> Soc., 28 mars 1996, n°93-41139

<sup>1078</sup> G.PIGNARRE, op.cit.

<sup>1079</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>1080</sup> Art L.6222-11 Code du travail.

<sup>1081</sup> Art. L6222-5 Code du travail

<sup>1082</sup> Soc., 12 févr. 2013, n° 11-27525, RJS 2013, p.256.

<sup>1083</sup> Art. D6224-1 Code du travail al. 1 : « Au plus tard dans les cinq jours ouvrables qui suivent le début de l'exécution du contrat d'apprentissage, l'employeur transmet ce contrat, accompagné de la convention mentionnée à l'article L. 6353-1 et, le cas échéant, de la convention tripartite prévue au troisième alinéa de l'article L. 6222-7-1, à l'opérateur de compétences. »

l'âge de l'apprenti, au maître d'apprentissage et à la rémunération des apprentis et refuse le cas échéant la prise en charge financière du contrat par une décision motivée<sup>1084</sup>.

**535. Rupture du contrat d'apprentissage.** La résiliation du contrat d'apprentissage de manière anticipée peut avoir de graves conséquences sur la formation de l'apprenti, c'est pourquoi elle est soumise à des conditions particulières<sup>1085</sup>. L'article L. 6222-18 du Code du travail prévoit que : « *Le contrat d'apprentissage peut être rompu par l'une ou l'autre des parties durant les deux premiers mois de l'apprentissage.* ». Il poursuit en disposant qu'au-delà de ce délai, la rupture du contrat n'est possible qu'en présence d'un accord écrit signé des deux parties. À défaut, la rupture du contrat est prononcée par le conseil des prud'hommes, statuant en la forme des référés<sup>1086</sup>, et ce « *en cas de faute grave ou de manquements répétés de l'une des parties à ses obligations ou en raison de l'inaptitude de l'apprenti à exercer le métier auquel il voulait se préparer* »<sup>1087</sup>. L'employeur a l'interdiction de résilier unilatéralement le contrat d'apprentissage, quel que soit le motif sur lequel il se fonde. Toutefois, si la gravité des fautes commises par l'apprenti le justifie, il a la possibilité de prononcer sa mise à pied dans l'attente de la décision judiciaire<sup>1088</sup>. L'article L6222-18 alinéa 4 du Code du travail prévoit que l'acte de rupture doit être conjointement signé par le représentant légal et le mineur. Le mineur n'a alors besoin de l'intervention que d'un seul représentant légal, comme c'est le cas pour la conclusion du contrat d'apprentissage. Le régime de la conclusion et de la rupture du contrat d'apprentissage est alors cohérent. Si l'accord de l'apprenti mineur n'a pas été constaté par un écrit signé de sa part et de celle de son représentant légal, il est requalifié en licenciement<sup>1089</sup>. La capacité du mineur à rompre le contrat d'apprentissage est donc également soumise à l'intervention de son représentant légal. Il faut préciser que l'article L6222-18 du Code du travail indique dans l'alinéa 4 que si l'apprenti mineur ne parvient pas à obtenir de réponse de son représentant légal, il peut solliciter le médiateur mentionné à l'article L6222-39 du même code. Le Code du travail prévoit ainsi une solution en cas d'inertie du représentant légal, ce qui est bienvenu. Si aucun accord n'aboutit entre les différentes parties, les auteurs<sup>1090</sup> estiment que c'est le juge

<sup>1084</sup> Art. D6224-2 Code du travail

<sup>1085</sup> A.GOUTTENOIRE, P. BONFILS, op.cit

<sup>1086</sup> Soc., 8 déc. 2016, n°15-19.439

<sup>1087</sup> Art. L6222-18 Code du travail

<sup>1088</sup> Soc. 17 mars 1993, n°89-43512 ; Soc. 22 avr.1997, D.1998.Jur.91, obs. J.-P. Karaquilo. ; A.GOUTTENOIRE, C.RADE, op.cit.

<sup>1089</sup> Soc. 1<sup>er</sup> févr. 2005, *Dr.soc.* 2005, p.682

<sup>1090</sup> A. GOUTTENOIRE, C.RADE, op.cit.

prud'homal qui va assurer la protection de l'apprenti mineur par la résiliation judiciaire du contrat de travail. Ce régime devrait également être appliqué pour le contrat de travail du mineur en cas d'absence d'accord entre les différentes parties et qu'il n'obtient pas l'accord de ses représentants légaux.

c. La capacité professionnelle

**536. Salaire du mineur.** Le contrat de travail conclu par un mineur avec l'autorisation de ses parents produit certains effets. D'une part, il ouvre le droit à la rémunération du mineur. Le montant de la rémunération perçue par le mineur est réglementé par le législateur qui prévoit un « SMIC jeunes »<sup>1091</sup>. Ainsi, l'article D3231-3 du Code du travail prévoit que le salaire minimum de croissance applicable aux mineurs salariés comporte un abattement sur le SMIC fixé à 20 % pour les jeunes de moins de 17 ans et de 10 % pour les jeunes entre 17 et 18 ans. Dès lors, le salaire qu'est tenu de verser l'employeur à un mineur est moins important que celui qu'il doit verser à un majeur, en contrepartie des obligations auxquelles il est spécifiquement tenu en employant un mineur<sup>1092</sup>. Cet abattement peut se justifier également parce que le mineur ne fournit pas le même travail que les majeurs, que ce soit « *en quantité comme en qualité* »<sup>1093</sup>. Toutefois, le législateur prévoit que cet abattement peut être supprimé si le mineur justifie de six mois de pratique professionnelle dans la branche d'activité dont il relève<sup>1094</sup>.

**537. La perception du salaire.** Le Code du travail ne prévoit rien en ce qui concerne la perception et l'utilisation des salaires, c'est alors au droit civil de régir ces situations. Pour ce qui est de la perception de son salaire, il faut rappeler que le mineur est considéré comme incapable dans la relation contractuelle avec son employeur. Or, l'article 1342-2 du Code civil alinéa 2 dispose que : « *Le paiement fait à un créancier dans l'incapacité de contracter n'est pas valable, s'il n'en a tiré profit.* ». Le raisonnement applicable à la rescision pour lésion des actes accomplis par le mineur est donc inversé, le débiteur employeur devrait alors prouver que le paiement a profité au mineur s'il lui verse directement son salaire<sup>1095</sup>. Les auteurs<sup>1096</sup> s'accordent néanmoins pour dire que dès lors que les représentants légaux ont donné leur accord pour la conclusion du contrat de travail, il vaut

---

<sup>1091</sup> M.SCHMITT, op.cit.

<sup>1092</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>1093</sup> M.SCHMITT, op.cit.

<sup>1094</sup> Article D3231-3 Code du travail.

<sup>1095</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>1096</sup> Ibid., M. SCHMITT, op.cit.

également pour la perception de la rémunération, conséquence de ce contrat, notamment en l'absence d'opposition auprès de l'employeur. D'autres proposent que le fait de percevoir ce salaire relève de la catégorie des actes courants autorisés par l'usage<sup>1097</sup>. Ces deux propositions paraissent devoir être combinées : si le mineur obtient l'autorisation de ses représentants légaux pour conclure le contrat de travail, cette autorisation doit également valoir pour tous les effets attachés à celui-ci et qu'un texte le prévoit expressément afin que le mineur tienne sa capacité de l'autorisation de la loi.

**538. Utilisation du salaire.** Toutefois, si on considère que les représentants légaux peuvent s'opposer au versement du salaire directement au mineur, cette rémunération est alors soumise « à leur administration légale tout en étant exclu de la jouissance légale »<sup>1098</sup>. En effet, l'article 386-4 du Code civil prévoit que la jouissance légale ne s'étend pas aux biens que l'enfant peut acquérir par son travail. Cette exclusion concerne les salaires, mais également toutes autres indemnités dues au salarié<sup>1099</sup>. L'utilisation de cette rémunération ne doit être faite que dans l'intérêt de l'enfant, les parents ne peuvent pas en tirer profit et ne peuvent utiliser celle-ci que s'ils ne disposent pas de ressources suffisantes afin d'assurer l'entretien de leur enfant mineur<sup>1100</sup>. Les auteurs<sup>1101</sup> critiquent la soumission de la rémunération à l'administration légale et préféreraient qu'elle en soit exclue ou consignée une partie à la Caisse des dépôts et des consignations jusqu'à la majorité de l'enfant comme c'est le cas pour les revenus des enfants du spectacle. En effet, le respect de l'autonomie du mineur impliquerait qu'il puisse, par lui-même, percevoir son salaire et décider de leur utilisation. Les représentants légaux sont présumés utiliser cette rémunération dans l'intérêt de l'enfant, mais les détournements sont toujours possibles. Il conviendrait, là encore, de reconnaître aux mineurs une pleine autonomie professionnelle dès lors qu'il a été autorisé par ses représentants légaux à conclure le contrat de travail. Par conséquent, le mineur pourrait librement percevoir et disposer de son salaire en excluant également de l'administration légale les revenus résultant de l'activité professionnelle<sup>1102</sup>, ses parents l'ayant accepté au préalable au moment de la formation du contrat de travail. Le fait que le mineur prenne l'engagement de signer un contrat de travail peut justifier de sa maturité à percevoir et à disposer d'un

<sup>1097</sup> P.-Y. VERKINDT « Le droit des revenus professionnels du mineur », in F. Dékeuwer-Défossez (dir.), *L'enfant, la famille et l'argent*, LGDJ, 1991, p.80

<sup>1098</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>1099</sup> A. GOUTTENOIRE, C. RADE, op.cit.

<sup>1100</sup> Ibid.

<sup>1101</sup> Ibid., P.-Y. Verkindt, op.cit.

<sup>1102</sup> A. GOUTTENOIRE, C.RADE, op.cit.

salaires. Néanmoins, il faut prendre garde à ce que le mineur ne dilapide pas son salaire ou en fasse un mauvais usage, c'est pourquoi, au nom de sa protection, il est pertinent de consigner une partie de sa rémunération.

**539. Droits du mineur salarié.** En concluant un contrat de travail, le mineur acquiert une « *capacité professionnelle* », lui conférant certains droits collectifs identiques à ceux des salariés majeurs<sup>1103</sup>. Le mineur acquiert en principe les mêmes droits que les salariés majeurs, et ce sur le fondement du principe de non-discrimination présent à l'article L. 1132-1 du Code du travail. Toutefois l'article L.1133-1 du même code dispose que ce principe de non-discrimination édicté à l'article L.1132-1 : « *ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.* ». Le mineur est alors protégé contre toute forme de discrimination qui lui serait préjudiciable, les seules différences de traitement autorisées sont celles qui existent dans le but de le protéger. En effet, l'article L.1133-2 du Code du travail dispose dans son alinéa 1 que : « *Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés.* ». Cet article poursuit en indiquant en quoi peuvent consister ces différences. Pour le mineur, la différence de traitement qui pourrait être autorisée serait donc : « *L'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés* ». Ainsi, le mineur travailleur bénéficie d'une égalité de traitement avec les majeurs, les seules différences de traitement acceptées ayant pour but de le protéger. Le législateur lui permet une nouvelle fois d'être autonome tout en maintenant une part de protection.

**540. La saisine du Conseil de Prud'hommes par le mineur.** Bien que le mineur ne dispose pas de la capacité de conclure seul un contrat de travail, et que cette capacité nécessite d'obtenir l'autorisation des représentants légaux, le Code du travail accorde au mineur la capacité d'agir devant le Conseil de prud'hommes. En effet, l'article L.1453-1 du Code du travail dispose : « *Les mineurs qui ne peuvent être assistés de leur père, mère ou tuteur peuvent être autorisés par le conseil de prud'hommes à agir devant lui.* ». Dès lors, par

---

<sup>1103</sup> M. SCHMITT, op.cit.

principe, le mineur doit être assisté d'un représentant légal devant le Conseil de prud'hommes, mais si ce n'est pas possible, il n'est pas empêché de saisir cette juridiction qui peut l'autoriser à agir. En tout état de cause, la capacité procédurale du mineur devant le Conseil des prud'hommes est une capacité soumise à une assistance avec une alternative en cas d'impossibilité. Il faut remarquer que le Code du travail évoque l'assistance du représentant légal et écarte, en ce sens, la représentation de principe du mineur.

## **2. La participation du tiers au traitement des données personnelles du mineur de moins de 15 ans**

**541. Le traitement des données personnelles du mineur.** Le traitement de données personnelles est défini comme « *toute opération portant sur des données à caractère personnel, quel que soit le procédé utilisé.* »<sup>1104</sup>. Ce traitement de données personnelles peut s'entendre de différents actes comme la diffusion, la modification ou encore la conservation de données personnelles. Le fichier de données personnelles désigne « *tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique.* »<sup>1105</sup>. Lorsque le mineur est âgé de moins de 15 ans, l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés tel qu'issu de la l'ordonnance du 12 décembre 2018 dispose que « *le traitement n'est licite que si le consentement est donné conjointement par le mineur concerné et le ou les titulaires de l'autorité parentale à l'égard de ce mineur.* ». Le législateur impose le consentement conjoint du mineur et du ou des titulaires de l'autorité parentale impliquant que ces derniers interviennent dans l'acte. S'agissant de données le concernant personnellement, il paraît bienvenu que le mineur dispose de l'initiative de l'acte, mais ces données pouvant être sensibles et avoir des conséquences, l'intervention parentale est nécessaire jusqu'à l'âge de 15 ans, au-delà le mineur dispose d'une majorité numérique<sup>1106</sup>.

**542. Inscription sur les réseaux sociaux.** Dans le cadre de l'inscription sur les réseaux sociaux, la loi du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne<sup>1107</sup> a inséré un article 6-7 dans la loi du 21 juin 2004 pour la confiance

<sup>1104</sup> G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2019, 13<sup>ème</sup> ed., p.367

<sup>1105</sup> Article 2 alinéa 2 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>1106</sup> V. *supra* n°247

<sup>1107</sup> Loi n° 2023-566 du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne

dans l'économie numérique<sup>1108</sup> impose une autorisation par l'un des titulaires de l'autorité parentale pour l'inscription du mineur de 15 ans aux services des fournisseurs de services de réseaux sociaux en ligne<sup>1109</sup>.

**543. Recueil du consentement.** La question se pose de la forme du recueil du consentement du mineur et de celui de ses parents pour le traitement des données personnelles. Le Règlement européen du 27 avril 2016<sup>1110</sup> dit règlement général sur la protection des données (RGPD) dispose dans son article 8 que : « *Le responsable du traitement s'efforce raisonnablement de vérifier, en pareil cas, que le consentement est donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, compte tenu des moyens technologiques disponibles.* ». Toute la difficulté réside dans les moyens technologiques mis à disposition afin de s'assurer de l'âge du mineur, mais également de s'assurer que le consentement recueilli est bien celui du titulaire de la responsabilité parentale. Si cette intervention parentale doit avoir lieu au moment du traitement des données personnelles, reste à savoir comment s'en assurer. Pour ce qui est de l'inscription sur les réseaux sociaux, l'article 6-7 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique introduit par la loi visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne une obligation de vérification de l'âge pour les fournisseurs de ces services : « *Afin de vérifier l'âge des utilisateurs finaux et l'autorisation de l'un des titulaires de l'autorité parentale, les fournisseurs de services de réseaux sociaux en ligne utilisent des solutions techniques conformes à un référentiel élaboré par l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique, après consultation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.* ». Dès lors, les fournisseurs de services de réseaux sociaux ont l'obligation de mettre en place toutes les solutions techniques permettant de vérifier l'âge du mineur ainsi que l'autorisation parentale.

**544. Conditions d'âge.** Le traitement des données personnelles est soumis à l'autorisation parentale seulement lorsque le mineur est âgé de moins de 15 ans. Rien n'est indiqué quant à la maturité de l'enfant, mais il semble évident que le mineur doive être discernant pour consentir au traitement des données à caractère personnel. Une condition

---

<sup>1108</sup> Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

<sup>1109</sup> V. également *supra* n°248

<sup>1110</sup> Règlement (UE) 2016/679 du parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

supplémentaire pourrait être ajoutée : le mineur de moins de 15 ans peut consentir au traitement des données personnelles, dès lors qu'il dispose de la maturité suffisante et qu'il est discernant. Le mineur dispose d'une autonomie dans le traitement de données à caractère personnel puisqu'il peut en être à l'initiative, mais il doit conjointement obtenir l'autorisation du ou des titulaires de l'autorité parentale.

### **B.- La participation du tiers aux actes du majeur protégé**

**545. Assistance ponctuelle et générale.** En l'état du droit positif, en matière patrimoniale, le régime de l'assistance sous forme de double consentement est très peu utilisé dans les mesures de représentation. En ce sens, le Professeur Gilles Raoul-Cormeil<sup>1111</sup> estime que la distinction entre assistance et représentation est nette en matière de protection des biens tandis qu'elle devient subsidiaire et flottante en matière de protection de la personne. Cette technique a davantage été développée en matière personnelle en tant que palliatif à l'impossibilité du majeur protégé d'exprimer sa volonté alors qu'en matière de protection des biens, l'assistance du majeur protégé dans le cadre d'une mesure de représentation est assez rare. L'assistance en matière patrimoniale se justifie au regard de la nature de l'acte qui impose une initiative du majeur protégé, mais les conséquences possibles de l'acte exigent une protection par l'assistance.

**546. Convention de PACS du tuteur.** L'article 462 du Code civil dispose : « *La personne en tutelle est assistée de son tuteur lors de la signature de la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité. Aucune assistance ni représentation ne sont requises lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire prévue au premier alinéa de l'article 515-3.* ». Il faut déduire de ce texte que le consentement au PACS, qui reste un contrat, est strictement personnel et n'appartient qu'au majeur protégé<sup>1112</sup>. En revanche, il faut distinguer la déclaration conjointe de la convention de PACS. En effet, le majeur protégé consent personnellement au PACS, mais lors de la signature de la convention, qui règle les conséquences patrimoniales du PACS, il doit être assisté de son tuteur. L'article 462 du Code civil poursuit en indiquant que le même régime est applicable en cas de modification de la convention qui ne peut se faire qu'avec l'assistance du tuteur. La déclaration conjointe d'un pacte civil de solidarité ne contient finalement que

<sup>1111</sup> G.RAOUL-CORMEIL, « Majeurs protégés – Assistance et représentation dans la protection juridique des majeurs », *Dr.fam.*, sept.2021, n°9

<sup>1112</sup> V. *supra* n°173

des dispositions relatives à l'identité du majeur protégé, ce qui explique sans doute pourquoi aucune assistance ni représentation n'est requise pour celle-ci. Cependant, la convention de PACS organise la vie commune des futurs partenaires et il faut notamment opter pour un régime de biens, ce qui justifie l'assistance du tuteur pour signer cette convention. En effet, les conséquences patrimoniales de la signature de la convention de PACS ne sont pas négligeables et nécessitent une protection du tuteur. La question se pose de la forme de cette assistance : est-ce qu'il s'agit d'une assistance formelle au sens où le représentant participe à l'acte, notamment ou est-ce simplement un accompagnement ? Il semble que cette assistance doit être une participation formelle à l'acte puisque sans assistance, la signature de la convention ne peut avoir lieu.

**547. Refus d'assistance du tuteur.** La jurisprudence est intervenue afin de régler la problématique du refus du tuteur d'assister le tuteur lors de la signature de la Convention. Pour cela, il faut raisonner par analogie avec ce qui a été décidé pour le curatelaire pour lequel la Cour de cassation indique que le juge des tutelles peut être saisi d'une demande visant à autoriser le curatelaire à conclure un PACS à la suite du refus de son curateur de l'assister<sup>1113</sup>. Dès lors, le juge semble pouvoir autoriser le tuteur à conclure un PACS en cas de refus du tuteur de l'assister lors de la signature de la Convention.

**548. Convention de PACS de la personne bénéficiant d'une habilitation familiale générale par représentation.** L'article 494-6 du Code civil prévoit que si l'habilitation familiale peut porter sur un ou plusieurs actes relatifs à la personne à protéger alors elle s'exerce dans le respect des dispositions des articles 457-1 à 459-2 du Code civil, mais ne renvoie pas aux dispositions prévues pour le PACS de la personne en tutelle, ni même à celles de la personne en curatelle. La doctrine estime alors à juste titre que si l'habilitation familiale par représentation est générale (et donc qu'elle s'assimile à une mesure de représentation comme la tutelle) alors l'assistance de la personne habilitée doit s'imposer pour la conclusion de la convention de PACS sauf décision contraire du juge<sup>1114</sup>.

**549. Conclusion des conventions matrimoniales.** Le premier alinéa de l'article 1399 du Code civil dispose : « *Le majeur en tutelle ou en curatelle ne peut passer de conventions matrimoniales sans être assisté, dans le contrat, par son tuteur ou son*

---

<sup>1113</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2017, n° 16-18.685, D., 2017. 1292, note M. Saulier ; D., 2017. 2038, note A. Gouëzel ; RTD civ., 2017, p.358, obs. J. Hauser

<sup>1114</sup> F.MARCHADIER, *Majeur protégé, droit civil*, Dalloz corpus, 2020, p.115, n°193

*curateur. ». Il prévoit également la sanction du défaut d'assistance et prévoit que dans ce cas « l'annulation des conventions peut être poursuivie dans l'année du mariage, soit par la personne protégée elle-même, soit par ceux dont le consentement était requis, soit par le tuteur ou le curateur. ». Cette assistance ne sera nécessaire que si le tuteur se marie sous un autre régime que celui de la communauté réduite aux acquêts. Pour la Professeure Annick Bateau<sup>1115</sup> : « le régime de séparation de biens est le plus apte à assurer la protection du majeur qu'un régime communautaire ». À ce titre, elle rappelle qu'avant la loi de 2019 l'existence d'un contrat de mariage était une condition de l'autorisation à mariage du juge des tutelles qui préconisait souvent un régime de séparation de biens. Désormais, le juge n'intervient plus et le tuteur ne peut intervenir que pour mettre en place un régime matrimonial ou en s'opposant à la célébration du mariage. L'assistance du majeur protégé ne prend toutefois pas la forme d'une autorisation mais bien d'une participation formelle à l'acte de la personne chargée de la mesure. En effet, le texte précise bien que le tuteur est assisté dans le contrat. À ce titre, le défaut d'assistance peut entraîner l'annulation de la convention, ce qui renforce l'idée que l'assistance se traduit ici par une participation formelle à l'acte. Concernant la personne bénéficiant d'une habilitation familiale générale par représentation, la même remarque que pour la signature de la convention de PACS peut être faite. Dès lors que l'habilitation familiale impose la représentation de manière générale, l'assistance semble s'imposer pour la conclusion d'un contrat de mariage.*

**550. Action unilatérale du tuteur.** Un dernier alinéa a été prévu par le législateur dans l'article 1399 du Code civil et prévoit que : *« Toutefois, 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 fait l'objet de critiques par la doctrine qui l'assimile à la conclusion forcée d'un contrat de mariage qui peut, certes, éviter des conséquences préjudiciables pour le patrimoine du majeur protégé, mais qui méconnaît le droit commun des régimes matrimoniaux<sup>1116</sup>. Le majeur protégé doit être assisté pour conclure une convention matrimoniale alors que la personne chargée de la mesure doit obtenir l'autorisation du juge, ce qui semble logique afin de ne pas imposer un contrat de mariage au majeur protégé qui ne serait pas dans son intérêt. L'initiative de la conclusion d'un contrat de mariage peut alors venir du majeur protégé, mais

<sup>1115</sup> A.BATTEUR, « Majeurs protégés – Curatelle et tutelle – Effets personnels – Vie familiale du majeur protégé », *JCl. Civil Code*, Fasc.20, 2022, n°19

<sup>1116</sup> A.BATTEUR, L.MAUGER-VIELPEAU, G.RAOUL-CORMEIL, « La conclusion forcée du contrat de mariage du majeur protégé », *D.*, 2019, p.825

elle peut également venir de la personne en charge de la mesure de protection qui doit être autorisée par le juge à cette fin. Le texte vise généralement la personne en charge de la mesure de protection, ce qui signifie que la personne habilitée à représenter de manière générale peut également être autorisée à conclure seule une convention matrimoniale.

**551. Assistance du majeur protégé en matière patrimoniale.** Que ce soit pour le PACS ou pour le mariage, l'assistance du représentant est requise pour régler les conséquences patrimoniales de la vie commune des époux dont l'un serait un majeur protégé. Puisqu'il s'agit d'une assistance à accomplir un acte juridique, on peut en déduire que le majeur protégé doit intervenir en manifestant sa volonté puisqu'il ne s'agit pas d'une représentation. Aussi, cette assistance en matière patrimoniale se traduit, en quelque sorte, par la nécessité d'un double consentement à travers une participation formelle. La représentation implique le seul consentement du représentant, et les actes strictement personnels ne requièrent que le consentement du majeur protégé. L'assistance telle qu'elle est ponctuellement prévue pour ces actes patrimoniaux du majeur protégé apparaît comme un intermédiaire entre autonomie et protection qui nécessite à la fois le consentement du majeur protégé et du représentant.

## **§ II. - L'autorisation du tiers**

**552. Définition.** La capacité autorisée du majeur protégé et du mineur se manifeste par un acte qui peut être de leur propre initiative, mais qui est soumis soit à l'autorisation de la personne chargée de la mesure de protection ou des titulaires de l'autorité parentale qui donneront le droit d'agir, soit à leur éventuelle opposition qui fait obstacle à la possibilité d'agir. Cette capacité autorisée peut être explicite lorsqu'une autorisation du tiers est nécessaire en amont de la réalisation de l'acte (I), mais elle peut également être implicite lorsque la réalisation de l'acte est subordonnée à l'absence d'opposition du tiers (II).

### **A.- L'autorisation explicite**

**553. Autorisation préalable.** Dans certaines hypothèses, le mineur ou le majeur protégé doit obtenir une autorisation préalable à la réalisation de l'acte. L'intervention du tiers passe par son autorisation explicite de réaliser l'acte. L'obtention de l'autorisation octroie la capacité d'agir au mineur ou au majeur protégé. Pour le mineur, l'autorisation d'agir est donnée par le ou les titulaires de l'autorité parentale (A) tandis que pour le majeur protégé

cette autorisation est émise par le juge, ou le conseil de famille s'il a été constitué, ce qui semble rare en pratique, faisant de sa capacité autorisée une capacité généralement autorisée par le juge (B).

### 1. *L'autorisation parentale*

**554. Assistance nécessaire.** Dans les hypothèses d'autorisation parentale, l'autonomie du mineur est préservée, mais l'intervention des parents a été maintenue afin de le protéger alors que la représentation est impossible au regard de la nature de l'acte. L'autorisation parentale se double parfois d'une condition d'âge ou de discernement. L'autorisation parentale est donc une seconde condition. L'autorisation parentale sera exigée en deçà d'un seuil d'âge et ne le sera pas au-delà. La capacité d'agir du mineur est d'abord fonction de son âge ou de son discernement, et il doit également obtenir l'autorisation de ses parents en amont. Toutes ces conditions peuvent laisser penser que l'autonomie du mineur est très limitée. Néanmoins, les actes soumis à l'autorisation parentale sont des actes qui peuvent être qualifiés d'actes par anticipation. En effet, l'acte n'est pas nécessaire à l'évolution du mineur et peut attendre qu'il atteigne la majorité, mais le choix a été fait de lui permettre d'y accéder par anticipation à travers le mécanisme de l'autorisation parentale. Cette autorisation parentale se retrouve pour certains actes patrimoniaux (a), mais également en matière personnelle (b).

#### a. L'autorisation en matière patrimoniale

**555. Retrait sur le livret jeune.** Il existe une épargne réservée aux jeunes de 12 à 25 ans qui est le livret jeune prévu par l'article L.221-24 du code monétaire et financier. Tout comme le livret A il s'agit d'un placement disponible à tout moment plafonné à 1600 euros. Dès l'âge de 12 ans, le mineur peut ouvrir un livret jeune. Toutefois, si le mineur est âgé de moins de 16 ans, il a besoin de l'autorisation de son représentant légal pour effectuer des retraits sur ce livret jeune et est soumis à l'éventuelle opposition parentale s'il a plus de 16 ans<sup>1117</sup>. L'anticipation peut ici être opportune, et en l'absence d'autorisation, le mineur peut toujours opérer les retraits à l'âge de 16 ans en l'absence d'opposition ou alors à sa majorité. Il est important de lui laisser la possibilité d'ouvrir une épargne et d'y accéder, mais entre 12 ans et 16 ans il est nécessaire que son représentant légal intervienne afin d'éviter tout risque de dilapidation de son patrimoine même si les sommes sont modestes.

<sup>1117</sup> V. *infra* n°580

**556. La constitution et la gestion d'une association par le mineur de 16 ans.**

L'alinéa 2 de l'article 2 bis de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 dispose dans son alinéa 2 : « *Tout mineur âgé de moins de seize ans, sous réserve d'un accord écrit préalable de son représentant légal, peut participer à la constitution d'une association et être chargé de son administration dans les conditions prévues à l'article 1990 du Code civil. Il peut également accomplir, sous réserve d'un accord écrit préalable de son représentant légal, tous les actes utiles à l'administration de l'association, à l'exception des actes de disposition.* » Dès lors, le mineur de moins de 16 ans peut constituer une association lui-même avec une autorisation parentale s'il a moins de seize ans. Le mineur peut également participer à la constitution d'une association, être chargé de son administration et réaliser les actes utiles à son administration sous réserve d'un accord écrit préalable de son représentant légal. Cette capacité peut être considérée comme une capacité avec autorisation en fonction de l'âge, car l'assistance se justifie notamment au regard du jeune âge du mineur. En effet, les représentants légaux agissent comme protecteur de la capacité associative du mineur de 16 ans, ce dernier prenant un engagement en participant à la constitution et à l'administration d'une association.

**557. Autorisation parentale.** Les mineurs de moins de seize ans disposent d'une capacité associative subordonnée à l'accord de leurs représentants légaux, leur capacité est donc une capacité autorisée, ce qui n'est pas sans poser certaines difficultés. En effet, la constitution d'une association est une prise de responsabilités de la part du mineur. Dès lors, il n'est pas certain que les jeunes en quête d'autonomie demanderont l'accord écrit de leurs parents ni que ces derniers donneront cet accord ne sachant pas à quelles responsabilités ils s'engagent. L'inquiétude serait alors de voir les mineurs se réfugier dans les formes non officielles de la vie associative, pour échapper à cette extension de la tutelle parentale<sup>1118</sup>. Néanmoins, l'accord écrit préalable des représentants légaux permet de protéger le mineur de 16 ans dont on peut parfois douter de la maturité pour constituer une association. De plus, il s'agit d'une anticipation de la capacité patrimoniale puisque le mineur peut réaliser l'acte à sa majorité et il n'est pas nécessaire à l'évolution du mineur. Toutefois, il est important de lui laisser la possibilité d'agir, mais l'autorisation est opportune. La loi n'évoque l'autorisation que d'un seul représentant légal, faisant exception à la règle de coparentalité, ce qui se justifie

---

<sup>1118</sup> J.-C. BARDOUT, « Juridique – Droit d'association – Mineurs : une réforme mi-figue, mi raisin », *Juris associations*, 2011, n°449, p. 36

sans doute parce qu'il s'agit du mineur qui est à l'initiative de l'acte et non pas un des parents<sup>1119</sup>.

**558. Le mandat du mineur.** Le mineur peut être chargé de l'administration de l'association dans les conditions prévues par l'article 1990 du Code civil<sup>1120</sup>, c'est-à-dire dans les conditions prévues par les dispositions relatives au mandat du mineur. En effet, l'article 1990 du Code civil donne une capacité exceptionnelle au mineur en matière de mandat. Il dispose : « *un mineur non émancipé peut être choisi pour mandataire* ». Néanmoins, le mandant doit être capable pour que l'acte accompli soit valable. Les parents peuvent notamment utiliser cette règle comme technique pour associer l'enfant mineur à la gestion de ses biens<sup>1121</sup>. La loi limite cette capacité puisque le texte précise que s'appliquent « *les règles générales d'incapacité du mineur* » dans les rapports entre mandat et mandataires, ce qui va permettre au mineur de ne pas prendre de risques personnels<sup>1122</sup>. En outre, c'est le mandant capable qui est engagé par la convention, ainsi, les relations entre le mandataire et le contractant sont soumises au droit commun. En subordonnant la constitution et l'administration de l'association aux conditions prévues à l'article 1990 du Code civil, le législateur souhaite protéger le mineur qui s'engage au sein d'une association en lui octroyant une autonomie limitée afin que son engagement n'ait pas de conséquences néfastes sur son patrimoine. En effet, cet article prévoit pour le mineur un régime de responsabilité minorée, celle-ci étant appréciée en fonction de son âge et de sa maturité. Le législateur a ainsi trouvé l'équilibre voulu entre la liberté statutaire et la protection des mineurs<sup>1123</sup> et limite leurs obligations s'ils commettent une faute de gestion<sup>1124</sup>.

**559. Le mineur associé.** Aucune disposition ne répond à la problématique du mineur associé que ce soit dans le Code civil ou dans le code de commerce, et la jurisprudence en la matière est peu fournie. En principe, le mineur non émancipé ne peut pas exercer une activité commerciale, il ne peut donc pas être associé en nom collectif ou associé commandité, ces deux statuts impliquant la qualité de commerçant. Dans les sociétés où la

<sup>1119</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>1120</sup> Art. 2 bis loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association : « (...)Tout mineur âgé de moins de seize ans, sous réserve d'un accord écrit préalable de son représentant légal, peut participer à la constitution d'une association et être chargé de son administration dans les conditions prévues à l'article 1990 du code civil. (...) »

<sup>1121</sup> J.-J. LEMOULAND, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD Civ.*, 1997

<sup>1122</sup> A. GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>1123</sup> J.-C. BARDOUT, op.cit.

<sup>1124</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

capacité commerciale n'est pas exigée<sup>1125</sup> ou s'il est commanditaire<sup>1126</sup>, le mineur peut être associé. Cependant, il n'agit pas personnellement. Les parts sociales ou les actions sont, en effet, souscrites en son nom par son administrateur légal ou son tuteur. Par exception, lors de la création d'une société unipersonnelle<sup>1127</sup>, un mineur âgé de seize ans révolus peut être autorisé par l'administrateur légal ou le conseil de famille à accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion de la société.

**560. Les sociétés unipersonnelles et entreprises individuelles à responsabilité limitée.** Les articles 388-1-2 et 401 du Code civil permettent respectivement au mineur de seize ans révolus et au mineur de seize ans révolus en tutelle d'être autorisés par son ou ses administrateurs légaux, ou le conseil de famille pour le mineur en tutelle, à accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle. Cette autorisation doit être donnée « *par son ou ses administrateurs légaux* », on peut s'étonner de cette formulation. Le législateur a sans doute voulu viser les cas où l'autorité parentale est exclusive alors que si elle est conjointe, le consentement des deux titulaires de l'autorité parentale est nécessaire. En effet, la création d'une société ne semble pas pouvoir être considérée comme un acte usuel de l'autorité parentale permettant l'intervention d'un seul de ses titulaires notamment au regard des conséquences que peut comporter la réalisation de l'acte. L'autorisation prend la forme d'un acte sous seing privé ou d'un acte notarié comportant la liste des actes d'administration pouvant être accomplis par le mineur. Il serait alors possible d'y inclure l'apport pouvant être considéré comme un acte d'administration, si son montant n'est pas trop élevé<sup>1128</sup>. Le mineur aurait ainsi la capacité de faire un apport pour entrer dans une telle société après avoir obtenu l'accord de ses parents. Il s'agit d'une nouvelle forme de capacité autorisée. En ce qui concerne l'entrée en société, le mineur est alors capable de créer une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou une société unipersonnelle en vertu des articles 388-1-2 et 401 du Code civil sous réserve de l'autorisation de ses représentants légaux. En effet, il est difficilement imaginable que le mineur puisse agir de manière autonome en présence de sociétés comportant des risques importants. La loi accorde une certaine autonomie au mineur pour qu'il puisse s'engager au

---

<sup>1125</sup> Société Anonyme (SA), Société A Responsabilité Limitée (SARL) et Société par Actions Simplifiée (SAS)

<sup>1126</sup> Sociétés en commandite simple ou par actions

<sup>1127</sup> Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) ou Société par Actions Simplifiée Unipersonnelle (SASU)

<sup>1128</sup> M.-H. Monsèrié-Bon, préc.

sein d'une société, mais les dispositions restent prudentes afin de lui éviter de prendre des risques patrimoniaux trop importants.

**561. Autonomie du mineur.** L'autorisation parentale a pour effet de permettre mineur de s'engager lui-même par les actes d'administration dont la liste est établie au préalable, et d'exclure la possibilité pour les parents d'effectuer ces actes. Aussi, il faut en conclure que le mineur peut assumer les fonctions de gérant de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) ou de président de la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU). Cette autorisation parentale permet ainsi de confier au mineur le pouvoir de gérer et administrer seul les biens qu'ils souhaitent affecter à son entreprise individuelle, alors qu'un tel pouvoir appartient en principe à ses administrateurs légaux<sup>1129</sup>. Le risque est limité pour le mineur puisque, en théorie, tous les actes de disposition devront être conclus par ses représentants légaux et il n'a pas le pouvoir de les accomplir seul. De plus, le mécanisme de l'EURL permet de limiter le droit de gage général des créanciers professionnels au patrimoine affecté à l'entreprise<sup>1130</sup>, si bien que le risque patrimonial pour le mineur est moindre. L'autorisation est opportune puisqu'il s'agit également d'anticiper la capacité du mineur qui peut réaliser ces actes à sa majorité, mais il est important de lui laisser la possibilité d'agir, mais de prévoir une autorisation au nom de sa protection.

**562. L'engagement dans la réserve civique.** Le mineur de plus de seize ans peut s'engager dans la réserve civique. En effet, l'article 3 de la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ouvre aux mineurs âgés de seize ans révolus la possibilité de s'engager dans la réserve civique sous réserve d'un accord écrit préalable de leurs représentants légaux. Le choix législatif a été d'exiger le consentement des deux représentants légaux, ce qui peut étonner puisque l'engagement dans l'armée quant à lui ne nécessite pourtant que l'accord d'un seul représentant légal. En effet, l'article L.4132-1 du Code de la défense prévoit qu'une personne peut devenir militaire si elle est âgée de 17 ans au moins ou de seize ans pour recevoir une formation générale en qualité de volontaire dans les armées ou en qualité d'engagé dans une école militaire. Le texte précise que le mineur émancipé doit obtenir le consentement de son représentant légal. Le Conseil d'État est intervenu pour préciser cette règle dans un arrêt du 7 décembre 2016<sup>1131</sup> dans lequel il considère que le consentement d'un seul parent est suffisant et que le législateur a voulu, en

<sup>1129</sup> F. JULIENNE, « Le mineur, acteur de la vie économique ? », *Dr. fam.*, 2010, études n°31,16 et 17

<sup>1130</sup> F. BICHERON, « L'enfant et son patrimoine », *LPA*, 9 mars 2012, n°50, p.30

<sup>1131</sup> CE, 7 déc.2016, n°392722

cette matière, déroger au principe selon lequel, pour les actes non usuels, dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, l'accord des deux parents est nécessaire. Pour la Professeure Adeline Gouttenoire<sup>1132</sup>, ce régime est favorable au mineur puisque l'engagement dans l'armée est ainsi facilité. En outre, la Professeure ajoute que l'absence d'exigence du consentement des deux parents ne s'explique pas par l'absence de gravité de l'acte, mais plutôt par le fait qu'il s'agit d'un acte initié par le mineur auquel il souscrit personnellement. En ce sens, une telle règle mériterait d'être harmonisée<sup>1133</sup> et étendue notamment à l'engagement dans la réserve civique, mais également au contrat de travail<sup>1134</sup>.

b. L'autorisation en matière personnelle

**563. Accès aux origines du mineur dans le cadre de l'accouchement dans le secret.** La loi du 5 mars 2007<sup>1135</sup> reconnaît au mineur la possibilité d'exercer lui-même le droit de connaître ses origines. En effet, l'article L147-2 du Code de l'action sociale et des familles indique très clairement que le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles reçoit la demande d'accès à la connaissance des origines de la part du mineur lui-même s'il a atteint l'âge de discernement, mais avec l'accord de ses représentants légaux. Par conséquent, le mineur est seul à pouvoir formuler la demande d'accès à ses origines, ses parents ne peuvent le faire à sa place, ce qui laisse entendre qu'il dispose d'une sphère d'autonomie résiduelle en la matière. Le législateur est toutefois resté prudent en exigeant que le mineur soit doué de discernement et qu'il ait l'accord de ses représentants légaux, au risque que ces derniers fassent obstacle à cette recherche. Dès lors, il s'agit d'une forme de capacité avec autorisation pour anticiper la capacité d'accès aux origines. Ces garde-fous ne sont pas incohérents puisqu'en tout état de cause, une fois devenu majeur, l'enfant qui souhaite connaître ses origines pourra le faire librement. Autrement dit, ces restrictions sont élaborées dans le but de protéger le mineur, notamment psychologiquement. Pour le majeur protégé, il s'agit d'un acte strictement personnel excluant toute assistance ou représentation. Cette différence s'explique par le fait que le mineur peut librement accéder à ses origines à sa majorité et cet acte peut attendre, il ne s'agit que d'une anticipation de sa capacité justifiant la nécessaire autorisation.

---

<sup>1132</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, op.cit.

<sup>1133</sup> V. en ce sens *infra* n°657 et s. les développements sur la généralisation de l'intervention du tiers

<sup>1134</sup> V. *supra* n°529 sur l'autorisation parentale dans le cadre du contrat de travail

<sup>1135</sup> Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance

**564. Accès aux origines dans le cadre d'une procréation médicalement assistée.**

En outre, la question se pose de l'opportunité d'anticiper l'accès aux origines dans le cadre de l'accouchement dans le secret alors même que le mineur ne peut y avoir accès dans le cadre d'une procréation médicalement assistée puisque l'article L2143-2 du Code de la santé publique subordonne l'accès à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur à la majorité. Le manque de cohérence entre les textes peut être regretté, une telle différence ne se justifie pas. S'il n'a pas été jugé opportun que le mineur puisse accéder à ses origines dans le cadre d'une procréation médicalement assistée pourquoi l'accès aux origines dans le cadre d'un accouchement dans le secret le serait. Le législateur doit faire le choix soit de permettre au mineur d'accéder à ses origines dans les deux cas soit de subordonner cet accès à la majorité si l'anticipation de sa capacité n'est pas jugée opportune et absolument nécessaire dès sa minorité.

**565. Mariage du mineur.** L'hypothèse du mariage du mineur reste rare. En effet, la loi du 4 avril 2006 a fixé la majorité matrimoniale à dix-huit ans faisant ainsi correspondre cette majorité avec la majorité juridique<sup>1136</sup>. Dès lors, le mariage n'a fréquemment lieu qu'une fois la majorité atteinte. Il s'agit d'une possible anticipation de la capacité matrimoniale qui n'est pas nécessaire, ce qui justifie que le législateur ait prévu certaines règles si la situation se présente. Ainsi, le mineur doit, pour pouvoir se marier, obtenir une dispense d'âge de la part du Procureur de la République qui autorise le mariage pour motifs graves<sup>1137</sup> et une autorisation parentale<sup>1138</sup>. Il ne s'agit donc pas d'un acte qui est réalisé par représentation, en raison du caractère strictement personnel d'un tel engagement, mais qui doit être autorisé. Il s'agirait alors d'une catégorie spécifique, les actes strictement personnels subordonnés à une autorisation, pour lesquels la représentation est impossible, mais dont les conséquences sont tellement importantes qu'une autorisation est nécessaire. Considérer que le mariage du mineur est un acte strictement personnel est difficile puisque ce dernier doit obtenir une autorisation. Pour autant, le mariage du majeur protégé a été considéré comme un acte strictement personnel malgré l'exigence d'une autorisation du tuteur sous l'empire de la loi ancienne. Cette qualification doit être la même pour le mariage du mineur et la différence de régime se

<sup>1136</sup> Art. 388 al. 1 Code civil : « Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis. »

<sup>1137</sup> Art. 145 Code civil : « Néanmoins, il est loisible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves. »

<sup>1138</sup> Art. 148 Code civil : « Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement »

justifie notamment par le fait que le mineur peut se marier dès sa majorité, il n'est pas forcément nécessaire qu'il se marie pendant sa minorité, mais il est bienvenu de prévoir cette éventualité.

## 2. *L'autorisation judiciaire*

**566. Autorisation d'agir du représentant du majeur protégé.** L'article 502 du Code civil prévoit : « *Le conseil de famille ou, à défaut, le juge statue sur les autorisations que le tuteur sollicite pour les actes qu'il ne peut accomplir seul. Toutefois, les autorisations du conseil de famille peuvent être suppléées par celles du juge si les actes portent sur des biens dont la valeur en capital n'excède pas une somme fixée par décret.* » Pour certains actes, le tuteur doit obtenir l'autorisation du juge afin d'agir. Dans le même sens, l'article 494-6 alinéa 4 dispose que : « *La personne habilitée ne peut accomplir en représentation un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles.* ». Il ne s'agit pas ici de s'intéresser à de telles autorisations, mais bien à celles que doit obtenir le majeur protégé qui souhaite agir seul.

**567. Formes de l'autorisation à agir.** L'autorisation du juge concerne surtout le majeur protégé. Le juge va pouvoir autoriser le majeur protégé à agir seul excluant toute assistance ou représentation. Dans ce cas, l'autorisation prend la forme informelle d'une vérification de la capacité naturelle du majeur protégé à réaliser l'acte. Dès lors, ces hypothèses sont à distinguer de celles où le juge va entendre le majeur protégé afin d'autoriser la réalisation de l'acte<sup>1139</sup>. Le juge peut également autoriser à agir avec l'assistance ou la représentation de son protecteur, alors même qu'il a la faculté d'exprimer sa volonté.

### a. L'autorisation à agir seul

**568. Actes autorisés par le juge.** Dans le cadre de la mesure de tutelle, le premier alinéa de l'article 473 du Code civil pose le principe de la représentation du tuteur dans tous les actes de la vie civile sauf les cas où la loi ou l'usage l'autorise à agir lui-même. Cet article précise dans son deuxième alinéa que : « *Toutefois, le juge peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire seule ou avec l'assistance du tuteur.* ». Dès lors, le juge peut autoriser le majeur en tutelle à agir pour certains actes précis soit seul soit avec assistance du tuteur. En dehors de la

---

<sup>1139</sup> V. *supra* n°386 et s. sur la vérification de la capacité naturelle du majeur protégé pendant l'audition

capacité résiduelle du premier alinéa de l'article 473 du Code civil, le deuxième alinéa prévoit qu'il est possible d'autoriser certains actes par décision de justice. Il s'agit d'une tutelle allégée,<sup>1140</sup> car elle peut être modulée par une autorisation judiciaire préalable. Le texte visant certains actes, il laisse entendre que le juge apprécie souverainement le domaine de cette tutelle allégée. Il s'agit donc de tous les actes, patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, en dehors des cas où la loi ou l'usage autorise le tuteur à agir lui-même. Cette possibilité a, par exemple, été utilisée afin de permettre au tuteur de « *prélever sur un compte bancaire, ouvert par son tuteur, des sommes à concurrence de 30 000 francs par mois* »<sup>1141</sup>. Dans l'hypothèse où le juge décide d'octroyer la capacité de réaliser certains actes au tuteur, il est nécessaire qu'il soit précis dans sa décision, autrement dit, les actes autorisés doivent être précisément déterminés. Dans la même idée, l'habilitation familiale à représenter peut ne pas être générale et dans ce cas l'article 494-8 alinéa 1<sup>er</sup> dispose : « *La personne à l'égard de qui l'habilitation a été délivrée conserve l'exercice de ses droits autres que ceux dont l'exercice a été confié à la personne habilitée à la représenter en application de la présente section.* ». En ce sens, le juge peut implicitement autoriser l'habilité à conserver une certaine capacité en ne mettant pas en place une habilitation familiale générale.

**569. Contrat de travail majeur protégé.** Dans le cadre d'une mesure de tutelle, le contrat de travail est soumis au droit commun et donc à la représentation en l'absence de dispositions spécifiques. En effet, le tuteur doit être représenté par le tuteur qui signera à sa place conformément à l'article 473 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil qui dispose que le tuteur représente le tuteur dans tous les actes de la vie civile. Cette potentielle représentation peut surprendre : la représentation a été écartée pour le mineur au profit d'une autorisation pour éviter des situations de travail forcé, mais elle est maintenue pour le majeur protégé. La solution se trouve sans doute dans la qualification du contrat de travail. Des difficultés existent néanmoins quant à cette qualification du contrat de travail à savoir s'il s'agit d'un acte d'administration ou de disposition afin de bien définir les pouvoirs du tuteur<sup>1142</sup>. Dans ce cas, il serait opportun de qualifier le contrat de travail d'acte de disposition afin que sa conclusion soit subordonnée à l'autorisation du juge ou du conseil de famille. En effet, il serait surprenant que le tuteur puisse agir seul pour conclure un contrat de travail pour le

<sup>1140</sup> En ce sens : A.KARM, « Art. 467 à 476 – Fasc.10 : MAJEURS PROTEGES.- Curatelle et tutelle.- Effets patrimoniaux de la curatelle et de la tutelle.- Fondement des actes », *JCl. Civil Code*, déc.2016, n°36 et s.

<sup>1141</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 oct.1995, n°93-19.422

<sup>1142</sup> J.HAUSER, « Incapacité juridique et emploi », *Dr.soc.*, 1991, p.553 ; T.TAURAN, « Le contrat de travail de l'incapable (suite et fin) », *LPA*, juill.1999, n°136,p.11

majeur protégé ! En outre, il a été proposé que le contrat de travail soit plutôt considéré comme étant un acte autorisé par le juge sur le fondement de l'article 473 alinéa 2 du Code civil<sup>1143</sup>. En effet, le juge pourrait ainsi autoriser le tuteur à conclure seul un contrat de travail à travers cette disposition. Selon son appréciation, le juge peut décider que la signature du contrat de travail se fera ou non avec l'assistance du tuteur. De la même manière, la personne en habilitation familiale générale par représentation peut être autorisée implicitement par le juge à réaliser seul un acte si le juge décide d'exclure cet acte de la représentation sur le fondement de l'article 494-8 du Code civil. En tout état de cause, le principe veut que ce soit le tuteur qui représente le tuteur qui souhaite conclure un contrat de travail, mais il existe une possibilité pour le juge d'autoriser ce dernier à conclure seul, ou avec assistance, un contrat de travail. L'hypothèse d'une autorisation judiciaire peut être la bienvenue puisque le mineur lui-même doit être autorisé par ses représentants légaux qui interviennent dans la réalisation de l'acte. Or, une autorisation judiciaire implique que l'autorisation soit préalable à la réalisation de l'acte. Cette différence s'explique sans doute par le fait que la protection du mineur et du majeur protégé ne repose pas sur les mêmes besoins.

**570. Désignation d'une personne de confiance.** La personne de confiance est définie par l'article L.1111-6 du Code de la santé publique comme une personne majeure qui *« rend compte de la volonté de la personne. Son témoignage prévaut sur tout autre témoignage. »*. Ce même article en son alinéa 5 dispose : *« Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure protection juridique avec représentation relative à la personne, elle peut désigner une personne de confiance avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. (...) »*. Dans cette hypothèse, le majeur protégé dispose de la capacité pour désigner la personne de confiance sous réserve de l'autorisation du juge. L'intervention du juge se justifie par le fait que le majeur protégé doit être autonome dans la désignation de cette personne de confiance, mais il est important qu'il soit autorisé à agir, car à cette occasion il est possible de vérifier s'il est apte à exprimer sa volonté. L'idée est encore une fois de lier protection et autonomie. Pour la Professeure Annick Batteur<sup>1144</sup>, cette possibilité ne sera que peu fréquemment utilisée au regard du risque de différence de points de vue entre le représentant et cette personne de confiance ; mais ce droit reste un progrès lorsqu'un

---

<sup>1143</sup> Ibid.

<sup>1144</sup> A.BATTEUR, « Majeurs protégés. – Dispositions communes aux mesures de protection. – Effets personnels », *JCl. Civil Code*, Fasc.10, n°82

professionnel a été désigné pour exercer la mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne. En effet, la personne de confiance va pouvoir donner de précieuses indications au représentant sur les volontés du majeur protégé. En pratique, lorsque le représentant du majeur protégé est un professionnel, il peut ne pas connaître les véritables volontés du majeur protégé et simplement agir dans son intérêt. En agissant de concert avec la personne de confiance, le représentant, notamment professionnel, n'agira pas seulement dans l'intérêt du majeur protégé, mais en respectant également sa volonté.

**571. Directives anticipées.** Les directives anticipées sont prévues par l'article L1111-11 du code de la santé publique qui dispose dans son premier alinéa que : « *Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux.* ». L'alinéa 7 envisage la situation du majeur protégé et prévoit : « *Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, elle peut rédiger des directives anticipées avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. La personne chargée de la mesure de protection ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion.* » . Comme pour la désignation de la personne de confiance, le majeur protégé sera à l'initiative de la rédaction des directives anticipées, et le juge intervient pour l'autoriser à agir. Même si le législateur a fait le choix d'exclure toute assistance ou représentation pour rédiger les directives anticipées, ce qui semble faire de cet acte, un acte strictement personnel, une autorisation judiciaire est maintenue. Cette disposition peut sembler paradoxale, mais il s'agit de laisser le majeur protégé autonome dans son initiative tout en le protégeant à travers une autorisation judiciaire. En effet, il semble logique de ne permettre qu'au majeur protégé de rédiger ses directives anticipées au regard de la nature de l'acte, mais il est important qu'il soit protégé par le juge qui va s'assurer de sa capacité à exprimer sa volonté en l'autorisant à rédiger ces directives anticipées.

**572. Testament.** Pour certains auteurs, le testament est un acte strictement personnel<sup>1145</sup> qui nécessite tout de même une autorisation. L'article 476 alinéa 2 du Code civil dispose que la personne en tutelle : « *ne peut faire seule son testament après l'ouverture de la*

<sup>1145</sup> J.-J. LEMOULAND, « Le testament de l'incapable (dans la loi du 23 juin 2006) », *Dr.fam.*, nov. 2006, n°11, étude 48 ; D. NOGUERO, « Protection de la personne et autonomie des majeurs protégés : les actes simplement et strictement personnels », *Droit prospectif RRJ*, PUAM, 2019-1, XLIV-176, p.111

tutelle qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, à peine de nullité de l'acte. Le tuteur ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion. ». Il s'agit donc d'un acte strictement personnel en ce que le tuteur ne peut être ni assisté ni représenté pour réaliser son testament. Néanmoins, ce dernier doit tout de même obtenir l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Cette capacité strictement personnelle est donc à relativiser puisqu'une autorisation est nécessaire. Cependant, la représentation reste exclue, ce qui permet la qualification d'acte strictement personnel avec un régime spécifique d'autorisation. Le tuteur va lui-même solliciter l'autorisation du juge ou du conseil de famille, l'acte étant strictement personnel. En effet, le Professeur Noguéro<sup>1146</sup> estime que puisque le majeur protégé va demander d'être investi de la capacité de tester, il faut qu'il puisse directement s'adresser au juge. À l'occasion de cette autorisation, le juge va vérifier que le tuteur est bien capable d'exprimer clairement sa volonté<sup>1147</sup>. En effet, si le tuteur n'est pas en mesure de saisir lui-même le juge et d'exprimer clairement sa volonté, il est possible de douter de sa capacité à tester. Il faut pourtant nécessairement s'assurer de sa volonté et de sa capacité à l'exprimer afin d'éviter les recours postérieurs contre le testament pour insanité d'esprit. Cette capacité en matière testamentaire est donc relative puisque l'autorisation du juge est nécessaire : le tuteur est à l'initiative de l'acte, il en a la capacité, mais une autorisation est nécessaire.

**573. Autorisation de tester.** Lorsque le juge autorise le tuteur à tester, il va vérifier que ce dernier est en « *capacité d'exprimer clairement sa volonté quant à ses dispositions testamentaires* »<sup>1148</sup> afin de l'autoriser à agir. La question se pose de savoir comment les magistrats vont pouvoir s'assurer de cette capacité afin de donner leur autorisation. À cette fin, un auteur<sup>1149</sup> a proposé de s'inspirer du droit de la Common Law. En effet, il existe un test de capacité testamentaire en Angleterre et au Pays de Galles issu de l'arrêt *Banks v. Goodfellow*<sup>1150</sup>. Les juges ont dans cet arrêt établi quatre étapes pour évaluer le degré de lucidité nécessaire à l'établissement du testament. Ainsi, pour que le testament soit valable, le testateur doit comprendre la nature de l'acte souscrit et ses effets ; apprécier correctement l'étendue des biens dont il dispose ; comprendre les suites judiciaires pouvant

<sup>1146</sup> D.NOGUERO, « Le testament des majeurs protégés : une liberté encadrée », *Defrénois*, sept. 2017, n°17, p.22

<sup>1147</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2017, n°16-10.340, Dr.fam. 2017, comm. 109, I.Maria

<sup>1148</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2017, n° 16-10.340, D. 2017. 1490, obs. J.-J. Lemouland et D. Noguéro ; AJ fam. 2017. 250, obs. G. Raoul-Cormeil ; RTD civ. 2017. 354, obs. J. Hauser

<sup>1149</sup> J.HOUSSIER, « L'autorisation à tester du tuteur : excursion en Common law », *AJ fam.*, 2018, p.671

<sup>1150</sup> *Banks v. Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549.

avoir lieu suite au testament et ne pas être sujet à des troubles mentaux susceptibles d'altérer ses affections ou son jugement<sup>1151</sup>. L'auteur souligne tout de même qu'une différence existe quant à la finalité du test qui est utilisé en Common law une fois le testament rédigé alors qu'en droit français ce test aurait lieu avant la rédaction du testament<sup>1152</sup>. De plus, l'auteur souligne que les deux seules premières étapes pourraient être transposées en l'état dans notre droit, puisque la troisième étape devrait être adaptée à notre droit et que la quatrième doit être mise en relation avec le dossier de mise en tutelle<sup>1153</sup>. En conclusion, un tel test pourrait être intéressant à mettre en place et à adapter en droit français, car il pourrait permettre d'encadrer l'autorisation donnée par les magistrats et il pourrait les aiguiller dans la vérification de la capacité du tuteur à exprimer sa volonté dans le cadre de la rédaction de son testament.

**574. Particularités de l'habilitation familiale générale.** Il faut cependant préciser que pour le majeur protégé bénéficiant d'une habilitation familiale générale rien n'a été spécifiquement prévu. Le Professeur Gilles Raoul-Cormeil<sup>1154</sup> estime alors que cette absence législative profite à la pleine capacité juridique que l'habilitation familiale soit spéciale ou générale, par représentation ou par assistance, la personne est soumise à la situation de la personne en curatelle qui, selon l'article 470 du Code civil, peut tester librement sous réserve des dispositions de l'article 901 du Code civil. Cette situation peut poser des difficultés lorsque la personne ne peut pas manifester sa volonté puisque l'assistance n'étant pas possible, la représentation ne le peut pas non plus.

**575. Révocation du testament par le tuteur.** Si pour tester, le tuteur doit obtenir l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, ce n'est pas le cas s'il souhaite révoquer son testament au regard des dispositions de l'article 476 alinéa 3 du Code civil qui dispose que la personne en tutelle peut seule révoquer le testament qu'il ait été réalisé avant ou après l'ouverture de la mesure de tutelle, ne nécessitant aucune représentation, assistance ou autorisation. Néanmoins, cette possibilité ne semble qu'hypothétique puisque généralement afin de révoquer son testament, le tuteur va réaliser un nouveau testament et pour cela il devra obtenir l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il est constitué. En tout état de cause, personne ne pourra représenter le tuteur qui

---

<sup>1151</sup> J.HOUSSIER, op.cit.

<sup>1152</sup> Ibid.

<sup>1153</sup> Ibid.

<sup>1154</sup> G.RAOUL-CORMEIL, « MAJEURS PROTEGES. – Habilitation familiale.- Mesure de protection juridique », *JCI Civil Code*, fasc. unique, 25 janv. 2022, n°57

souhaite révoquer son testament faisant de cet acte, un acte strictement personnel au regard de son régime. Cette capacité n'est cependant que symbolique, la révocation du testament impliquant la rédaction d'un nouveau pour lequel l'autorisation est nécessaire. Pour ce qui est du testament du mineur, la révocation semble être un cas d'école puisque ce dernier recouvrira pleine capacité à 18 ans.

**576. Limitations.** L'article 909 du Code civil limite la capacité de tester du tuteur au profit de certaines personnes que sont notamment l'ensemble des professions médicales et de la pharmacie et les auxiliaires médicaux, mais également les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions. En outre, l'article L.116-4 du Code de l'action sociale et des familles limite également les personnes pouvant profiter de dispositions à titre gratuit entre vifs ou testamentaires en leur faveur par des personnes prises en charge par l'établissement ou le service pendant la durée de la prise en charge sous réserve des dispositions des articles 909 et 911 du Code civil. Cette limitation concerne les personnes physiques propriétaires, gestionnaires, administrateurs ou employés d'un établissement ou service soumis à autorisation ou à déclaration, ainsi que les bénévoles ou les volontaires qui agissent en leur sein ou y exercent une responsabilité. Cette disposition concerne également le couple ou l'accueillant familial soumis à un agrément, et son conjoint, la personne avec laquelle il a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, ses ascendants ou descendants en ligne directe et ce pendant la durée de cet accueil ou de cet accompagnement. Ces limitations veulent protéger le tuteur d'éventuelles personnes peu scrupuleuses qui profiteraient de sa vulnérabilité, mais elles font également naître une incapacité de jouissance qui est préférée au nom de la protection du tuteur.

b. L'autorisation à agir avec assistance ou représentation

**577. Donation majeur protégé.** Dans le cadre de la mesure de tutelle, l'article 476 alinéa 1 du Code civil dispose : « *La personne en tutelle peut, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, être assistée ou au besoin représentée par le tuteur pour faire des donations.* ». Le juge va autoriser le tuteur à agir avec l'assistance ou la représentation de son tuteur alors même qu'il est apte à exprimer sa volonté. Il faut différencier cette hypothèse de celle où le juge va autoriser l'assistance ou la représentation du majeur protégé lorsqu'il n'est pas en état de prendre seule une décision personnelle éclairée, il s'agit ici d'une tout autre forme d'assistance alors même que le majeur protégé

n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté. Dans le cadre des donations, l'autorisation a une forme particulière. En effet, le juge va autoriser le tuteur à agir avec l'assistance ou la représentation du tuteur et ne va pas cette fois autoriser le tuteur à agir seul. Pour la Professeure Anne Karm<sup>1155</sup> : « *Il semblerait même, compte tenu de la rédaction du texte, que l'assistance ou la représentation du tuteur dûment autorisée soit seulement facultative, le juge ou le conseil de famille appréciant la capacité de celui-ci à donner seul ; une telle capacité judiciairement reconnue au tuteur évoquerait alors une hypothèse particulière de tutelle allégée, telle qu'envisagée à l'actuel alinéa 2 de l'article 473* ». Il semble malgré tout que le texte impose une autorisation de donner avec gradation : la donation est possible avec assistance ou au besoin représentation, il ne semble pas que le législateur ait eu la volonté de laisser pleine capacité au tuteur pour réaliser les donations. En cela, l'initiative peut venir du tuteur, mais il s'agit d'une capacité autorisée à agir avec assistance ou représentation. Il paraît surprenant que le juge autorise à être assisté ou représenté, il faudrait prévoir que le majeur protégé puisse agir avec l'autorisation de son représentant.

## **B.- L'autorisation implicite**

**578. Opposition.** L'autorisation du tiers peut être implicite, car soumise au silence du représentant. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles le mineur ou le majeur protégé vont pouvoir agir sous réserve non pas d'une autorisation explicite de son représentant, mais d'une absence d'opposition de celui-ci. Cela revient à permettre au mineur ou au majeur protégé d'être autonome et d'être à l'initiative de l'acte tout en reconnaissant à leur représentant la possibilité de s'opposer, ce qui semble être une solution assez respectueuse de leur autonomie tout en maintenant une certaine protection. L'absence d'opposition du représentant crée alors une capacité implicite pour le mineur (1) et pour le majeur protégé (2).

### **1. La capacité implicite du mineur**

**579. Actes utiles à l'administration de l'association du mineur de plus de seize ans.** L'alinéa 2 de l'article 2 bis de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 dispose dans son alinéa 3 que les mineurs de 16 ans révolus peuvent librement participer à la constitution d'une association et être chargé de son administration dans les conditions prévues à l'article 1990 du Code civil. Leurs représentants légaux seront seulement informés sans délai et au plus tard avant la

<sup>1155</sup> A.KARM, « Fasc. 34 : MAJEURS PROTÉGÉS. – Curatelle et tutelle. – Effets patrimoniaux de la curatelle et de la tutelle. – Classification des actes », *JCl. Notarial Répertoire*, déc.2016, n°39

déclaration préalable ou avant le premier acte d'administration effectué par le mineur, par l'un des membres chargés de l'administration de celle-ci par lettre recommandée avec demande d'avis de réception<sup>1156</sup>. Le recommandé précise le titre, l'objet et le siège social de l'association envisagée et le droit d'opposition expresse dont le représentant légal dispose<sup>1157</sup>. Dès lors, le mineur va pouvoir participer librement à la constitution d'une association sous le contrôle de ses représentants légaux. Le législateur donne la possibilité au mineur de créer et de gérer une association tout en le protégeant à travers l'opposition possible de ses représentants légaux. Le mineur peut alors s'engager et sa capacité est implicite puisqu'elle implique une nécessaire absence d'opposition parentale à l'acte. Le législateur permet également l'opposition des parents quant aux actes utiles à l'administration de l'association. Les parents du mineur de plus de seize ans sont informés par un courrier qui précise notamment la durée, la date de début de mandat, la nature du mandat et le type des actes d'administration que le mineur peut réaliser<sup>1158</sup>. En effet, il est essentiel que les parents soient dûment informés afin qu'ils puissent s'opposer, en l'absence d'opposition, ils autorisent implicitement le mineur à agir. Cette disposition récente permettant l'action du mineur en l'absence d'opposition de ses parents va dans le sens d'une autonomie plus importante du mineur de plus de 16 ans qui se rapproche de l'idée de la prémajorité même si cette capacité reste encadrée. En effet, la protection du mineur repose sur le tiers qui doit informer les parents. Cependant, rien n'est précisé si les parents ne sont pas informés. Ils pourront sans doute demander a posteriori la nullité des actes accomplis par le mineur, notamment en cas de lésion, car le mineur est considéré capable d'accomplir ces actes, ils ne pourront donc pas agir sur le fondement de son incapacité.

**580. Banque.** L'article L. 221-3 du code monétaire et financier permet aux mineurs âgés de plus de 12 ans de se faire ouvrir seul un livret A sans intervention de leur représentant légal. Tous les établissements bancaires peuvent proposer l'ouverture d'un livret A. Il s'agit d'un placement plafonné à 22 950 euros et les fonds placés sur ce livret sont disponibles à tout moment. Cet article poursuit en précisant que les mineurs peuvent également retirer, sans cette intervention, les sommes qui figurent sur ces livrets, mais cette fois seulement à partir de l'âge de 16 ans révolus et sauf opposition de la part du représentant légal. De la même manière, à partir de 16 ans, le mineur pourra effectuer des retraits sur son livret jeune sauf

---

<sup>1156</sup> Décret n°2017-1057 du 9 mai 2017

<sup>1157</sup> S. Zouag, « Administration des associations – Mineurs – Les contours de l'information des parents », *Juris associations*, 2017, n°560, p. 13

<sup>1158</sup> Ibid.

opposition de son représentant légal. Avec le livret jeune, l'accent est mis sur la liberté accordée aux souscripteurs du compte, le contrôle des représentants légaux est moins fort que pour le livret A<sup>1159</sup> sans doute, car le risque est mesuré puisque le plafond de ce livret est de 1600 euros. Cette autonomie implicite se justifie sans doute par le fait que ce livret d'épargne n'est pas trop risqué pour le mineur puisqu'aucune opération ne peut avoir pour effet de rendre le compte débiteur. En effet, il ne peut y avoir aucun découvert. La possibilité pour le mineur de pouvoir effectuer des retraits à partir de l'âge de 16 ans est un premier pas vers l'apprentissage de la gestion de son argent. Il peut disposer de son argent comme il le souhaite, mais il est protégé par la possible opposition de son représentant légal.

## 2. *La capacité implicite du majeur protégé*

**581. Fondement de l'opposition pour le mariage du majeur protégé.** Depuis la loi du 23 mars 2019, l'autorisation du juge pour le mariage du tuteur a été supprimée. L'article 460 du Code civil dispose désormais que : « *La personne chargée de la mesure de protection est préalablement informée du projet de mariage du majeur qu'il assiste ou représente.* ». Le mariage devient un acte strictement personnel qui exclut toute assistance ou représentation. Néanmoins, à cette autorisation préalable, il a été substitué une possible opposition du représentant d'où la nécessité d'informer la personne chargée de la mesure de protection. En effet, les articles 174 et 175 du Code civil ont été modifiés en ce sens. L'élargissement des cas d'opposition se trouve notamment dans l'article 175 du Code civil qui dispose : « *Le tuteur ou le curateur peut former opposition, dans les conditions prévues à l'article 173, au mariage de la personne qu'il assiste ou représente.* ». Il faut noter que cet article récemment modifié ne vise que l'opposition possible du tuteur ou du curateur mais ne vise pas la possible opposition de la personne habilitée alors que l'article 460 vise plus largement l'information de la personne chargée de la mesure de protection. La justification peut se trouver dans le fait que la personne habilitée peut être une personne choisie parmi les ascendants ou descendants, frères et sœurs ou, le conjoint, le partenaire pacsé ou le concubin. Or, ces personnes peuvent recourir au droit commun de l'opposition à la célébration du mariage. Le futur époux peut s'opposer à la célébration du mariage selon l'article 171 du Code civil, mais la doctrine regrette que le droit de l'habilitation familiale ne prévoie pas de

<sup>1159</sup> J. CASEY, « L'enfant et la banque », *Droit et Patrimoine*, n°87, 1<sup>er</sup> novembre 2000, n°87

remède à l'opposition d'intérêts<sup>1160</sup>. Les ascendants peuvent notamment s'opposer au mariage sur le fondement de l'article 173 du Code civil et à défaut, les frères et sœurs peuvent le faire sur le fondement de l'article 174 du Code civil en se fondant sur l'altération des facultés personnelles du futur époux. Pour les autres, la seule possibilité est de saisir le ministère public qui peut former opposition dans les cas où il pourrait demander la nullité du mariage.

**582. Opposition du tuteur.** L'article 175 du Code civil renvoie pour l'opposition du tuteur à l'article 173 du même code. Ce renvoi a pu être critiqué puisque cet article ne pose pas de véritable condition pour former opposition, mais précise simplement que n'est pas recevable une nouvelle opposition après une mainlevée judiciaire<sup>1161</sup>. Ce renvoi peut s'expliquer par la volonté législative d'expliquer que le tuteur peut s'opposer au mariage pour les mêmes motifs que les père et mère<sup>1162</sup> puisque le premier alinéa de l'article 173 prévoit la possibilité pour les ascendants de former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, mêmes majeurs. Les motifs qui peuvent être invoqués par les ascendants, et donc par le tuteur par interprétation de la loi, pour s'opposer au mariage sont l'existence d'un empêchement, un défaut de consentement ou une absence d'intention matrimoniale<sup>1163</sup>. Pour la Professeure Annick Batteur<sup>1164</sup>, la seule opposition possible, en pratique, peut seulement se fonder sur le défaut de consentement ou l'existence d'un consentement non lucide sur le fondement de l'article 146 du Code civil.

**583. Information de la personne chargée de la mesure de protection.** L'article 460 du Code civil prévoit que la personne chargée de la mesure de protection est préalablement informée du projet de mariage. Cette information est nécessaire afin que ce dernier puisse éventuellement former opposition. L'article 63 du Code civil prévoit que la publication des bans ou la célébration du mariage en cas de dispense de publication est subordonnée à la justification de l'information de la personne chargée de la mesure de protection. Pour le Professeur Gilles Raoul-Cormeil<sup>1165</sup>, l'officier d'état civil doit être attentif aux actes de naissance des futurs époux s'ils indiquent la mention « répertoire civil », qui est

---

<sup>1160</sup> G.RAOUL-CORMEIL, « Majeurs protégés.- Habilitation familiale. – Mesure de protection juridique », *JCl. Civil Code, Fasc.unique*, 2022, n°56

<sup>1161</sup> A.DENIZOT, « Mariage des majeurs protégés : comment faire du vin nouveau avec de vieilles outres ? », *RTD Civ.*, 2019, p.419

<sup>1162</sup> Ibid., A. BATTEUR, « Majeurs protégés – Curatelle et tutelle – Effets personnels – Vie familiale du majeur protégé », *JCl. Civil Code, Fasc.20*, 2022, n°20

<sup>1163</sup> A.DENIZOT, *op.cit.*

<sup>1164</sup> A.BATTEUR, *op.cit.*

<sup>1165</sup> G.RAOUL-CORMEIL, *op.cit.*

obligatoire en cas de prononcé d'une mesure de protection<sup>1166</sup>, et, le cas échéant, leur demander comme le prévoit l'article 63 1° du Code civil in fine « *la justification de l'information de la personne chargée de la mesure de protection prévue à l'article 460* ». L'officier d'état civil ne procède donc pas directement à l'information de la personne chargée de la mesure de protection, c'est le majeur protégé lui-même qui doit le faire. Pour cela, l'officier d'état civil peut indiquer au majeur protégé son obligation d'informer de son projet de mariage la personne chargée de la protection. Pour la Professeure Annick Bateur, « *On frôle l'autorisation préalable !* » puisque la personne chargée de la mesure de protection qui remplit l'attestation selon laquelle elle a été informée du projet de mariage manifeste en quelque sorte son absence d'opposition au mariage. En effet, devoir justifier de l'information du représentant revient en quelque sorte à obtenir son autorisation qui se manifestera de manière passive par son absence d'opposition. Il ne s'agit pas d'une autorisation directe dans le sens où il ne faut pas un double consentement pour accomplir le mariage, mais il ne faut pas d'opposition, ce qui reste une autorisation indirecte. C'est pourquoi, pour le mariage, la capacité du majeur protégé peut être qualifiée de capacité implicite, puisqu'il pourra se marier seulement en l'absence d'opposition de la personne chargée de la mesure de protection.

## **Section 2 : L'intervention subsidiaire du tiers à l'acte de la personne protégée**

**584. Définition.** Dans certaines hypothèses, le mineur et le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation disposent d'une capacité décisive, mais des interventions subsidiaires sont possibles. En effet, cette intervention n'aura lieu que de manière secondaire dans les cas où la personne n'est pas en mesure de prendre la décision ou alors si un danger existe ou encore dans le cadre de désaccords relatifs à des décisions précises. Ces alternatives peuvent éviter la naissance d'éventuelles incapacités de jouissance. En ce sens, le régime des actes de l'article 459 du Code civil offre une plus grande souplesse au majeur protégé puisque quoiqu'il arrive l'acte peut éventuellement être réalisé et il ne souffrira pas d'une éventuelle incapacité de jouissance comme dans les cas où seul son

---

<sup>1166</sup> Art. 444 du Code civil pour la tutelle et art. 494-6 al.6 pour l'habilitation familiale ; Art. 1059 et 1233 du Code de procédure civile

consentement permet la réalisation de l'acte. Le principe est que le majeur protégé prend seul les décisions relatives à sa personne, mais le législateur a prévu des solutions dans le cas où le majeur protégé ne serait pas en mesure de prendre seul une telle décision avec la possibilité d'être assisté, voire représenté. Les acteurs de ces interventions subsidiaires sont le représentant du mineur ou du majeur protégé (A) ou du majeur protégé, ou le juge (B).

### **§ I. - L'intervention du représentant**

**585. Protecteur.** Pour le majeur protégé, c'est son représentant qui est susceptible d'intervenir afin de le protéger malgré l'exclusion de la représentation puisqu'il existe une gradation de l'autonomie pour les décisions personnelles et de santé (A), disposition qui n'existe pas pour le mineur. Pour ce dernier, les titulaires de l'autorité parentale sont ses protecteurs et ses représentants : ils exercent l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant. Il peut y avoir alors une intervention du protecteur du mineur ou du majeur protégé en cas de danger (B).

#### **A.- La gradation de l'autonomie du majeur protégé**

**586. Principe.** L'article 459 alinéa 2 du Code civil prévoit que si la personne protégée n'est pas en mesure de prendre seule une décision personnelle éclairée, alors il est possible pour le juge ou le conseil de famille, s'il a été constitué, de prévoir l'assistance de la personne chargée de la protection pour l'ensemble des actes relatifs à la personne du majeur protégé ou ceux qui ont été précisément énumérés. L'alinéa 2 de l'article 459 du Code civil poursuit en indiquant que si l'assistance mise en place pour les décisions relatives à la personne du majeur protégé ne suffit pas, alors il est possible de permettre une représentation. Pour cela, il est possible de prononcer une mesure de tutelle ou d'habilitation familiale pour les majeurs protégés qui ne bénéficiaient pas d'une mesure de représentation, donc pour les majeurs protégés en curatelle ou sauvegarde de justice. La possibilité de prononcer une habilitation familiale prévoyant une représentation pour les décisions personnelles est issue de la loi du 23 mars 2019<sup>1167</sup>, le législateur a alors mis les dispositions relatives à la représentation en conformité avec la disposition de l'article 459 du Code civil. En effet, l'habilitation familiale peut prévoir une représentation pour certains actes ou pour tous les actes si elle est générale, il était donc important d'offrir cette possibilité et de ne pas

---

<sup>1167</sup> Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 9

systematiquement recourir à la tutelle lorsqu'est mise en place une mesure de représentation générale. Il faut préciser que pour le tuteur ou le majeur bénéficiant d'une habilitation familiale générale par représentation, la représentation est en principe déjà prévue pour les autres actes, elle sera simplement étendue aux décisions personnelles. L'assistance est d'abord privilégiée, mais si cette mesure est insuffisante alors une représentation est possible. Aussi, tout comme l'assistance, la représentation n'est pas automatique et n'intervient que si la décision personnelle ne peut être prise par le majeur protégé seul et si ce dernier ne peut pas simplement être assisté. Dans ce cadre, c'est une nouvelle fois le principe de proportionnalité qui trouve à s'appliquer. Cette possibilité de représentation a un enjeu important lorsque le majeur protégé est en curatelle<sup>1168</sup> puisqu'il est normalement soumis à une simple assistance. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'une mesure de représentation, le juge empêchera le majeur protégé de prendre seul la décision et la représentation sera étendue soit dès l'ouverture de la mesure soit ultérieurement. Un tel dispositif alternatif est donc prévu pour les décisions personnelles (1) mais également plus spécifiquement pour les actes sur le corps du majeur protégé (2).

### 1. *La participation subsidiaire du tiers à la décision personnelle du majeur protégé*

**587. Assistance facultative.** L'article 459 alinéa 2 du Code civil prévoit que si la personne protégée n'est pas en mesure de prendre seule une décision personnelle éclairée, alors il est possible pour le juge ou le conseil de famille, s'il a été constitué, de prévoir l'assistance de la personne chargée de la protection pour l'ensemble des actes relatifs à la personne du majeur protégée ou ceux qui ont été précisément énumérés. L'assistance, entendue comme subsidiarité du recours à la représentation, est considérée comme le palliatif privilégié de l'absence d'autonomie, autrement dit c'est un palliatif de l'impossibilité d'exprimer sa volonté<sup>1169</sup>. En effet, le principe reste l'autonomie dans la prise de décisions relatives à la personne, mais, dans le cas où la personne n'est pas en mesure de prendre la décision, l'assistance peut être mise en place : il s'agit donc d'un système palliatif. En cas d'échec de l'assistance, la représentation est mise en place. Contrairement à la matière patrimoniale, en matière personnelle, ce n'est pas la gravité de l'acte qui justifie l'assistance, mais bien l'état de la personne protégée. L'assistance en matière personnelle nécessitant une manifestation de volontés du majeur protégé et de son assistant, il a été considéré qu'elle se

<sup>1168</sup> V. en ce sens : J. MASSIP, op.cit ; L. TALARICO, op.cit. ; A. BATTEUR, op.cit.

<sup>1169</sup> L.TALARICO, op.cit.

limite aux seuls actes juridiques, l'assistance se comprenant ici comme un soutien ou une substitution de la volonté dans la conclusion des actes juridiques ce qui ne semble pas être adapté aux décisions<sup>1170</sup>. Par ailleurs, il a pu être remarqué que pour évoquer l'autonomie du majeur protégé, l'article 459 évoque dans son premier alinéa 1 les décisions personnelles, alors que lorsqu'il prévoit une possible assistance ou représentation, l'alinéa 2 vise les actes relatifs à la personne<sup>1171</sup>. Cette différence s'explique notamment par le fait que l'assistance ou la représentation n'est possible que pour un acte juridique<sup>1172</sup>.

**588. Caractère exceptionnel.** Marc Azavant<sup>1173</sup> a écrit à propos de ce dispositif que sa mise en œuvre s'inspirait des principes directeurs gouvernant la loi, notamment l'application du principe de proportionnalité de la mesure qui préfère l'assistance à la représentation toutes les fois où celle-ci n'est pas indispensable. En effet, l'article 428 du Code civil dispose que la mesure doit être nécessaire, proportionnée et individualisée. La mesure doit notamment être proportionnée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé. Dès lors, l'article 459 du Code civil qui prévoit l'assistance pour la réalisation de l'acte lorsque l'état du majeur protégé ne lui permet pas de prendre une décision personnelle éclairée pose donc une condition nécessaire au respect du principe de proportionnalité. Le Professeur Jacques Massip<sup>1174</sup> a précisé que l'article 459 alinéa 2 du Code civil doit être interprété tel que le juge peut priver le majeur protégé de la liberté de prendre seul les décisions concernant sa personne et décider que ces dernières ne seront prises qu'avec l'assistance du représentant. Cette interprétation permet d'insister sur le caractère exceptionnel de l'assistance, le principe étant que le majeur protégé prend seul la décision personnelle, mais le juge peut exiger l'assistance du représentant, si l'état du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation ne lui permet pas de prendre une décision éclairée. Il ne s'agit donc pas d'une assistance dans le sens informatif du terme, qui pourrait être assimilée à un simple accompagnement, mais bien d'une réelle assistance dans la réalisation de l'acte.

**589. Temporalité.** Concernant l'assistance éventuelle du majeur protégé en matière personnelle, des critiques peuvent être émises : d'une part, il est difficile d'estimer quand la

---

<sup>1170</sup> Ibid.

<sup>1171</sup> Ibid.

<sup>1172</sup> Ibid.

<sup>1173</sup> M. AZAVANT, *op.cit.*

<sup>1174</sup> J. MASSIP, « *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs* », Defrénois, 2009, p.356, n°427

personne n'est pas apte à décider seule, mais elle reste suffisamment apte pour ne pas être représentée, mais seulement assisté, d'autre part, le double consentement qu'implique l'assistance peut retarder la réalisation d'un acte qui peut s'avérer nécessaire<sup>1175</sup>. De la même manière, la temporalité a un impact important dans le dispositif d'autonomie graduelle de l'article 459 du Code civil. L'assistance a pu être justifiée pendant un temps, mais ne plus l'être, et, *a contrario*, rapidement ne plus être suffisante. L'influence du temps ne doit donc pas être négligée.

## **2. La participation subsidiaire du tiers aux actes portant sur le corps du majeur protégé**

**590. Actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle du majeur protégé.** La représentation est désormais possible, y compris pour les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle du majeur protégé. La loi du 23 mars 2019<sup>1176</sup> a remonté la catégorie des actes portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle à l'alinéa 2 de l'article 459 du Code civil et non plus à l'alinéa 3. Le législateur accorde alors une place spécifique aux actes portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle du majeur protégé qui ne nécessite donc plus l'autorisation du juge contrairement aux actes portant gravement atteinte à l'intimité de la vie privée toujours prévue par l'alinéa 3. En effet, l'alinéa 2 de l'article 459 du Code civil prévoit qu'une représentation peut être prévue, y compris pour les actes portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle, au cas où l'assistance ne suffirait pas. Autrement dit, le représentant n'a pas à être autorisé par le juge pour réaliser ces actes à partir du moment où il est autorisé à représenter la personne. La loi du 5 mars 2007 avait instauré une autorisation préalable du juge pour le représentant dès lors que la décision pouvait être une atteinte grave à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée de la personne protégée. En isolant les décisions relatives à l'intégrité corporelle dans un autre alinéa qui n'exige pas d'autorisation préalable du juge, le législateur a voulu opérer une déjudiciarisation afin que le juge n'ait pas systématiquement à intervenir, mais seulement en cas de désaccord et notamment dans le domaine de la santé<sup>1177</sup>.

**591. Définition de l'acte portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle.** La question reste de savoir ce que le législateur entend par acte qui porte gravement atteinte à l'intégrité corporelle. Cette notion n'est pas définie par l'article 459 du Code civil, en

<sup>1175</sup> L.TALARICO, *op.cit.*

<sup>1176</sup> Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 9

<sup>1177</sup> V. en ce sens : A. BATTEUR, *op.cit.*, n°31

l'absence de définition législative, c'est le juge qui donnera une définition de ces actes. Dans ce sens, un juge des tutelles<sup>1178</sup> a, par exemple, considéré qu'une coloscopie sous anesthésie générale n'était pas un acte portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle. Thierry Verheyde<sup>1179</sup> a alors écrit à cette occasion : « *A priori, il s'agit forcément d'actes médicaux. En dehors des cas évidents (une simple piqûre d'un côté ou une amputation de l'autre), le juge paraît assez démuné pour savoir où précisément commence l'atteinte « grave » à l'« intégrité corporelle ».* En effet, les atteintes à l'intégrité corporelle sont des atteintes au corps, ce qui entend au sens large les actes relatifs au corps de la personne, notamment les actes médicaux. Toutefois, il faudra combiner cette disposition avec les dispositions spécifiques du code de la santé publique<sup>1180</sup>. Le texte antérieur était de nature à porter atteinte aux pouvoirs du représentant en matière médicale si l'article 459 alinéa 3 du Code civil s'appliquait à ce domaine, le changement était donc nécessaire pour plus de cohérence. Par ailleurs, si l'on considère que ce texte n'est pas applicable en matière de santé, car des textes spécifiques existent, alors la question se pose de son utilité.

**592. Les décisions médicales.** L'article L1111-4 du Code de la santé publique issu de l'ordonnance du 11 mars 2020<sup>1181</sup> dispose que : « *Le consentement, mentionné au quatrième alinéa, de la personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne doit être obtenu si elle est apte à exprimer sa volonté, au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection.* ». Le législateur a ainsi harmonisé le Code civil et le Code de la santé publique. En effet, en matière personnelle et en matière médicale, une assistance est possible dès lors que la personne n'est pas en mesure d'exprimer clairement sa volonté. Dans ces deux hypothèses, le principe veut que ce soit le majeur protégé qui soit acteur de la décision, mais une assistance est possible dans les cas où son état l'empêche. Par ailleurs, l'article L1111-4 du Code de la santé publique prévoit également que lorsque la personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne n'est pas apte à exprimer sa volonté alors il appartient à la personne chargée de la mesure de protection de donner son

---

<sup>1178</sup> TI Nice, 4 févr. 2009, D. 2009, 1397, note T. Verheyde ; Dr. famille 2009, 147, note L. Talarico ; RTD civ. 2010, 530, obs. J. Hauser

<sup>1179</sup> T. VERHEYDE, « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », *D.*, 2009, p.1397

<sup>1180</sup> V. *infra* n°592

<sup>1181</sup> Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique

autorisation en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée. Dans cette disposition telle qu'issue de l'ordonnance du 11 mars 2020<sup>1182</sup>, ce n'est plus le tuteur qui est visé, mais bien la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne. Cette personne n'interviendra que si le majeur ne peut pas consentir à l'acte. Le Code de la santé publique précise que dans ce cas, le représentant ne consent pas à l'acte médical, mais il l'autorise en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée, cette nuance a été saluée<sup>1183</sup>. En effet, il ne s'agit pas ici d'une réelle représentation dans le sens où la personne chargée de la mesure de protection ne va pas consentir à l'acte à la place du majeur protégé inapte à exprimer sa volonté, mais simplement autoriser l'acte en tenant compte de l'avis exprimé par le majeur protégé.

**593. Intervention en tenant compte de l'avis du majeur protégé.** Si le médecin estime que le majeur protégé n'est pas apte à exprimer sa volonté, ce qui peut poser certaines difficultés<sup>1184</sup>, alors un tiers qui est chargé de la mesure de protection intervient. Or, cette intervention n'est peut-être pas nécessaire si l'on s'en tient au droit commun qui permet d'être soigné en respectant la dignité de la personne si elle est hors d'état d'exprimer sa volonté<sup>1185</sup>. L'intervention du tiers chargée de la mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne peut simplement être utile afin d'obtenir l'avis exprimé par la personne protégée, mais encore faut-il que le tiers connaisse l'avis de cette dernière, ce qui n'est pas toujours le cas. En effet, la « candeur » de cette disposition a été soulignée par les auteurs qui s'étonnent que le majeur protégé inapte à exprimer sa volonté puisse donner son avis<sup>1186</sup>. Dès lors, soit la personne en charge de la mesure avait connaissance de l'avis du majeur protégé avant qu'il ne soit plus apte à exprimer sa volonté ou alors ce dernier a éventuellement rédigé des directives anticipées, soit il semble difficile de recueillir l'avis d'une personne dont la capacité de fait à exprimer sa volonté n'a pas été constatée. Il y aurait peut-être dans l'esprit du législateur une différence entre l'aptitude à exprimer sa volonté et l'aptitude à exprimer son avis, notamment car l'avis n'est pas décisif et n'est pas déterminant dans la prise de décision. Il faut noter une différence avec la personne qui n'est pas sous mesure de protection

<sup>1182</sup> Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique

<sup>1183</sup> G.RAOUL-CORMEIL, « La recodification du droit de la santé du majeur protégé : le pour et le contre (Ord.n°2020-232 du 11 mars 2020) », *RGDM*, juin 2020, n°75

<sup>1184</sup> V. *supra* n°303 sur l'évaluation de l'aptitude à consentir

<sup>1185</sup> L.GATTI, *Les décisions de santé des majeurs protégés*, LEH éditions, 2022, p.126

<sup>1186</sup> A.BATTEUR, L.MAUGER-VIELPEAU, F.ROGUE, G.RAOUL-CORMEIL, « Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante ! », *D.*, 2020, p.992

et qui ne peut pas exprimer sa volonté puisque dans ce cas, c'est le médecin qui autorise et pas un éventuel tiers. Néanmoins, dans cette hypothèse, le médecin doit consulter la personne de confiance s'il a été désigné, la famille ou à défaut un des proches<sup>1187</sup>. Le majeur protégé est donc traité différemment. Le risque pourrait être que le représentant ne donne pas son accord, mais dans ce cas le médecin peut passer outre et délivrer les soins indispensables si ce refus risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du majeur protégé<sup>1188</sup>.

## **B.- Le danger**

**594. Intervention du représentant.** L'article 459 alinéa 4 du Code civil prévoit que la personne chargée de la protection du majeur peut prendre les mesures strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement ferait courir à l'intéressé. Il est également précisé que, dans ce cas, le représentant en informe sans délai le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué. Toutefois, le protecteur privilégié en cas de danger reste le représentant pour le majeur protégé alors que cette situation nécessite l'intervention du juge pour mettre en place des mesures d'assistance éducative pour le mineur. Cette différence s'explique, car dans l'hypothèse de l'article 459 alinéa 4 du Code civil il s'agit de protéger le majeur protégé contre lui-même alors que dans le cadre de la mise en place de mesures d'assistance éducative l'existence du danger ne relève pas en principe du fait du mineur<sup>1189</sup>.

**595. Mesures strictement nécessaires.** À l'origine, dans la loi de 2007<sup>1190</sup>, cette disposition se trouvait à l'alinéa 3 de l'article 459 du Code civil avant que le législateur de 2009<sup>1191</sup> ne décide d'inverser et de placer cette règle à l'alinéa 4. Ces mesures strictement nécessaires que peut prendre le représentant sont autorisées à deux conditions : l'existence d'un danger et l'information sans délai du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. En outre, l'utilisation de l'adverbe « strictement » ajoute une exigence supplémentaire dans l'exercice du pouvoir du représentant, puisque les mesures qu'il est autorisé à prendre doivent être strictement nécessaires. Autrement dit, ces mesures sont rigoureusement conditionnées, l'intervention du protecteur dans la vie personnelle du majeur protégé ne devant être qu'exceptionnelle.

---

<sup>1187</sup> Art. L1111-4 al.5 du Code de la santé publique

<sup>1188</sup> Art. L1111-4 al. 9 du Code de la santé publique

<sup>1189</sup> V. *infra* n°625 et s. sur le mineur en danger

<sup>1190</sup> Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs

<sup>1191</sup> Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures

**596. L'existence d'un danger.** À l'instar de nombreux termes utilisés dans le Code civil concernant la protection des majeurs, en l'absence de définition législative de la notion de danger, la jurisprudence aura l'occasion de la préciser. Il est important de savoir ce que recouvre la notion de danger qui va permettre au représentant d'intervenir sans autorisation préalable concernant une décision personnelle du majeur bénéficiant d'une mesure de représentation. Cette disposition peut, par exemple, s'appliquer en cas de conduite automobile qui ferait courir un danger au majeur protégé<sup>1192</sup>. Ainsi, dans un arrêt du 27 février 2013<sup>1193</sup>, la première chambre civile de la Cour de cassation a refusé à un majeur protégé d'acquérir un véhicule automobile en prenant en compte l'intérêt de la personne protégée puisque son acuité visuelle était incompatible avec les impératifs de sécurité routière. Dans cet arrêt, l'article 459 du Code civil ne s'appliquait pas mais les juges se fondent sur l'article 415 du même code. Toutefois, derrière la référence à l'intérêt de la personne protégée, c'est bien la problématique de sa mise en danger qui se pose et qui justifie la solution de la Haute Cour<sup>1194</sup>. En effet, en évoquant les impératifs de sécurité routière, il semble que la Cour de cassation s'inquiète du danger que ce comportement pourrait faire courir au majeur protégé. Il s'agissait alors de faire la balance entre la promotion de l'autonomie de la personne protégée et sa protection en prenant les mesures nécessaires pour empêcher le danger. Le comportement de la personne protégée pouvait être dangereux pour elle, mais aussi pour les tiers. À ce titre, le Professeur Jacques Massip<sup>1195</sup> s'interroge sur le danger que pourrait faire courir le comportement du majeur protégé à des tiers alors que l'article 459 du Code civil ne traite que du danger que la personne protégée pourrait faire courir à elle-même. En effet, c'est le comportement du majeur protégé qui peut être dangereux. Or, il peut l'être à son encontre, mais également à l'encontre des tiers.

**597. L'information du juge ou du conseil de famille.** Le représentant a l'obligation d'informer sans délai le juge ou le conseil de famille des mesures prises pour mettre fin au danger. La précision du législateur indiquant une information sans délai signifie que le représentant va devoir en référer au juge ou au conseil de famille dès lors que la mesure a été prise ou peu de temps après. Cette information interviendra très probablement dès que le

<sup>1192</sup> N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, op.cit., p.331, n°221.44

<sup>1193</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 févr. 2013, n°11-28.307, D. 2013. 640; AJ fam. 2013. 304, obs. Verheyde; RTD civ. 2013. 350, obs. J. Hauser; Dr. fam. 2013, no 58, obs. Maria.

<sup>1194</sup> T. VERHEYDE, « Voir ou conduire, il faut choisir ou la délicate conciliation entre l'autonomie et la protection du majeur protégé au prisme de la conduite automobile », *AJ. fam.*, 2013, p.304

<sup>1195</sup> J. MASSIP, op.cit., p.357, n°429

représentant aura agi et ce dernier en rendra compte immédiatement et par tous moyens au juge ou au conseil de famille<sup>1196</sup>. Comme l'indique le Professeur David Noguéro<sup>1197</sup>, cette célérité dans l'information est nécessaire afin d'opérer si besoin une surveillance des suites de la mesure et un contrôle du passé puisque la responsabilité de l'organe existe.

## § II. - L'intervention du juge

**598. Déjudiciarisation limitée.** Si le représentant est le premier à intervenir dans les décisions personnelles, il n'est pas rare que le juge doive intervenir. Si la tendance est à la déjudiciarisation avec une intervention judiciaire qui se fait de plus en plus rare, il y a certaines hypothèses où celle-ci devient nécessaire notamment lorsqu'il existe un désaccord entre le représentant et la personne protégée ou encore lorsque les décisions prises ne sont pas dans l'intérêt de cette dernière. Dès lors, le juge peut intervenir dans les décisions personnelles du majeur protégé (A) mais également du mineur (B).

### A.- L'intervention du juge dans les décisions personnelles du majeur protégé

**599. Décisions personnelles générales et spécifiques.** Pour les décisions personnelles, le majeur protégé est le premier compétent pour décider pour lui-même, mais un tiers peut intervenir. Pour les décisions personnelles en général et les décisions médicales, le représentant peut éventuellement intervenir en premier lieu puis le juge intervient. En revanche, pour les décisions personnelles spécifiques, le majeur protégé décide pour lui-même et le juge intervient directement en cas de conflit sans que le représentant ne puisse intervenir. Cette différence s'explique sans doute parce que dans le premier cas, la capacité d'exercice du majeur protégé est soumise à sa capacité naturelle<sup>1198</sup> alors que dans le deuxième cas le majeur protégé est toujours libre d'agir. De manière générale et même si une déjudiciarisation a été opérée, le juge intervient donc parfois, mais toujours subsidiairement, dans les décisions relatives à la personne visée par l'article 459 du Code civil et les décisions médicales (1) mais il intervient également en cas de difficultés relatives aux décisions spécifiquement réglementées par l'article 459-2 du Code civil (2).

---

<sup>1196</sup> D. NOGUERO, op.cit., p.144

<sup>1197</sup> Ibid.

<sup>1198</sup> V. *supra* n°271

## 1. *L'intervention du juge dans les décisions relatives à la personne*

**600. Autorisation du juge en cas de désaccord sur les décisions personnelles.** Il est précisé depuis la loi du 23 mars 2019<sup>1199</sup> dans l'article 459 alinéa 2 du Code civil que sauf urgence, en cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne qui est chargée de sa protection, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision à leur demande ou d'office. Aussi, le juge n'est plus systématiquement saisi d'une demande d'autorisation, ce qui allège son contrôle, notamment en ce qui concerne les actes graves portant atteinte à l'intégrité corporelle pour lesquels il n'intervient désormais qu'en cas de désaccord. En effet, dès lors que la personne chargée de la mesure de protection est autorisée à représenter le majeur protégé pour les décisions relatives à sa personne, le juge n'a pas à intervenir même pour des décisions portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle<sup>1200</sup>. Ce dernier n'intervient qu'en cas de désaccord pour donner l'autorisation au représentant ou au majeur représenté de prendre la décision. Selon la doctrine, cette disposition montre que le législateur a voulu favoriser le dialogue entre le protecteur et le protégé afin que ce dernier puisse recevoir toute l'information nécessaire à la prise de décision d'actes relatifs à sa personne<sup>1201</sup>. Le juge peut être saisi par le représentant ou le majeur représenté et l'un des deux sera autorisé à prendre la décision personnelle. La question reste de savoir si le majeur protégé pourra expliquer et justifier clairement son désaccord avec son protecteur auprès du juge<sup>1202</sup>.

**601. Autorisation du juge pour les décisions portant atteinte à l'intimité de la vie privée.** Les actes relatifs à la vie privée semblent relever de l'article 459 du Code civil et être soumis au régime des décisions simplement personnelles et non pas à celui des actes strictement personnels de l'article 458 du Code civil<sup>1203</sup>. Le principe est donc que le majeur protégé peut décider seul d'une atteinte à sa vie privée dans la mesure où son état le permet. Dans le cas contraire, ce dernier pourra être assisté ou représenté. Néanmoins, l'alinéa 3 de l'article 459 du Code civil prévoit une intervention spécifique du juge lorsqu'il s'agit d'une décision portant gravement atteinte à l'intimité de la vie privée du majeur protégé et que ce dernier n'est pas en état de prendre une décision. Dans ce cas, sauf urgence, le représentant doit obtenir une autorisation du juge pour agir. La première chambre civile de la Cour de

<sup>1199</sup> Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 9

<sup>1200</sup> V. *supra* n°590

<sup>1201</sup> N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, *op.cit.*, p.330, n°221.42

<sup>1202</sup> V. en ce sens : D. NOGUERO, *op. cit.*, p.140

<sup>1203</sup> V. *supra* n°279

cassation s'est prononcée dans un arrêt du 13 décembre 2017<sup>1204</sup> relatif à la saisine du juge aux fins de changer le lieu de soins du majeur en tutelle. Elle juge que si tout intéressé peut saisir le juge d'une difficulté relative à la fixation du lieu de la résidence du tuteur sur le fondement de l'article 459-2 du Code civil, seul le tuteur, à qui a été confiée une mission de représentation pour les actes relatifs à la personne du tuteur, est recevable à saisir le juge des tutelles sur le fondement de l'article 459 alinéa 3 du Code civil d'une demande relative à une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée. Dès lors, les juges considèrent que le changement de l'établissement de santé du majeur protégé constitue un acte grave au sens de l'article 459 alinéa 3 du Code civil, pour lequel seul le tuteur peut saisir le juge afin d'être autorisé à réaliser l'acte. Il faut préciser que cette décision a été rendue sous l'empire de la loi de 2009 qui soumettait également les atteintes à l'intégrité corporelle à l'autorisation du juge pour lesquels il y a eu une déjudiciarisation par le législateur de 2019. Toutefois, l'accomplissement des actes portant gravement atteinte à l'intimité de la vie privée du majeur protégé n'a pas été déjudiciarisé puisqu'une autorisation du juge est toujours nécessaire. L'autorisation étant nécessaire pour les deux types d'actes au moment où l'arrêt a été rendu sème le doute : les juges qualifieraient-ils toujours le transfert du majeur protégé dans un autre établissement de santé d'acte portant gravement atteinte à l'intimité de la vie privée ? En tout état de cause, il faut retenir de cet arrêt que l'autorisation prévue par l'article 459 alinéa 3 du Code civil nécessite l'intervention du juge saisi par le représentant.

**602. Décision portant gravement atteinte à l'intimité de la vie privée.** Il est intéressant de se demander ce qu'est une décision qui porte gravement atteinte à l'intimité de la vie privée afin de déterminer quand le juge doit intervenir. Le Professeur Jacques Massip s'interroge d'ailleurs à juste titre sur la terminologie utilisée par l'article 459 alinéa 3 du Code civil à savoir les actes portant une atteinte grave à l'intimité de la vie privée et non pas simplement les atteintes à la vie privée<sup>1205</sup>. Comme le rappelle la Professeure Annick Bateau<sup>1206</sup>, le juge donnera l'autorisation au représentant d'agir pour les actes portant atteinte à l'intimité de la vie privée du majeur bénéficiant d'une mesure de représentation alors que pour les actes concernant sa vie privée, le représentant peut donner seul son autorisation dans le cas où le majeur protégé n'est pas en état de prendre seul la décision et qu'une assistance

---

<sup>1204</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 déc. 2017, n°17-18.437, D. 2018. 333, note Peterka ; AJ fam., 2018, p.6, obs. Dionisi-Peyrusse ; ibid., p.124, obs. Pecqueur

<sup>1205</sup> J. MASSIP, op.cit., p.357, n°429

<sup>1206</sup> A. BATTEUR, op. cit., n°63

ou une représentation a été prévue pour l'accomplissement des décisions personnelles. Elle précise à ce titre que la frontière entre intimité de la vie privée et la vie privée est mince, l'un étant une composante de l'autre. Il y a donc une distinction à faire entre les actes de la vie privée et les actes concernant l'intimité de la vie privée du majeur protégé. Ainsi, il a par exemple été jugé<sup>1207</sup>, concernant l'entrée dans le domicile du tuteur, que l'intervention du tuteur dans la vie du majeur protégé ne peut être totale et intrusive, l'article 459 du Code civil posant le principe que les mesures que prend le tuteur ne peuvent porter atteinte à l'intimité de la vie privée sauf urgence ou en cas de danger. En l'espèce, le tuteur ne pouvait pas forcer l'entrée dans le domicile de la tutélaire sans l'autorisation du juge, sauf danger, ce qui n'était pas le cas malgré le mode de vie de la majeure protégée qui vivait, selon les expertises, dans un appartement envahi d'immondices où régnait une ambiance putride. Un tel comportement pourrait constituer une atteinte à l'intimité de la vie privée de la tutélaire<sup>1208</sup>. Dès lors, ce qui a trait au mode de vie et plus largement ce qui se passe à l'intérieur du domicile du majeur protégé relèveraient de l'intimité de la vie privée alors que ce qui a lieu à l'extérieur du domicile relèverait de la vie privée au sens large<sup>1209</sup>.

**603. Désaccord sur les décisions médicales.** Le Code de la santé publique précise que, sauf urgence, en cas de désaccord entre l'organe de protection et le majeur protégé, le juge intervient pour autoriser l'un ou l'autre à prendre la décision médicale. Le Code de la santé publique reprend ici la règle déjà prescrite à l'article 459 alinéa 2 du Code civil. Néanmoins, il existe une difficulté à prendre en compte qui est que la temporalité judiciaire peut ne pas correspondre à la temporalité médicale et l'urgence justifiera souvent une intervention avant même que le juge ne puisse rendre sa décision<sup>1210</sup>.

## **2. *L'intervention du juge dans les décisions relatives au mode de vie du majeur protégé***

**604. Repères personnels.** L'article 459-2 du Code civil dispose que : « *La personne protégée choisit le lieu de sa résidence. Elle entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non. Elle a le droit d'être visitée et, le cas échéant, hébergée par ceux-ci. En cas de difficulté, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué statue.* ». Dans ce cadre, le majeur protégé est donc libre de décider pour lui-même, mais le juge peut

<sup>1207</sup> CA Lyon, 23 janv. 2014, n°12/05644, Dr. famille 2014, comm. 91, I. Maria

<sup>1208</sup> Ibid.

<sup>1209</sup> Ibid.

<sup>1210</sup> G.RAOUL-CORMEIL, op.cit.

intervenir en cas de conflit. Son intervention est donc subsidiaire et il s'agit bien d'une intervention dans la décision du majeur protégé. Il faut constater le libre choix du majeur protégé quant aux décisions relatives à son mode de vie du majeur protégé qui sont relatives au choix du lieu de sa résidence et à ses relations personnelles (a) avant de constater que pour ces décisions le juge peut intervenir en cas de conflit (b).

a. Le principe de liberté du majeur protégé pour les décisions relatives à son mode de vie

**605. Liberté.** L'article 459-2 alinéa 1 du Code civil prévoit spécifiquement que la personne protégée choisit son lieu de résidence, ce qui signifie que cette décision personnelle lui appartient. Elle ne relève pas du droit commun de l'article 459 du Code civil puisque le législateur de la loi du 5 mars 2007 a fait le choix de prévoir une disposition spéciale dans le Code civil relative au choix de sa résidence. La jurisprudence avait déjà eu l'occasion de se prononcer en ce sens avant l'intervention législative. Dans un arrêt de la première chambre civile du 25 mars 1997<sup>1211</sup>, les juges de la Cour de cassation ont considéré que la tutélaire était : « *capable d'évoluer et de faire des progrès sur le plan intellectuel, affectif et social* » ; ils ajoutent qu'elle n'était « *pas dépourvue de volonté propre* » et qu'elle avait « *émis à plusieurs reprises le souhait de rester près de son père* ». Aussi, la Cour de cassation estime que les juges ont souverainement considéré qu'il convenait de respecter ce choix. En l'espèce, une tutélaire souhaitait rester chez son père et les juges ont pris en compte sa volonté puisqu'elle était en mesure de l'exprimer. Dans un contexte de divorce où les parents étaient en désaccord sur la fixation du lieu de résidence de la majeure protégée, la mère contestait le fait que le tribunal ait estimé ne pas disposer du pouvoir de fixer le lieu de résidence du majeur protégé et avait plutôt respecté le choix de la majeure protégée de rester près de son père, ce que confirme la Cour de cassation. Par anticipation sur la loi à venir, les juges ont pris en compte dans cet arrêt la volonté de la majeure protégée quant au choix de son lieu de résidence. Selon le Professeur Jacques Massip<sup>1212</sup> cette « *démarche intellectuelle suivie par les juges* » paraissait devoir « *être totalement approuvée* ». Le Professeur Jean Hauser<sup>1213</sup> expliquait quant à lui qu'il était « *particulièrement intéressant de voir affirmée la possibilité (en attendant le principe ?) pour les juges du fond de tenir compte des volontés propres de*

---

<sup>1211</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 1997, n°96-12.028, JCP G 1997, II, 22882, T.Fossier ; Bull.civ. I, n°107; D. 1998, p.333, J. Massip ; RTD civ. 1997, p.634, obs. J. Hauser ; RDSS, 1997, p.898, F.Monéger.

<sup>1212</sup> J.MASSIP, « Des recours contre les décisions des juges des tutelles et des principes applicables à la protection de la personne des majeurs incapables », *D.*, 1998, p.333

<sup>1213</sup> J.HAUSER, « La voix de l'incapable et les recours de ceux qui l'entendent », *RTD civ.*, 1997, p.634

*l'incapable quand elles peuvent être exprimées ce qui s'insère d'ailleurs dans un mouvement général* ». La doctrine paraissait unanime sur la question et saluait la décision des juges de prendre en compte la volonté de la majeure protégée. Le législateur est alors intervenu dans la loi du 5 mars 2007 pour affirmer le principe du choix de la résidence par la personne protégée dans l'article 459-2 du Code civil. Marc Azavant<sup>1214</sup> comme Thierry Fossier<sup>1215</sup> estiment que cette « *proclamation n'a rien de superflu.* » Marc Azavant ajoute que « *par le passé, bien des tuteurs, bien des médecins, bien des familles ont substitué leurs choix à ceux du majeur en matière de lieu de vie ou de fréquentations. L'infantilisation qui en résultait n'était pas supportable.* ». Il était, de ce fait, important mais surtout bienvenu que le législateur intervienne pour permettre au majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation de choisir librement le lieu de sa résidence.

**606. Distinction de la résidence et du domicile.** Selon l'article 459-2 du Code civil, c'est le choix du lieu de la résidence qui est libre. Or, les mots ont leur importance puisqu'il est indispensable de distinguer la résidence du domicile. La résidence est définie comme le : « *lieu où une personne physique demeure effectivement d'une façon assez stable, mais qui peut n'être pas son domicile (...) et auquel la loi attache principalement, subsidiairement ou concurremment avec le domicile, divers effets de droit.* »<sup>1216</sup>. L'article 102 du Code civil définit le domicile comme le lieu où la personne a « *son principal établissement* ». Aussi, le domicile n'est pas à confondre avec la résidence. En effet, une disposition spécifique existe pour le domicile du tuteur prévue à l'article 108-3 du Code civil qui dispose que « *le majeur en tutelle est domiciliée chez son tuteur* ». Il s'agit d'un domicile légal, autrement dit c'est le domicile qui est assigné par la loi<sup>1217</sup>. Aussi, le domicile du tuteur est précisément désigné par la loi alors que le choix de sa résidence est libre. La Professeuse Annick Bateur<sup>1218</sup> explique que cette règle se justifie pour une détermination plus facile par le tuteur des compétences territoriales des juridictions et administrations, mais elle estime que d'autres techniques pourraient aboutir à ce résultat sans priver le tuteur du droit de choisir son domicile.

<sup>1214</sup> M.AZAVANT, op.cit.

<sup>1215</sup> T.FOSSIER, op.cit.

<sup>1216</sup> G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 13<sup>ème</sup> ed., p.906

<sup>1217</sup> Ibid, p.364

<sup>1218</sup> A. BATTEUR, « Majeurs protégés – Dispositions communes aux mesures de protection. - Effets personnels », *JCl. Civil code*, Fasc.10, févr. 2022, n°54

**607. Acte mixte.** Le législateur a choisi de placer cette nouvelle disposition dans la partie relative à la protection de la personne du majeur protégé. Pourtant, les aspects patrimoniaux sont très marqués dans le choix du lieu de résidence. Michel Leroy<sup>1219</sup> explique à juste titre que « *cette relation étroite entre le personnel et le patrimonial s'exprime sans doute le plus nettement en matière de logement* ». Le Professeur Jean Hauser<sup>1220</sup> ajoute que « *le logement, jadis délibérément classé comme objet de droits patrimoniaux, transcende quelque peu les catégories* ». Le choix de la résidence reste soumis à de nombreuses « *contraintes matérielles* », notamment celle du financement comme le précise le Professeur David Noguéro<sup>1221</sup>. Le choix de la résidence par le majeur protégé semble, en effet, assez limité par les éventuelles conséquences financières de ce choix ou encore par la nécessité de résider dans un établissement spécialisé en raison de son altération physique ou mentale. Aussi, cette liberté du choix de la résidence peut être la bienvenue quand il s'agit pour le majeur protégé de rester dans son logement, même si ce maintien peut parfois aller à l'encontre de ses intérêts du majeur protégé. De la même manière, si ce dernier souhaite changer son lieu de résidence, sa volonté peut, en pratique, se heurter à de nombreuses contraintes de différents ordres (pécuniaires, personnelles, etc.) qui pourront entraver sa liberté. C'est pourquoi le législateur a prévu que le juge puisse éventuellement intervenir<sup>1222</sup> dans le but de protéger l'intérêt du majeur protégé.

**608. Liberté d'entretenir des relations personnelles.** L'article 459-2 alinéa 2 du Code civil prévoit que la personne protégée entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non. Laure Talarico<sup>1223</sup> définit les relations personnelles comme « *tout ce qui peut permettre des contacts avec autrui, c'est-à-dire visites, hébergement, correspondances écrites, téléphoniques ou par le biais d'internet* ». Aucune définition n'a été donnée par le législateur quant aux relations personnelles qui s'entendent donc largement comme les rapports et les liens que peut entretenir le majeur protégé avec un tiers. Le texte viserait selon la doctrine « *le droit d'être visité, de recevoir de la correspondance, des appels*

---

<sup>1219</sup> M.LEROY, « Majeurs protégés et actes mixtes », *Gaz.Pal.*, oct.2015, n°284-286, p.7

<sup>1220</sup> J. HAUSER, « Des personnes et des biens : le logement du majeur protégé. Rapport de clôture », in C.Coutant-Lapalus (dir.), *Le logement du majeur vulnérable*, Ed. universitaires de Dijon, coll. Institutions, 2012, p.143

<sup>1221</sup> D.NOQUERO, op.cit.

<sup>1222</sup> V. *infra* n°613

<sup>1223</sup> L.TALARICO, op.cit.

téléphoniques, des messages électroniques, de visiter soi-même, d'écrire, de téléphoner »<sup>1224</sup>. Pour entretenir des rapports avec les tiers, tous ces moyens sont nécessaires, renforçant l'idée que le législateur a souhaité viser largement tous ces droits. Il s'agit d'une liberté fondamentale<sup>1225</sup>, le représentant ne peut donc pas s'opposer aux relations du majeur qu'il protège, c'est le juge qui interviendra en cas de désaccord<sup>1226</sup>.

**609. Les relations intimes.** La question se pose de savoir si les relations personnelles comprennent les relations plus intimes du majeur protégé. Autrement dit, est-ce que le texte vise également les relations sentimentales ou sexuelles ? Les relations sexuelles relèvent logiquement des actes strictement personnels<sup>1227</sup>, la représentation étant impossible pour de telles décisions ! À la lecture du texte, la liberté des relations personnelles pourrait pourtant s'entendre d'une liberté sexuelle<sup>1228</sup>. Néanmoins, il paraît peu probable que le juge puisse intervenir dans ces relations, dans l'hypothèse où le majeur protégé ne serait pas en état de prendre une telle décision, sauf si celles-ci représenteraient un danger physique ou psychique pour ce dernier, mais le contrôle peut s'avérer délicat<sup>1229</sup>. Les relations personnelles peuvent également s'entendre des relations sentimentales. En ce sens, Laure Talarico indique que ce texte marque « *la reconnaissance de la liberté pour un majeur protégé de s'installer en concubinage* »<sup>1230</sup> et elle ajoute que « *le droit à l'union libre du majeur protégé est confirmé par l'article 459-2 du Code civil.* ». En effet, le majeur protégé semble libre d'entretenir les relations sentimentales qu'il souhaite et rien n'empêche qu'il puisse s'installer en concubinage selon l'article 459-2 du Code civil. Le majeur protégé doit alors être libre d'entretenir des relations sentimentales, mais il est important que ces relations personnelles spécifiques relèvent de l'article 459-2 du Code civil afin que le juge puisse intervenir en cas de difficulté.

**610. Des relations avec tout tiers, parent ou non.** L'article 459-2 du Code civil ne précise pas la nature des relations personnelles, mais il vise tout tiers parent ou non<sup>1231</sup>. Le législateur a fait le choix que les tiers puissent être parent ou non laissant un champ large

<sup>1224</sup> N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Dalloz Action, 5<sup>ème</sup> ed., 2021-2022, p.235, n°221.65

<sup>1225</sup> Ibid.

<sup>1226</sup> V. *infra* n°613

<sup>1227</sup> V. en ce sens : D. NOGUERO, op. cit., N.PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F.ARBELLOT, op. cit.

<sup>1228</sup> D.NOGUERO, op.cit.

<sup>1229</sup> Ibid.

<sup>1230</sup> L.TALARICO, op.cit.

<sup>1231</sup> D.NOGUERO, op.cit.

quant aux personnes avec qui le majeur protégé peut entretenir des relations. C'est notamment pourquoi la question se pose de savoir si les relations personnelles peuvent s'entendre des relations sentimentales puisque le tiers avec qui les relations peuvent être entretenues peut être un parent ou non laissant place à une éventuelle relation personnelle du majeur protégé avec un(e) concubin(e)<sup>1232</sup>.

**611. Les relations avec un animal.** Une autre question peut se poser qui est celle de savoir si les relations peuvent s'entendre comme des relations entretenues avec un animal, puisque la place d'un animal dans une mesure de protection n'est pas un « *cas d'école* »<sup>1233</sup>. Le Professeur David Noguéro<sup>1234</sup> soulève la question à juste titre expliquant que, certes, l'animal n'est pas une personne, mais il s'agit d'une chose particulière puisqu'elle est un être vivant doué de sensibilité selon l'article 515-14 du Code civil. En principe, rien n'interdit le majeur protégé d'être ou devenir propriétaire d'un animal. L'annexe 1 du décret du 22 décembre 2008<sup>1235</sup> prévoit que « *tout acte relatif à l'animal domestique de la personne protégée* » est un acte d'administration. Néanmoins, le Professeur Gilles Raoul-Cormeil<sup>1236</sup> estime que cette qualification manque souvent son but et que le droit civil dispose de fondement pour empêcher la séparation du majeur protégé et de son animal de compagnie unis par un lien d'affection. Il suggère que « *si l'on raisonne à la lumière de la liberté qui est reconnue à la personne protégée de choisir le lieu de sa résidence et de son entourage, l'animal de compagnie est, en tant que sujet d'affection, librement choisi par la personne protégée. Cette liberté s'exerce toutefois sous la réserve que, si une difficulté survient, le juge soit conduit à statuer.* »<sup>1237</sup>. Néanmoins, il faut émettre une réserve prévue par l'article L.211-13, 2° du code rural qui dispose que le tuteur ne peut pas détenir de chiens de première catégorie (chiens d'attaque) ou de deuxième catégorie (chiens de garde et de défense) sans y avoir été autorisé par le juge des tutelles. Cette hypothèse ne vise que spécifiquement les majeurs en tutelle s'agissant d'une ancienne disposition<sup>1238</sup> qui ne prend pas en compte les nouvelles formes de mesures de représentation : le texte pourrait être modifié en ce sens ? La question de la détention et de l'entretien d'un lien d'affection avec un animal semble pouvoir

<sup>1232</sup> V. en ce sens : L. TALARICO, op.cit.

<sup>1233</sup> L. PECAUT-RIVOLIER, T. VEREHEYDE, « L'animal et les majeurs protégés », *AJ Fam.*, 2012, p.78

<sup>1234</sup> D. NOGUERO, op.cit.

<sup>1235</sup> D. n°2008-1484 du 22 déc. 2008, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, annexe 1, IX, col.1

<sup>1236</sup> G. RAOUL-CORMEIL, « L'animal domestique du majeur protégé », *LPA*, mai 2021, n°88, p.9

<sup>1237</sup> Ibid.

<sup>1238</sup> Création par l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de l'environnement

être résolue par l'article 459-2 du Code civil, toutefois d'autres difficultés peuvent survenir en cas de séparation avec l'animal. Cette situation n'est pas rare puisque le majeur protégé peut être placé en établissement ou ne plus être en mesure de s'occuper de l'animal. Dans ce cas, c'est au juge de statuer sur cette séparation puisqu'il s'agit d'une difficulté au sens de l'article 459-2 alinéa 3 du Code civil pour laquelle il est compétent<sup>1239</sup>.

**612. Le droit de visite et d'hébergement.** L'article 459-2 du Code civil n'évoque pas seulement les relations personnelles du majeur protégé ou son lieu de résidence, mais également la possibilité pour ce dernier d'être visité et hébergé par tout tiers, parent ou non. Le majeur protégé peut librement être visité et hébergé et ce n'est qu'en cas de difficulté que le juge statuera. Le droit d'être librement hébergé par un tiers rejoint logiquement la possibilité de choisir librement le lieu de sa résidence. En effet, si le majeur protégé peut décider du lieu de sa résidence alors il paraît cohérent qu'il puisse être libre d'être hébergé où il le souhaite. Par ailleurs, il est fondamental que le majeur protégé puisse recevoir librement des visites, cette liberté participant à la possibilité d'entretenir des relations personnelles. Il faut quand même souligner que certaines relations ne sont pas toujours dans l'intérêt du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation, c'est pourquoi l'intervention du juge ou du conseil de famille en cas de difficulté peut parfois être la bienvenue.

b. La possible intervention du juge

**613. Intervention du juge en cas de difficulté dans les relations personnelles et le choix de la résidence.** L'article 459-2 du Code civil alinéa 3 prévoit que le juge ou le conseil de famille, s'il a été constitué, statue en cas de difficulté relative au choix du lieu de résidence ou à l'entretien des relations personnelles et le droit de visite. La question peut légitimement se poser de savoir ce que le législateur a voulu entendre en conditionnant l'intervention du juge à l'existence d'une difficulté. Le choix de cette notion laisse une large place à l'interprétation et les juges ont eu l'occasion de préciser ce que pouvait recouvrir ce terme. Dans un arrêt du 8 février 2013<sup>1240</sup> relatif au choix de la résidence par un majeur protégé, la Cour d'appel de Douai rappelle que c'est au majeur protégé de choisir sa résidence et que le risque d'une rechute dans la consommation d'alcool ne constitue pas une difficulté effectivement constatée et avérée permettant de porter atteinte au droit de la personne

<sup>1239</sup> Ibid.

<sup>1240</sup> CA Douai, 8 févr. 2013, n°12/06650, AJ. Fam. 2013, p.245, obs. G. Raoul-Cormeil; Dr.fam., avr.2013, n°4, comm. 60, obs. I. Maria

protégée de choisir son lieu de vie. En effet, les juges de la Cour d'appel de Douai estiment qu'ils n'avaient pas à autoriser préalablement le retour à domicile. Cet arrêt rappelle la nécessité de l'existence d'une difficulté pour que le juge intervienne, sauf à recourir systématiquement à une autorisation préalable et de pervertir la volonté législative qui promeut l'autonomie du majeur protégé dans le choix de sa résidence.

**614. Existence d'une difficulté dans les relations personnelles dans un contexte de fin de vie.** Par ailleurs, concernant les relations personnelles d'un tuteur dans un contexte de fin de vie, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur l'existence d'une difficulté dans un arrêt du 13 décembre 2017<sup>1241</sup> rendu dans le cadre de la médiatique « Affaire Lambert ». Les magistrats du Quai de l'Horloge rappellent le principe selon lequel le juge peut organiser les relations personnelles de la personne protégée avec tout tiers parent ou non en cas de difficulté et précisent le sens de la difficulté justifiant l'intervention du juge. Les membres de la famille de Vincent Lambert soutenaient qu'aucune difficulté n'existait arguant que les juges n'avaient pas recherché si une difficulté s'était déjà présentée par le passé lors des visites rendues au tuteur. La Cour de cassation estime que la Cour d'appel a constaté « *par motifs propres et adoptés, l'existence d'une difficulté* » et approuve alors l'appréciation souveraine des juges du fond. Cette difficulté était liée à plusieurs éléments à savoir la contestation des restrictions imposées par l'établissement de santé ainsi que les conflits entre les membres de la famille ; l'intervention du juge était alors parfaitement justifiée. Il faut noter qu'en l'espèce, le majeur protégé était dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté, la difficulté évoquée par l'article 459-2 du Code civil ne semble donc pas être seulement entre le majeur représenté et son représentant, il peut s'agir d'une difficulté entre le représentant et des tiers.

**615. Notion de difficulté.** Dans ce sens, la Professeure Nathalie Peterka<sup>1242</sup> a défini les difficultés conditionnant l'intervention du juge comme recouvrant « *les conflits ou les désaccords entre la personne protégée, d'une part, et son protecteur ou son entourage, d'autre part, quant à la fixation de son lieu de résidence ou de ses relations personnelles, elles incluent aussi, comme en l'espèce, les dissensions internes à la famille du majeur* ». Il faut alors entendre la difficulté comme un conflit au sens large entourant la personne du

---

<sup>1241</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 déc. 2017, n°17-18.437, D.2018, p.333, note N.Peterka ; AJ fam., 2018, p.6, obs. Dionisi-Peyrusse ; ibid. p.124, obs. E.Pecqueur ; JCP G., 2018, doct.156, D.Noguéro ; Dr.fam., 2018, comm.46, I.Maria

<sup>1242</sup> N. PETERKA, « Conditions d'accès au dossier et fixation du lieu de traitement du majeur sous tutelle », *D.*, 2018, p.333

majeur protégé. Le Professeur David Noguéro<sup>1243</sup> a également proposé une définition de cette difficulté qui reprend l'analyse prétorienne : « *L'emploi du singulier ne préjuge en rien du profil de cette difficulté qui peut avoir une ou des manifestations, qui doivent présenter un degré traduisant que la situation mérite d'être dénouée. Elle ne s'identifie pas à la seule inaptitude du majeur* ». Certes, la facilité d'interprétation pourrait conduire à ce que le juge n'intervienne seulement lorsque le majeur protégé est dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté, mais cette analyse semble réductrice. La difficulté s'entend plus largement comme un conflit qui nécessite une intervention judiciaire pour être résolu dans l'intérêt du majeur protégé. Toutefois, considérer que la difficulté s'entend d'un simple conflit peut également être réducteur, car cette notion ne recouvre pas les hypothèses d'emprise ou de relation toxique par exemple. Dès lors, la difficulté doit s'entendre au sens large du terme comme une situation qui demande l'intervention du juge.

**616. Saisine du juge.** Si l'existence d'une difficulté pour justifier l'intervention du juge peut être sujette à interprétation, l'écueil principal est de savoir qui peut saisir le juge, au visa de l'article 459-2 alinéa 3 du Code civil, d'une demande relative à la résidence du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation ou à ses relations personnelles : est-ce seulement le majeur protégé, le représentant ou alors toute personne intéressée ? Aucune disposition législative ou réglementaire ne répond à cette question. Certains auteurs ont pu considérer qu' : « *En pratique, il s'agit le plus souvent du mandataire, familial ou professionnel, mais sans doute peut-on considérer que les personnes visées à l'article 430 du Code civil le peuvent aussi et, en particulier, la personne protégée. (...)*<sup>1244</sup>. L'article 430 du Code civil relatif aux personnes pouvant saisir le juge quant à la demande d'ouverture de la mesure cite la personne à protéger, son conjoint, partenaire pacsé ou concubin, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables ou la personne exerçant à son égard une mesure de protection juridique. Il cite également le Procureur de la République soit d'office ou à la demande d'un tiers. Ce seraient alors ces mêmes personnes qui pourraient saisir le juge d'une difficulté relative à la résidence du majeur protégé ou à ses relations personnelles, y compris le majeur protégé lui-même, par exemple quand le représentant fait obstacle à une relation.

<sup>1243</sup> D. NOGUERO, « Majeurs protégés – Pouvoirs du juge sur arrière-fond de fin de vie. – Choix du lieu de vie, de l'établissement de santé, de l'organisation des visites du majeur protégé. », *JCP G*, févr. 2018, n°6, doct. 156

<sup>1244</sup>, N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz Action, 5<sup>ème</sup> éd., 2021/2022, p.333, n°221.61

**617. Saisine par tout intéressé ?** Les auteurs précisent qu' : « *En tout état de cause, les textes ne prévoient pas ici, comme dans d'autres cas, la saisine du juge par tout intéressé et il appartiendra donc au juge, ou au conseil de famille d'apprécier au cas par cas* »<sup>1245</sup> En effet, le juge s'est prononcé sur cette question dans l'arrêt du 13 décembre 2017 précédemment cité<sup>1246</sup> sur le point de la fixation du lieu de résidence du majeur protégé. La Cour d'appel de Reims avait jugé dans cette affaire qu'aucun texte ne précisait les personnes habilitées à saisir le juge des tutelles sur le fondement de l'article 459-2 du Code civil et en avait conclu que les membres de la famille et les proches devaient pouvoir saisir le juge des difficultés relatives au lieu de vie de la personne protégée. La Cour de cassation décide dans cet arrêt de soulever d'office le moyen et pose un principe selon lequel « *tout intéressé peut saisir le juge des tutelles d'une difficulté relative à la fixation du lieu de la résidence de la personne protégée* » sur le fondement de l'article 459-2 du Code civil. Toutefois, les juges nuancent ce principe et écartent l'application de ce texte en l'espèce. En effet, la Cour de cassation pose une exception et précise que lorsque la résidence du majeur protégé est un établissement de santé et que ce dernier bénéficie d'une tutelle à la personne, alors le tuteur sera le seul à pouvoir saisir le juge des tutelles<sup>1247</sup>. Pour cela, les juges se fondent sur une combinaison des articles L.1110-8 du Code de la santé publique, qui rappelle que le choix de l'établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire, et l'article 459 alinéa 3 du Code civil, qui prévoit que la personne chargée de la protection du majeur doit obtenir une autorisation du juge ou du conseil de famille pour prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée du majeur protégé. Aussi, la Cour de cassation juge qu'en l'espèce au regard de l'état de santé du tuteur, son transfert dans un autre établissement de soins constituait un acte grave au sens de l'article 459 alinéa 3 du Code civil impliquant que seule la tutrice puisse présenter la requête. La décision de changement d'établissement de santé semble donc être un acte grave sur le fondement de l'article 459 alinéa 3 du Code civil et non pas sur celui de l'article 459-2 du Code civil relatif au choix du lieu de résidence du majeur protégé<sup>1248</sup>. L'exigence posée par la jurisprudence d'une saisine du juge par le seul tuteur pour le changement de la résidence du majeur protégé quand il s'agit d'un établissement de santé est critiquable, car elle exclut totalement la famille entendue au sens large puisque le concubin, le partenaire ou l'époux peut être exclu si le

---

<sup>1245</sup> Ibid.

<sup>1246</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 déc.2017, op.cit.

<sup>1247</sup> V. en ce sens : I. MARIA, « Tutelle. – Consultation du dossier, visites et changement d'établissement de santé du tuteur », *Dr.fam.*, févr.2018, n°2, comm.46

<sup>1248</sup> V. également *supra* n°601

tuteur désigné est un professionnel. La Cour de cassation s'est sans doute prononcée en ce sens dans cette espèce car la tutrice était l'épouse du majeur protégé et qu'un conflit opposait cette dernière aux membres de la famille. Dès lors, les juges ont tranché et estimé que seule la tutrice pouvait saisir le juge pour changer d'établissement de santé. La question se pose de savoir si la solution serait la même pour une espèce différente.

**618. Saisine relative au lieu de résidence et saisine relative à l'établissement de soins.** La Professeure Nathalie Peterka note une déconnexion entre la fixation du lieu de résidence du majeur de celle de son lieu de traitement<sup>1249</sup>. Une autrice<sup>1250</sup> estime que la décision de changement d'établissement de soins relève de la sphère personnelle de l'article 459 du Code civil et que cette décision est soumise au principe d'autonomie du majeur protégé. Toutefois, elle poursuit en expliquant que si un régime de représentation en matière personnelle est en place, alors c'est le représentant qui sera compétent pour décider et éventuellement saisir le juge lorsqu'une autorisation est nécessaire au regard des circonstances. Il faut donc faire une différence entre la saisine pour la fixation ou le changement du lieu de résidence qui relève de l'article 459-2 du Code civil et celle relative au changement d'un établissement de soins qui relève de l'article 459 du Code civil.

**619. Intervention législative nécessaire.** L'intervention législative pourrait être ici la bienvenue afin de définir précisément qui peut saisir le juge. Thierry Verheyde<sup>1251</sup> avait déjà eu l'occasion d'écrire qu'il serait préférable que le code de procédure civile soit modifié afin de préciser que « *tout intéressé* » peut saisir le juge des tutelles sur le fondement de l'article 459-2 alinéa 3 du Code civil, l'irrecevabilité de la requête reposerait alors sur l'absence d'intérêt à agir<sup>1252</sup>. En effet, le même problème se rencontre quand il s'agit de conflit relatif aux relations personnelles, question à laquelle le juge devra sans doute répondre en l'absence de réponse législative. Récemment, la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt Bierski c/ Pologne du 20 octobre 2022<sup>1253</sup> a statué sur les relations d'un père avec son fils, majeur handicapé et placé sous la tutelle de sa mère. En l'espèce, les juridictions internes ont estimé que le père n'avait pas qualité pour agir afin d'engager une procédure visant à déterminer les modalités de ses relations personnelles avec son fils tuteur. Dès lors,

<sup>1249</sup> N. PETERKA, op. cit.

<sup>1250</sup> E. PECQUEUR, « Protection de la personne : ne pas confondre choix de la résidence et choix de l'établissement de soin », *AJ fam.*, 2018, p.124

<sup>1251</sup> T. VERHEYDE, « Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales ? », *D.*, 2010, p.2460

<sup>1252</sup> Prévu par art. 122 Code de procédure civile

<sup>1253</sup> CEDH, 20 oct. 2022, Bierski c/ Pologne, n°4634219

pendant deux ans, le père avait été privé de relations avec son fils. Les juges européens considèrent qu'il s'agit d'une atteinte au droit au respect de la vie familiale du père, les autorités ayant manqué à leur obligation positive de prendre des mesures visant à rétablir le contact entre le requérant et son fils. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme juge que l'absence de dispositif pour protéger le droit du requérant à sa vie familiale, autrement dit l'impossibilité de saisir le juge quant à une difficulté dans ses relations personnelles avec son fils adulte frappé d'incapacité, est une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La France pourrait ne pas se faire condamner puisque le juge semble accepter d'être saisi par tout intéressé en ce qui concerne la résidence de la personne protégée, il en serait très probablement de même pour ce qui est de ses relations personnelles. Toutefois, l'intervention législative permettrait d'encadrer cette saisine et de ne pas la laisser à l'appréciation des juges.

**620. Procédure.** Le code de procédure civile prévoit dans son article 1220-3 que le juge des tutelles doit entendre ou appeler le majeur protégé afin de statuer sur une requête le concernant et relative à la protection de sa personne, sauf si cette audition est de nature à porter atteinte à la santé de l'intéressé ou si ce dernier ne peut exprimer sa volonté comme le prévoit également l'article 432 du Code civil. Dès lors, dans le cadre d'un contentieux relatif au choix de la résidence ou à l'entretien de relations personnelles, le juge va, en principe, entendre le majeur protégé. Si le juge ne peut entendre ce dernier, la doctrine<sup>1254</sup> estime nécessaire de prévoir une ordonnance de non-audition, ou de dispense d'audition, avec une motivation spécifique dans la décision. Thierry Verheyde<sup>1255</sup> précise que le juge des tutelles peut, selon l'article 416 alinéa 2 du Code civil, visiter ou faire visiter le majeur protégé, et il peut, sur le fondement de l'article 1221 du Code de procédure civile, ordonner, éventuellement d'office, toute mesure d'instruction telle une enquête sociale comme peut le faire le juge aux affaires familiales. Par ailleurs, l'article 1213 du Code de procédure civile prévoit que lorsqu'il est fait application de l'article 459-2 du Code civil, le juge des tutelles peut ordonner que l'examen de la requête donne lieu à un débat contradictoire. Il est possible et souhaitable de communiquer la procédure au parquet<sup>1256</sup> à sa demande<sup>1257</sup> ou à l'initiative du juge<sup>1258</sup>. Thierry Verheyde<sup>1259</sup> estime que le juge des tutelles devrait tenter de concilier les

---

<sup>1254</sup> N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, op.cit., p.334-336

<sup>1255</sup> T. VERHEYDE, op.cit.

<sup>1256</sup> Ibid et N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, op.cit.

<sup>1257</sup> Art. 426 Code de procédure civile

<sup>1258</sup> Art. 427 Code de procédure civile

parties et/ou proposer une éventuelle médiation, étant précisé qu'il agira sur le fondement des dispositions générales puisque aucune disposition spécifique ne permet au juge des tutelles d'organiser une médiation familiale. L'auteur propose d'étendre au juge des tutelles cette faculté déjà offerte au juge aux affaires familiales. Le cas échéant, le juge des tutelles statuera et devra rendre une ordonnance motivée.

**621. Intérêt du majeur protégé.** La jurisprudence a déjà eu à se prononcer sur des conflits relatifs au choix de la résidence et à l'entretien des relations personnelles. Dans ce cas, c'est l'intérêt du majeur protégé qui doit prévaloir. La Cour Européenne des Droits de l'Homme est intervenue à ce sujet et a jugé de manière casuistique que l'intérêt du majeur protégé passe avant sa propre volonté<sup>1260</sup>. En l'espèce, les juges finlandais avaient refusé de modifier le dispositif de protection ayant pour conséquence d'empêcher le requérant majeur protégé de décider lui-même où et avec qui il souhaitait vivre. Les juges strasbourgeois estiment que les juges internes avaient pris en considération de manière concrète et attentive la situation du requérant en tenant compte essentiellement de son incapacité à comprendre les enjeux d'un éventuel déménagement qui constituerait un changement radical de ses conditions de vie. Aussi, la décision des juges internes n'est pas disproportionnée dans le contexte de protection de la santé et du bien-être du requérant, étant précisé que ce dernier a été associé à tous les stades de la procédure et que ses droits, sa volonté et ses préférences ont été pris en compte. Par conséquent, l'intérêt du majeur protégé a été privilégié au détriment de sa volonté dans la décision des juges européens. Toutefois, la Professeure Ingrid Maria<sup>1261</sup> note que cette motivation circonstanciée n'exclut pas qu'en d'autres hypothèses la volonté du majeur protégé puisse l'emporter sur son intérêt tel que déterminé par son protecteur.

**622. Interdiction des visites.** La Cour de cassation a également eu l'occasion de prendre en compte l'intérêt du majeur protégé dans une décision relative aux relations personnelles de ce dernier dans un arrêt du 24 juin 2020<sup>1262</sup>. Les juges ont ordonné une rupture totale du lien entre une majeure protégée et son frère, en application de l'article 415 du Code civil, dans l'intérêt de la personne protégée. En l'espèce, la majeure protégée ne pouvait exprimer sa volonté de manière cohérente et adaptée et les relations avec son frère

<sup>1259</sup> T. VERHEYDE, op.cit.

<sup>1260</sup> CEDH, 23 mars 2017, n°53251/13, A.-M.V. c/ Finlande, Dr.fam., mai 2017, n°5, comm.110, I. Maria

<sup>1261</sup> I. MARIA, « Résidence – Intérêt versus volonté : le premier l'emporte largement, même devant la Cour EDH », Dr.fam., mai 2017, n°5, comm.110

<sup>1262</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 juin 2020, n°19-15.781, D.,2020 ; AJ fam., 2020, obs. N.Peterka ; RTD Civ., 2020, p.855, obs. A.-M. Leroyer ; Dr.fam., 2020, n°167, note L.Mauger-Vielpeau

étaient source de déstabilisation psychique, ce dernier ayant un comportement intrusif et irrespectueux. Dans l'arrêt Lambert précédemment cité<sup>1263</sup>, les juges étaient intervenus pour organiser les visites, mais dans ce nouvel arrêt, les juges vont plus loin en interdisant totalement les visites<sup>1264</sup>. La Cour de cassation se fonde sur les articles 459-2 et 415 alinéa 3 du Code civil, ce dernier texte rappelant que la mesure de protection a pour finalité l'intérêt de la personne protégée, mais également l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit au respect de la vie privée et familiale. Par ailleurs, la décision de la Cour de cassation ne semble pas définitive et sans retour puisque l'arrêt précise que la rupture totale du lien familial est nécessaire « *dans l'attente d'une évolution du comportement* » du frère de la majeure protégée. En tout état de cause, c'est l'intérêt de la majeure protégée qui prévaut sur le maintien de la relation familiale, notamment au regard des circonstances de l'espèce. L'analogie peut être faite avec les relations personnelles du mineur qui doivent être maintenues seulement si elles sont dans son intérêt.

## **B.- L'intervention du juge dans les relations personnelles du mineur**

**623. Analogie entre le mineur et le majeur protégé.** Concernant le choix du lieu de résidence, Thierry Verheyde<sup>1265</sup> a eu l'occasion d'écrire que la compétence du juge des tutelles « *rapproche un peu plus ce juge du juge des enfants ou du juge aux affaires familiales* ». En effet, en cas de difficulté, le juge des tutelles statue sur le lieu de la résidence du majeur protégé, tout comme le juge aux affaires familiales peut le faire concernant le mineur. De la même manière, le droit du majeur protégé d'entretenir des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non, peut être rapproché de la formule qui reconnaît au mineur le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents prévu par l'article 371-4 alinéa 2 du Code civil<sup>1266</sup> et avec un tiers, parent ou non, dans l'alinéa 2 de ce même article. Il est également prévu pour le mineur<sup>1267</sup> et le majeur protégé<sup>1268</sup>, qu'ils peuvent tous les deux être entendus dans ces décisions les concernant. Les relations personnelles du mineur ont notamment été définies par l'article 2 de la Convention européenne sur les relations personnelles de l'enfant comme : « *le séjour de l'enfant, limitée dans le temps, chez*

---

<sup>1263</sup> V. *supra* n°614

<sup>1264</sup> V. en ce sens : L. MAUGER-VIELPEAU, « Interdiction de visite – Interdiction pour le frère de toute visite et de tout contact téléphonique », *Dr.fam.*, déc. 2020, n°12, comm.167

<sup>1265</sup> T. VERHEYDE, « Le logement dans la réforme de la protection juridique des majeurs », *AJ Fam.*, 2009, p.448

<sup>1266</sup> A. BATTEUR, *op. cit.*, n°61

<sup>1267</sup> Art. 388-1 du Code civil

<sup>1268</sup> Art. 1220-3 du Code de procédure civile

*une personne visée à l'article 4 ou 5, avec laquelle l'enfant ne vit pas habituellement, ou la rencontre entre l'enfant et cette personne ; toute forme de communication entre l'enfant et cette personne ; toute communication d'informations au sujet de l'enfant à cette personne, ou inversement.* ». L'article 4 de cette Convention vise les parents tandis que l'article 5 vise les autres personnes que ses parents. Aussi, que ce soit concernant l'entretien des relations personnelles avec ses parents (1) ou d'autres personnes (2), une analogie entre le majeur protégé et le mineur peut aisément être faite.

### 1. *Les relations du mineur avec ses parents*

**624. Protection du mineur.** Dans le cadre des relations du mineur avec ses parents, le juge va intervenir afin de protéger l'enfant. Il ne s'agit pas d'une décision contre le mineur, mais bien d'une décision contre les parents lorsque le mineur est en danger (a) afin de mettre en place des mesures d'assistance éducative ou pour fixer les modalités du droit de visite et d'hébergement (b).

#### a. Le mineur en danger

**625. Mesure d'assistance éducative.** En principe, lorsque le mineur se met en danger, ce sont évidemment ses représentants qui interviennent pour le protéger puisque les titulaires de l'autorité parentale sont les protecteurs naturels du mineur et ont le devoir de le protéger dans sa sécurité, sa santé, sa vie privée et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne selon l'obligation posée par l'article 371-1 du Code civil. Par ailleurs, l'article 375 du Code civil alinéa 1 dispose : *« Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Dans les cas où le ministère public a été avisé par le président du conseil départemental, il s'assure que la situation du mineur entre dans le champ d'application de l'article L. 226-4 du code de l'action sociale et des familles. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel. »*. Une mesure d'assistance éducative peut donc notamment être mise en place lorsqu'il existe une situation de danger pour le mineur. Pour cela, le danger doit être constaté par le juge qui va intervenir afin de mettre en place les mesures nécessaires. Le juge intervient alors pour

protéger le mineur d'un danger extérieur et pas d'un danger qu'il se ferait courir à lui-même, contrairement à l'hypothèse de l'intervention du représentant du majeur protégé qui intervient lorsque ce dernier se met en danger<sup>1269</sup>.

**626. Saisine du juge.** Le juge intervient et non pas le représentant pour prendre les mesures nécessaires dès lors qu'il existe une situation de danger pour le mineur. Néanmoins, l'article 375 du Code civil précise que le juge peut notamment intervenir à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur. Cette disposition permet, dans cette hypothèse, de faire l'analogie avec la situation du danger du majeur protégé dans laquelle le représentant intervient. En effet, les titulaires de l'autorité parentale peuvent notamment saisir le juge lorsqu'ils estiment que le mineur est en danger. En outre, l'autorité parentale exige de la part de ses titulaires qu'ils protègent le mineur contre d'éventuels dangers.

**627. Appréciation de l'existence du danger pour le mineur.** Le danger est défini par l'article 375 du Code civil comme la situation où la santé, la sécurité ou la moralité du mineur non émancipé sont en danger ou lorsque les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises. La notion de danger est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>1270</sup>. En outre, l'appréciation de l'existence du danger doit se faire en fonction des circonstances de la cause<sup>1271</sup>. En ce sens, la Cour d'appel de Riom<sup>1272</sup> a considéré que : « *le juge des enfants apprécie le danger en valeur relative, par référence à la culture ambiante, aux moyens matériels dont dispose la famille, à l'histoire même du groupe familial et des individus qui le composent* ». Par ailleurs, la Cour de cassation exige que le juge caractérise l'existence de l'état de danger pour la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant<sup>1273</sup>. Le danger existe lorsque les titulaires de l'autorité parentale n'usent pas ou, mal, de ses prérogatives<sup>1274</sup>. Le danger a pu ainsi être caractérisé lorsque les parents appartiennent à une secte et que les conditions de vie des enfants de la secte à laquelle ils appartiennent sont de nature à

---

<sup>1269</sup> V. *supra* n°594

<sup>1270</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 nov.1973, Bull.civ. I, n°296 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 nov.1976, Bull.civ.I, n°357

<sup>1271</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 févr.1990, n°87-05.074, Bull.civ.I, n°47, RDSS 1991, p.351, obs. F.Monéger ; RTD Civ., 1990, p.445, obs.J.Rubellin-Devichi

<sup>1272</sup> CA Riom, 29 mars 2005, n° 2004/00146, AJ fam., 2005, p.291, obs. H.Gradatour

<sup>1273</sup> Civ.1<sup>ère</sup>, 8 oct. 1985, Bull.civ.I, 1985, n°247 ; Defrénois, 1987, p.765, n°40, obs. J.Massip

<sup>1274</sup> A.GOUTTENOIRE, P.BONFILS, *op.cit.* ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov.1981, JCP, 1983, n°19985 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 1995, D., 1996, somm.239, obs. S.Vitse

compromettre gravement leur évolution et leur équilibre psychologique<sup>1275</sup>. Certaines hypothèses de danger sont spécifiquement réglementées en ce qui concerne le mineur prostitué<sup>1276</sup>, le mineur qui souhaite poursuivre ses études se heurtant à l'opposition des parents<sup>1277</sup> et le mineur non accompagné dont la situation est source de danger et qu'ils sont « *privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille* »<sup>1278</sup>. Toutefois, ces hypothèses spécifiques ne concernent pas les relations du mineur avec ses parents. Les situations sont donc diverses et variées et peuvent conduire à certaines difficultés d'appréciation de la part du juge qui peut retenir une conception trop restrictive de l'existence du danger pour le mineur.

#### b. Le droit de visite et d'hébergement

**628. Maintien du lien avec son parent.** Le maintien du lien entre le mineur et ses parents se manifeste à travers l'exercice du droit de visite et d'hébergement. Dès lors, en cas de séparation entre le parent et le mineur, le Code civil octroie un droit de visite et d'hébergement au parent avec qui il ne vit pas sauf motifs graves<sup>1279</sup>. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme considère que le maintien des relations de l'enfant avec ses deux parents séparés nécessite de statuer sur le droit de visite du parent non hébergeant pendant la procédure de divorce<sup>1280</sup>. La Professeure Adeline Gouttenoire<sup>1281</sup> considère que : « *les relations de l'enfant avec son parent non hébergeant peut prendre la forme de correspondances téléphoniques ou de visioconférence notamment lorsque le parent est géographiquement éloigné.* ». En effet, le maintien du lien peut donc se faire par tout moyen en fonction des modalités qui seront fixées par le juge. Le juge doit donc organiser un droit de visite et d'hébergement avec le parent non hébergeant, si les parents ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les modalités de son exercice<sup>1282</sup>, tout comme le juge des tutelles peut le faire en cas de difficulté pour organiser les relations et visites du majeur protégé.

<sup>1275</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 1995, n° 94-05.024, D., 1996, somm.239, obs. S.Vitse

<sup>1276</sup> Art. 13-II de la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale

<sup>1277</sup> Art. L.122-2 du Code de l'éducation

<sup>1278</sup> Art. L.112-3 du Code de l'action sociale et des familles

<sup>1279</sup> Art. 372-2-1 du Code civil relatif à l'exercice unilatéral de l'autorité parentale et Art. 372-2-9 du Code civil relatif à l'exercice en commun de l'autorité parentale et Art. 375-7 pour l'enfant placé

<sup>1280</sup> CEDH, 4 sept.2018, Cristian Cătălin Ungureanu c. Roumanie, n°6221/14

<sup>1281</sup> A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, op.cit., p.419

<sup>1282</sup> Art. 373-2-9 al. 3 Code civil. En ce sens : Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 nov. 2011, D. 2012. Chron. C. cass. 635, obs. Vassallo ; AJ fam. 2012. 46, obs. Siffrein-Blanc ; RTD civ. 2012. 111, obs. Hauser ; JCP 2012, n° 31, § 8, obs. Rebourg ; Dr. fam. 2012, n° 9, obs. Bazin.

**629. Place de la volonté de l'enfant.** Si l'enfant peut effectivement maintenir des liens avec ses parents, notamment en cas de séparation, il se pose la question de sa place dans l'exercice de ce droit. Autrement dit, il se pose la question de la prise en compte de la volonté de l'enfant dans la fixation d'un droit de visite et d'hébergement avec le parent non hébergeant. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme prend en compte la volonté du mineur et a jugé dans l'arrêt *Khusnutdinov et X c/ Russie* du 18 novembre 2018<sup>1283</sup>, relatif à un conflit portant sur la résidence de l'enfant, que les tribunaux doivent tenir compte de l'opinion de l'enfant et de son sentiment ainsi que de son droit au respect de sa vie privée dès qu'il arrive à maturité. En l'espèce la mineure refusait le retour chez son père. La Cour Européenne des droits de l'homme juge que la décision des tribunaux internes qui refuse le retour forcé de la mineure chez son père n'est pas contraire à la Convention et peut passer pour fonder sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Les juges européens ont recours à la notion de maturité du mineur qui se retrouve notamment en matière médicale<sup>1284</sup>, mais qui pourrait être utilisé dans des domaines plus larges au même titre que le discernement, auquel le droit français fait fréquemment référence.

**630. Avis non déterminant du mineur.** Les juges français peuvent entendre le mineur sur une question d'exercice du droit de visite et d'hébergement sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil qui permet au mineur capable de discernement d'être entendu par le juge dans toute procédure qui le concerne lorsque son intérêt le commande. Néanmoins, la première chambre civile de la Cour de cassation rappelle dans un arrêt du 6 mars 2013<sup>1285</sup> que : « *si le juge peut prendre en compte l'attitude de l'enfant pour fixer les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement accordé à un de ses parents, il ne peut déléguer ses pouvoirs en subordonnant l'exécution de sa décision à la discrétion de l'enfant* ». Autrement dit, le mineur peut être entendu, mais son avis n'est pas déterminant dans la fixation des modalités de l'exercice du droit de visite et d'hébergement. En effet, le mineur ne dispose d'aucun pouvoir sur l'existence ou l'organisation de ce droit de visite et d'hébergement, mais il ne peut pas non plus s'y opposer ou exiger son exécution par le parent bénéficiaire<sup>1286</sup>.

---

<sup>1283</sup> CEDH, *Khusnutdinov et X c/ Russie*, 18 nov. 2018, Req. n°76598/12

<sup>1284</sup> V. *supra* n°475

<sup>1285</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n°11-22.770, Dr.fam. 2013, comm. N°70, obs. C.Neirinck

<sup>1286</sup> A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, op.cit.

**631. Absence d'exercice du droit de visite et d'hébergement par le parent.** Rien ne contraint le parent à exercer ce droit de visite et d'hébergement et le mineur ne peut pas le contraindre à entretenir des relations personnelles avec lui, tout va dépendre de la volonté du parent. La question d'une éventuelle sanction du parent qui n'exerce pas son droit de visite ou d'hébergement s'est posée, ce comportement pouvant être contraire à l'intérêt de l'enfant<sup>1287</sup>. En ce sens, le Professeur Hugues Fulchiron<sup>1288</sup> cite une décision du Tribunal de grande instance de Chartres<sup>1289</sup> qui ordonnait au père de payer une compensation ponctuelle hebdomadaire et par enfant délaissé. Mais la Cour d'appel de Versailles<sup>1290</sup> a infirmé cette décision. Pour la professeure Adeline Gouttenoire<sup>1291</sup> : *« la seule sanction d'un défaut d'exercice ou d'un exercice irrégulier de ce droit réside dans la suppression de ce dernier qui non seulement paraît peu efficace au regard du comportement du parent mais surtout prive définitivement l'enfant de relations personnelles avec ce dernier. »*. En effet, que le parent n'exerce pas son droit de visite ou d'hébergement peut sembler contraire à l'intérêt l'enfant et sanctionner ce comportement par une rupture des relations personnelles entre ce parent et son enfant mineur ne semble pas non plus dans l'intérêt de l'enfant. Toutefois, imaginer un enfant entretenir des relations personnelles avec un parent qui le délaisse, en n'exerçant pas ou peu son droit de visite et d'hébergement peut être considéré comme contraire à son intérêt également. Dès lors, une incapacité de jouissance du mineur en matière de droit de relations personnelles peut apparaître, car il n'a aucun moyen d'influer sur ses relations personnelles avec ses parents<sup>1292</sup>. Il pourrait être intéressant de permettre mineur d'agir en justice aux fins d'établir un droit de visite et d'hébergement avec un de ses parents, éventuellement représenté par un administrateur ad hoc, ou, s'il dispose de la maturité suffisante, il pourrait saisir directement le juge. Un tel dispositif permettrait que l'intervention du juge rende effectif l'exercice du droit du mineur d'entretenir des relations personnelles avec ses deux parents prévu par l'article 9 alinéa 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant<sup>1293</sup>. Néanmoins, il persiste toujours la difficulté d'un refus catégorique du parent d'entretenir des

<sup>1287</sup> H. FULCHIRON, « Autorité parentale : peut-on imposer le respect des droits de visite et d'hébergement à leur bénéficiaire lui-même ? », *JCP G.*, 15 juin 1994, n°24

<sup>1288</sup> Ibid.

<sup>1289</sup> TGI Chartres, 22 juin 1992

<sup>1290</sup> CA Versailles, 18 nov. 1993, *Juris-Data* n°047000

<sup>1291</sup> A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, *op.cit.*

<sup>1292</sup> Ibid.

<sup>1293</sup> Art. 9 al.3 CIDE : « 3. Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant »

relations personnelles avec son enfant mineur puisque rien ne peut le contraindre à exercer ce droit.

**632. Refus pour motifs graves.** Tout comme lorsque les relations personnelles avec un tiers autre que ses parents ne sont pas dans son intérêt, il existe une limite au droit de visite et d'hébergement du parent. L'article 373-2-1 du Code civil qui prévoit le maintien de la relation entre le mineur et le parent privé de l'autorité parentale dispose ainsi dans son alinéa 2 que : « *L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves* » et dans son alinéa 4 que : « *Lorsque l'intérêt de l'enfant le commande ou lorsque la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un danger pour l'un d'eux, le juge en organise les modalités pour qu'elle présente toutes les garanties nécessaires. Il peut prévoir qu'elle s'effectue dans un espace de rencontre qu'il désigne, ou avec l'assistance d'un tiers de confiance ou du représentant d'une personne morale qualifiée.* ». Le législateur prévoit encore une fois l'intervention du juge lorsqu'il existe un danger pour le mineur, mais le juge intervient systématiquement, car il a l'obligation de fixer le droit de visite et d'hébergement même si aucune partie ne le demande. L'article 373-2-9 du Code civil relatif au droit de visite et d'hébergement des parents séparés prévoit le même dispositif dans son alinéa 4 mais n'évoque pas le possible refus du droit de visite et d'hébergement pour motifs graves. Cette différence s'explique sans doute par le fait que la situation n'est pas la même : d'un côté il s'agit d'un parent privé de l'exercice de l'autorité parentale et de l'autre il s'agit de parents qui exercent l'autorité parentale en commun. Néanmoins, la Cour de cassation a déjà jugé que dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, le juge aux affaires familiales, qui tient des articles 371-1, 372 et 373-2-8 du Code civil le pouvoir de refuser à un parent qui exerce conjointement l'autorité parentale, un droit de visite et d'hébergement, peut estimer qu'il existait des motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant justifiant la suppression du droit de visite et d'hébergement. Dès lors, les juges utilisent la référence aux motifs graves pour exclure le droit de visite et d'hébergement, mais sur des fondements multiples ne disposant pas d'un texte législatif précis. Dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative, l'article 375-7 du Code civil dispose en son alinéa 6 que : « *Le juge peut décider des modalités de l'accueil de l'enfant en considération de l'intérêt de celui-ci. Si l'intérêt de l'enfant le nécessite ou en cas de danger, le juge décide de l'anonymat du lieu d'accueil.* ».

**633. Motifs de refus du droit de visite et d'hébergement.** Si les juges peuvent refuser pour motifs graves le droit de visite et d'hébergement à un parent exerçant conjointement l'autorité parentale, il convient d'analyser ce que peuvent être ces motifs graves. La première chambre civile de la Cour de cassation<sup>1294</sup> a par exemple approuvé la Cour d'appel qui avait considéré comme étant un motif grave permettant de refuser un droit de visite et d'hébergement à un parent exerçant conjointement l'autorité parentale, le fait qu'un père ne justifiait ni d'un domicile ni de quelconques revenus et qu'il ait faussement déclaré la perte du passeport de l'enfant pour l'emmener en Tunisie ce qui avait perturbé l'enfant. Pour le parent privé de l'autorité parentale, les juges ont également eu l'occasion de se prononcer sur l'existence ou non de motifs graves. La première chambre civile de la Cour de cassation<sup>1295</sup> a ainsi approuvé une Cour d'appel qui dans son pouvoir souverain d'appréciation avait constaté que : « *le comportement inadapté de celui-ci [le père] à l'occasion des vacances d'octobre-novembre 2013 ne caractérisait pas un motif grave justifiant que, dans l'intérêt des enfants, le droit de visite et d'hébergement du père soit suspendu* ». En l'espèce, les motifs graves n'étaient donc pas caractérisés. Le droit de visite et d'hébergement a également pu être suspendu par la première chambre civile de la Cour de cassation du 30 octobre 2006<sup>1296</sup> pour le père d'une mineure placée, car son attitude lors des droits de visite était inadaptée et irrespectueuse de la personne de la jeune fille, de son âge et de ses troubles d'anxiété ; le droit de visite était alors contraire à l'intérêt de celle-ci et avait pour effet de majorer les troubles qu'elle présentait.

**634. Limitations du droit de visite et d'hébergement.** Le juge ne suspend pas systématiquement le droit de visite et d'hébergement du parent, il peut fixer des modalités qui limitent l'exercice de ce droit. Par exemple, dans le cadre de la délivrance d'une ordonnance de protection, l'article 515-11 5° du Code civil dispose que le juge aux affaires familiales est compétent pour : « *Se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et, au sens de l'article 373-2-9, sur les modalités du droit de visite et d'hébergement, (...)* ; *Lorsque l'ordonnance de protection édicte la mesure prévue au 1° du présent article, la décision de ne pas ordonner l'exercice du droit de visite dans un espace de rencontre désigné ou en présence d'un tiers de confiance est spécialement motivée* ». Autrement dit, lorsque le juge interdit au parent violent de rentrer en contact avec la victime, il peut prévoir que le droit de visite et

<sup>1294</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 2009, n°08-14.917, RJPJF 2009-9/42, obs. Eudier

<sup>1295</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 janv. 2018, n°16-15.200

<sup>1296</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 oct. 2006, n°05-16.321

d'hébergement s'exercera dans un espace de rencontre ou en présence d'un tiers, si le juge ne le met pas en place, sa décision doit être spécialement motivée. Dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative, l'article 375-7 alinéa 4 du Code civil prévoit que le juge peut : « *par décision spécialement motivée, imposer que le droit de visite du ou des parents ne peut être exercé qu'en présence d'un tiers qu'il désigne lorsque l'enfant est confié à une personne ou qui est désigné par l'établissement ou le service à qui l'enfant est confié.* » Le juge peut ainsi limiter l'exercice du droit de visite et d'hébergement du parent en imposant qu'un tiers soit présent ou alors que la rencontre ait lieu dans un endroit spécifiquement désigné. Ces limitations dans l'exercice de l'autorité parentale se justifient par l'intérêt de l'enfant et sa protection. Le refus ou la limitation de ce droit de visite et d'hébergement se retrouve également pour le majeur protégé qui a droit d'entretenir des relations si celles-ci ne sont pas contraires à son intérêt. Ici le mineur a le droit d'entretenir des relations avec ses parents si elles ne sont pas contraires à son intérêt et ne constituent pas un danger pour ce dernier. La liberté est toujours limitée par le besoin de protection de la personne protégée.

## **2. Les relations personnelles du mineur en dehors de ses parents**

**635. Membres de la famille et tiers.** Les titulaires de l'autorité parentale peuvent contrôler les relations de l'enfant, mais il ne s'agit pas d'un pouvoir absolu. En effet, le Code civil permet au mineur d'entretenir des relations personnelles avec les membres de sa famille, notamment ses ascendants et ses frères et sœurs (a), mais également avec des tiers (b).

### **a. Les relations personnelles du mineur avec les membres de sa famille**

**636. Fondement.** L'article 371-4 du Code civil pose le principe dans son alinéa premier selon lequel : « *L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seuls des motifs graves peuvent faire obstacle à ce droit.* ». La loi du 4 mars 2002<sup>1297</sup> instaure un véritable droit de l'enfant à développer des relations personnelles avec ses ascendants<sup>1298</sup>. En outre, cet article peut permettre au mineur d'intenter une action afin d'organiser ses relations avec ses grands-parents<sup>1299</sup>. Néanmoins, le mineur devra pour cela être représenté puisqu'il n'a pas la capacité de saisir lui-même le juge à cette fin. La question peut se poser de savoir si, comme le mineur peut le faire en cas de danger pour saisir le juge

---

<sup>1297</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale

<sup>1298</sup> A. GOUTTENOIRE, « Autorité parentale », *Rep. Civ.*, Dalloz, n°323

<sup>1299</sup> A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2021, p.504, n°848

des enfants<sup>1300</sup>, il ne pourrait pas lui être ouverte la possibilité de saisir lui-même le juge aux affaires familiales afin d'organiser les relations personnelles avec ses ascendants, une telle matière relevant de la vie privée et intime du mineur qui ne doit pas être compromise. Sinon, les grands-parents semblent toujours pouvoir saisir le juge, la jurisprudence admet la recevabilité de leur demande<sup>1301</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a également mis un point d'honneur à la préservation de cette relation entre le mineur et ses grands-parents dans l'arrêt *Manuello et Nevi c/ Italie*<sup>1302</sup> dans lequel les juges européens indiquent que ces relations relèvent du droit des intéressés au respect de leur vie familiale tel qu'il est garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

**637. Ascendants.** La lettre de l'article 371-4 du Code civil cite les relations personnelles avec les « *ascendants* », qui renvoie inévitablement aux grands-parents, mais il convient de préciser à qui renvoie ce terme. L'ascendant est défini comme un « *auteur direct d'une personne, soit au premier degré (père, mère), soit à un degré plus éloigné dans la ligne paternelle (grands-parents paternels, etc.) ou maternelle (grands-parents maternels).* »<sup>1303</sup>. La loi ne précise rien sur les ascendants, il faut donc comprendre qu'il s'agit des grands-parents ou même des arrière-grands-parents paternels ou maternels. L'article 371-4 du Code civil dans son ancienne version a déjà été appliqué aux arrière-grands-parents<sup>1304</sup>. Pour la Professeure Adeline Gouttenoire<sup>1305</sup> : « *Il n'est pas douteux que la loi vise tous les grands-parents sans distinguer selon que les parents de l'enfant sont ou non mariés.* », mais également « *les grands-parents par le sang ou adoptifs* »<sup>1306</sup>. Les ascendants doivent être compris comme les grands-parents au sens large.

**638. Limites à l'entretien de relations personnelles avec ses ascendants.** Dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002, l'article 371-4 du Code civil prévoyait la possibilité de faire obstacle au droit du mineur d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants en cas de motifs graves. Ces restrictions rappellent celles prévues pour le majeur protégé pour qui le juge peut statuer en cas de difficulté<sup>1307</sup>. Néanmoins, la loi du 5 mars 2007<sup>1308</sup> a changé

<sup>1300</sup> Art. 375 du Code civil

<sup>1301</sup> CA Paris, 2 mars 2005, n°0310492 cité par A. GOUTTENOIRE et P.BONFILS, op.cit.

<sup>1302</sup> CEDH 20 janv. 2015, *Manuello et Nevi c/ Italie*, n° 107/10, AJ fam., 2015. 101, obs. Viganotti

<sup>1303</sup> G. CORNU, op.cit., p.86

<sup>1304</sup> TGI Paris, 3 juin 1976, D., 1977, 303, note Cazals

<sup>1305</sup> A. GOUTTENOIRE et P.BONFILS, op.cit.

<sup>1306</sup> A. GOUTTENOIRE, op.cit.

<sup>1307</sup> V. *supra* n°613

<sup>1308</sup> Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance

la formulation de l'article 371-4 du Code civil qui dispose désormais que seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à ce droit. Ce ne sont donc plus seulement des motifs graves qui empêcheront le mineur d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants, mais seulement son intérêt. Pour la Professeure Adeline Gouttenoire<sup>1309</sup>, cette modification ne conduira pas les juges à admettre plus facilement l'exclusion du droit de visite des grands-parents ; il faudra établir *in concreto* que les relations du mineur avec ses grands-parents sont contraires à son intérêt. Les parents devront en effet prouver que les relations qu'entretient le mineur avec ses grands-parents sont contraires à son intérêt, ils ne devront plus chercher à démontrer l'existence de motifs graves. L'utilisation de l'intérêt de l'enfant paraît plus cohérente avec la mise en œuvre d'un tel droit et permet sûrement aux juges une plus large interprétation même si la preuve doit toujours être rapportée que cette relation n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. En outre, l'utilisation de cette formulation est beaucoup plus centrée sur le mineur, ce qui renforce sans doute l'effectivité de ce droit de l'enfant.

**639. Intervention du juge sur le maintien des relations personnelles du mineur avec ses ascendants.** Les juges ont déjà eu l'occasion de statuer sur l'intérêt de l'enfant à maintenir des relations personnelles avec ses ascendants sur le fondement de l'article 371-4 alinéa premier du Code civil. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 14 janvier 2009<sup>1310</sup> rappelle que : « *pour faire obstacle à l'exercice du droit d'un enfant à entretenir des relations personnelles avec ses ascendants, seul l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération* ». En outre, la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 27 mai 2010<sup>1311</sup> a considéré que la Cour d'appel : « *a souverainement estimé que l'attitude interventionniste et invasive du grand-parent, qui n'a pas eu conscience de la perturbation majeure qu'il avait provoquée, a plongé les enfants, qui ont rencontré un avocat et n'ont pas souhaité être entendus, dans une crise qui ne pouvait les concerner, de sorte que leur intérêt supérieur commandait, en l'état, de ne pas prévoir le rétablissement d'un contact avec leur grand-père ; que la cour d'appel prenant en considération leur seul intérêt a légalement justifié sa décision* ». Il n'est donc pas rare que les juges excluent le droit de visite des grands-parents au seul motif qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, prouvant encore

<sup>1309</sup> A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, op.cit.

<sup>1310</sup> Civ. 1re, 14 janv. 2009, n° 08-11.035, D. 2009. AJ 372, obs. Égéa ; ibid. Pan. 1918, obs. Gouttenoire ; JCP 2009, n° 28, p. 46, obs. Favier ; AJ fam. 2009. 128, obs. Brusorio-Aillaud ; Dr. fam. 2009, n° 41, obs. Murat ; RJP 2009-5/25, note Eudier ; RLDC 2009/58, no 3345, obs. Pouliquen.

<sup>1311</sup> : Civ. 1re, 27 mai 2010, n°18-12.389, D. 2010. Pan. 1906, obs. Gouttenoire ; RTD civ. 2010. 548, obs. Hauser. Dans le même sens : 13 juin 2019, n° 18-12.389, D. 2019. 1284 ; AJ fam. 2019. 465, obs. Houssier ; RTD civ. 2019. 566, obs. Leroyer.

qu'il s'agit avant tout d'un droit de l'enfant à entretenir des relations avec ses ascendants même si c'est également un droit pour ces derniers<sup>1312</sup>, l'intérêt de l'enfant prime. Le juge intervient dans les relations personnelles du mineur avec ses ascendants, notamment lorsque ces relations ne sont pas dans l'intérêt de l'enfant. Le juge est un garant de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**640. Frères et sœurs.** Il faut également noter que l'article 371-5 du Code civil dispose que : « *L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et sœurs.* ». Aussi, il faut comprendre que l'enfant a le droit d'entretenir des relations avec ses frères et sœurs sauf si celles-ci ne sont pas dans son intérêt. Il s'agit d'une disposition essentiellement appliquée dans le cadre d'une séparation des parents dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative<sup>1313</sup>. Une fois encore, le mineur a le droit d'entretenir des relations avec sa famille, mais ce droit peut être limité quand son intérêt le commande, l'idée est alors la même que pour le majeur protégé<sup>1314</sup>. Dans cette hypothèse, le juge intervient pour statuer et apprécier souverainement l'intérêt de l'enfant d'entretenir des liens avec ses frères et sœurs<sup>1315</sup>. Par ailleurs, la loi du 7 février 2022<sup>1316</sup> a imposé le placement des frères et sœurs ensemble dans l'article 375-7 alinéa 3 du Code civil qui prévoit : « *Le lieu d'accueil de l'enfant doit être recherché dans l'intérêt de celui-ci et afin de faciliter l'exercice du droit de visite et d'hébergement par le ou les parents et le maintien de ses liens avec ses frères et sœurs. L'enfant est accueilli avec ses frères et sœurs en application de l'article 371-5, sauf si son intérêt commande une autre solution.* ». Toutefois, rien n'est prévu quant à l'organisation des relations personnelles entre les enfants si ce n'est pas le cas, ce qui est regrettable. Le texte laisse penser que si l'intérêt de l'enfant nécessite une autre solution, le juge doit intervenir en ce sens.

#### b. Les relations personnelles du mineur avec des tiers

**641. Consécration des relations avec un tiers.** Dans sa rédaction initiale issue de la loi du 4 juin 1970<sup>1317</sup>, l'article 371-4 alinéa 2 ancien du Code civil prévoyait : « *En considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de*

<sup>1312</sup> CA Lyon, 20 sept. 2004, BICC 15 déc. 2006, n°2442.

<sup>1313</sup> A. GOUTTENOIRE et P.BONFILS, op.cit.

<sup>1314</sup> V. *supra* n°621

<sup>1315</sup> Paris, 27 mars 2003, AJ fam. 2003. 267, obs. F. B

<sup>1316</sup> Loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants

<sup>1317</sup> Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale

*correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non.* ». Les relations du mineur avec des tiers se limitaient alors à un droit de correspondance ou de visite soumis à l'accord du tribunal et dans des situations exceptionnelles. La loi du 5 mars 2002 a modifié l'alinéa 2 de l'article 371-4 du Code civil pour dire que : « *Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non.* » . La loi élargit aux relations et non plus seulement à un droit de correspondance ou de visite et supprime la référence aux situations exceptionnelles et prévoit l'intervention du juge pour en fixer les modalités si l'intérêt de l'enfant le commande. Le juge doit, encore une fois, apprécier souverainement l'intérêt de l'enfant d'entretenir des relations avec un tiers, parent ou non. Il est donc nécessaire de définir ce que le législateur entend par tiers, parent ou non.

**642. Identification du tiers, parent ou non.** Le législateur dans la formulation d'origine évoquait « *d'autres personnes, parents ou non* » puis a choisi de viser également les « *tiers, parent ou non* ». Ce changement de formulation ne semble pas avoir de conséquences puisque le sens reste le même : il s'agit de toute personne avec un lien de parenté ou non, en dehors des parents. D'une part, le mineur peut entretenir des relations avec des membres de la famille au sens large. Il a par exemple été accordé, par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 1982<sup>1318</sup>, un droit de visite à des membres de la famille, non pas sur le fondement de l'existence d'un lien de parenté, mais en raison des liens affectifs qui existent entre le mineur et ces membres de la famille. Ce qui importe c'est donc le lien qu'entretient le mineur avec les membres de sa famille. *A contrario*, il faut comprendre que la simple existence d'un lien de parenté entre le mineur et un tiers ne permet pas automatiquement d'entretenir des liens, il faut qu'il existe un véritable lien affectif. D'autre part, il peut s'agir d'un tiers qui n'est pas membre de la famille. Ces personnes peuvent être nombreuses : il peut s'agir d'un parrain ou d'une marraine avec qui le mineur n'a pas de lien de parenté et qui n'est pas un membre de la famille<sup>1319</sup> ou encore la personne qui aura joué un rôle de parent affectif dans le cadre d'une famille recomposée<sup>1320</sup>, ce qui n'est pas une hypothèse rare dans le modèle familial moderne, ce qui a poussé le législateur à préciser l'article 371-4 alinéa 2 du Code civil.

---

<sup>1318</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 1982, Bull. civ. I, n°346 ; D,1983, IR 143

<sup>1319</sup> Ibid.

<sup>1320</sup> Par exemple : CA Grenoble, 15 déc. 1997, Dr.fam. 1998, n°38, note Murat pour le droit d'entretenir des relations personnelles entre le mineur et le concubin de l'adoptante après leur séparation, cité par A. GOUTTENOIRE, op.cit.

**643. Le parent social.** La loi du 17 mai 2013<sup>1321</sup> a précisé le deuxième alinéa de l'article 371-4 du Code civil qui dispose désormais : « *Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables.* ». L'accent est mis sur la personne qui a résidé de manière stable avec le mineur ou l'un de ses parents : c'est le parent social. La Professeure Adeline Gouttenoire<sup>1322</sup> définit le parent social comme « *toute personne, mariée ou non, qui a formé un couple avec un parent de l'enfant et qui s'est occupé de l'enfant comme s'il était son parent* ». Les liens affectifs ont une place importante dans l'entretien des relations personnelles du mineur dès lors qu'il est dans son intérêt de garder ce lien. Les juges auront plus facilement la possibilité d'organiser les relations du mineur avec un éventuel ancien beau-parent<sup>1323</sup>. Ces dispositions ne peuvent qu'être saluées, il est important pour un mineur ayant développé un lien affectif avec un tiers qu'il puisse conserver des relations avec ce dernier à la condition, nécessaire, que la conservation de cette relation soit dans son intérêt. Cet article va également permettre au parent dont la filiation aura été contestée de maintenir un lien avec le mineur puisque l'article 337 du Code civil dispose : « *Lorsqu'il accueille l'action en contestation, le tribunal peut, dans l'intérêt de l'enfant, fixer les modalités des relations de celui-ci avec la personne qui l'élevait.* ». De la même manière, l'article L.221-1 6° du Code de l'action sociale et des familles impose à l'Aide sociale à l'enfance de : « *Veiller à ce que les liens d'attachement noués par l'enfant avec d'autres personnes que ses parents soient maintenus, voire développés, dans son intérêt supérieur* ». Les relations du mineur avec sa famille d'accueil dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative sont donc spécifiquement visées par le législateur. En effet, le mineur peut nouer un véritable lien d'affection avec cette famille d'accueil et il est peut-être dans son intérêt de maintenir ces liens.

**644. Intervention du juge.** Le juge a donc une large possibilité d'organiser les modalités d'une relation du mineur avec un tiers, parent ou non, dès lors qu'un lien d'affection existe et que le maintien de cette relation est dans l'intérêt de l'enfant. L'analogie peut ici être faite avec le majeur protégé pour lequel le juge intervient en cas de difficultés pour organiser les modalités d'exercice des relations et droit de visite et d'hébergement du

<sup>1321</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

<sup>1322</sup> A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, op.cit.

<sup>1323</sup> Ibid.

majeur protégé<sup>1324</sup>. Néanmoins, il y a une différence avec le majeur protégé, car pour le mineur le juge intervient pour déterminer la relation, car le mineur ne peut pas en décider contrairement au majeur protégé.

**645. Conclusion du Chapitre.** L'intervention du tiers, que ce soit le juge ou le représentant, reste nécessaire pour protéger le mineur ou le majeur bénéficiant d'une mesure de représentation. Pour autant, cette intervention n'est pas substitutive de la volonté de la personne protégée qui reste à l'initiative de l'acte. Cette absence de substitution se justifie notamment au regard de la nature de l'acte. Par exemple, il est pertinent que le mineur ne soit pas représenté pour la conclusion d'un contrat de travail. La nature de l'acte justifie l'absence de substitution. À l'inverse, les conséquences inhérentes à l'acte justifient cette fois l'intervention d'un tiers. C'est par exemple le cas lorsque le majeur protégé souhaite réaliser son testament. L'intervention du tiers peut parfois être nécessaire alors que dans d'autres cas elle est subsidiaire parce qu'elle n'intervient pas automatiquement. Ces deux formes d'intervention semblent respectueuses de la volonté de protéger sans pour autant diminuer l'autonomie la personne protégée. Toutefois, les interventions se multiplient, leurs formes, ainsi que leurs modalités. Cette diversité rend le dispositif peu lisible et peut faire perdre de l'effectivité à la capacité de la personne protégée. C'est pourquoi il est important d'éclaircir et unifier le régime de l'intervention des tiers.

---

<sup>1324</sup> V. *supra* n°613

## **Chapitre 2 :** **La généralisation d'une intervention graduée du tiers**

**646. Respect de l'autonomie.** Il existe une volonté d'accompagner le mineur vers l'autonomie afin qu'il acquière progressivement sa capacité qui sera pleine et entière à sa majorité. C'est pourquoi on assiste à une évolution du droit des mineurs qui distingue les mineurs doués de discernement à qui l'on souhaite reconnaître une autonomie croissante et ceux qui ne le sont pas. Pour le majeur protégé, les interventions substitutives de volonté se traduisant par une représentation systématique ne sont plus adaptées aux injonctions internationales qui appellent à une préservation de son autonomie<sup>1325</sup> avec un développement croissant de sphères d'exclusion de la représentation. En effet, l'intervention de la personne chargée de la mesure de protection ne doit plus systématiquement se substituer à la volonté du majeur protégé.

**647. Intervention du tiers.** La technique de l'assistance tend à se développer et va permettre d'éviter un trop grand fossé entre l'incapacité et le passage direct à la capacité dès sa majorité pour le mineur<sup>1326</sup> et entre la capacité du majeur protégé et son incapacité liée à la mise en place d'une mesure de protection. Il s'agit de les assister dans sa perte d'autonomie, mais pas de les en priver. Dès lors, que ce soit en droit des mineurs ou en droit des majeurs protégés, il existe une idée commune de faire la promotion de l'autonomie. Toutefois, la protection du mineur et du majeur protégé doit rester au centre des préoccupations. C'est pourquoi il est important de maintenir une intervention du tiers. Ces interventions sont néanmoins trop diverses dans leurs modalités et leur place dans le dispositif législatif. Il faut unifier l'intervention du tiers dans l'acte, que ce dernier soit le juge ou la personne chargée de la protection du mineur ou du majeur protégé dans l'acte tout en la limitant pour préserver le respect de l'autonomie de la personne protégée (Section 1), mais également généraliser l'accompagnement de fait en dehors de la réalisation de l'acte juridique (Section 2).

---

<sup>1325</sup> V. *supra* n°336

<sup>1326</sup> J.-J. LEMOULAND, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD Civ.*, 1997, p.1

## **Section 1 : La limitation de l'intervention du tiers dans la décision de la personne protégée**

**648. Recul de la représentation.** La représentation du mineur et du majeur protégée est la forme la plus courante d'intervention du tiers dans la décision. Néanmoins, cette intervention ne semble plus adaptée aux réalités du monde actuel. En effet, comme démontré dans notre étude, les sphères de capacité résiduelle se multiplient avec un développement de l'autonomie du mineur et du majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation et une intervention du tiers dans la décision qui se résume à une assistance, des autorisations ou des éventuelles oppositions. En outre, l'accent est également mis sur une meilleure prise en compte de leur volonté par leur participation aux décisions prises par les tiers. Le tiers, juge ou représentant, n'est pas totalement exclu, mais son intervention doit être limitée afin de laisser une place plus importante à l'autonomie de la volonté de la personne protégée. Dès lors, il semble nécessaire de substituer, à certaines conditions, la représentation au profit de l'assistance (I) qui peut prendre la forme d'une généralisation de la capacité autorisée (II).

### **§ I. - La substitution de l'assistance à la représentation**

**649. Abandon de la représentation de principe.** Les mesures substitutives de volonté reposant sur la représentation ne sont plus adaptées au droit des majeurs protégés. Il est important de conserver son autonomie, c'est pourquoi un abandon de la représentation systématique du majeur protégé, à laquelle il est trop souvent fait recours, est nécessaire. Il faudrait préférer une généralisation de l'assistance comme protection privilégiée du majeur protégé qui n'est pas en mesure de décider seul (A). Pour le mineur, la représentation ne pourrait pas être totalement abandonnée, mais elle pourrait être exclue à certaines conditions au profit du développement de l'assistance afin de l'accompagner vers la pleine capacité acquise à sa majorité (B).

#### **A.- La généralisation de l'assistance du majeur protégé**

**650. Mesure de protection graduée.** Si l'assistance du majeur protégé doit se généraliser, elle se substituerait à la représentation et deviendrait le principe (1), mais l'idée

serait que l'intervention du tiers soit graduée en fonction de l'état du majeur protégé aboutissant à un maintien exceptionnel de la représentation lorsque ce serait nécessaire (2).

### 1. *L'assistance de principe*

**651. Allemagne.** Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 12 septembre 1990 le 1<sup>er</sup> janvier 1992, le droit allemand a fait le choix d'une mesure de protection reposant uniquement sur l'assistance. Néanmoins, il s'agit peut-être d'un excès de langage puisque la mesure de *Betreuung* peut se traduire par une assistance, mais elle se traduit également par une prise en charge qui est une notion plus générale. Plusieurs lois modificatives sont intervenues notamment pour répondre aux exigences de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées ; ces modifications concernent notamment le régime des soins médicaux et l'hospitalisation forcée. Inévitablement, la doctrine française<sup>1327</sup> s'est posé la question de savoir si le droit allemand pouvait servir de modèle au droit français au regard du contexte précédemment évoqué. La mesure de protection du droit allemand oblige à la gradation et la flexibilité et implique que le juge prenne du temps dans la mise en œuvre de la mesure. L'ouverture de la mesure judiciaire ne doit être que le dernier recours, il s'agit d'une mesure subsidiaire qui ne peut pas être mise en œuvre en cas de désaccord de la personne et doit durer le temps nécessaire uniquement. Le BGB précise que la mesure ne peut être mise en place que si la personne n'est pas en mesure de gérer ses affaires en tout ou partie en raison d'une maladie mentale ou d'un handicap physique, mental ou psychique<sup>1328</sup>. En tout état de cause, cette mesure est, en principe, sans effets sur la capacité juridique qui va dépendre de l'état et des besoins spécifiques de la personne. En effet, la personne protégée peut continuer de conclure seule des actes juridiques. Il existe deux exceptions à ce principe : pour éviter un danger important pour la personne ou ses biens, dans la mesure où cela est nécessaire, une « décision de réserve de consentement » peut être ordonnée, dans ce cas, le consentement de l'assistant sera nécessaire à la validité de certains actes dans un domaine donné. Cette réserve de consentement ne peut pas concerner le mariage ou le testament<sup>1329</sup>. L'autre exception réside dans la décision du juge d'étendre l'assistance à tous les actes de la vie civile. Cette exception est critiquée puisqu'elle entraîne la perte automatique du droit de vote. La doctrine

<sup>1327</sup> T.VERHEYDE, « La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français ? », *JCP N*, 22 oct. 1993, n°42 ; N.BAILLON-WIRTZ, « Le droit allemand de la protection des majeurs : un exemple à suivre ? », in *La vie privée de la personne protégée, In memoriam Thierry Verheyde*, ss coord. G.Raoul-Cormeil et A.Caron-Déglise, Mare et Martin, 2019, p.124 et s.

<sup>1328</sup> § 1896 BGB

<sup>1329</sup> § 1903 BGB

a remarqué une similarité entre cette mesure et la mesure de curatelle de droit français<sup>1330</sup>. Néanmoins, il semble que l'assistance comme entendue en droit allemand s'apparente plutôt à un régime de représentation qui s'exercerait dans des domaines précisés par le juge plus qu'une véritable assistance. On comprend alors l'importance de définir les notions utilisées en droit des majeurs protégés, la multiplicité des techniques obligera le législateur français à prendre position. Cependant, l'idée d'une mesure unique graduelle et répondant aux exigences d'individualisation de la mesure semble intéressante.

**652. Gradation.** Le rapport interministériel dirigé par Anne Caron-Déglise<sup>1331</sup> propose que la capacité du majeur soit présumée avec une restriction exceptionnelle sur décision spécialement motivée du juge<sup>1332</sup>. Cette mesure n'exclurait donc pas totalement l'intervention d'un tiers. Aussi, le majeur protégé resterait capable par principe, mais le juge pourrait décider de moduler cette capacité en prévoyant une assistance en principe ou une représentation en dernier recours et de manière exceptionnelle. La mesure unique de sauvegarde des droits serait équivalente à une curatelle simple et au régime des décisions personnelles de l'article 459 du Code civil qui existent déjà dans notre droit positif. Si la représentation ne pose pas de problème puisque dans ce cas le tiers protecteur se substitue au majeur protégé, il reste à savoir ce qui est entendu par l'assistance dont les modalités vont devoir être précisées<sup>1333</sup>. Dans le cadre de l'instauration d'une mesure unique de sauvegarde des droits, la modulation de la capacité serait dépendante de l'acte ou de l'état du majeur protégé : le juge pourrait prévoir une assistance de manière ponctuelle pour certains actes ou, si l'état du majeur protégé le commande, l'assistance pourrait être prévue pour l'ensemble des actes de la vie civile du majeur protégé. La représentation ne devrait intervenir qu'en dernier recours et il serait important que, même dans ce cadre, il soit tenu compte de l'avis du majeur protégé. En ce sens, il s'agit du modèle déjà édicté pour les décisions personnelles ou médicales qu'il faudrait généraliser.

**653. Modalités.** Le juge pourrait moduler cette mesure dans sa décision initiale ou après une période d'observation en cours de mesure et préciser si l'assistance s'étend à la perception des revenus et au paiement des dépenses, si elle doit être limitée à certains actes

---

<sup>1330</sup> T. VERHEYDE, *op.cit.* ; N. BAILLON-WIRTZ, *op.cit.*

<sup>1331</sup> A. CARON-DEGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes : reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables, rapport de mission interministérielle*, 21 sept. 2018, p.68 et s.

<sup>1332</sup> V. *supra* n°338

<sup>1333</sup> V. *infra* n°661 et s. sur les modalités de l'assistance

patrimoniaux et/ou personnels, si elle doit concerner également les questions relatives à la protection de la personne. Pour les actes strictement personnels, il serait important de maintenir l'exclusion de toute forme d'assistance ou de représentation, même dans le cadre de la mesure unique d'assistance. Néanmoins, une autre forme de protection pourrait être mise en place pour ces actes reposant sur l'accompagnement<sup>1334</sup>. Finalement, il s'agirait d'une autonomie graduée et d'une protection individualisée telle qu'elle est prévue pour les décisions personnelles ou médicales qui pourrait s'étendre aux actes patrimoniaux ou ne concerner que l'un ou l'autre. Le juge devra être extrêmement précis dans sa prise de décision, même si celle-ci pourrait toujours être modifiée en cours de mesure. En tout état de cause, cette protection reposerait sur l'assistance par principe pour tous les majeurs protégés et de manière exceptionnelle, le juge pourrait motiver sa décision de recourir à la représentation.

## 2. *Le maintien exceptionnel de la représentation*

**654. Critiques de la suppression de la représentation.** Les observations du Comité des droits des personnes handicapées souhaitant la suppression des mesures substitutives, impliquant donc une suppression de la représentation, ont fait l'objet de critiques. Ainsi, pour la Professeure Ingrid Maria<sup>1335</sup>, « *les majeurs sous curatelle et sous tutelle ne peuvent pas toujours mettre en œuvre leurs droits comme le ferait une personne en pleine possession de ses moyens, mais c'est pour mieux assurer cette égalité entre personnes vulnérables et personnes non vulnérables* ». Les mesures de protection sont ainsi justifiées pour assurer de manière égale l'exercice des droits des personnes vulnérables et non vulnérables puisque ne pas offrir la possibilité à une personne vulnérable de mettre en œuvre ses droits quand elle ne le peut pas pourrait créer une rupture d'égalité avec une personne non vulnérable qui, elle, est en mesure d'exercer ses droits. En outre, le Professeur Gilles Raoul-Cormeil<sup>1336</sup> précise que : « *la suppression de la représentation priverait les personnes hors d'état de s'exprimer du moyen de réaliser leurs droits ou les volontés manifestées de manière anticipée*. ». En effet, il faut imaginer la situation d'une personne en état végétatif qui ne pourrait pas exprimer sa volonté alors rien ne permettrait l'exercice de ses droits. La solution ne se trouve donc peut-être pas dans la suppression pure et simple de la mesure de

<sup>1334</sup> V. *infra* n°706 sur l'accompagnement pour les actes strictement personnels

<sup>1335</sup> I.MARIA, *op.cit.*

<sup>1336</sup> G.RAOUL-CORMEIL, «Changer de paradigme à droit constant ? Lire la loi à la lumière des droits fondamentaux », in *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, B.Eyraud, J.Minoc, C.Hanon (dir.), éd. Doin, 2018, p.249 et s.

représentation, mais plutôt dans la création d'un régime qui pourrait être modulé et gradué reposant sur une assistance de principe et une représentation exceptionnelle.

**655. Modalités.** Cette modulation pourrait permettre de manière exceptionnelle, par décision spécialement motivée, et s'il apparaît que l'assistance est manifestement insuffisante pour garantir l'exercice des droits et la protection de la personne, de prévoir une représentation en précisant chaque fois si elle concerne seulement certains actes de gestion patrimoniale ou personnels, si elle s'étend à l'ensemble des actes de gestion patrimoniale ou à l'ensemble des actes relatifs à la protection de la personne et si elle s'étend à l'un et à l'autre. Il s'agirait donc notamment de prévoir une représentation pour le majeur protégé totalement hors d'état de manifester sa volonté. Il serait intéressant de prévoir que cette représentation soit mise en place pour les actes pour lesquels l'absence de manifestation de la volonté du majeur protégé porte atteinte à son intérêt. On peut reprendre l'exemple de l'hypothèse d'une personne qui, comme Vincent Lambert, est en état végétatif et ne peut pas du tout exprimer sa volonté, il est important que certains actes puissent être réalisés dans son intérêt. Or, dans le cadre de l'assistance, il est supposé que le majeur protégé dispose d'une certaine capacité naturelle lui permettant d'exprimer sa volonté, ce qui n'est pas le cas lorsque la personne est en état végétatif par exemple. Dans de telles hypothèses, le représentant devrait agir en tenant compte de l'avis de la personne. En effet, en l'absence de directives anticipées, il est nécessaire de rechercher la volonté présumée du patient, et ce par tous moyens<sup>1337</sup>. La recherche du témoignage de la volonté antérieurement exprimée par le patient en l'absence de directives anticipées est notamment prévue pour la limitation ou l'arrêt des traitements<sup>1338</sup>. En outre, en matière médicale, lorsque le majeur est hors d'état d'exprimer sa volonté, le représentant doit donner son autorisation en tenant compte de l'avis de la personne protégée. Il faudrait alors exceptionnellement maintenir une représentation, notamment pour tous les cas où le majeur protégé est totalement hors d'état de manifester sa volonté en prévoyant de rechercher sa volonté présumée. Un tel dispositif permettrait d'éviter toute impossibilité de mise en œuvre des droits du majeur protégé qui pourrait créer une rupture d'égalité avec des personnes qui ne sont pas vulnérables ou qui peuvent exprimer leur volonté.

**656. Actes strictement personnels.** La représentation pourrait ainsi exceptionnellement s'étendre à tous les actes même aux actes strictement personnels dans les

---

<sup>1337</sup> CEDH, 5 juin 2015, Affaire Lambert et autres c. France, Req. n°46043/14

<sup>1338</sup> Article R4127-37-2 du Code de la santé publique

cas où l'impossibilité de donner son consentement créerait une incapacité de jouissance inopportune qui ne serait pas dans l'intérêt du majeur protégé et lorsqu'il n'existe aucune alternative dans le droit commun qui pourrait permettre la réalisation de l'acte par ailleurs. Dès lors, sur le modèle de l'adoption, le tribunal pourrait autoriser la réalisation de l'acte nécessitant le consentement strictement personnel du majeur protégé, dès lors que ce dernier est hors d'état d'y consentir personnellement et que cette impossibilité lui porterait atteinte, après avoir recueilli l'avis de la personne chargée de la mesure de protection afin que le juge puisse statuer en ayant des éléments lui permettant d'apprécier l'intérêt du majeur protégé. Il ne s'agirait pas d'une représentation stricto sensu, mais plutôt d'une intervention du représentant spécifiquement autorisée par le juge afin de respecter la logique des actes strictement personnels qui excluent par principe toute assistance ou représentation.

## B.- Le développement de l'assistance du mineur

**657. Droit allemand.** En droit allemand<sup>1339</sup>, les mineurs de 7 à 18 ans sont limités dans leur capacité juridique<sup>1340</sup>. En effet, ils peuvent effectuer des actes juridiques, mais ils doivent obtenir l'accord de leur représentant légal<sup>1341</sup>. Il faut noter que le droit allemand ne fait pas de référence à la maturité de l'enfant, en pratique, ce sont les parents qui apprécieront les actes que peut faire le mineur, cette appréciation sera amenée à évoluer selon l'âge de l'enfant<sup>1342</sup>. L'assistance en droit allemand prend alors la forme d'une capacité autorisée que l'on retrouve en droit français à travers des dispositions éparses et non pas dans une mesure unique contenue dans une disposition générale. Il est intéressant de prendre exemple sur le droit allemand et de développer de manière uniforme l'assistance du mineur en droit français. Pour cela, il est important de déterminer les mineurs qui peuvent bénéficier de l'assistance et ne plus être soumis à la représentation.

<sup>1339</sup> R.FRANK, « Jeunesse et droit en Allemagne », in D.Guérin (dir.), *Jeunesse et Droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021, p.123

<sup>1340</sup> § 106 BGB : « Ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist nach Maßgabe der §§ 107 bis 113 in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. »

<sup>1341</sup> § 107 BGB : « Der Minderjährige bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. » ; § 108 BGB : « (1) Schließt der Minderjährige einen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung des Vertreters ab.

(2) Fordert der andere Teil den Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem Minderjährigen gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam. Die Genehmigung kann nur bis zum Ablauf von zwei Wochen nach dem Empfang der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

(3) Ist der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig geworden, so tritt seine Genehmigung an die Stelle der Genehmigung des Vertreters. »

<sup>1342</sup> R.FRANK, op.cit.

**658. Mineurs concernés par l'assistance.** Le droit allemand peut être une source d'inspiration intéressante pour le législateur français. L'assistance du mineur en droit allemand prend la forme d'un accord parental. De la même manière, il faudrait imaginer un dispositif qui permettrait au mineur d'effectuer tous les actes juridiques avec l'accord des titulaires de l'autorité parentale. La capacité autorisée existe déjà pour certains actes pour lesquels le mineur est à l'initiative<sup>1343</sup>, il s'agirait de développer ce dispositif. L'âge de 7 ans est retenu par le droit allemand ; or, c'est un seuil d'âge qu'on ne retrouve pas en droit français. C'est pourquoi le seuil d'âge de 13 ans, fréquemment utilisé<sup>1344</sup>, paraît le plus adapté. En outre, si le droit allemand ne fait pas référence à la maturité du mineur, il semble important de combiner un seuil d'âge et un critère subjectif comme le discernement<sup>1345</sup>. En effet, la combinaison d'un critère subjectif et d'un critère objectif paraît nécessaire. Les titulaires de l'autorité parentale devraient apprécier le discernement du mineur.

**659. Maintien de la représentation.** Si le mineur a atteint le seuil d'âge de 13 ans, mais qu'il n'est pas discernant selon l'appréciation des parents, l'assistance ne serait pas possible. En revanche, si le mineur est discernant, mais qu'il n'a pas atteint le seuil d'âge de 13 ans, il faudrait lui permettre de participer à la décision notamment en l'y associant comme le Code civil le prévoit déjà en son article 371-1 qui définit l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant. Il faudrait alors étendre ce dispositif à toutes les décisions concernant le mineur, y compris les décisions ayant un objet patrimonial, même si cette hypothèse pourrait être rare. Permettre au mineur de participer à la décision s'il n'a pas atteint le seuil d'âge requis éviterait une frontière stricte entre incapacités et la semi-capacité acquise graduellement à l'âge de 13 ans puis à 16 ans. En tout état de cause, ce n'est que si le mineur est doué de discernement et qu'il a atteint l'âge de 13 ans que la présomption d'incapacité du mineur pourrait être renversée par l'intervention parentale. En tout état de cause, le mineur resterait soumis à la représentation des titulaires de l'autorité parentale dès lors qu'il n'a pas atteint l'âge de 13 ans ou qu'il n'est pas discernant, ce qui l'empêche d'agir. En ce sens, la question peut se poser de savoir si la représentation peut être maintenue dans les cas où le mineur est doué de discernement, mais qu'il a atteint le seuil d'âge de 13 ans lorsque les titulaires de l'autorité parentale souhaitent agir dans son intérêt. La réponse semble positive sous réserve de laisser la possibilité au mineur de plus de 13 ans et discernant, de pouvoir

---

<sup>1343</sup> V. *supra* n°554 et s. sur l'autorisation parentale

<sup>1344</sup> V. *supra* n°346

<sup>1345</sup> V. *supra* n°351 et s. sur la combinaison des critères permettant l'acquisition du statut de prémajorité

s'opposer à cette décision<sup>1346</sup>. Dès lors, il s'agirait simplement de laisser la possibilité à ces mineurs d'agir par eux-mêmes avec assistance sans supprimer la représentation des titulaires de l'autorité parentale lorsqu'elle est nécessaire.

**660. Actes strictement personnels.** La question se pose pour les actes excluant la représentation des parents et qui sont considérés comme des actes strictement personnels du mineur. Dans ce cas, si la représentation est maintenue parce que le mineur n'est pas discernant, il est difficile d'imaginer qu'il puisse agir seul puisqu'il ne dispose pas de la capacité naturelle nécessaire. Par exemple, si une mineure hors d'état d'exprimer sa volonté a été violée et que la poursuite de cette grossesse pouvait aggraver sa pathologie : le maintien de la nécessité d'un consentement strictement personnel pour l'interruption volontaire de grossesse est-il envisageable ou alors est-ce qu'il faut envisager la représentation ? Il est difficile d'imaginer une représentation qui pourrait s'apparenter à une interruption forcée punie par la loi selon l'article 223-10 du Code pénal. Comme pour le majeur protégé, il serait intéressant que, dès lors que le mineur est hors d'état d'exprimer sa volonté et que l'acte nécessite son consentement personnel, les parents puissent saisir le juge afin qu'il autorise la réalisation de l'acte en tenant compte de l'avis de ces derniers ou d'un administrateur ad hoc en cas de conflit d'intérêts. En ce sens, il ne s'agirait pas d'une représentation stricto sensu, mais plutôt d'une intervention ponctuelle autorisée par le juge sur décision spécialement motivée, qui respecterait la logique des actes strictement personnels tout en évitant une incapacité de jouissance inopportune pour le mineur.

## § II. - Les modalités de l'assistance

**661. Définitions.** L'assistance est définie comme la « *Présence, auprès d'un incapable, d'une personne chargée par la loi de le conseiller, de le contrôler, ou de l'habiliter pour les actes de la vie civile. (...); par ext. la mission même de conseil et de contrôle* »<sup>1347</sup>. Quant à l'autorisation, elle se définit comme une « *Permission accordée par une autorité qualifiée (juge, parents, administration) 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* »<sup>1348</sup>. Dès lors, l'assistance laisse la personne agir elle-même en l'accompagnant, mais elle peut

<sup>1346</sup> V. également en ce sens *supra* n°492 sur le droit de veto en matière médicale

<sup>1347</sup> G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2019, 13<sup>ème</sup> ed., p.91

<sup>1348</sup> *Ibid*, p.106

également consister en une autorisation qui s'entend comme la permission d'accomplir l'acte. L'autorisation se confond alors avec l'assistance, qui, plus généralement, s'entend d'un conseil, d'un contrôle ou d'une autorisation.

**662. Formes de l'assistance.** L'assistance telle qu'elle est conçue en droit des majeurs protégés implique une intervention active du tiers protecteur regroupant les hypothèses où la réalisation de l'acte est subordonnée à l'exercice d'un pouvoir de décision de la part du tiers se manifestant par une autorisation, une absence d'opposition ou un double consentement du majeur protégé et de son représentant. En droit des mineurs, l'assistance en tant qu'intervention formelle de l'acte n'est développée que dans le cadre des actes professionnels (contrat de travail et contrat d'apprentissage)<sup>1349</sup>, pour le reste, l'assistance est entendue comme une autorisation explicite d'agir ou comme une autorisation implicite par l'absence d'opposition à la réalisation de l'acte. En outre, le développement de l'assistance proposé pour le mineur repose sur l'accord parental. En tout état de cause, l'assistance est une condition de validité de l'acte. Si l'assistance dans la création d'un acte juridique a pu être entendue comme un simple pouvoir juridique intellectuel<sup>1350</sup>, ce n'est pas le modèle à retenir selon notre étude. Il est important de définir la forme que va prendre l'assistance du mineur et du majeur protégé et il est intéressant d'harmoniser la forme qu'elle va prendre.

**663. Harmonisation de la forme de l'assistance.** Il semble que la forme d'assistance la plus adaptée soit une assistance qui s'entend comme une autorisation en amont de l'acte. Dès lors, le protecteur investi d'un pouvoir d'assistance interviendrait pour autoriser le mineur ou le majeur protégé à agir seul. L'idée est donc d'harmoniser l'assistance qui ne devrait prendre qu'une seule forme, que ce soit pour le mineur ou le majeur protégé dès lors qu'elle est mise en place. En effet, si une assistance a été mise en place par le juge pour le majeur protégé, c'est qu'il a besoin d'une protection accrue et un simple conseil ne semble pas suffisant. Néanmoins, il est important de ne pas se substituer au majeur protégé conformément aux injonctions internationales. C'est pourquoi le développement de l'autorisation paraît opportun puisqu'elle lui permettrait à la personne protégée d'être autorisée à agir seul, respectant à la fois la préservation de son autonomie et son besoin de protection. Pour le mineur, l'autorisation est déjà la forme d'assistance privilégiée. Il s'agirait alors de généraliser l'autorisation comme forme d'assistance pour le mineur et pour le majeur

---

<sup>1349</sup> V. *supra* n°521 et s. sur la participation du tiers aux actes professionnels du mineur

<sup>1350</sup> C.BOULAND, *L'assistance à la création d'un acte juridique*, thèse de doctorat, droit, Université de Bordeaux, 2022

protégé, celle-ci pouvant être explicite ou implicite en prenant la forme d'une opposition. Si par principe l'autorisation d'agir était donnée par la personne investie de la mesure d'assistance ou les titulaires de l'autorité parentale, autrement désignée comme étant les protecteurs (A), l'intervention du juge ne serait pas totalement à exclure (B).

#### A.- Intervention du protecteur

**664. Détermination du protecteur.** Il est au préalable nécessaire de déterminer le protecteur qui va donner l'autorisation. Si pour le majeur protégé, la personne investie de l'assistance était désignée par le juge au moment de la mise en place de la mesure de protection, la question peut se poser pour le mineur de savoir qui doit autoriser la réalisation de l'acte. Le Professeur Jean-Marie Plazy<sup>1351</sup> s'est ainsi interrogé sur la question des titulaires de la charge d'assistant. Même si cette interrogation se posait dans le cadre d'un régime d'assistance différent de celui proposé par notre étude, l'analogie peut être faite. Il a ainsi estimé opportun de partir des règles relatives à l'autorité parentale posées par l'article 372-2 du Code civil : « À l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant. ». Cette idée pourrait être reprise dans le cadre de la mise en place d'un régime de capacité autorisée. En tout état de cause, pour les actes usuels, le mineur a la capacité de les réaliser seul, la question se pose simplement de savoir qui doit intervenir lorsqu'il souhaite réaliser un acte qui ne serait pas considéré comme étant un acte usuel. Dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale, lorsqu'il s'agit de réaliser un acte non usuel, l'accord des deux parents est nécessaire. Or, dans l'idée d'une acquisition progressive de l'autonomie pour le mineur, il serait logique de n'exiger que l'accord d'un seul des parents afin de faciliter la réalisation des actes même pour les actes non usuels comme le contrat de travail par exemple<sup>1352</sup>. Néanmoins, des difficultés pourraient apparaître notamment des autorisations données afin de contrarier l'autre parent en occultant l'intérêt de l'enfant, ce qui emporte la méfiance de la doctrine dans le choix d'un tel système<sup>1353</sup>, même si le parent est présumé agir dans l'intérêt de l'enfant. Les modalités de l'accord parental pourraient également varier en fonction de la gravité de l'acte. Or, la difficulté peut résider dans l'appréciation de la gravité de l'acte : à partir de quel critère pourrait-on considérer que l'acte

<sup>1351</sup> J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, Thèse de doctorat, droit, Bordeaux, 1998

<sup>1352</sup> V. *supra* n°529 : il est nécessaire d'obtenir l'autorisation des deux titulaires de l'autorité parentale

<sup>1353</sup> *Ibid.*

est grave ? C'est pourquoi, il serait intéressant de considérer que pour réaliser un acte non usuel, l'accord d'un seul parent est nécessaire comme c'est le cas pour le contrat d'apprentissage<sup>1354</sup> et prévoir que l'autre parent doit être informé pour qu'il puisse éventuellement s'opposer à la réalisation de l'acte voire saisir le juge aux affaires familiales afin de l'interdire. En effet, l'absence d'exigence de consentement des deux parents ne peut pas reposer sur le critère de gravité de l'acte, mais plutôt sur le fait qu'il s'agit d'une intervention dans le cadre d'un acte initié par le mineur, comme c'est le cas pour l'engagement dans l'armée<sup>1355</sup>. En outre, il serait intéressant pour certains actes considérés comme étant non usuels comme l'accès aux origines ou le contrat de travail de prévoir que, pour ces actes spécifiques, l'autorisation d'un seul des titulaires de l'autorité parentale suffit. Dès lors, il faudrait déroger au principe à travers les textes spécifiques dès lors qu'il semble opportun de n'exiger que l'accord d'un seul des titulaires de l'autorité parentale malgré la qualification d'acte non usuel de l'autorité parentale, notamment car il ne s'agit pas pour le parent de réaliser l'acte, mais bien d'autoriser la réalisation d'un acte initié par le mineur.

**665. Formes de l'autorisation.** Si l'autorisation doit être généralisée comme forme de l'assistance du mineur et du majeur protégé, elle pourrait elle-même avoir différentes formes afin de s'adapter aux différentes situations. Si pour le mineur, la forme de l'autorisation pouvait être fonction de son âge, pour le majeur protégé il s'agirait de faire dépendre de la nature de l'acte la forme de l'autorisation. Cette autorisation pourrait être explicite en ce qu'elle se traduirait par une autorisation d'agir (1), mais elle pourrait également être implicite par une absence d'opposition à la réalisation de l'acte (2).

### **1. *L'autorisation explicite d'agir***

**666. Modalités de l'autorisation du mineur.** Dès l'âge de 13 ans, le mineur pourrait être à l'initiative de certains actes dès lors qu'il obtient l'autorisation de ses parents développant l'idée d'une capacité autorisée. Néanmoins, il resterait soumis à l'autorité parentale, dont les titulaires pourraient toujours lui imposer certains actes. En effet, à côté de la capacité, il ne faut pas oublier que le mineur reste soumis à l'autorité parentale et qu'il n'a pas, en droit positif, la possibilité de s'opposer aux actes de ses parents. En parallèle de la possibilité d'une capacité positive acquise à travers l'autorisation parentale, se pose la question d'une capacité négative prenant la forme d'une opposition lorsque le mineur se voit

---

<sup>1354</sup> V. *supra* n°533

<sup>1355</sup> V. *supra* n°562

imposer certains actes<sup>1356</sup>. Dans le cadre de la capacité autorisée, ne sont envisagées que les hypothèses où le mineur a l'initiative de l'acte. En établissant le possible renversement de la présomption d'incapacité à partir de l'âge de 13 ans, l'idée est que le mineur puisse agir par lui-même à travers une autorisation parentale en amont de la réalisation de l'acte. Il s'agirait simplement de permettre au mineur de plus de 13 ans doué de discernement qui souhaite accomplir un acte d'agir avec l'autorisation de ses parents, sur le modèle du droit allemand, notamment s'il ne s'agit pas d'actes considérés comme étant usuels ou autorisés par la loi pour lesquels il resterait toujours présumé capable de les réaliser. En effet, la présomption d'incapacité serait maintenue pour le mineur entre 13 et 16 ans, mais l'assistance pourrait se développer afin de ponctuellement renverser cette présomption. En revanche, lorsqu'il a atteint l'âge de 16 ans, il existerait une présomption de capacité dans le cadre de l'instauration d'une prémajorité générale<sup>1357</sup>.

**667. Forme de l'autorisation du mineur.** L'autorisation parentale devrait être formelle, il semble difficile de se contenter d'un simple accord verbal notamment pour la sécurité des tiers. C'est pourquoi il serait intéressant d'exiger un accord écrit de la part des titulaires de l'autorité parentale. Cet accord permettrait un véritable pouvoir de contrôle de la part des parents sur les actes que le mineur souhaiterait réaliser puisque ce dernier resterait soumis à l'autorité parentale. S'il s'agit d'un acte personnel, l'idée pourrait être que les titulaires de l'autorité parentale remplissent un formulaire d'autorisation, sur le modèle de ce qui avait été mis en place pour la vaccination ou le dépistage du COVID-19. En pratique, de nombreux actes personnels que le mineur veut réaliser sont déjà soumis à un formulaire d'autorisation, par exemple dans le cadre de la réalisation d'un acte de maquillage permanent. En effet, en ce sens, que ce soit pour le tatouage, y compris le maquillage permanent, ou les piercings, l'article R1311-11 du Code de la santé publique impose que la preuve du consentement écrit d'une personne titulaire de l'autorité parentale puisse être présentée par la personne réalisant ces pratiques aux autorités compétentes pendant trois ans. Le formalisme serait, certes, lourd, mais il semble nécessaire afin de protéger le mineur qui reste une personne vulnérable qu'il faut accompagner vers l'acquisition de la pleine capacité à sa majorité.

---

<sup>1356</sup> V. *infra* n°675 sur le désaccord avec la décision des parents

<sup>1357</sup> V. *supra* n°358

**668. Autorisation du majeur protégé.** De la même manière, pour le majeur protégé bénéficiant de la mesure unique de sauvegarde des droits dans laquelle l'assistance serait le principe, il est important de prévoir que cette assistance prenne la forme d'une autorisation écrite, notamment dans le cadre de la réalisation des actes patrimoniaux, dont les conséquences peuvent être importantes pour le patrimoine du majeur protégé. Pour les actes personnels, l'autorisation explicite d'agir par un écrit paraît plus difficile à mettre en place puisque le majeur protégé reste capable de prendre toutes les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet, contrairement au mineur pour qui une telle présomption n'existe pas. Ce n'est que si l'état du majeur protégé ne lui permet pas de prendre une décision personnelle éclairée que l'assistance est mise en place. Dans ce cadre, l'autorisation implicite d'agir par une absence d'opposition à l'acte paraît plus judicieuse à mettre en place pour les décisions relatives à la personne du majeur protégé notamment au regard de la présomption de capacité qui existe pour ces décisions.

**669. Actes personnels et patrimoniaux.** L'autorisation explicite d'agir du majeur protégé n'existe en droit positif que pour des actes patrimoniaux<sup>1358</sup> et ne semble pas adaptée aux actes personnels au regard de l'existence d'un texte général présumant sa capacité de décider en cette matière. L'autorisation explicite d'agir devrait donc être prévue pour les seuls actes patrimoniaux du majeur protégé. En revanche, le mineur ne dispose pas d'une présomption générale de capacité ni d'une capacité générale de décider en matière personnelle, contrairement au majeur protégé, il serait donc important de maintenir une autorisation explicite du mineur qui souhaite prendre une décision concernant sa personne, car il reste soumis à l'autorité parentale. En revanche, dans le cadre du renversement de la présomption d'incapacité générale du mineur de plus de 16 ans à travers la prémajorité générale, il ne s'agirait pas d'autoriser explicitement l'acte, mais de protéger le mineur contre une décision qui ne serait pas dans son intérêt ou lorsqu'il n'a pas le discernement suffisant pour réaliser l'acte seul. Cette autorisation pourrait alors être implicite à travers l'absence d'opposition des titulaires de l'autorité parentale.

## **2. *L'autorisation implicite d'agir***

**670. Information nécessaire.** Pour que l'assistant puisse s'opposer, il faudrait qu'il soit préalablement informé du projet. Cette information nécessaire est déjà prévue pour le

---

<sup>1358</sup> V. *supra* n°566 sur l'autorisation judiciaire

mineur en ce qui concerne sa capacité associative<sup>1359</sup> ou encore pour le majeur protégé qui souhaite se marier<sup>1360</sup>. En effet, dans ces deux hypothèses, le représentant (en l'état du droit positif) peut s'opposer à la réalisation de l'acte et dans ce cas le législateur a prévu une information préalable nécessaire. Dès lors, si une autorisation d'agir implicite par l'absence d'opposition doit être généralisée, il serait important de prévoir une information préalable de la personne chargée de la mesure de protection ou des titulaires de l'autorité parentale.

**671. Mineur de plus de 16 ans.** Si une prémajorité générale se développe, le mineur de plus de 16 ans n'en reste pas moins toujours soumis à l'autorité parentale. En effet, il pourrait être présumé capable, mais les titulaires de l'autorité parentale doivent toujours pouvoir intervenir. Cette intervention pourrait prendre la forme d'une opposition à la réalisation de l'acte. Ainsi, le mineur conserverait son aptitude décisionnelle sauf si les parents s'opposent à la réalisation de l'acte, notamment s'ils constatent qu'il n'a pas le discernement suffisant ou si l'acte projeté n'est pas dans son intérêt.

**672. Majeur protégé.** Dans le cadre de l'instauration d'une mesure unique de sauvegarde des droits, le majeur protégé serait capable de prendre les décisions relatives à la protection de sa personne, mais une assistance peut être prévue si son état ne le lui permet pas. La question se pose de savoir la forme que peut prendre l'assistance en matière personnelle. Si en matière patrimoniale, l'assistance pouvait consister en une autorisation explicite par un écrit, cette forme paraît moins adaptée en matière personnelle. La forme de l'assistance du majeur protégé qui se traduirait par une autorisation peut alors être fonction de l'acte en cause. En matière personnelle, si la protection du majeur protégé reposait sur une présomption de capacité, il serait important de laisser ce dernier décider seul. L'assistance, lorsqu'elle est mise en place en matière personnelle, pourrait alors se traduire par une autorisation implicite. En effet, dans cette hypothèse, le majeur protégé pourrait agir seul, mais la personne chargée de la mesure investie d'un pouvoir d'assistance devrait pouvoir s'opposer à la réalisation de l'acte. Dès lors, si l'état du majeur protégé ne lui permettait pas de prendre une décision personnelle éclairée, la personne chargée de la protection investie d'un pouvoir d'assistance pourrait s'opposer à l'acte projeté qui est une forme d'assistance implicite. Si le majeur protégé n'était pas en mesure de prendre des décisions personnelles, car son état ne le lui permet pas, la représentation serait mise en place par le juge.

---

<sup>1359</sup> V. *supra* n°579

<sup>1360</sup> V. *supra* n°583

## **B.- Intervention du juge**

**673. Autorisation du juge.** Le juge ne pourrait pas être exclu de la réalisation des actes. En l'état du droit positif, le juge intervient notamment de manière subsidiaire en cas de conflit<sup>1361</sup> ou pour autoriser le majeur protégé à agir seul<sup>1362</sup>. Or, le majeur protégé serait désormais autorisé par la personne chargée de la mesure et investie d'un pouvoir d'assistance, le juge n'aurait plus à intervenir en ce sens. Pour le mineur, l'intervention du juge resterait résiduelle. Les contours de l'intervention du juge devraient être redessinés que ce soit pour le mineur (1) ou pour le majeur protégé (2).

### **1. L'intervention du juge pour le mineur**

**674. Refus des parents.** Si les parents refusent de donner leur autorisation au mineur, le recours semble difficile, le mineur n'ayant pas la capacité d'ester en justice. Il reste la solution pour le mineur de saisir le juge des enfants si le refus parental suscite un danger conformément aux dispositions de l'article 375 du Code civil qui dispose que si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par la justice entre autres à la requête du mineur lui-même. Les parents pourraient ne pas donner l'autorisation de réaliser l'acte voulu par le mineur, car il n'est pas dans son intérêt ou alors parce qu'ils estiment que ce dernier n'est pas discernant. Afin de régler le conflit lié à cette appréciation du discernement, le juge devrait pouvoir intervenir. Il serait alors nécessaire de laisser la possibilité au mineur de saisir le juge en cas de refus de ses parents de l'autoriser à réaliser un acte.

**675. Désaccord avec la décision des parents.** Dans certaines hypothèses, le mineur dispose d'un véritable droit d'opposition avec un veto décisif<sup>1363</sup>. Dans ce système de capacité assistée prenant la forme d'une autorisation, les titulaires de l'autorité parentale pourraient toujours représenter le mineur notamment lorsqu'il n'agit pas par lui-même ou qu'il n'est pas discernant. Dans ce cas, le mineur ne serait pas à l'initiative de l'acte, mais ce seraient les parents. Dans une telle hypothèse, il ne paraîtrait pas illogique de permettre au mineur de s'opposer à une décision qui serait prise par l'un de ses parents et créer un véritable droit de

---

<sup>1361</sup> V. *supra* n°598 et s. sur l'intervention du juge

<sup>1362</sup> V. *supra* n°567 et s. sur l'autorisation judiciaire

<sup>1363</sup> V. *supra* n°492 sur le droit de veto en matière médicale

veto pour le mineur. Dès lors, le juge devrait inévitablement intervenir pour trancher le conflit et autoriser ou non le parent à réaliser l'acte, malgré les difficultés pratiques qu'un tel système pourrait engendrer. Face au refus du mineur, les titulaires de l'autorité parentale devraient saisir le juge afin d'obtenir l'autorisation d'agir ou alors il faudrait permettre au mineur de saisir lui-même le juge s'il n'est pas en accord avec les décisions de ses parents.

## 2. *L'intervention du juge pour le majeur protégé*

**676. Intervention du juge en droit positif.** Le juge peut ponctuellement intervenir pour alléger la représentation du tuteur ou de la personne en habilitation familiale par représentation<sup>1364</sup>. Il intervient également afin d'autoriser dans certaines hypothèses le majeur protégé à agir seul ou avec assistance ou représentation<sup>1365</sup> et de manière subsidiaire en cas de conflit<sup>1366</sup>. Le juge, dans le cadre de la mesure unique d'assistance, interviendrait afin de moduler la capacité puisque le paradigme reposerait désormais sur une présomption de capacité<sup>1367</sup> qui pourrait être limitée dans certains cas s'agissant de graduer et individualiser la mesure de protection.

**677. Modalités.** L'intervention du juge ne serait que limitée. En effet, l'idée d'une déjudiciarisation du droit des majeurs protégés doit être maintenue. L'intervention principale du juge résiderait dans la modulation de la capacité. En cela, il autoriserait implicitement le majeur protégé à agir. L'idée est également que le juge pourrait déterminer la forme que va prendre l'autorisation en fonction des actes. Le choix de la forme de l'assistance pourrait être laissé à l'appréciation du juge qui pourrait la moduler en fonction de la nature des actes. Néanmoins, il faut rappeler que la temporalité joue un rôle primordial dans cette assistance qui ne devrait donc pas être entourée d'un lourd formalisme au risque de devenir un obstacle dans l'exercice de la capacité du majeur protégé. Or, l'autorisation explicite demande d'être vérifiée. En revanche, l'opposition interviendrait en aval de l'acte, ce qui aurait moins de conséquences sur la temporalité. Néanmoins, le risque serait que la réalisation de l'acte puisse avoir certaines conséquences trop importantes et que l'intervention du juge soit trop tardive. C'est pourquoi il pourrait être pertinent que la forme de l'assistance dépende de l'acte et que le juge le précise, et le motive, dans sa décision. L'idée principale reste que, pour les actes les plus intimes, ce ne serait pas une autorisation qui soit requise, mais plutôt une possible

<sup>1364</sup> V. *supra* n°568

<sup>1365</sup> V. *supra* n°567 et s. sur l'autorisation judiciaire

<sup>1366</sup> V. *supra* n°599 et s. sur l'intervention du juge dans les décisions personnelles du majeur protégé

<sup>1367</sup> V. *supra* n°339

opposition. Par ailleurs, dans certains cas l'intervention du juge au cours de la mesure resterait nécessaire notamment lorsqu'il s'agit de trancher le conflit entre le majeur protégé et son protecteur ou alors lorsqu'il s'agit d'un acte strictement personnel et que le majeur protégé est hors d'état de manifester sa volonté.

**678. Intervention en cas d'incapacité naturelle.** Il peut arriver que le majeur protégé soit hors de manifester sa volonté. Si l'instauration de la mesure unique de protection prévoit dans ce cas une représentation, il reste la question des actes strictement personnels pour lesquels aucune assistance ni représentation n'est aujourd'hui possible, ce qui a pour conséquence une éventuelle apparition d'une incapacité de jouissance qui n'est pas toujours opportune<sup>1368</sup>. Dans ce cas, comme dans le cadre du consentement à l'adoption<sup>1369</sup>, il pourrait être possible que le juge intervienne pour autoriser la personne chargée de la mesure de protection de réaliser l'acte excluant l'assistance ou la représentation lorsque l'absence de consentement strictement personnel porte atteinte aux intérêts du majeur protégé. Cette procédure pourrait éviter l'impossible réalisation de l'acte tout en respectant la dignité du majeur protégé au regard de la nature particulièrement intime des actes excluant l'assistance ou la représentation<sup>1370</sup>.

**679. Intervention en cas de désaccord.** Le juge pourrait intervenir si le tiers protecteur refuse d'assister le majeur protégé. En ce sens, l'article 459 du Code civil prévoit pour les décisions personnelles que « *Sauf urgence, en cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne chargée de sa protection, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision, à leur demande ou d'office.* ». Cette solution devrait donc être transposée à la mesure unique de protection en cas de désaccord. La saisine du juge devrait pouvoir être faite soit par le protecteur soit par le majeur protégé, il pourrait également être intéressant que le juge puisse se saisir d'office. Dans ce cas, c'est le juge qui autoriserait à agir.

**680. Inaction du majeur protégé.** Dans le cadre de la mesure unique, le paradigme reposerait sur une présomption de capacité : le majeur protégé serait présumé capable de réaliser tous les actes et prendre toutes les décisions seules, mais dans le cas où une assistance serait prévue, il devrait être autorisé à agir seul. Cependant, le majeur protégé pourrait décider de ne pas agir alors que la réalisation de l'acte pourrait être nécessaire ou dans son intérêt. Si

---

<sup>1368</sup> V. *supra* n°310 et s. sur l'apparition d'une incapacité de jouissance

<sup>1369</sup> V. *supra* n°326

<sup>1370</sup> V. *supra* n°656

le mineur reste soumis à l'autorité parentale et que les titulaires de l'autorité parentale vont pouvoir agir, la situation du majeur protégé n'est pas la même. Dans ce cas, le juge pourrait intervenir sur saisine de la personne chargée de la mesure de protection afin que cette dernière soit autorisée à réaliser l'acte si l'inaction du majeur protégé contrevient à son intérêt.

**681. Typologie.** L'intervention des titulaires de l'autorité parentale dans la capacité d'exercice du mineur dépendrait alors de l'âge de ce dernier et non plus de l'acte à travers des dispositions éparses comme le prévoit le droit positif. Il s'agirait d'une intervention explicite puisque les parents autoriseraient l'acte initié par le mineur. Les parents représenteraient le mineur de moins de 13 ans, le mineur entre 13 et 16 ans qui ne serait pas doué de discernement et/ou qui ne souhaiterait pas agir par lui-même et ils autoriseraient le mineur de moins de 16 ans qui veut agir. Dès lors, le mineur disposerait d'une autonomie graduelle qui va dans le sens d'une acquisition progressive de l'autonomie. Cette capacité du mineur prendrait la forme d'une autorisation des titulaires parentale qui, outre son âge, prend également en compte le discernement du mineur. Par ailleurs, la saisine du juge doit être prévue si le mineur souhaite contester le refus d'autorisation de ses parents ainsi qu'un droit du mineur de s'opposer à la décision de ses parents par l'intervention du juge pour trancher le conflit. Pour le mineur de plus de 16 ans, une prémajorité générale pourrait être mise en place<sup>1371</sup>, mais ne s'agissant pas d'une émancipation, les parents pourraient éventuellement s'opposer aux décisions qui ne seraient pas dans son intérêt : il s'agirait alors d'une autorisation d'agir implicite. Pour le majeur protégé, il s'agirait de définir la forme que prend l'assistance lorsqu'elle serait prévue par le juge. Si elle est mise en place, c'est que le majeur protégé a besoin d'une protection qui peut se traduire par une autorisation, l'assistance devant rester une condition de validité de l'acte. Toutefois, elle ne devrait pas prendre la même forme en fonction de l'acte en cause : l'autorisation serait explicite en matière patrimoniale, mais elle serait implicite en matière personnelle. L'autre solution pourrait être de laisser le juge décider de la forme de l'autorisation lorsqu'il met en place la mesure d'assistance.

---

<sup>1371</sup> V. *supra* n°358

## Section 2 : Le développement de l'accompagnement de la personne protégée

**682. Contexte.** Au regard de la volonté de développer et préserver l'autonomie des personnes protégées, les mesures substitutives ne semblent plus adaptées. Que ce soit la Convention internationale des droits de l'enfant ou la Convention relative aux droits des personnes handicapées, qui concerne de manière générale les personnes présentant des incapacités, ces textes internationaux mettent l'accent sur le respect de la volonté du mineur ou du majeur protégé. Le législateur français agit souvent en ce sens, mais il se pose la question de savoir s'il ne faut pas aller plus loin et trouver des mesures alternatives plus respectueuses de l'autonomie de la personne. À ce titre, un nouveau concept émerge : l'accompagnement. Ce système pourrait à la fois respecter la volonté et la dignité des personnes protégées tout en garantissant leur protection qui doit rester la préoccupation principale. Le tiers n'interviendrait pas dans l'acte, mais en dehors de l'acte par un conseil ou une information qui garantit la protection. Il s'agirait d'un accompagnement de fait même si en droit positif, cet accompagnement est parfois une exigence pour pouvoir réaliser l'acte comme dans le cadre de l'interruption volontaire de grossesse de la mineure<sup>1372</sup>. Dès lors, l'accompagnement pourrait également être imaginé dans certaines hypothèses comme une forme de protection conditionnant la réalisation de l'acte.

**683. Assistance et accompagnement.** Les concepts d'assistance et d'accompagnement peuvent parfois être confondus. Pour le Professeur Jean-Marie Plazy<sup>1373</sup>, assister une personne c'est intervenir pour appuyer sa volonté et la faire triompher et le terme « *d'accompagnement à la personne* » est donc plus adapté, il faut recueillir l'avis de la personne, la conseiller et décider avec elle chaque fois que cela est possible. Néanmoins, ces concepts doivent être distingués. Dans le cadre d'une mesure d'assistance, le tiers interviendrait dans le processus décisionnel soit par une autorisation soit par une opposition. Aussi, cette mesure a une fonction d'accompagnement dans la capacité s'agissant d'une participation à la décision de la personne protégée, mais l'assistance n'est pas une mesure d'accompagnement<sup>1374</sup>. Cette distinction repose essentiellement sur leurs effets sur la capacité de la personne protégée. En effet, l'idée est que l'accompagnement ne priverait pas la

---

<sup>1372</sup> V. *infra* n°687

<sup>1373</sup> J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, Thèse de doctorat, droit, Bordeaux, 1998

<sup>1374</sup> G. MILLERIOUX, *La capacité juridique des majeurs vulnérables*, Thèse de doctorat, droit, Lyon, 2021

personne protégée de sa capacité de réaliser l'acte alors que dans le cadre de la mesure d'assistance, la validité de l'acte reposerait notamment sur l'assistance de la personne protégée.

**684. Définition.** En l'état du droit positif, il n'existe aucune définition juridique de l'accompagnement. Pour le professeur Hugues Fulchiron<sup>1375</sup>, lorsque la personne a besoin d'être accompagnée, cela signifie qu'elle a besoin d'être « *conseillée, aidée et, au besoin, seulement encadrée dans la vie en général et dans la vie juridique en particulier* ». Pour le Professeur Gilles Raoul-Cormeil<sup>1376</sup> : « *l'accompagnement est le pouvoir matériel par lequel les personnes en charge de la mesure permettent aux personnes protégées de réaliser leur volonté et leur intérêt.* ». L'accompagnement semble donc être un soutien dans la prise de décision. En l'état du droit positif, l'accompagnement de la personne protégée a un domaine limité (I) qu'il faudrait développer (II).

### § I. - L'accompagnement limité de la personne protégée

**685. Droit positif.** L'accompagnement est prévu par le législateur afin de respecter la volonté de la personne protégée, mais également, et surtout, afin de ne pas diminuer la capacité tout en maintenant sa protection. Cette forme d'intervention du tiers reste rare dans notre droit positif et consiste en un accompagnement afin de pouvoir réaliser l'acte. L'accompagnement a été mis en place pour les mineurs en matière médicale (A) et en droit des majeurs protégés en matière sociale (B).

#### A.- L'accompagnement du mineur

**686. Soins confidentiels nécessaires à la sauvegarde de la santé du mineur.** Les articles L1111-5 et L1111-5-1 du Code de la santé publique prévoient qu'il est parfois possible de se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale si le mineur s'y oppose afin de garder le secret sur son état de santé sur les décisions à prendre lorsque l'action de prévention, le dépistage ou le traitement s'impose pour sauvegarder sa santé sexuelle et reproductive<sup>1377</sup>. Toutefois, ces articles imposent également que, dans cette

<sup>1375</sup> H.FULCHIRON, « Personnes protégées – L'accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau concept juridique, nouvelle conception de la protection », *Dr.fam.*, Mars 2017, n°3, dossier 19

<sup>1376</sup> G.RAOUL-CORMEIL, « Personnes âgées – Accompagnement et protection des intérêts patrimoniaux », *Dr.fam.*, Mars 2017, n°3, dossier 23

<sup>1377</sup> V. *supra* n°180

hypothèse, le mineur soit accompagné d'une personne majeure de son choix. Cet accompagnement semble ici prendre la forme d'un soutien dans la réalisation de l'acte médical, il ne s'agit pas d'exiger un double consentement qui s'apparenterait alors à une assistance. Le majeur accompagnant le mineur est un soutien pour le mineur qui est présent pendant et après l'acte. Un tel accompagnement soutien est également prévu dans le cadre de l'interruption volontaire de grossesse

**687. Interruption volontaire de grossesse.** L'article L.2212-7 alinéa 3 du Code de la santé publique dispose que la mineure qui désire garder le secret et ne consent pas à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale doit être accompagnée dans sa démarche par la personne majeure de son choix. Tout comme pour les soins confidentiels, il s'agit d'un accompagnement dans le but de soutenir la mineure, le majeur accompagnant n'a pas vocation à devoir consentir à l'acte. Cette exigence pose parfois des difficultés puisque : « *Les professionnels de santé ont souligné à de nombreuses reprises qu'ils avaient parfois des interrogations sur la qualité de la personne accompagnante.* »<sup>1378</sup>. En effet, la personne accompagnante est choisie par le mineur sans qu'une autre personne, comme le médecin, puisse refuser. Dans le cadre de l'audition du mineur dans une procédure le concernant, il peut être accompagné par une personne de son choix, et si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne<sup>1379</sup>. Une telle possibilité n'est pas prévue pour le médecin dans le cadre de l'interruption de grossesse. L'opposition du médecin au choix de la personne accompagnante pourrait faire l'objet d'une jurisprudence. Néanmoins, il ne semble pas que ce pouvoir lui appartienne et qu'il doive accepter le choix du mineur. En outre, il a pu être souligné la difficulté de l'interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse de la mineure sans autorisation parentale. Dans ce cas, il a été souligné que l'accompagnement de la mineure pendant l'administration du produit médicamenteux est encore plus nécessaire au regard des éventuels effets indésirables<sup>1380</sup>. En effet, ici l'accompagnement sera un soutien rassurant pour la mineure en cas de difficultés, simple soutien psychologique.

---

<sup>1378</sup> IGAS (rapport établi par C. AUBIN, D. JOURDAINS MENNINGER, L. CHAMBAUD), *La prise en charge de l'interruption volontaire de grossesse*, RM2009 098A, octobre 2009, p. 26. Disponible sur la documentation française.

<sup>1379</sup> V. *supra* n°423 sur les modalités d'exécution de l'audition

<sup>1380</sup> IGAS (rapport établi par C. AUBIN, D. JOURDAINS MENNINGER, L. CHAMBAUD), *La prise en charge de l'interruption volontaire de grossesse*, RM2009 098A, octobre 2009, p. 26. Disponible sur la documentation française

## B.- L'accompagnement du majeur protégé

**688. Domaine limité.** En droit des majeurs protégés, l'accompagnement est seulement envisagé comme une mesure d'aide sociale constituant une alternative aux mesures de protection. La mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) est prévue par les articles L271-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles. Il s'agit d'une mesure destinée aux personnes majeures percevant des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ces ressources. La mise en place d'une telle mesure va permettre une aide à la gestion de ses prestations sociales et un accompagnement social individualisé. Si cette mesure n'est pas satisfaisante, le juge des tutelles pourra ordonner une mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) prévue par les articles 495 et suivants du Code civil. Ces mesures sont destinées aux majeurs qui ne sont pas atteints d'une altération médicalement constatable de leurs facultés, mais qui connaissent des difficultés dans la gestion de leurs prestations sociales justifiant une prise en charge sans les priver de leur capacité juridique<sup>1381</sup>. En ce sens, ces mesures d'accompagnement sont une alternative aux mesures de protection. Ces mesures ne sont que très peu mises en place en pratique. La Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques du ministère des Solidarités et de la Santé recensait 11 185 mesures d'accompagnement social personnalisé en 2016.

**689. Fonctionnement.** La MASP est un contrat reposant sur des engagements réciproques<sup>1382</sup> conclu pour une durée de six mois à deux ans<sup>1383</sup> entre l'intéressé bénéficiaire de prestations sociales et le département. L'article L271-2 du Code de l'action sociale et des familles dispose que : « *Le contrat prévoit des actions en faveur de l'insertion sociale et tendant à rétablir les conditions d'une gestion autonome des prestations sociales.* ». La MAJ est prononcée à la demande du procureur de la République qui apprécie l'opportunité d'une telle mesure au regard des rapports des services sociaux, le juge statue, la personne entendue ou appelée<sup>1384</sup>. La MASP et la MAJ n'entraînent pas d'incapacité juridique, mais la MAJ est plus directive, car elle exclut en grande partie le majeur de la gestion de ses prestations<sup>1385</sup>. L'article 495-7 du Code civil prévoit que : « *Le mandataire judiciaire à la protection des*

<sup>1381</sup> L.PECAUT-RIVOLIER, T.VERHEYDE, « Majeurs protégés : mesures de protection juridique et d'accompagnement », *Rep.civ.*, juin 2013, n°319 et s.

<sup>1382</sup> Art. L271-1 alinéa 2 Code de l'action sociale et des familles

<sup>1383</sup> Art. L271-2 alinéa 3 Code de l'action sociale et des familles

<sup>1384</sup> Art. 495-2 Code civil

<sup>1385</sup> G.MILLERIOUX, op.cit.

*majeurs perçoit les prestations incluses dans la mesure d'accompagnement judiciaire sur un compte ouvert au nom de la personne auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public, dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article 472, sous réserve des dispositions applicables aux mesures de protection confiées aux personnes ou services préposés des établissements de santé et des établissements sociaux ou médico-sociaux soumis aux règles de la comptabilité publique.* ». Cet article poursuit en précisant que la gestion des prestations doit être réalisée dans l'intérêt de la personne en tenant compte de son avis et de sa situation familiale ; le mandataire judiciaire doit exercer une action éducative afin de rétablir les conditions d'une gestion autonome des prestations sociales. Dans les deux cas, les mesures d'accompagnement visent à soutenir en éduquant dans la perspective de retrouver l'autonomie.

**690. Limites.** Il faut regretter que ces mesures d'accompagnement ne se limitent qu'aux seules prestations sociales. Par ailleurs, ces mesures ne pourront pas être mises en place lorsque la personne souffre d'une altération des facultés personnelles qui l'empêche de consentir alors que ces mesures reposent sur un accord de volontés. Aussi, ces mesures restent une forme d'accompagnement, en dehors de toute mesure de protection, mais qui ne sont pas adaptées aux personnes souffrant d'une altération de leurs facultés personnelles qui semblent donc nécessiter d'une protection accrue. Néanmoins, ces mesures ont le mérite de respecter le principe de subsidiarité. En outre, ces mesures ne sont pas liées à la capacité d'agir, car elles relèvent plutôt de l'aide sociale « *dont l'objet et l'esprit se distinguent des règles civiles auxquelles la capacité d'agir reste intimement liées* »<sup>1386</sup>. Ces mesures d'accompagnement sont donc un soutien pour éviter la restriction de la capacité reposant sur le principe de subsidiarité, en restant en dehors des mesures de protection juridique *stricto sensu* prévoyant une incapacité. Or, la question essentielle est de développer l'accompagnement dans le cadre de la mise en place d'une mesure de protection juridique.

**691. Les injonctions internationales.** L'article 12 paragraphe 3 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées prévoit que les États parties sont tenus de donner aux personnes handicapées l'accès à l'accompagnement nécessaire pour exercer leur capacité juridique et ils ne doivent pas priver ces dernières de leur capacité juridique, mais leur donner accès à l'accompagnement nécessaire pour leur permettre de prendre des

---

<sup>1386</sup> Ibid.

décisions ayant un effet juridique<sup>1387</sup>. Dans ce dessein, le Comité des droits des personnes handicapées estime que le terme accompagnement a un caractère générique et englobe des mesures tant formelles qu'informelles, de nature et de degrés divers<sup>1388</sup>. L'article 12 paragraphe 4 de la Convention oblige les États parties à prévoir des garanties dans ce système d'accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique afin de respecter les droits, la volonté et les préférences de la personne. En ce sens, le Comité des droits des personnes handicapées énonce que lorsqu'il n'est pas possible de déterminer la volonté et les préférences d'un individu, le paradigme d'intérêt supérieur doit laisser place à celui de la volonté et des préférences<sup>1389</sup>. En outre, ces garanties doivent protéger la personne contre l'abus d'influence qui est un risque non négligeable lorsque l'individu compte sur l'accompagnement pour prendre une décision. *A contrario*, l'accompagnement peut également éviter une influence négative sur le majeur protégé. Ainsi, des réflexions sont menées en droit français afin de garantir l'exercice effectif de la capacité juridique avec un système d'accompagnement.

**692. Mesures respectueuses de la volonté.** Le législateur a déjà entamé une modernisation du système pour les majeurs protégés en créant des mesures laissant davantage de place à leur volonté. D'une part, le mandat de protection future pour soi se définit comme : « *l'acte par lequel un homme ou une femme choisit une personne de confiance aux fins de le (ou la) représenter pour le cas où il (ou elle) ne pourrait plus, à l'avenir, pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés* »<sup>1390</sup>. Il s'agit d'une mesure de protection juridique conventionnelle constituant une alternative aux mesures de protection judiciaires ou familiales à tel point qu'elle pourrait être qualifiée de « tutelle conventionnelle »<sup>1391</sup>. Le mandant conserve sa capacité juridique, ses actes sont fragilisés par leur possible remise en cause plus simple en raison de l'existence du mandat comme le prévoit l'article 488 du Code civil<sup>1392</sup>. Même si cette mesure préserve la capacité, ce qui est bienvenu, elle a l'inconvénient d'être sans doute trop ambivalente et n'a pas connu le succès escompté<sup>1393</sup>. D'autre part, l'habilitation familiale, qui prive le majeur de sa capacité au profit d'un membre de la famille habilité a été conçue davantage comme une mesure allégée pour le protecteur plus que pour le

<sup>1387</sup> Observation générale n°1 du Comité des droits des personnes handicapées, 19 mai 2014, CRPD/C/GC/1, p.5

<sup>1388</sup> Ibid.

<sup>1389</sup> Ibid.

<sup>1390</sup> F.SAUVAGE, « Mandat de protection future », *Rép.civ.*, juillet 2021, n°1

<sup>1391</sup> Ibid.

<sup>1392</sup> H.FULCHIRON, *op.cit.*

<sup>1393</sup> Ibid.

protégé<sup>1394</sup>. Il est alors nécessaire d’imaginer un système efficace respectant la volonté et l’autonomie du majeur protégé comme le préconisent les exigences internationales. En effet, au regard de la Convention internationale des droits des personnes handicapées, il est nécessaire de construire un régime juridique de protection qui respecterait les droits et libertés des individus ainsi que leur dignité<sup>1395</sup>.

**693. Adaptation nécessaire.** Pour le Professeur Jean-Marie Plazy, le terme d’accompagnement de la personne pourrait être plus adapté puisqu’il estime que la protection de la personne ne repose pas sur l’idée de tout décider à sa place, mais il s’agit de recueillir son avis, la conseiller, décider avec elle toutes les fois où cela est possible<sup>1396</sup>. Dans son rapport<sup>1397</sup>, le Défenseur des droits a estimé qu’au regard des engagements internationaux de la France, il faut s’interroger sur la conformité des dispositions du droit des majeurs protégés avec les principes généraux consacrés par le droit international des droits de l’homme s’agissant notamment des conditions d’exercice de la capacité juridique par la mise en œuvre d’un mécanisme de décision accompagnée. Si la substitution de la personne ne doit plus être la norme, un système d’accompagnement reposant sur le conseil et le soutien pourrait répondre aux exigences internationales tout comme la proposition d’une mesure unique de protection<sup>1398</sup>. En effet, si la protection du majeur protégé repose sur une présomption de capacité, il n’en reste pas moins qu’il doit parfois être protégé. Dès lors, s’il est en mesure de prendre la décision par lui-même, il pourrait tout de même être intéressant de prévoir un accompagnement de fait, qui ne serait pas une condition de validité de l’acte, mais un soutien auquel le majeur protégé pourrait avoir accès.

## § II. - Le nécessaire développement de l’accompagnement de la personne protégée

**694. Principe.** Si un accompagnement du majeur protégé dans le cadre de la mesure de protection doit se développer, il pourrait prendre différentes formes et être informatif de manière générale ou obligatoire pour certains actes (1) et la désignation de l’accompagnateur dépendrait de la forme de l’accompagnement (2).

---

<sup>1394</sup> Ibid.

<sup>1395</sup> H.FULCHIRON, « Personnes majeures – L’accompagnement des personnes majeures vulnérables entre nécessité juridique et exigence éthique », *Dr.fam.*, Mars 2017, n°3, dossier 17

<sup>1396</sup> J.-M.PLAZY, *op.cit.*

<sup>1397</sup> Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables, rapp.*, 30 sept. 2016, p.15

<sup>1398</sup> V. *supra* n°338

## A.- Les formes de l'accompagnement de la personne protégée

**695. Accompagnement informatif ou obligatoire.** L'accompagnement est un système mis en place en droit français de manière éparse au sein de différents textes. Ce dispositif repose sur l'idée de soutenir la personne protégée et de l'aider dans la préservation de son autonomie. Dans ce dessein, l'information de la personne protégée nécessaire à la prise de décision est la première forme d'accompagnement. À côté des obligations spécifiques d'information du mineur et du majeur protégé, il existe une obligation d'information générale seulement pour le majeur protégé et qui se cantonne à sa situation personnelle qu'il conviendrait de développer de manière générale pour ce dernier et pour le mineur comme un accompagnement informatif soutien de leur capacité (1) alors qu'un accompagnement obligatoire pourrait être mis en place pour la réalisation de certains actes spécifiques (2).

### 1. L'accompagnement informatif de la personne protégée

**696. Fondement de l'obligation générale d'obligation du majeur protégé.** L'article 457-1 du Code civil dispose que : « *La personne protégée reçoit de la personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part.* ». À côté des informations particulières prévues par des textes précis concernant essentiellement des actes médicaux<sup>1399</sup>, il existe un droit à l'information générale du majeur protégé. En effet, dès lors que le majeur protégé devient acteur de la décision, et, quel que soit le degré de sa participation, celui-ci doit être informé afin de s'assurer d'une volonté éclairée<sup>1400</sup>. Cette information est une forme d'accompagnement en ce qu'elle va être un soutien dans le processus décisionnel. Le majeur protégé sera informé de toutes les décisions concernant sa personne. Le législateur précise que cette information sur les décisions personnelles précisera l'utilité, le degré d'urgence, les effets et les conséquences du refus de la part du majeur protégé.

**697. Absence de texte général pour le mineur.** Il n'existe pas d'obligation générale d'information pour le mineur tel qu'elle existe pour le majeur protégé. L'information

<sup>1399</sup> V. *supra* n°296 sur l'information médicale, n°396 sur l'information en matière de stérilisation contraceptive, n°496 sur l'information en matière de recherche portant sur la personne humaine et n°499 sur l'information en matière de prélèvement de moelle osseuse

<sup>1400</sup> L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, Thèse de doctorat, droit, Lyon III, 2008

du mineur est simplement spécifiquement réglementée pour les actes médicaux pour lesquels il a une capacité d'agir<sup>1401</sup>, que celle-ci soit décisive ou simplement participative. Une analogie peut être faite entre l'obligation d'information générale d'information du majeur protégé et l'obligation pour les titulaires de l'autorité parentale d'associer l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité<sup>1402</sup>. En effet, cette obligation pourrait être assimilée à une obligation d'information dès lors qu'il s'agit de prendre une décision qui concerne le mineur.

**698. Information adaptée du majeur protégé.** L'article 457-1 du Code civil précise que l'information sur les décisions personnelles doit être donnée au majeur protégé « *selon des modalités adaptées à son état* ». Cette condition est sans doute une influence du droit médical qui prévoit également une information médicale adaptée<sup>1403</sup>. Il ne s'agit pas d'adapter le contenu de l'information au risque d'en dénaturer le contenu, mais il s'agit sans doute d'adapter plutôt la forme de l'information<sup>1404</sup> en s'adaptant à la capacité de compréhension comme le préconise l'article L1111-2 du Code de la santé publique pour l'information médicale.

**699. Domaine limité de l'information du majeur protégé.** Cet article se place dans le Code civil dans une sous-section 4 consacrée aux effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne. Dès lors, cette obligation générale d'information s'applique aux actes personnels, mais également aux actes strictement personnels. L'intervention du protecteur dans les actes strictement personnels, et qui ne dispose d'aucun pouvoir décisionnel en la matière, peut surprendre, car cette intervention, bien que seulement informative pourrait être considérée comme une ingérence dans l'autonomie du majeur avec la crainte que l'information prodiguée ne soit pas neutre<sup>1405</sup>. Néanmoins, l'information perçue comme un soutien dans le processus décisionnel repose sur l'intérêt du majeur, il faut présumer que l'accompagnement informationnel est toujours réalisé dans ce dessein. Cette information est un soutien dans l'exercice effectif de l'autonomie du majeur protégé.

---

<sup>1401</sup> V. *supra* n°453 et s. sur l'information préalable à la recherche du consentement en matière médicale, n°496 sur l'information en matière de recherches portant sur la personne humaine et n°498 sur l'information en matière de prélèvement de moelle osseuse

<sup>1402</sup> V. *supra* n°434

<sup>1403</sup> V. *supra* n°296

<sup>1404</sup> L.TALARICO, *op.cit.*

<sup>1405</sup> *Ibid.*

**700. Extension de l'obligation générale d'information du majeur protégé.** La question s'est posée d'étendre le champ d'application de l'article 457-1 du Code civil<sup>1406</sup>, qui se cantonne aux décisions personnelles du majeur protégé. À cette fin, il a pu être proposé que le devoir d'information devienne un corollaire de la capacité d'agir<sup>1407</sup>. Autrement dit, chaque fois que le majeur protégé dispose d'une capacité d'agir dans un domaine, la personne en charge de la protection devrait l'informer selon les mêmes termes prévus par l'actuel article 457-1 du Code civil. Dès lors, l'article ainsi modifié devrait être déplacé dans la partie du Code civil relative aux mesures de protection en général. Il s'agirait ici d'instaurer une véritable forme d'accompagnement de la capacité du majeur protégé dans tous les domaines où il peut agir, c'est-à-dire toutes les fois où ce n'est pas le protecteur qui agit. L'accompagnement en tant qu'information en amont de la réalisation de l'acte serait donc prévu de manière générale et systématique, mais ne serait pas une condition de validité de l'acte, mais simplement un soutien dans l'exercice de la capacité du majeur protégé. Dans ce cadre, il serait opportun de prévoir que l'accompagnateur peut éventuellement saisir le juge pour l'informer s'il estime que la réalisation de l'acte comporte un danger pour le majeur protégé comme il est déjà prévu pour le majeur protégé sur le fondement de l'article 459 du Code civil<sup>1408</sup>.

**701. Création d'une obligation générale d'information du mineur.** Une disposition générale similaire à celle prévue pour le majeur protégé pourrait permettre une forme d'accompagnement du mineur, notamment dans l'hypothèse de la création d'un statut spécifique pour le mineur doué de discernement. Aussi, dès lors que le mineur aurait la capacité d'agir par lui-même, un accompagnement en amont de la réalisation de l'acte devrait être prévu en prenant la forme d'une obligation générale d'information dont les débiteurs seraient les titulaires de l'autorité parentale.

**702. Actes concernés par l'accompagnement informatif.** L'accompagnement ne reposerait pas sur un mandat, mais il ferait partie de la mesure. En d'autres termes, pour les actes où le majeur protégé n'a pas la capacité d'agir, il serait assisté par principe et représenté de manière exceptionnelle. De la même manière, pour le mineur soit il aurait la capacité d'agir avec autorisation, soit il serait représenté par les titulaires de l'autorité parentale. En revanche, pour tous les actes où le mineur ou le majeur protégé aurait la capacité d'agir,

<sup>1406</sup> G.MILLERIOUX, op.cit.

<sup>1407</sup> Ibid.

<sup>1408</sup> V. *supra* n°594

l'accompagnement informatif serait mis en place afin d'assurer sa protection, et ce du simple fait de la minorité ou de l'existence de la mesure de protection. Le pouvoir décisionnel appartiendrait au majeur protégé, qui aurait la capacité d'agir seul, cet accompagnement ne serait qu'un pouvoir intellectuel de soutien ou de conseil qui ne conditionnerait pas la validité de l'acte. Il s'agirait d'un accompagnement dans l'exercice de la capacité.

**703. Majeur protégé.** Si une mesure unique de protection est mise en place pour le majeur protégé, il pourrait être imaginé une assistance de principe prévue pour certains actes et un accompagnement systématique pour les actes pour lesquels le majeur protégé dispose d'une capacité décisive qui ne serait qu'un soutien dans l'exercice de la capacité afin de sécuriser la réalisation de l'acte, mais pas une condition de validité de celui-ci. En effet, un tel système pourrait permettre de limiter le domaine de l'assistance du majeur protégé puisque même si ce dernier conserve sa capacité, il serait tout de même accompagné ce qui garantirait sa protection.

**704. Mineur.** Pour le mineur, un tel accompagnement pourrait également garantir sa protection dans l'exercice de sa capacité, notamment pour le mineur qui bénéficierait du statut de prémajorité à partir de l'âge de 16 ans<sup>1409</sup>. En effet, pour les mineurs en deçà de cet âge, l'intervention parentale resterait prévue en tout état de cause et l'information serait donc inhérente à cette intervention. Or, pour le mineur de 16 ans qui deviendrait prémajeur, il bénéficierait d'une présomption de capacité et les parents dûment informés pourraient s'opposer à la réalisation de l'acte<sup>1410</sup>. On pourrait alors imaginer qu'une fois les parents informés, ils pourraient à leur tour conseiller le mineur en amont, même s'il ne s'agit que d'un accompagnement de fait qui ne conditionnerait pas la validité de l'acte. Ce n'est que l'absence d'opposition des parents qui validerait la réalisation de l'acte, l'accompagnement ne serait dans ce cas qu'un soutien dans l'exercice de la capacité du mineur dans le cadre de la création d'un statut de prémajorité.

## **2. *L'accompagnement obligatoire de la personne protégée***

**705. Régime.** L'accompagnement informatif ne serait pas une condition de validité de l'acte, il s'agirait d'un pouvoir intellectuel de soutien et de conseil du majeur protégé

---

<sup>1409</sup> V. *supra* n°358 sur la proposition de création d'un statut de prémajorité du mineur

<sup>1410</sup> V. *supra* n°671

lorsqu'il est présumé capable qui prend la forme d'une information en amont de l'acte<sup>1411</sup>. Par ailleurs, en droit positif, l'accompagnement prévu pour le mineur prend la forme d'un accompagnement physique pendant la réalisation de l'acte et après. Cette idée pourrait tout à fait s'étendre au majeur protégé pour des actes patrimoniaux qui auraient des conséquences trop importantes pour son patrimoine, mais également dans le cadre des actes strictement personnels pour lesquels serait spécifiquement prévu un accompagnement au regard du danger qu'il peut comporter. Dès lors, l'accompagnement en tant qu'information en amont de la réalisation de l'acte serait prévu de manière générale, alors que pour des actes graves, l'accompagnement physique serait obligatoire. Si l'idée d'un accompagnement obligatoire ne semble pas en adéquation avec le fait que celui-ci ne doit pas être une condition de validité de l'acte, l'accompagnement prendrait ici une autre forme et serait obligatoire. En effet, si une mineure souhaite interrompre sa grossesse, la réalisation de l'acte est subordonnée à l'accompagnement par une personne majeure de son choix. Il faudrait alors considérer que, dès lors qu'un texte prévoit spécifiquement l'accompagnement, la réalisation de l'acte est subordonnée à l'accompagnement physique du mineur ou du majeur protégé. En effet, si le texte prévoit que pour tel acte, pour lequel le majeur protégé ou le mineur a par ailleurs la capacité d'agir, un accompagnement est nécessaire, il semble logique de considérer qu'il s'agit d'une condition de réalisation de l'acte.

**706. Actes strictement personnels.** Il a pu être considéré que l'absence de système d'accompagnement pour les actes strictement personnels ne permet pas de garantir le respect des droits fondamentaux des personnes vulnérables. C'est pourquoi prévoir un système d'accompagnement qui se distingue de la représentation ou de l'autorisation, mais reposerait sur un soutien ou un conseil dans la prise de décision pourrait être intéressant notamment pour certains actes strictement personnels. Néanmoins, si l'accompagnement est systématique pour les actes pour lesquels le majeur protégé disposerait d'une capacité décisive, il ne semble pas respectueux de son autonomie de le prévoir ainsi pour les actes strictement personnels. Dès lors, il serait intéressant de prévoir spécifiquement un accompagnement pour les actes strictement personnels qui comportent un risque physique ou des conséquences importantes comme l'interruption volontaire de grossesse, l'accouchement dans le secret ou encore le changement de sexe pour lesquels rien n'est prévu. Il serait important que dans ces hypothèses la personne protégée dispose d'une capacité naturelle pour être accompagnée :

---

<sup>1411</sup> V. *supra* n°700 sur le développement de l'obligation d'information générale

l'accompagnement supposerait que cette dernière soit en mesure de réaliser l'acte puisqu'il ne s'agirait pas de se substituer dans la décision, mais bien d'une intervention en dehors de l'acte même si cette intervention serait obligatoire. Lorsque la personne protégée est hors de manifester sa volonté, c'est la représentation après autorisation du juge qui s'appliquerait<sup>1412</sup>.

**707. Accompagnement spécifiquement prévu.** Rien n'est prévu quant à l'interruption volontaire de grossesse de la majeure protégée<sup>1413</sup>, il serait dans cette hypothèse intéressant de mettre en place un système d'accompagnement de droit. En effet, ce mécanisme a été mis en place pour la mineure qui souhaite interrompre sa grossesse, il pourrait être intéressant de l'étendre à la majeure protégée pour qui le législateur n'a pas prévu de disposition spécifique. Il est important qu'une majeure protégée puisse être soutenue dans cette démarche malgré la nécessité d'un consentement strictement personnel excluant toute assistance ou représentation. Dans la même idée, un accompagnement pourrait notamment être mis en place dans le cadre de l'accouchement dans le secret de la majeure protégée. Pour la mineure, il a été proposé de mettre en place un accompagnement spécifique par une personne majeure de son choix lors de l'accouchement dans le secret de la mineure qui communique son identité au regard de l'importance de la décision pour son avenir et celui de son enfant<sup>1414</sup>. Il faudrait alors étendre le dispositif d'accompagnement mis en place pour les mères de naissance à toutes celles qui demandent le secret par l'aménagement d'un accompagnement spécifique aux accouchées mineures. Ainsi, la mineure qui demande à accoucher dans le secret se verrait proposer par le CNAOP l'accompagnement psychologique et social prévu par l'article L.223-7 du Code de l'action sociale et des familles, mais elle pourrait aussi se voir proposer un accompagnement dans cette démarche par un majeur de son choix<sup>1415</sup>. Un accompagnement pourrait également être spécifiquement mis en place dans le cadre du changement de sexe. En effet, il s'agit d'un acte ne pouvant relever que du seul consentement de la personne protégée. En ce sens, la Professeure Annick Batteur estime que « *la conversion sexuelle implique que le majeur protégé exprime une volonté en ce sens, et soit bien sûr accompagné (mais ni assisté ni représenté) dans sa démarche par son organe de protection.* »<sup>1416</sup>. De la même manière, un accompagnement dans la démarche de changement

---

<sup>1412</sup> V. *supra* n°656

<sup>1413</sup> V. *supra* n°190 et s.

<sup>1414</sup> A. GOUTTENOIRE et I. CORPART (dir.), Adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui, Rapport remis à la Ministre de la famille, févr. 2014, Doc.fr., p.99

<sup>1415</sup> Ibid.

<sup>1416</sup> A.BATTEUR, « Majeurs protégés. – Dispositions communes aux mesures de protection. – Effets personnels », *JCl. Civil Code*, Fasc.10, n°28

de sexe pourrait être prévu pour le mineur, une telle décision n'étant pas encore entourée de garanties législatives claires<sup>1417</sup>.

## B.- La désignation de l'accompagnateur

**708. Choix limité pour le majeur protégé.** A priori, le choix de l'accompagnateur devrait être laissé à la personne protégée. Dans le dispositif d'accompagnement du mineur dans le cadre médical, il est précisé qu'il est accompagné par une personne majeure de son choix. Le majeur protégé pourrait se faire accompagner par la personne majeure de son choix dans l'exercice de sa capacité. L'accompagnateur devrait néanmoins être majeur et, de manière évidente, ne pas bénéficier de mesure de protection. La question est de savoir si l'accompagnateur devrait être la personne chargée de la mesure de protection ou non. Pour les actes qui prévoient spécifiquement un accompagnement, le choix de l'accompagnateur devrait être laissé au majeur protégé alors que pour le reste, ne s'agissant que d'un accompagnement en tant qu'information, il serait plus simple et logique que ce soit la personne chargée de la mesure de protection qui soit désignée au moment du prononcé de la mesure. En effet, cette personne interviendrait pour tous les actes où le juge aurait décidé que le majeur protégé n'a pas la capacité de les réaliser. Il serait donc logique que ce soit également cette personne qui informe le majeur protégé qui a la capacité de réaliser l'acte ou de prendre la décision, mais cette fois cette intervention ne conditionnerait pas la validité de l'acte, il s'agirait d'un simple pouvoir intellectuel de soutien et de conseil. S'il s'agit de l'accompagnement en tant que condition de la réalisation de l'acte alors, le choix devrait être laissé au majeur protégé.

**709. Accompagnateur du mineur.** Lorsque l'accompagnement du mineur est prévu, il a le choix de la personne qui l'accompagne sans qu'aucune vérification, autorisation ou même opposition ne soit prévue. Néanmoins, comme pour le majeur protégé, dans le cadre de l'accompagnement informatif, il serait nécessaire de désigner les titulaires de l'autorité parentale en tant qu'accompagnateur. En effet, l'accompagnement tel qu'il est conçu comme un conseil ou une information dans la capacité devrait être assuré par les titulaires de l'autorité parentale afin de ne pas dénaturer les obligations qui sont liées à cette titularité. En revanche, l'accompagnement qui pourrait être prévu ponctuellement pour les actes excluant

<sup>1417</sup> V. en ce sens : A. GOGOS-GINTRAND, « La modification de la mention du sexe à l'état civil pour les mineurs », *D.*, 2022, p.2056 ; M.-X. CATTO, Le sexe assigné contesté et modifié avant la majorité, *La revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, <http://journals.openedition.org/docelec.u-bordeaux.fr/revdh/14588> ; L.CARAYON, L.MARGUET, « Changement de la mention du sexe à l'état civil pour un mineur trans », *D.actu*, 28 mars 2022

l'assistance ou la représentation devrait logiquement permettre au mineur de choisir la personne qui l'accompagne, notamment lorsqu'il ne souhaite pas faire intervenir ses parents ainsi qu'il est déjà prévu pour l'interruption volontaire de grossesse ou les soins confidentiels. Comme pour le majeur protégé, l'accompagnateur devrait néanmoins être majeur et ne pas bénéficier de mesure de protection.

**710. Conclusion du Chapitre.** Le mineur et le majeur protégé restent des personnes vulnérables, et il ne faut pas totalement exclure l'intervention des tiers, mais à tout le moins unifier et éclaircir le dispositif. Certes, l'intervention du représentant ou du juge doit être limitée, mais elle doit surtout être plus générale sur sa forme. De manière générale, il serait intéressant de prévoir que l'assistance de la personne protégée prend la forme d'une autorisation implicite ou explicite. En effet, cette forme semble respectueuse de l'idée de ne pas se substituer à la volonté de la personne protégée dans l'exercice de sa capacité puisqu'il ne s'agit pas d'intervenir formellement dans l'acte, mais en amont. Il ne faut cependant pas négliger l'intervention du tiers, en dehors de l'exercice de la capacité ou pour certains actes spécifiques dans des cas particulièrement prévus, qui pourrait être nécessaire dans l'idée de maintenir une certaine protection à travers l'accompagnement.

# CONCLUSION GÉNÉRALE

**711. Constat.** Cette étude démontre que le mineur ou le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation n'est pas totalement privé de sa capacité malgré la mesure de protection. En effet, il peut d'abord être décisionnaire lorsque la représentation est exclue de manière absolue ou de manière relative eu égard notamment à son âge ou sa capacité naturelle. Il peut ensuite se voir reconnaître une capacité participative en ce qu'il va pouvoir être consulté ou agir avec une autorisation. La résurgence de la capacité pose la question de savoir si l'idée d'une protection fondée sur la représentation est encore pertinente au regard des évolutions sociétales mais surtout des injonctions internationales. Il faut constater une prise en compte croissante de la volonté de la personne protégée dans la mesure de protection avec une recherche constante d'équilibre entre autonomie et protection.

**712. Transformation du droit des incapacités.** Certaines évolutions ont déjà eu lieu mais les critiques sont nombreuses et les rapports se multiplient laissant penser que la restriction simple et absolue de la capacité n'est plus un modèle pertinent de protection : le droit des incapacités doit s'adapter et montrer plus de flexibilité. En outre, peut-être qu'il faudrait plutôt parler de droit de la protection des personnes vulnérables plutôt que de droit des incapacités afin qu'il n'y ait plus de connotation négative et que ce droit fasse preuve d'une plus grande souplesse. Dans un sens, il est important de faire évoluer notre droit en protégeant la personne elle-même et en préservant la sécurité des tiers. Dans un autre sens, il est important de développer certains concepts comme l'accompagnement, l'assistance pour que la représentation des personnes les plus vulnérables devienne exceptionnelle.

**713. Propositions.** Notre étude propose de mieux structurer le droit des mineurs et le droit des majeurs protégés en reconnaissant davantage leur capacité tout en maintenant une certaine protection puisqu'il ne faut pas nier leur vulnérabilité. En effet, la représentation tend à s'amenuiser pour le mineur jusqu'à sa majorité, et, elle peut être appliquée pour le majeur protégé, mais seulement en dernier recours. Pour cela, il est important que le droit civil fasse preuve de souplesse et prenne en compte les autres sphères du droit, nombreuses, qui concernent le mineur et le majeur protégé afin d'harmoniser les règles à l'instar de ce qui a été réalisé pour le majeur protégé en droit de la santé. Certains textes méritent d'être réécrits

spécifiquement pour l'un ou pour l'autre alors que d'autres pourraient tout à la fois regrouper le mineur et le majeur protégé. Par exemple, les règles du Code de la santé publique relatives à l'interruption de grossesse concernant la seule mineure pourraient être étendues à la majeure protégée et à l'inverse la règle de l'article 458 du Code civil qui ne concerne que le majeur protégé pourrait également concerner le mineur, pour qui ces actes font l'objet de textes éparses. En ce sens, il pourrait être proposé une réorganisation du droit des mineurs et des majeurs protégés afin de consacrer une partie du Code civil à leur protection dont il faut réorganiser les sources. En outre, les textes étant nombreux, les renvois doivent être précis notamment lorsque les autres matières prévoient des règles spécifiques. Dans cet objectif, une nouvelle réforme du droit des majeurs protégés pourrait être nécessaire, des évolutions nombreuses ayant eu lieu depuis la dernière grande réforme opérée par la loi du 5 mars 2007. Pour le mineur, les évolutions ont toujours eu lieu à petit pas, il faudrait que le législateur agisse pour une meilleure effectivité de leurs droits à travers une vraie réforme du droit des mineurs.

**714. Difficultés liées à l'exclusion de la représentation.** L'acquisition d'une autonomie pour des personnes vulnérables comme le mineur ou le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation pose certaines difficultés qui ne doivent pas être négligées. L'idée qui émerge serait de supprimer les mesures substitutives de volonté, notamment pour le majeur protégé pour qui la représentation ne semble plus adaptée, alors que, pour le mineur, la représentation doit toujours exister puisqu'il reste soumis à l'autorité parentale. Certaines difficultés existent lorsque la représentation est totalement exclue puisque personne ne peut agir à la place de la personne protégée pour des décisions qui pourraient pourtant être dans son intérêt, faisant naître une possible incapacité de jouissance. Le législateur est ainsi intervenu ponctuellement pour le consentement à sa propre adoption afin que l'impossibilité de consentir ne soit pas un obstacle incontournable à l'exercice des droits de la personne protégée en prévoyant des alternatives malgré la nature strictement personnelle d'un tel consentement. Néanmoins, dans d'autres hypothèses, l'incapacité de jouissance reste opportune. Il est donc important que, dans ce cas, la représentation reste totalement exclue. En réalité, dans de nombreuses situations prévoyant l'exclusion totale de la représentation, le droit commun prévoit des alternatives, même s'il conviendrait de parfaire certains textes et d'éclaircir les incohérences démontrées dans notre étude. *A contrario*, si le mineur ou le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de représentation est reconnu capable de prendre des

décisions et d'agir par lui-même, il est important de pouvoir réagir si la décision qu'il prend n'est pas dans son intérêt. Il est alors nécessaire de maintenir l'intervention d'un tiers, que ce soit le juge ou le représentant, car le mineur et le majeur protégé restent des personnes vulnérables qu'il faut pouvoir protéger contre eux-mêmes. En cela, l'accompagnement est une forme de soutien à la capacité qu'il faut développer, l'intervention possible du tiers devant être clairement prévue et prendre une forme unique.

**715. Individualisation de la protection du majeur protégé.** Le législateur français semble vouloir favoriser la prise en compte de la volonté et l'autonomie des personnes protégées bénéficiant d'une mesure de représentation à travers des mesures graduées nécessitant la préservation de l'intervention du tiers. Néanmoins, la graduation implique toujours que la représentation soit possible, c'est pourquoi, il est important qu'au moment du prononcé de la mesure de protection du majeur protégé, le juge s'adapte de manière individualisée à chaque personne sans que la mesure de représentation devienne un automatisme mais simplement une possibilité. En effet, il existe déjà des possibles graduations au sein des mesures de représentation mais il est important que la protection soit individualisée et adaptée. C'est en ce sens qu'il a été proposé la création d'une mesure unique de protection reposant sur une capacité graduelle mais également une individualisation en fonction de la personne et reposant avant tout sur une présomption de capacité. Le tiers n'est pas totalement exclu puisqu'il peut, si besoin, intervenir en fonction des besoins du majeur protégé.

**716. Détermination du mineur capable.** L'individualisation de la protection est plus difficile à mettre en place pour le mineur pour qui les seuils d'âge se multiplient marquant une frontière assez rigide. En effet, la principale difficulté liée à une acquisition progressive de la capacité du mineur est notamment relative à la détermination du mineur qui peut en bénéficier. Les deux critères principaux sont l'âge et le discernement. Néanmoins, le critère de l'âge est trop rigide et le critère du discernement trop subjectif. C'est pourquoi, il est important de prendre en compte l'un et l'autre de ces critères lorsqu'il est envisagé une acquisition progressive de la capacité du mineur. Cette idée est importante car le passage entre la minorité et la majorité est trop brutal et manque de souplesse. L'accompagnement vers l'acquisition de la capacité est donc nécessaire et pourrait éventuellement permettre qu'il existe moins de difficultés une fois la capacité complètement acquise. L'idée est alors de

rendre le droit des mineurs plus flexible et plus adapté en fonction de l'âge et de la capacité naturelle du mineur.

**717. Jeunes majeurs protégés.** Si la capacité du mineur et du majeur protégé peut sembler être une idée éloignée voire antagoniste, il ne faut pas oublier que le mineur devient un jeune majeur qui a également parfois besoin d'une protection. Si en France la frontière entre minorité et majorité est rigide, ce n'est pas le cas dans tous les pays qui parfois maintiennent une certaine protection au-delà de la majorité. En effet, l'acquisition de la capacité sans protection n'est pas toujours dans l'intérêt du jeune majeur notamment par exemple pour le jeune majeur étranger isolé ou le jeune majeur issu de l'aide sociale à l'enfance. C'est pourquoi le maintien d'une éventuelle protection au-delà de la majorité peut être une idée pertinente. En cela, si le paradigme de la protection des majeurs vient à reposer sur la capacité avec une protection individualisée à travers la mesure unique de protection, ce régime pourrait être adapté aux jeunes majeurs, ce qui permettrait de ne pas créer une nouvelle mesure spécifique aux jeunes majeurs qui rajouterait de la difficulté au système et pourrait créer une certaine stigmatisation.

**718. Souplesse.** En définitive, notre étude démontre que la rigidité du droit des incapacités n'est plus adaptée. Il doit faire preuve d'une certaine souplesse et d'une adaptation individualisée aux capacités des personnes protégées qui dépendent de nombreux facteurs. L'objectivité et la subjectivité doivent être combinés et les frontières doivent être moins rigides. En ce sens, l'idée d'un soutien dans la capacité est à retenir afin de tenir compte de la nécessaire protection et du besoin de reconnaissance d'une certaine autonomie des mineurs et des majeurs protégés considérés comme des sujets de droit actif.

# BIBLIOGRAPHIE

## I- Dictionnaire et Vocabulaire

**ALLAND (D.) et RIALS (S.)** (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrigue/Lamy-PUF, 2003

**CORNU (G.)** (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 13<sup>ème</sup> éd., PUF, 2020

**LITTRÉ (É.)**, *Dictionnaire de la langue française*, T. 1, Hachette et Cie, 1873

**MONTAGNIER (G.), GUINCHARD (S.)**, *Locutions latines juridiques*, 2<sup>ème</sup> ed., Dalloz, 2007

**PUIGELIER (C.)** (dir.), *Dictionnaire juridique*, 4<sup>ème</sup> éd., Bruylant, 2023

**REY (A.), REY-DEBOVE (J.)**, *Le petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2020

## II- Ouvrages généraux (Traité et manuels)

**BONFILS (Ph.), GOUTTENOIRE (A.)**, *Droit des mineurs*, 3<sup>ème</sup> éd., « Précis », Dalloz, 2021

**BUFFELAN – LANORE (Y.), LARRIBAU – TERNEYRE (V.)** :

- *Droit civil, Les obligations*, 17<sup>ème</sup> éd., Sirey, coll. « Universités », 2020

- *Droit civil, introduction, biens, personnes, famille*, 22<sup>ème</sup> éd., Sirey, coll. « Universités », 2021

**CARBONNIER (J.)** :

- *Droit civil 1 : les personnes, personnalité, incapacités, personnes morales*, 21<sup>ème</sup> éd., PUF, coll. « Thémis droit privé », 2000

- *Droit civil, Vol. 1, Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, 2<sup>ème</sup> éd., PUF coll. « Quadrigue manuels », 2017

**CHANTEPIE (G.), LATINA (M.)** :

- *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016

- *Le nouveau droit des obligations ; commentaire théorique et pratique dans l'ordre*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018

**CONTE (Ph.), PETIT (B.)**, *Les incapacités*, PUG, 1992

**COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), FARGE (M.)**, *Droit de la famille*, Sirey, 8<sup>ème</sup> éd., 2021

**FENOUILLET (D.), TERRÉ (F.)**, *Droit civil. Les personnes, les incapacités*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2012

**FENOUILLET (D.), GOLDIE-GENICON (C.), TERRE (F.)**, *Droit civil : La famille*, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018

**GAILLARD (E.)**, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985

**GAUDEMET (J.), CHEVREAU (E.),** *Droit privé romain*, 3<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2009

**GIRARD (P.-F.), LEVY (J.-P.),** *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2003

**GRIDEL (J.-P.),** *Notions fondamentales du droit et du droit français*, Dalloz, 1992

**LEFEBVRE-TEILLARD (A.),** *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996

**LÉVY (J.-P.) et CASTALDO (A.),** *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2010

**MARAIS (A.),** *Droit des personnes*, 4<sup>ème</sup> ed., Dalloz, 2021

**MARCHADIER (F.),** *Majeur protégé. Droit civil*, Dalloz, 2020

**MARTY (G.), RAYNAUD (P.):**

- *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., T. 1, Sirey, 1972

- *Droit civil, les personnes*, 3<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1976

- *Droit civil, t. 2, vol. 1, Les obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1988

**MASSIP (J.) :**

- *Les incapacités, étude théorique et pratique*, Defrénois, 2002

- *Tutelles des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009

**PETERKA (N.), CARON-DÉGLISE (A.) et ARBELLOT (F.),** *Protection de la personne vulnérable*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2021-2022

**PLANIOL (M.), RIPERT (G.),** *Traité élémentaire de droit civil*, 11<sup>ème</sup> éd., T.1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1928

**ROCHFELD (J.),** *Les grandes notions du droit privé*, 2<sup>ème</sup> éd., PUF, 2017

**TEYSSIÉ (B.),** *Droit des personnes*, 22<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2020

### **III-. Ouvrages spéciaux (Actes de colloques, monographies, ouvrages collectifs et thèses)**

**ANSEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.), GEST (J.),** *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017

**ATTUEL-MENDES (L.),** *Consentement et actes juridiques*, Litec, 2008.

**BAILLON-WIRTZ (N.), HONHON (Y.), LE BOURSICOT (M.-C.), MEIER-BOURDEAU (A.), OMARJEE (I.), PONS-BRUNETTI (C.),** *L'enfant sujet de droits. Filiation, Patrimoine, Protection.*, Lamy, 2010

**BEAURUEL (M.),** *La théorie générale du pouvoir en droit des majeurs protégés*, IFJD, 2019

**BERRIAT-SAINT-PRIX (F.),** *De l'incapacité des femmes mariées, des mineurs, des interdits et des personnes soumises*, BNF, 1841

**BETAILLOLE-GONTHIER (F.),** *La capacité naturelle*, Thèse, Bordeaux, 1999.

- BIOY (X.)**, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003.
- BLOCH (P.), DUVERT (C.), SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.)** (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Economica, 2006
- BOULAND (C.)**, *L'assistance à la création d'un acte juridique*, thèse de doctorat, droit, Université de Bordeaux, 2022
- BUREL (J.)**, *Le parent mineur*, Thèse de doctorat, droit, Brest, 2019
- CARBONNIER (J.)**, *Flexible droit*, 10<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2014
- CHENEDE (F.)** (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 9<sup>ème</sup> éd., 2023/24
- DA SILVA (V.)**, *La protection des mineurs et des majeurs en curatelle et en tutelle en matière personnelle*, L'Harmattan, 2014
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.)**, *Les droits de l'enfant*, 9<sup>ème</sup> éd., Que sais-je ? PUF, 2010
- DUGNE (J.)**, *La vulnérabilité de la personne majeure en droit privé*, Thèse, Montpellier, 2020
- EYRAUD (B.)**, *Protéger et rendre capable*, Édition Érès, 2015.
- EYRAUD (B.), MINOC (J.) et HANON (C.)**, *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, Doin, 2018.
- FARGE (C.)**, *L'autonomie contractuelle du mineur*, Thèse de doctorat, droit, Paris II, 1998
- FEUILLET-LIGER (B.), IDA (R.)**, *Adolescent et acte médical, regards croisés, Approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruylant, 2011
- FRANCOZ-TERMINAL (L.)**, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, Intersentia, 1<sup>ère</sup> éd., 2008
- GATTI (L.)**, *Les décisions de santé des majeurs protégés*, LEH éditions, 2022
- GODELAIN (S.)**, *La capacité dans les contrats*, Thèse de doctorat, droit, Nantes, 2006
- GUERIN (D.)** (dir.), *Jeunesse et droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021
- LE DU (N.)**, *Le consentement à l'acte médical des personnes vulnérables*, Thèse de doctorat, Droit, Université Paris-Est, 2018
- LEMOULAND (J.-J.)** (dir.), *La condition juridique du mineur. Aspects internes et internationaux*, Litec, 2004
- MARGAINE (C.)**, *La capacité pénale*, Thèse de doctorat, droit, Bordeaux IV, 2011
- MARIA (I.)**, *Les incapacités de jouissance, étude critique d'une catégorie doctrinale*, préf. P. ANCEL, th. Saint-Étienne, 2006, Defrénois Lextenso éd., coll. « Doctorat et notariat », t. 44, 2010
- MILLERIOUX (G.)**, *La capacité juridique des majeurs vulnérables*, thèse de doctorat, droit, Lyon, 2021

**MOISDON-CHATAIGNER (S.)** (dir.), *Protéger les majeurs vulnérables. L'intérêt de la personne protégée*, Presses de l'EHESP, 2017

**NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.)** (dir.), *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Dalloz, 2014

**PARE (M.), BRUNING (M.), MOREAU (T.), SIFFREIN-BLANC (C.)** (dir.), *L'accès des enfants à la justice : bilan critique*, Dalloz, 2022

**PLAZY (J.-M.)**, *La personne de l'incapable*, préf. J. HAUSER, th. Montesquieu-Bordeaux 4, 1998, Impr. La Mouette, coll. « Doctorat et notariat : collection de thèses », 2001

**PLAZY (J.-M.), RAOUL-CORMEIL (G.)** (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015

**PORTEFAIX (M.)**, *Le parent incapable*, Thèse de doctorat, droit, Lyon 3, 2006

**RAOUL-CORMEIL (G.)** (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, Dalloz, 2012

**RAOUL-CORMEIL (G.)** et **CARON-DÉGLISE (A.)** (coord.), *La vie privée de la personne protégée. In memoriam Thierry Verheyde*, Édition Mare et Martin, 2019

**RAOUL-CORMEIL (G.), REBOURG (M.)** et **MARIA (I.)** (dir.), *Majeurs protégés : bilan et perspectives*, LexisNexis, 2020

**RAYMOND (G.)**, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 5<sup>ème</sup> ed., Litec, 2006

**TALARICO (L.)**, *La personne du majeur protégé*, Thèse de doctorat, droit, Lyon III, 2008

**YOUF (D.)**, *Penser les droits de l'enfant*, coll. « Questions d'éthique », 1<sup>ère</sup> éd., PUF, 2002

#### **IV-. Articles, chroniques, études et fascicules**

**ARHAB-GIRARDIN (F.)**, La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *RDSS*, 2009, p.875

**ATTUEL-MENDES (L.)**, Exception de validité des actes de la vie courante autorisés par l'usage en matière de tutelle : nécessité de la recherche, *AJ Fam.*, 2005, p.27

**AZAVANT (M.)**, Effets généraux (comptes et logement) et effets personnels, *Dr. et patr.*, n°180, 1<sup>er</sup> avril 2009

**BAILLON-WIRTZ (N.)**, La mesure judiciaire unique en Allemagne et en Belgique : un modèle pour le droit français ? in G. RAOUL-CORMEIL, M. REBOURG et I. MARIA (dir.), *Majeurs protégés : bilan et perspectives*, LexisNexis, 2020

**BARDOUT (J.-C.)**, Juridique – Droit d'association – Mineurs : une réforme mi-figue, mi-raisin, *Juris associations*, 2011, n°449, p. 36

**BATTEUR (A.)** :

- Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables, *in* dossier « La protection de la personne majeure vulnérable ou comment concilier protection et autonomie ? », *Dr.fam.*,2011, Etude 5, p.22

- Le majeur protégé et l'enfant, *in* G. Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés-Difficultés pratiques*, Dalloz, 2012

- Les actes de la vie familiale du majeur protégé, *in* J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil, (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015

- Majeurs protégés. – Dispositions communes aux mesures de protection. – Effets personnels., *JCl. Civil Code*, Fasc.10, 2022

- Majeurs protégés. – Curatelle et tutelle. – Effets personnels. – Vie familiale du majeur protégé, *in JCl. Civil Code*, Fasc.20, 2022

- V°Majeurs protégés. – Curatelle et tutelle. – Effets personnels. – Vie familiale du majeur protégé, *JCl.Notarial Répertoire*, Fasc.31-10, 2022

**BATTEUR (A.), MAUGER-VIELPEAU (L.), RAOUL-CORMEIL (G.)**, La conclusion forcée du contrat de mariage du majeur protégé, *D.*, 2019, p.825

**BATTEUR (A.), MAUGER-VIELPEAU (L.), ROGUE (F.), RAOUL-CORMEIL (G.)**, Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante ! *D.*,2020, p. 992

**BATTEUR (A.), RAOUL-CORMEIL (G.)**, V° Majeurs protégés, *in* : *Synthèses Jcl.*, LexisNexis,actu. Mai 2017

**BATTEUR (A.), ROGUE (F.)**, Les contours de la vie privée du majeur protégé et le respect de ses droits de la personnalité, *in* G. RAOUL-CORMEIL, A. CARON-DEGLISE (coord.), *La vie privée de la personne protégée. In memoriam Thierry Verheyde*, Édition Mare et Martin, 2019

**BICHERON (F.)**, L'enfant et son patrimoine, *LPA*, 9 mars 2012, n°50, p.30

**BIDAUD-GARON (C.)**, Accompagnement et actes personnels, *Dr.fam.*, mars 2017, n°3, dossier 21

**BOISSON (J.)**, De l'émancipation judiciaire du droit civil à la pré-majorité, *in* D.Guérin (dir.), *Jeunesse et Droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021

**BOURRAT-GUEGUEN (A.)**, Respect du droit à l'image des enfants : ce que change la loi du 19 février 2024, *Dalloz actualité*, 28 févr.2024

**BRUGGEMAN (M.)**, Le droit d'être entendu, *in* C.Neirinck et M.Bruggeman (dir.), *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Dalloz, 2014

**CARAYON (L.), MARGUET (L.)**, Changement de la mention du sexe à l'état civil pour un mineur trans, *D.actu*, 28 mars 2022

**CASAGRANDE (T.)**, L'accès direct au dossier médical : principes juridiques et réalités pratiques, *Médecine & droit*, 2005, p.52-53

**CASEY (J.)**, L'enfant et la banque, *Droit et Patrimoine*, 1<sup>er</sup> nov. 2000, n°87

**CATTO (M.-X.)**, Le sexe assigné contesté et modifié avant la majorité, *La revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, <http://journals.openedition.org.docelec.u-bordeaux.fr/revdh/14588>

**CERMOLACCE (A.)**, Les contrats du mineur, *Dr. fam.*, 2006, n°6, étude 27

**CONTE (Ph.), MONTANIER (J.-Cl.),** Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé, *JCP N.*, 1986, p.401

**CORNU (G.),** L'âge civil, in : *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t .2, Droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique, p. 9, Dalloz & Sirey, 1961

**CORPART (I.),** Le déclin de l'émancipation des mineurs, *JCP N.*, oct. 2003

**D'AMBRA (D.),** Confirmation, *Rép.civ. Dalloz*, actu. sept.2022

**DAVID (S.),** « Le divorce du majeur protégé », *AJ fam.*, 2020, p.502

**DENIZOT (A.) :**

- Mariage des majeurs protégés : comment faire du vin nouveau avec de vieilles outres ? *RTD Civ.*, 2019, p.419

- Le législateur doit-il respecter à la lettre les recommandations du Comité des droits des personnes handicapées ? *RTD Civ.*, 2020, p.210

**DOUVILLE (T.) :**

- Le droit d'auteur du majeur protégé, in G.Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés : difficultés pratiques*, Dalloz, 2012

- La protection des données à caractère personnel des mineurs et des majeurs protégés, *RLDC*, 1<sup>er</sup> sept. 2018

**DREIFUSS-NETTER (F.),** Le droit d'opposition en droit des personnes, *LPA*, 4 avr. 2007, n°68, p.35

**DUMERY (A.),** La sanction des actes passés par le mineur non émancipé : bilan et perspectives, *Gaz. Pal.*, 8 janv. 2009, n°8, p.4

**FLAUSS-DIEM (J.),** Le mineur et l'accès à son dossier médical, *Médecine & droit*, 2007, p.116

**FOSSIER (T.) :**

- Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure, *JCP N.*, 5 déc. 1986, n°49

- Etat des personnes – La protection de la personne, un droit flexible, *Dr.fam.*, mai 2007, n°5

**FOSSIER (T.), HARICHAUX (M.),** La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical, *RDSS*, 1991, p.1

**FRANCOZ-TERMINAL (L.) :**

- Minorité et mécanismes palliant l'incapacité juridique du mineur au Royaume-Uni, in D. GUERIN (dir.), *Jeunesse et droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021, p.133

- Minorité et capacité juridique du mineur au Royaume-Uni, in D. GUERIN (dir.), *Jeunesse et droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021, p.291

**FRANK (R.),** Jeunesse et droit en Allemagne, in D.Guérin (dir.), *Jeunesse et Droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021

**FRESNEL (F.), MARIA (I.),** Majeurs protégés et autorité parentale, *LPA*, 2014, n°97, p.6

**FULCHIRON (H.) :**

- Autorité parentale : peut-on imposer le respect des droits de visite et d'hébergement à leur bénéficiaire lui-même ?, *JCP G.*, 15 juin 1994, n°24

- Personnes protégées – L’accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau concept juridique, nouvelle conception de la protection, *Dr.fam.*, Mars 2017, n°3, dossier 19

**FURKEL (F.)**, L’adolescent face à l’acte médical en République fédérale d’Allemagne ; une autonomie grandissante malgré le silence regrettable du législateur, in B.Feuillet-Liger et R.Ida, *Adolescent et acte médical, regards croisés, Approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruylant, 2011

**GALLMEISTER (I.)**, **FAVIER (Y.)**, Etat et capacité des personnes, *Rép.civ.*, juill.2023

**GAMALEU-KAMENI (C.)**, Brèves réflexions sur le droit de vote des majeurs protégés au regard de la loi du 23 mars 2019, *AJfam.*, 2019, p.515

**GISSER (F.)**, Réflexion en vue d’une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité, *JCP N*, févr. 1985

**GOGOS-GINTRAND (A.)**, La modification de la mention du sexe à l’état civil pour les mineurs, *D.*, 2022, p.2056

**GOUTTENOIRE (A.)** :

- L’audition de l’enfant dans le règlement de Bruxelles II bis, in H.Fulchiron et C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005

- La capacité usuelle du mineur, in *Mélanges en l’honneur de Jean Hauser*, LexisNexis – Dalloz, 2012, p.163

- Réforme du droit des contrats et des obligations : coup de jeune sur la capacité usuelle du mineur et du majeur protégé ... , *LexBase Hebdo édition privée*, 10 mars 2016, n°646

- Mineur, *Rép.procedure civile*, Juillet 2021

- La participation du mineur à la décision qui le concerne, in D.Guérin (dir.), *Jeunesse et Droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021

- Autorité parentale, *Rep. Dalloz droit civil*, actu. avr.2024

**GOUTTENOIRE (A.)**, **RADE (C.)**, Le mineur au travail : de l’incapacité civile à la capacité professionnelle, in : *Des liens et des droits : Mélanges en l’honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, 2015

**GRANET-LAMBRECHTS (F.)**, **DESCHAMPS (V.)**, Actions en contestation de la filiation, in F. CHENEDE (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 9<sup>ème</sup> éd., 2023/24

**GRIMALDI (M.)**, L’administration légale à l’épreuve de l’adolescence, in : *L’enfant, la famille et l’argent*, LGDJ, 1991

**GUERIN (M.-C.) ET AUTRES**, Discernement sexuel et vulnérabilité du mineur de quinze ans..., *RPDP*, 2019, n° 1, p. 51 et s

**GUERIN-SEYSEN (D.)**, Autonomie et capacité contractuelle résiduelle des mineurs non émancipés et des majeurs protégés : analyse jurisprudentielle, *LPA*, janv. 2023, n°01, p.18

**HAUSER (J.)** :

- Incapacité juridique et emploi, *Dr. social*, 1991, p. 553

- Autorité parentale et représentation de l’enfant en justice, *RTD Civ.*, 1992, p.749

- Origine et genèse de la loi du 3 janvier 1968 sur les incapables majeurs, in : *Les mesures de protection des majeurs, 25 ans d’application de la loi du 3 janvier 1968*, p. 13, éd. E.N.M., 1994

- La voix de l’incapable et les recours de ceux qui l’entendent, *RTD civ.*, 1997, p.634

- Incapable majeur : carte de crédit et détective privé, *RTD Civ.*, 2002, p.486
- La notion d'incapacité, *LPA*, 2003, n° 164, p. 3
- De la personne de l'incapable, *RTD Civ.*, 2001, n° 4, p. 853
- Incapables majeurs : actes de la vie courante, *RTD Civ.* 2005, p.103
- Des incapables aux personnes vulnérables, *Dr. fam.*, 2007, n° 5, étude 14
- Réforme des tutelles. Les acteurs de la protection : la famille et l'incapable majeur, *AJ.Fam.*, 2007, n° 5, p. 198
- Avant la réforme, *Dr. et pat.*, avril 2009, n° 180, p 54
- Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? *RLDC*, 2011, n° 83, p.69
- La distinction des actions personnelles et des actions patrimoniales à l'épreuve du droit des personnes protégées, in : *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard CHAMPENOIS*, Defrénois Lextenso éd., 2012, Paris
- Des personnes et des biens : le logement du majeur protégé. Rapport de clôture, in C.Coutant-Lapalus (dir.), *Le logement du majeur vulnérable*, Ed. universitaires de Dijon, 2012

**HOUSIER (J.)**, L'autorisation à tester du tuteur : excursion en Common law, *AJ fam.*, 2018, p.671

**JULIENNE (F.)**, Le mineur, acteur de la vie économique ?, *Dr. fam.*, 2010, n° 11, étude 31

**KARM (A.)**,

- MAJEURS PROTEGES.- Curatelle et tutelle.- Effets patrimoniaux de la curatelle et de la tutelle.- Fondement des actes, in *JCl. Civil Code*, fasc.10, déc.2016
- MAJEURS PROTÉGÉS. – Curatelle et tutelle. – Effets patrimoniaux de la curatelle et de la tutelle. – Classification des actes », in *JCl. Notarial Répertoire*, fasc.34, déc.2016

**KENGNE (G.)**, La banque et le mineur, *LPA*, 5 févr. 1997, n°16, p.19.

**LASSERRE CAPDEVILLE (J.)**, Le compte en banque du mineur, *RD banc. Fin.*, mars 2008, n°2, étude 6

**LEMOULAND (J.-J.)** :

- L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation, *RTD Civ.*, 1997, n° 1, p. 1
- Le testament de l'incapable (dans la loi du 23 juin 2006), *Dr. fam.*, 2006, n° 11, étude 48
- Simplifier et recentrer le rôle du juge dans le domaine de la protection des majeurs, les apports de la loi du 23 mars 2019, *D.*, 2019, n° 15, p. 827
- V° MAJEURS PROTEGES. – Curatelle et tutelle. – Sanction des irrégularités, in *JCl Civil Code*, fasc.unique, janv. 2023

**LEROY (M.)**, Majeurs protégés et actes mixtes, *Gaz.Pal.*, oct.2015, n°284-286, p.7

**LEROYER (A.-M.)**,

- Le mariage de la personne protégée, *RTD Civ.*, 2019, p.80
- Le droit d'être entendu et d'exprimer son avis doit être garanti à la personne protégée, *RTD civ.*, 2020, p.855
- L'audition de l'enfant en justice : une protection insuffisante, *RTD Civ.*, 2022, p.372

**MALAUURIE (P.)**, Capacité, in D. ALLAND,S.RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003

**MALLEVAEY (B.)**, Regards sur 30 ans d'application de l'article 12 de la Convention de New York sur la participation de l'enfant, *RTD Civ.*, 2020, p.291

**MARIA (I.)** :

- Majeurs protégés et autorité parentale, *LPA*, 2014, n°97, p.6
- Les actes strictement personnels : véritable raz-de-marée au pays des majeurs protégés !, *Dr.fam.*, 2016, comm.36
- Résidence – Intérêt versus volonté : le premier l’emporte largement, même devant la Cour EDH, *Dr.fam.*, mai 2017, n°5, comm.110
- Jouir et/ou exercer ses droits en situation de vulnérabilité : les concepts civilistes revisités à la lumière de la Convention, in *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l’ONU relative aux droits des personnes handicapées*, B.Eyraud, J.Minoc, C.Hanon (dir.), éd. Doin, 2018
- Tutelle. – Consultation du dossier, visites et changement d’établissement de santé du tuteur, *Dr.fam.*, févr.2018, n°2, comm.46

**MARIA (I.), RAOUL-CORMEIL (G.)**, La nouvelle administration légale : 1+1 = 1 ?, *Dr.fam.*, Janv.2016, n°1, dossier 4

**MARTIN (D.)**, La propriété intellectuelle de la personne protégée, *LPA*, janv. 2019, n°9, p.7

**MASSIP (J.)** :

- Des recours contre les décisions des juges des tutelles et des principes applicables à la protection de la personne des majeurs incapables, *D.*, 1998, p.333
- Peut-on procéder à la stérilisation d’une majeure incapable?, *LPA*, 3 juin 1999, n°110, p.20
- Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle, *Dr.fam.*, juillet 2010, n°7-8, étude 10
- De la perception d’un loyer dû à une personne en tutelle, *JCP N*, 2013, n°1029

**MAUGER-VIELPEAU (L.)** :

- Couple et majeur protégé, in G. Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés : difficultés pratiques*, Dalloz, 2012, p.256
- Etat des lieux du divorce du majeur protégé, *LPA*, 29 sept. 2020
- Interdiction de visite – Interdiction pour le frère de toute visite et de tout contact téléphonique, *Dr.fam.*, déc. 2020, n°12, comm.167

**MIGNOT (M.)**, Commentaire article par article de l’ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III), *LPA*, mars 2016, n°52, p.7

**MIKALEF-TOUDIC (V.)**,

- Le majeur protégé, parent d’un enfant mineur -.- A propos de l’ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 portant réforme de l’administration légale, *Dr.fam.*, Nov. 2016, n°11, dossier 46
- Le contentieux de la vie privée du majeur protégé, in G. RAOUL-CORMEIL, A. CARON-DEGLISE (coord.), *La vie privée de la personne protégée. In memoriam Thierry Verheyde*, Édition Mare et Martin, 2019

**MIKALEF-TOUDIC (V.), CERMOLACCE (A.)**, Catégorie de personnes et capacité, in P. BLOCH, C. DUVERT, N.SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Economica, 2006

**MISTRETTA (P.)**, Actes médicaux et droits de l’enfant : réflexions sur l’autonomie du mineur, in : *Mélanges en l’honneur du professeur Claire NEIRINCK*, LexisNexis, 2012, p. 105

**MONTANIER (J.-Cl.)**, Les actes de la vie courante en matière d’incapacité, *JCP G.*, 1982.I.3076

**MONTANIER (J.-Cl.), CONTE (P.)**, Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé, *JCP*, n°1986, I, p.401

**MONTOURCY (V.)**, L'avocat du majeur protégé est un droit, il doit devenir une nécessité, *AJ.fam.* 2016, p.166

**MORACCHINI – ZEIDENBERG (S.)**

- L'acte personnel et la personne vulnérable, *RTD Civ.*, 2012, n° 1, p. 21
- La personne vulnérable et son enfant, *Dr. fam.*, 2012, étude n°17

**MOREAU (T.)**, Les risques d'effet pervers de la participation des enfants à la justice, in M.Paré, M.Bruning, T.Moreau et C.Siffrein-Blanc (dir.), *L'accès des enfants à la justice : bilan critique*, Dalloz, 2022

**MURAT (P.)**, La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations, *Dr.fam.*, 2006, étude 31

**NEIRINCK (C.)**, *Enfance, Rep. Droit civil*, Dalloz, oct.2016

**NEIRINCK (C.)**, **MARTIN (P.)**, Un traité bien maltraité : à propos de l'arrêt Lejeune, *JCP*, 1993

**NICOLAS (G.)**, L'accès au dossier hospitalier par le patient et sa famille : les cas particuliers (patients mineurs, majeurs protégés, patients décédés), *RGDM*, déc. 2010, n°37, p.188

**NOGUERO (D.)**:

- Le testament des majeurs protégés : une liberté encadrée, *Defrénois*, sept. 2017, n°17, p.22
- Majeurs protégés – Pouvoirs du juge sur arrière-fond de fin de vie. – Choix du lieu de vie, de l'établissement de santé, de l'organisation des visites du majeur protégé., *JCP G*, févr. 2018, n°6, doct. 156
- Protection de la personne et autonomie des majeurs protégés : les actes simplement et strictement personnels, *Droit prospectif RRJ*, PUAM, 2019-1, XLIV-176, p.111

**PECAUT-RIVOLIER (L.)**, **VERHEYDE (T.)** :

- L'animal et les majeurs protégés, *AJ Fam.*, 2012, p.78
- Majeurs protégés : mesure de protection juridique et d'accompagnement, *Rep. Procédure civile*, juin 2013, n°102

**PECQUEUR (E.)**, Protection de la personne : ne pas confondre choix de la résidence et choix de l'établissement de soin, *AJ fam.*, 2018, p.124

**PECQUEUR (E.)**, **CARON-DÉGLISE (A)**, **VERHEYDE (T.)** :

- Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, *D.*, 2016, n° 17, p. 958
- Regards de juges sur la loi française et la CIDPH, in B. EYRAUD, J. MINOC et C. HANON (dir.), *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, Doin, 2018

**PETERKA (N.)** :

- L'émergence de la catégorie des actions en justice strictement personnelles du majeur protégé, *JCP G.*, janv. 2014, n°1-2, p.20
- Les implications de la réforme du droit des obligations en droit des personnes protégées, *AJ fam.*, 2016, p.533
- La lésion dans les contrats passés par les mineurs et les majeurs protégés, *AJ Contrat*, 2018, p.107
- Conditions d'accès au dossier et fixation du lieu de traitement du majeur sous tutelle, *D.*, 2018, p.333

- Réforme de la justice – La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019. – Progrès ou recul de la protection ?, *JCP G.*, avr. 2019, n°16, doct.437
- Audition de la personne protégée et rupture des liens familiaux : la comparution par voie d’avocat et l’intérêt du majeur suffisent, *AJ.fam.* 2020, p.537

**PIGNARRE (G.)**, Le contrat d’apprentissage aujourd’hui – Un modèle attractif, une réalité d’avenir, *AJ fam.*, 2006, p.141

**QUENESSON (C.)**, La participation médicale du mineur aux décisions qui le concernent : la pratique bordelaise, *RDS*, n°50, nov. 2012, p.667-681

**RAOUL-CORMEIL (G.) :**

- Remèdes à l’éclatement du régime juridique des actes médicaux portant sur les majeurs protégés, in G.Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques.*, Dalloz, 2012
- Les droits éminemment personnels étendus à la capacité d’ester en justice pour leur mise en œuvre, *D.*, 2014, n°7, p.467
- Les incapacités médicales (petit guide pour une réécriture du code de la santé publique), in *Mélanges en l’honneur de Gérard Mémeteau*, ed. LEH, T.2, 2015
- L’achat d’un scooter n’est pas un acte de la vie courante !, *JCP G*, 14 mars 2016, n°11,306
- Personnes âgées – Accompagnement et protection des intérêts patrimoniaux, *Dr.fam.*, Mars 2017, n°3, dossier 23
- Sur la sellette à la Chancellerie, l’autorisation à mariage est validée par la Cour européenne !, *AJ.fam.*, 2018, p.693
- Changer de paradigme à droit constant ? Lire la loi à la lumière des droits fondamentaux, in *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l’ONU relative aux droits des personnes handicapées*, B.Eyraud, J.Minoc, C.Hanon (dir.), éd. Doin, 2018
- La personne en tutelle retrouve son droit de vote mais demeure inéligible !, *LEFP*, mai 2019, n°5,p.4
- V° Majeurs protégés, dispositions communes à toutes les protections juridiques - procédure tutélaire, in : *Jcl. Civil code*, LexisNexis, fasc. 30, févr. 2020
- La recodification du droit de la santé du majeur protégé : le pour et le contre, *RGDM*, juin 2020, n°75, p.101
- L’animal domestique du majeur protégé, *LPA*, mai 2021, n°88, p.9
- Majeurs protégés – Assistance et représentation dans la protection juridique des majeurs, *Dr.fam.*, sept.2021, n°9
- La loi bioéthique du 2 août 2021 et le droit des majeurs protégés : un bouclier ou un filet ?, *RGDM*, déc. 2021, n°81
- V° Majeurs protégés, habilitation familiale - mesure de protection juridique, in : *Jcl. Civil code*, LexisNexis, fasc. unique, janv. 2022

**RENARD (S.)**, La pré-majorité sanitaire, in D.Guérin (dir.), *Jeunesse et Droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021

**ROGUE (F.) :**

- Recherches impliquant la personne humaine et personnes vulnérables, *RDSS*, 2019, p.1066
- Le protecteur ad hoc, *LPA*, 6 oct. 2020, n°200, p.5
- Les perspectives de la déclaration judiciaire de délaissement parental unilatérale, *D.*, 2019, p.1876
- Retour sur les conditions de la déclaration judiciaire de délaissement parental, *LPA*, juin 2023, n°6, p.37

**ROQUE (J.)**, La pré-majorité, *Dr.fam.*, 2009, étude 20

**RUDE-ANTOINE (E.)**, Le droit du patient mineur, *Journal du droit des jeunes*, n°313, 2012, p. 19-24

**SALVAGE-GEREST (P.)**, Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence, *Dr. fam.*, 2009, n° 3, étude 17

**SANA-CHAILLE DE NERE (S.)** :

-V°CONTRAT – Nullité du contrat. - Régime de la nullité, in *J.-Cl. Civil Code*, fasc.30, juin 2022

-V°CONTRAT – Nullité du contrat – Généralités, in *J.-Cl. Notarial Répertoire*, Fasc.122, oct.2023

- V°CONTRAT.- Nullité du contrat. – Confirmation des actes nuls, in *JCl. Civil Code*, Fasc.50, juin 2022

**SAUVAGE (F.)**, Mandat de protection future, *Rép.civ.*, juillet 2021

**SCHAMPS (G.)**, Le degré d'autonomie du mineur dans le domaine des soins médicaux en droit belge, in B.Feuillet-Liger et R.Ida, *Adolescent et acte médical, regards croisés, Approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruylant, 2011

**SCHMITT (M.)**, La protection de l'enfant au travail en droit français, *AJ fam.*, 2006, p.132

**SIFFREIN-BLANC (C.)**, Le droit d'être entendu, un droit absolu pour l'enfant discernant, *Dr.fam.*, Juin 2021, n°6, comm.90

**SIMLER (C.)**, V° CONTRAT.- Capacité , in *JCl. Civil Code*, LexisNexis, fasc.unique, juill. 2022

**STOUFFLET (J.)**, L'activité juridique du mineur non émancipé, in : *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre VOIRIN*, LGDJ, 1967, Paris, p. 782

**TAURAN (T.)**, Le contrat de travail de l'incapable (suite et fin), *LPA*, juill.1999, n°136, p.11

**VASSEUR-LAMBRY (F.)**, Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme, *Dr.fam.*, février 2011, n°2

**VERHEYDE (T.)** :

- La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français ?, *JCP N.*, 1993, n° 42, p. 396

- La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français ?, *JCP N.*, 22 oct. 1993, n°42

- La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux, *D.*, 2009, p.1397

- Le logement dans la réforme de la protection juridique des majeurs, *AJ Fam.*, 2009, p.448

- Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales ?, *D.*, 2010, p.246

- Le majeur protégé, parents d'enfants mineurs, *AJ fam.*, 2012, p.257

- Voir ou conduire, il faut choisir ou la délicate conciliation entre l'autonomie et la protection du majeur protégé au prisme de la conduite automobile, *AJ. fam.*, 2013, p.304

**VERKINDT (P.-Y.)**, Le droit des revenus professionnels du mineur, in F. Dékeuwer–Défossez (dir.), *L'enfant, la famille et l'argent*, LGDJ, 1991

**VERON (P.)**, La volonté du jeune patient, in *D.Guérin (dir.)*, *Jeunesse et Droit par le prisme de la vulnérabilité*, LexisNexis, 2021

**VIGNEAU (D.)**, L'autonomie du mineur en matière de santé, in J.-J. Lemouland (dir.), *La condition juridique du mineur. Aspects internes et internationaux*, Litec, coll. « Carré droit », 2004, p.41

**ZOUAG (S.)**,

- Les implications pratiques de l'accompagnement, *Dr.fam.*, mars 2017, n°3, dossier 18
- Administration des associations – Mineurs – Les contours de l'information des parents, *Juris associations*, 2017, n°560, p. 13

#### **V-. Arrêts cités, notes, observations, commentaires, conclusions et avis**

**TI Saint-Omer**, 3 mai 1989, *JCP N.*, 1990. II. 89, note T.Fossier.

**TI Nice, 4 févr. 2009**, D. 2009, 1397, note T. Verheyde ; Dr. famille 2009, 147, note L. Talarico ; RTD civ. 2010, 530, obs. J. Hauser

**TGI Paris**, 3 juin 1976, D., 1977, 303, note Cazals

**TGI Chartres**, 22 juin 1992

**CA Aix-en-Provence**, 19 déc.1968, D.1969.265

**CA Paris**, 17 décembre 1991, D.,1993,p.366 note J.Ravanas

**CA Versailles**, 18 nov. 1993, Juris-Data n°047000

**CA Grenoble**, 15 déc. 1997, Dr.fam. 1998, n°38, note Murat pour le droit d'entretenir des relations personnelles entre le mineur et le concubin de l'adoptante après leur séparation, cité par A. GOUTTENOIRE, op.cit.

**CA Paris**, 2 mars 2005, n°0310492 cité par A. GOUTTENOIRE et P.BONFILS, op.cit.

**CA Riom**, 29 mars 2005, n° 2004/00146, AJ fam., 2005, p.291, obs. H.Gradatour

**CA Lyon**, 20 sept. 2004, BICC 15 déc. 2006, n°2442.

**CA Dijon**, 4 juill. 2012, n°12/00315, D.,2013, p.2073, obs. P.Bonfils et A.Gouttenoire ; Dr.fam, 2012, p.169, obs. Neirinck

**CA Douai**, 8 févr. 2013, n°12/06650, AJ. Fam. 2013, p.245, obs. G. Raoul-Cormeil; Dr.fam., avr.2013, n°4, comm. 60, obs. I. Maria

**CA Paris**, 9 févr. 2017, n°15/139656

**Cass., avis**, 6 juil.1998, n°09-80006, Bull.civ. n°10, obs. J.Hauser, RTD civ. 1998, p.881 ; obs. J.Massip, LPA, 1999, n°110, p.20

**Civ., 22 juin 1813**, S.1813, I, 281, concl. Joubert

**Civ. 18 juin 1844**, H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz., n°58-59, p.393

**Civ., 25 mars 1861**, DP 1861. 1. 202 ; S. 1861. 1. 673 ; GAJC, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2000, n° 53-54, p. 286

**Civ., 4 janv. 1934**, DH 1934, 97

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 janv. 1957**, JCP 1957. II. 9903, obs. de Monterra

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 oct.1966**, Bull. n°449

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 nov. 1970**, n°69-12788; D. 1971, 186; JCP 1971, II, 16631; RTD Civ. 1971, p. 613, obs. Nerson

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mai 1972**, n°71-10.361, Bull. civ. I, n°122

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 nov.1973**, Bull.civ. I, n°296; Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 nov.1976, Bull.civ.I, n°357

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avr.1978**, n°76-14.924, Bull.civ.I, n°147

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 nov. 1979**, n°78-10.369, Bull.civ. I, n°288, p.233

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juin 1980**, n° 79-12.079, Gaz. Pal. 1981. 1. 172

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov.1981**, JCP, 1983, n°19985

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 avr. 1982**, Bull. civ. I, 1982, n°125

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 1982**, Bull. civ. I, n°346; D,1983, IR 143

**Civ. 1<sup>ère</sup>., 12 oct. 1983**, Bull.civ. I, n°230, D. 1984, p.238, Defrénois, 1984, art. 33230, n°5, p.288, obs. J. Massip.

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 févr. 1985**, Gaz. Pal. 1985. 2. 756, obs. J.Massip

**Civ.1<sup>ère</sup>, 8 oct. 1985**, Bull.civ.I, 1985, n°247; Defrénois, 1987, p.765, n°40, obs. J.Massip

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 févr.1990**, n°87-05.074, Bull.civ.I, n°47, RDSS 1991, p.351, obs. F.Monéger ; RTD Civ., 1990, p.445, obs.J.Rubellin-Devichi

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juin 1991**, n°89-20.517, Bull. civ., I, n°195; Defrénois, 1991, art. 35142, n°98, obs. J.Massip ; JCP G., 1992, II, 21879, note T. Fossier

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 juin 1991**, D. 1992, p.51, note J.Massip

**Civ., 1<sup>ère</sup>, 3 déc. 1991**, n°89-22043

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 févr. 1993**, n°91-13587, RTD civ. 1993, p.326, obs. J.Hauser ; D.1993, p.614, note T. Vereheyde ; Defrénois, 1993, p. 1000, obs. J. Massip, ; JCP G., 1994, II, 22319, note T. Fossier

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mars 1993**, D. 1993. 361 ; note M.-C. Rondeau-Rivier, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu », *D.* 1993. Chron. 203 ; C. Neirinck et P. Martin, « Un traité bien maltraité : à propos de l'arrêt Lejeune », *JCP*,1993. I. 3677 ; J. Massip, commentaire de l'arrêt du 10 mars 1993, *D.* 1993, p.361.

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 1995**, D., 1996, somm.239, obs. S.Vitse

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 oct.1995**, n°93-19.422

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 nov.1995**, n°94-05.102 ; RDSS, 1996, p.390, obs. Monéger ; RTD Civ., 1996, p.140, obs. J.Hauser ; D., 1996, p.420, note A.Gouttenoire

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 nov. 1996**, RTD civ. 1997, p.98, obs. J. Hauser

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 1997**, n°96-12.028, JCP G 1997, II, 22882, T.Fossier ; Bull.civ. I, n°107 ; D. 1998, p.333, J. Massip ; RTD civ. 1997, p.634, obs. J. Hauser ; RDSS, 199, p.898, F.Monéger.

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 oct. 1997**, n°95-19.609, P: GADS, Dalloz, 3e éd., 2021, no 7; JCP 1997. II. 22942, rapp. Sargos ; RTD civ. 1998. 100, obs. Mestre ; LPA 13 mars 1998, note Dagorne-Labbe ; RDSS 1998. 68, note Harichaux

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 mars 1998**, n°97-11.252, D.1999, p.1, J.-J. Lemouland ; D.1999, p.19, J.-J. Lemouland ; RTD civ. 1998, p.658, obs. J. Hauser

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov.1998**, n°97-13.248 ; JCP G 1999, II, 10053, T. Garé ; Dr. famille 1999, comm. 35, T.Fossier ; D. 2000, p. 39, note C. Farge ; LPA 23 sept. 1999, p. 20 , obs. J. Massip

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janv.1999**, n°96-19.759 ; Dr.fam, 1999, n°58, note T.Fossier ; RTD civ., 1999, p.814, obs. J.Hauser ; RJPF 1999, n°2, p.13

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1999**, « Un mineur peut-il de son seul consentement, se faire ouvrir un compte bancaire ? », *JCP G*, 1999, n°12.

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 oct. 2004**, n° 02-15.035, AJ Famille 2005, p. 25, obs. L. Attuel-Mendès ; RTD civ. 2005, p. 103, obs. J. Hauser

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 oct. 2004**, n° 02-15.035, JCP 2004. IV. 3299

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mai 2005**, n°02-20.613, JCP 2005. II. 10081, note Granet-Lambrecht et Strickler ; Dr. fam. 2005. Comm. 156, obs. Gouttenoire ; JCP2005. II. 10115, concl. Petit, note Chabert ; D. 2005. 1909, note Egéa ; AJ fam. 2005. 274, obs. Fossier ; Dr. et patr. 9/2005. 101, obs. Bonfils ; D. 2007. 2192, obs. Gouttenoire ; RDSS 2005. 814, étude Neirinck ; Rev. crit. DIP 2005. 679, note Bureau ; RTD civ. 2005. 556, obs. Encinas de Munagorri ; RTD civ.585, obs. Hauser ; RTD civ. 627, obs. Théry ; RTD civ. 750, obs. Remy-Corlay

**Civ., 10 févr. 2006**, D.1927.1, p.20

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 oct. 2006**, n°05-16.321

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 févr.2007**, n°06-14.273, RTD Civ. 2007.327, obs. J.Hauser ; RTD Civ.2007.571 obs. P.Jourdain ; Dr.fam. 2007.124, obs.P.Murat

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juin 2007**, n°05-20.243, D.2007, comm. 193, P.Murat ; *RTD civ.* 2007, p.547, obs. J.Hauser, *AJ.fam.* 200, p.355, obs. L.Pecaut-Rivolier ; *JCP N.* 2007, 1313, note J.-M. Plazy

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 oct. 2008**, n°07-16.094, Bull. civ. I, n°223, Dr. fam. 2008, n° 12, comm. 173, note P. MURAT, D., 2008, p. 2832, note V. NORGUIN, RTD Civ., 2008, n° 4, p. 655, note J. HAUSER, RDSS, 2009, n° 1, p. 176, comm. C. NEIRINCK, Procédures, 2008, n° 12, comm. 334, note M. DOUCHY-OUDOT, RJPF, 2008, n°12, comm. M.-Ch. LE BOURSICOT.

**Civ.1<sup>ère</sup>., 14 janv. 2009**, n° 07-16.451 ; Bull.civ.I, n°6 : RTD civ. 2009, p.297, obs. J.Hauser

**Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janv. 2009**, n° 08-11.035, D. 2009. AJ 372, obs. Égéa ; ibid. Pan. 1918, obs. Gouttenoire ; JCP 2009, n° 28, p. 46, obs. Favier ; AJ fam. 2009. 128, obs. Brusorio-Aillaud ; Dr. fam. 2009, n° 41, obs. Murat ; RJPF 2009-5/25, note Eudier ; RLDC 2009/58, no 3345, obs. Pouliquen.

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 2009**, n°08-14.917, RJPF 2009-9/42, obs. Eudier

**Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mai 2010**, n°18-12.389, D. 2010. Pan. 1906, obs. Gouttenoire ; RTD civ. 2010. 548, obs. Hauser. Dans le même sens : 13 juin 2019, n° 18-12.389, D. 2019. 1284 ; AJ fam. 2019. 465, obs. Houssier ; RTD civ. 2019. 566, obs. Leroyer.

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juill. 2012**, n°11-18.637, JCP N 2013, n°1029, note Massip

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janv. 2013**, n°11-26.085 et n°11-26.086 ;

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 févr. 2013**, n°11-28.307, D. 2013. 640 ; AJ fam. 2013. 304, obs. Verheyde ; RTD civ. 2013. 350, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2013, no 58, obs. Maria.

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013**, n°11-22.770, Dr.fam. 2013, comm. N°70, obs. C.Neirinck

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 oct. 2013**, n°11-28.113, Dr.fam., 2013, n°168, note I.Maria ;

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 nov. 2013**, n°12-23.766, D., 2014.467, note G. RAOUL CORMEIL, D., 2014.2259, note J.-M.PLAZY, AJ fam., 2013.717, obs. Th. VERHEYDE, Gaz. pal., 2013.3787, obs. J. MASSIP, JCP G., 2014, n° 1, p.20, comm. N. PETERKA, RTD Civ., 2014, n° 1, p. 84, note J. HAUSER, Dr. fam., 2014, n° 1, p. 23, note I. MARIA

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 déc. 2013**, n°12-28.656, D.2014, p.2259, obs. D.Noguéro

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 avr. 2014**, n°13-15.527, D.2014, p.2259, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy, AJ.fam. 2014, p. 375, obs. T.Verheyde

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juill.2014**, n°13-20.077, Dr.fam., oct.2014, n°10, comm. I.Maria

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 2015**, n°14-11.392 ; D. 2015, p.1919, obs. P.Bonfils et A.Gouttenoire ; AJ fam. 2015, p.282, obs. S.Thouret ; AJ fam. 2015, p.282, obs. S.Thouret ; RTD civ. 2015, p.352, obs. J.Hauser.

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 déc. 2015**, n° 14-25.777, D., 2016. 875, note G. Raoul-Cormeil ; *AJ fam.* 2016. 107, obs. T. Verheyde ; *RTD civ.* 2016. 83, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2016. 258, obs. V. Montourcy ; *Dr. fam.*, 2016, comm. 36, I. Maria.

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 déc. 2015**, n° 15-10.442, D. 2016, p.674, obs. M.Douchy-Oudot ; AJ fam. 2016, p.102, obs. S.Thouret ; RTD civ. 2016 , p. 95, obs. J.Hauser ; JCP 2016, n° 326, note B.Mallevaey.

**Civ 1<sup>ère</sup>, 27 janv. 2016**, n° 15-11.002, D. 2016, p.312; AJ fam. 2016, p.166, obs. V. Montourcy ; Dr. fam. 2016, n° 65, note I. Maria

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2017**, n° 16-10.340, D. 2017. 1490, obs. J.-J. Lemouland et D. Noguéro ; AJ fam. 2017. 250, obs. G. Raoul-Cormeil ; RTD civ. 2017. 354, obs. J. Hauser

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2017**, n° 16-18.685, D., 2017. 1292, note M. Saulier ; D., 2017. 2038, note A. Gouëzel ; RTD civ., 2017, p.358, obs. J. Hauser

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2017**, n°16-10.340, Dr.fam. 2017, comm. 109, I.Maria

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 déc. 2017**, n°17-18.437, D. 2018. 333, note Peterka; AJ fam., 2018, p.6, obs. Dionisi-Peyrusse; *ibid.*, p.124, obs. Pecqueur

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 déc. 2017**, n°17-18.437, D.2018, p.333, note N.Peterka ; AJ fam., 2018, p.6, obs. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* p.124, obs. E.Pecqueur ; JCP G., 2018, doct.156, D.Noguéro ; Dr.fam., 2018, comm.46, I.Maria

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 janv. 2018**, n°16-15.200

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 juin 2020**, n°19-15.781, D. actu. 9 juill. 2020, obs. C.Hélaine ; D. 2020, p.1406 ; AJ fam. 2020, p.537, obs. N.Peterka ; RTD civ.2020, p.855, obs. A.-M.Leroyer; JCP N 2020, p.1197, note S.Moisdon-Chataigner ; *Defrénois* 2020, n°39, p. 29, note Combert ; Dr.fam., 2020, n°167, note L.Mauger-Vielpeau

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juill.2020**, n°19-12.912, JCP N n°39, 25 sept. 2020, note S.Moisdon-Chataigner ; *Gaz.Pal.*, n°25, p.79, C.Robbe et C.Schlemmer ; *RJPF*, n°4, avr.2020 ; D. 2020, p.1485, obs. D. Noguéro ; AJ fam. 2020, p.193, obs. V. Montourcy

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 déc. 2020**, n° 19-20.184, D. 2020 p.2453 ; D. actu. 21 déc. 2020, note A.Bolze ; AJ fam. 2021, p.127, obs. B.Mallevaey ; JCP 2021, obs. A.Gouttenoire

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 avr. 2021**, n° 18-26.707, ; AJ fam. 2021. 363, obs. B. Mallevaey ; Dr. fam. n° 6, juin 2021. Comm. 90, obs. C. Siffrein-Blanc.

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 févr. 2022**, n° 21-23.087, AJ fam. 2022, p.151, obs. B.Mallevaey ; RTD civ. 2022, p.372, obs. A.-M.Leroyer ; Dr. fam. 2022, n° 71, obs. V.Égéa.

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 nov.2022**, n°20-22.903, D. 2022. 523, obs. Douchy-Oudot; AJ fam. 2023. 48, obs. Mallevaey; JCP 2023, no 161, note Cheynet de Beaupré

**CA Montpellier, 2 avr. 2024**, n° 21/04836 : JurisData n° 2024-006163 ; Dr. famille 2024, comm. 82 , I. Maria

**Soc. 25 oct. 1962** ; A. GOUTTENOIRE, C. RADE, op.

**Soc., 4 oct. 1966**, Dr. soc. 1967, p. 178, note J. Savatier.

**Soc., 16 févr. 1976**, Bull. civ. V, n° 129.

**Soc., 4 févr.1981**, n°79-15.058

**Soc., 19 janv.1996**, n°92-44.475

**Soc., 28 mars 1996**, n°93-41139

**Soc. 17 mars 1993**, n°89-43512 ; Soc. 22 avr.1997, D.1998.Jur.91, obs. J.-P. Karaquilo.

**Soc. 1<sup>er</sup> févr. 2005**, *Dr.soc.* 2005, p.682

**Soc., 12 févr. 2013**, n°11-27525, RJS 2013, p.256.

**Soc., 8 déc. 2016**, n°15-19.439

**CE 3 juill. 1996**, Paturel, JCP 1996. I. 2279, obs. Ch. Rouault.

**CE, sect., 5 janv. 2000**, n°s181899 A et 198530 (2e esp.): JCP 2000. II. 10271, note Moreau ; AJDA 2000. 137, chron. Guyomar et Collin ; RFDA 2000. 641, concl. Chauvaux et note Bon ; RDSS 2000. 357, note Dubouis ; LPA 25 févr. 2000, p. 16, note Clément ; Dr. adm. 2000, no 46, note Esper

**CE, 26 sept.2005**, Association Collectif contre l'handiphobie, req. n°248357, obs. D.Cristol, RDSS 2005, p.1060 ; AJDA, 2005, p.1874 ; D. 2005, p.2550

**CE 27 juin 2008**, n° 291561 , AJ fam. 2008. 342, obs. F. Chénéde ; AJDA 2008. 1296 ; RTD civ. 2008. 665, obs. J. Hauser

**CE, 7 déc.2016**, n°392722

**Cons. const., 29 juin 2012**, n° 2012-260 QPC ; *Dr.fam.*, 2012, comm. 148 , I. Maria; *Dr. fam.*, 2012, comm. 136, M. Bruggeman ; JO 30 juin 2012, p. 10804 ; *D.*,2012, p. 1899, G. Raoul-Cormeil ; *AJ fam.*, 2012, p. 463, Th. Verheyde ; *RTD civ.*, 2012, p. 510, J. Hauser

**CJUE, 22 déc. 2010**, aff. C-491/10 , D. 2011. 248 ; Rev. crit. DIP 2012. 172, obs. MuirWatt ; Europe 2011. Comm. 118, obs. Idot ; Procédures 2011. Comm. 59, obs. Nourrissat ; D. 2011.Pan. 1374, obs. Jault-Seseke ; RTD eur. 2001. 482, obs. Douchy-Oudot

**CEDH, Nielsen c/ Danemark, 28 nov. 1988**, req. n°10929/84

**CEDH, 17 juill. 2008**, X. c/ Croatie, n°11223/04

**CEDH, 20 mai 2010**, Alajos Kiss c/ Hongrie, n°38832/06, *AJ.fam.*, 2010, p.285, obs. V.Avena-Robardet

**CEDH, 21 juin 2011**, Kruscovic c/ Croatie, req. n°46185/08

**CEDH, Zambotto Perrin c/ France, 26 sept. 2013**, n°4962/11, AJ fam. 2013. 633, obs. E. Viganotti

**CEDH, Manuello et Nevi c/ Italie, 20 janv. 2015**, n° 107/10, AJ fam., 2015. 101, obs. Viganotti

**CEDH, 5 juin 2015, Affaire Lambert et autres c. France**, Req. n°46043/14

**CEDH, Sergejeva c/ Russie, 29 mars 2016**, n°16899/13

**CEDH, 23 mars 2017, A.-M.V. c/ Finlande**, n°53251/13, Dr.fam., mai 2017, n°5, comm.110, I. Maria

**CEDH, 4 sept.2018, Cristian Cătălin Ungureanu c. Roumanie**, n°6221/14

**CEDH, 25 oct. 2018, n° 37646/13, Delecolle c/ France**: Dr. fam., 2018, chron. 4, A. Gouttenoire et F. Marchadier; D., 2019, p. 910, J.-J. Lemouland et D. Vigneau; AJ fam. 2018, p. 693, obs. G. Raoul-Cormeil; RTD civ. 2019, p. 80, obs. A.-M.Leroyer ; Defrénois, 2019, p. 31, n° 8, obs. D. Noguéro

**CEDH, 30 oct. 2018, S.S c/ Slovénie**, n°40938/16

**CEDH, 18 nov. 2018, Khusnutdinov et X c/ Russie**, Req. n°76598/12

**CEDH, 20 oct. 2022, Bierski c/ Pologne**, n°4634219

## **VI. Rapports, observations, recommandations, Avis**

**ABADIE (C.), PRADIÉ (A.)**, *Rapport d'information sur les droits fondamentaux des majeurs protégés*, n° 2075, Assemblée Nationale, 2019

**ALFANDARI (A.), DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), MONÉGER (F.), VERDIER (P.), VERKINDT (P.-Y.)**, *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant : Rapport du secrétaire d'Etat à la famille, aux personnes âgées et aux rapatriés*, La Documentation française, 1993

**AUBIN (C.), JOURDAINS MENNINGER (D.), CHAMBAUD (L.)**, *La prise en charge de l'interruption volontaire de grossesse*, La Documentation française, octobre 2009

**CARON-DEGLISE (A.)**, *L'évolution de la protection juridique des majeurs*, rapport de mission interministériel, 2018

**CATALA (P.)**, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, 22 septembre 2005

**DE RICHEMONT (H.)**, *Rapport au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs*, 2007

**FAVARD (J.)**, *Rapport définitif du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs*, avril 2000

**FORTEZA (P.)**, *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 instaurant le vote dès seize ans et l'inscription automatique sur les listes électorales*, 1<sup>er</sup> octobre 2020

**GOUTTENOIRE (A.), CORPART (I.)** (dir.), *Adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, Rapport remis à la Ministre de la famille, La Documentation française, février 2014

**MALLEVAEY (B.)**, *Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales*, Mission de recherche droit et justice, 2018

**ROSENCZVEIG (J.-P.)**, Rapport « *De nouveaux droits pour les enfants ? Oui ... dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie* », 29 janvier 2014

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, rapp., 30 sept. 2016

Rapport annuel sur les droits de l'enfant, « *Prendre en compte la parole de l'enfant : un droit pour l'enfant, un devoir pour l'adulte* », 2020

## **VII-. Références autres**

**McEWAN (I.)**, *L'intérêt de l'enfant*, Gallimard, 2015

**GARAPON (A.), ROBERT-DIARD (P.)**, Voyage au cœur des tutelles. Matière à penser. France Culture, 19 août 2018, 44 minutes



# INDEX ALPHABÉTIQUE

*(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)*

## A

### **Accès aux origines** : 239

- Accouchement dans le secret : 241 ; 563
- Assistance médicale à la procréation : 240 ; 564

### **Accompagnement** : 684

- Accompagnateur : 708 et s.
- Accouchement dans le secret : 237 ; 706 et s.
- Audition de droit du mineur : 423
- Audition du majeur protégé relative à la mesure de protection : 375
- Changement de sexe : 707
- Distinction avec l'assistance : 683
- Informatif : 696 et s.
- Interruption de grossesse : 188 ; 191 ; 687
- MASP/MAJ : 688 et s.
- Obligatoire : 705 et s.
- Soins confidentiels : 686

### **Accouchement dans le secret** : 235 et s.

- Accompagnement : 706 ; 707
- Origine, V. Accès aux origines

### **Acte** :

- Usuel : 57 et s.
- Strictement personnel (définition) : 142
- Personnel (détermination) : 275

- Mixte : 276 ; 607

### **Actions en justice** : 217

- Autorité parentale : 231 et s.
- Filiation : 218 et s.
- Vie privée : 282 et s.

### **Administrateur ad hoc** : 265 et s.

### **Administration légale** : 159

- Audition du mineur : V. Audition
- Exercice : 161 et s.
- Titularité : 160

### **Adoption** :

- Audition du mineur : V. Audition
- Consentement (à sa propre) : 164 ; 165 ; 325 et s.
- D'un enfant : 229 et s.
- De l'enfant de la personne protégée : 323 ;

### **Allemagne** : 23 ; 651 ; 657

### **Apprentissage** :

- Âge : 532
- Exécution : 534
- Formalisme : 533
- Rupture : 535

### **Armée** : 562

### **Assistance** (définition) : 661

### **Assistance éducative** : 625 et s.

- Audition du mineur : V. Audition
- Droits procéduraux : 263

**Association :**

- Adhésion : 208 ; 209
- Administration : 579
- Constitution : 210 ; 556

**Atteinte (à) :**

- Intégrité corporelle : 504 ; 590 et s. ; 600
- Intimité de la vie privée : 601 et s.

**Audition :**

- Mesure de protection (ouverture, renouvellement) : 374 et s.
- Administration légale : 427
- Adoption : 428
- Assistance éducative : 425
- Décisions personnelles du majeur protégé : 381 et s.
- Emancipation : 426
- Prélèvement de moelle osseuse : 387 et s.
- Procédure concernant le mineur : 400 et s.
- Rupture du PACS : 384 et s.
- Stérilisation contraceptive : 394 et s.

**Autorisation**

- Du juge : 567 et s. ; 600 et s.
- Explicite (définition) : 553
- Implicite (définition) : 578
- Parentale : 554 et s.
- Technique de protection : 662 et s. ; 681

**Autorité parentale**

- Association du mineur à l'exercice de l'autorité parentale : 433 et s.

- Actions en justice : V. Actions en justice
- Déclaration judiciaire de délaissement : 321
- Délégation : 318 et s.
- Exercice (de l') : 156
- Privation : 158 ; 317
- Retrait : 320

<b>B</b>
----------

**Banque** : 67 ; 580

**Belgique** : 23 ; 334

<b>C</b>
----------

**Carte nationale d'identité** : 289

**Changement de nom** : V. Nom de famille

**Confirmation** : V. Nullité

**Contraception** : 184 et s.

**Contrat de travail** :

- Autorisation parentale : 528 et s.
- Majeur protégé : 569
- Rupture : 531

**Correspondances** (secret des) : 281

<b>D</b>
----------

**Danger** :

- Décisions personnelles du majeur protégé : 594 et s.
- Relations personnelles du mineur : 625 et s.

**Décisions médicales**

- Majeur protégé : 300 et s. ; 446 ; 592
- Mineur : 473 et s.

**Décisions personnelles** (majeur protégé) : 274 et s.

- Audition : V. Audition
- Autonomie : 270
- Désaccord : 600
- Gradation : 586 et s.
- Atteinte à l'intimité de la vie privée : 601 et s.

**Déclaration de naissance** : 146

**Déclaration judiciaire de délaissement** :  
v. Autorité parentale

**Délégation de l'autorité parentale** : V.  
Autorité parentale

**Désaccord** :

- Choix du nom de famille de l'enfant : 154
- Avec la décision des parents : 675
- Décisions médicales : 603
- Décisions relatives à la personne du majeur protégé : 600
- Intervention du juge : 600 ; 679
- Lieu de résidence du majeur protégé : 613
- Veto, v. Opposition

**Discernement** : V. Mineur

**Divorce** :

- Cas : 176
- Procédure : 178

**Donation** : 577

**Données personnelles**

- Droit à l'oubli : 251 et s.
- Majeur protégé : 249
- Mineur : 247 ; 541

**Dossier médical** (accès au) : 459 et s.

**Droit d'être entendu** : V. Audition

**Droit de visite et d'hébergement**  
(mineur) : 628 et s.

**Droits moraux du droit d'auteur** : 285 et s.

## E

**Emancipation** : 354 et s. ; 426 ; 530

## F

**Filiation** :

- Action en contestation de la filiation : 227 et s.
- Action en établissement de la filiation : 219 et s.
- Etablissement de la filiation : 146 et s.

**Fin de vie** :

- Directives anticipées : 571
- Relations personnelles : 614

## G

**Gamètes** (recueil) :

- Majeur protégé : 194
- Mineur : 195 ; 489 et s.

**Groupe de travail interministériel**  
(rapport) : 22 ; 25 ; 338 et s.

## I

**Image** (droit à) :

- Association du mineur : 439 et s.
- Majeur protégé : 280

**Incapacité** (sanction) : 84 et s.

**Incapacité de jouissance** : 310 et s.

**Information** (droit à) :

- Générale (majeur protégé) : 696
- En matière médicale : 296 et s. ; 453 et s.
- Prélèvement de moelle osseuse : 498 et s.
- Recherches portant sur la personne humaine : 495 et s.
- Stérilisation à visée contraceptive : 500

**Interruption de grossesse** :

- Accompagnement : 687
- Interruption médicale de grossesse : 188 ; 192 et s.
- Interruption volontaire de grossesse : 188 et s.

## L

**Lésion** :

- Appréciation : 104 et s.
- Déclaration de majorité : 102
- Domaine : 98 et s.
- Imprévision : 101
- Majeur protégé : 109
- Prescription : 106

## M

**Mariage** :

- Conventions matrimoniales : 549
- Information : 583
- Majeur protégé : 169 et s.
- Mineur : 565
- Opposition : 581 et s.

**MASP/MAJ** : V. Accompagnement

**Mineur** (notion) :

- Discernement : 15 ; 79 ; 263 ; 348 et s. ; 416 et s.
- Mature : 465 et s.
- Seuil d'âge : 246 et s. ; 345 et s.

## N

**Nationalité** :

- Acquisition : 259 ; 485
- Répudiation : 260

**Nom de famille** :

- Choix : 154
- Changement : 155 ; 243 ; 486

**Nullité relative** :

- Prescription : 93
- Principe : 84 et s.
- Titulaire de l'action : 88

## O

**Opposition** :

- Actes bancaires du mineur : 580
- Administration d'une association par le mineur : 579
- Autorisation implicite : 578
- Mariage du majeur protégé : V. Mariage
- Prélèvement : 505 et s.
- Recherches portant sur la personne humaine : 502 et s.
- Stérilisation contraceptive : 513
- Veto (principe) : 492

## P

**Pacte civil de solidarité (PACS)**

- Convention : 546 et s.
- Déclaration conjointe : 173
- Rupture : 175 ; 385

**Personne de confiance** : 570

**Prélèvement** :

- Cellules embryonnaires : 509
- D'organes après décès : 511
- D'organes lors d'une intervention chirurgicale : 5212
- Don du sang : 510
- Moelle osseuse : 387 et s. ; 506 et s.
- Stérilisation contraceptive : 393 et s. ; 513

**Prémajorité** : 355 et s.

**Prénom** :

- Changement : 242 ; 487

**Présomption de capacité** : 307 ; 339

**Q**

**Québec** : 20 ; 23 ; 335 ; 352 ; 477

**R**

**Recherches portant sur la personne humaine**, V. Prélèvement, Opposition

**Reconnaissance** : 150 et s.

**Relations personnelles** :

- Du mineur avec un tiers : 641 et s.
- Du mineur avec ses ascendants : 636 et s.
- Du mineur avec ses parents : 624 et s.
- Fin de vie : V. Fin de vie
- Intervention du juge : 613 et s. ; 639 ; 644
- Majeur protégé : 608
- Parent social : 643

**Réseaux sociaux** : 248 ; 250 ; 442 ; 542 et s.

**Réserve civique** : 562

**Résidence du majeur protégé** :

- Etablissement de santé : 617
- Liberté : 605

**S**

**Saisine du juge** (mineur)

- Administrateur ad hoc : V. Administrateur ad hoc
- Cour européenne des droits de l'homme : 264
- Juge des enfants : 263

**Seuil d'âge**, V. Mineur (notion)

**Soins confidentiels** :

- Modalités : 181
- Principe : 180

**Stérilisation à visée contraceptive**, V. Prélèvement, Opposition

**Syndicat**

- Adhésion : 212

**T**

**Testament** :

- Autorisation (majeur protégé) : 572 et s.
- Habilitation familiale générale : 574
- Limitations : 258 ; 576
- Mineur : 254 et s.
- Révocation (majeur protégé) : 575

**V**

**Vie privée**

- Actes : 278 et s.

- Action relative à : 282 et s.
- Droit à l'image, V. Image

**Vote** (droit de)

- Majeur protégé : 197 et s.
- Mineur : 202 et s.

# TABLE DES MATIERES

<b>PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</b> .....	<b>9</b>
<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>13</b>
<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE</b> .....	<b>15</b>
<b>PARTIE 1 : LA CAPACITE DECISIVE DE LA PERSONNE REPRESENTEE</b> .....	<b>37</b>
<b>TITRE 1 : LA CAPACITE USUELLE DE LA PERSONNE REPRESENTEE</b> .....	<b>39</b>
<i>Chapitre 1 : Une capacité explicite fondée sur la nature de l'acte</i> .....	<b>41</b>
Section 1 : La consécration de la capacité usuelle des représentés .....	<b>41</b>
§ I. - La consécration différenciée de la capacité usuelle .....	<b>42</b>
A.- La consécration de la capacité usuelle des mineurs .....	<b>42</b>
B.- La consécration de la capacité usuelle du majeur protégé .....	<b>47</b>
§ II. - La consécration unifiée de la capacité usuelle de la personne représentée ..	<b>49</b>
A.- Les actes courants autorisés par l'usage.....	<b>50</b>
B.- Les actes courants conclus à des « conditions normales ».....	<b>50</b>
Section 2 : La difficile détermination du caractère usuel de l'acte .....	<b>52</b>
§ I. - Les critères de détermination de l'acte usuel .....	<b>52</b>
A.- Les propositions doctrinales.....	<b>52</b>
B.- La mise en œuvre jurisprudentielle de la notion d'acte usuel .....	<b>53</b>
1. Le critère du risque.....	<b>54</b>
a. Mineurs.....	<b>54</b>
b. Majeur protégé .....	<b>57</b>
2. Les autres critères .....	<b>59</b>
§ II. - Les modalités d'appréciation du caractère usuel de l'acte .....	<b>62</b>
A.- L'appréciation <i>in abstracto</i> de l'acte.....	<b>62</b>
B.- L'appréciation <i>in concreto</i> de l'acte.....	<b>64</b>
<i>Chapitre 2 : Une capacité implicite fondée sur la remise en cause de l'acte</i> .....	<b>67</b>
Section 1 : Le régime de la remise en cause de l'acte accompli par la personne protégée .....	<b>68</b>
§ I. - Des motifs de remise en cause de l'acte différents .....	<b>68</b>
A.- Le régime unifié de la nullité de l'acte non usuel de la personne protégée .	<b>69</b>
B.- Le régime différent de l'acte usuel de la personne protégée.....	<b>75</b>
1. Le régime de l'acte usuel du mineur .....	<b>76</b>
a. Le domaine de la nullité pour simple lésion.....	<b>76</b>
b. La mise en œuvre de la nullité pour simple lésion.....	<b>80</b>
2. Le régime de l'acte usuel du majeur protégé .....	<b>82</b>
§ II. - Des conséquences similaires de la remise en cause de l'acte.....	<b>84</b>
Section 2 : Les obstacles à la remise en cause de l'acte accompli par la personne protégée .....	<b>86</b>
§ I. - Le possible maintien de l'acte annulable .....	<b>87</b>
A.- L'acte utile et exempt de lésion.....	<b>87</b>
B.- L'acte profitable .....	<b>89</b>
§ II. - La confirmation de l'acte annulable .....	<b>90</b>

TITRE 2 : LA CAPACITE PERSONNELLE DE LA PERSONNE REPRESENTEE .....	95
<i>Chapitre 1 : L'exclusion de la représentation</i> .....	97
Section 1 : L'exclusion absolue de la représentation .....	98
§ I. - Les actes nommés.....	100
A.- Les actes de l'article 458 du Code civil .....	100
1. L'enfant de la personne protégée .....	100
a. L'établissement de la filiation .....	100
b. Le nom de famille de l'enfant .....	106
c. Les actes relatifs à l'autorité parentale .....	107
2. Le consentement à sa propre adoption .....	112
B.- Les actes satellites .....	115
1. Les actes relatifs au couple du majeur protégé .....	115
a. Le mariage du majeur protégé.....	115
b. Le PACS du majeur protégé.....	119
c. Le divorce du majeur protégé.....	121
2. Les actes relatifs au corps de la personne protégée.....	124
a. Les soins confidentiels demandés par le mineur .....	124
b. Les actes liés à la sexualité du mineur .....	126
c. Le recueil et la conservation de gamètes du majeur protégé.....	133
3. Les autres actes excluant la représentation .....	134
a. Le droit de vote.....	134
b. La capacité associative .....	140
§ II. - Les actes innommés .....	143
A.- L'interprétation jurisprudentielle .....	145
1. Les actions en justice relatives à la filiation.....	146
a. Les actions en établissement de la filiation .....	146
b. Les actions en contestation de la filiation .....	151
c. L'adoption d'un enfant .....	152
2. Les actions en justice relatives à l'autorité parentale.....	153
3. L'accouchement dans le secret.....	156
B.- L'interprétation des textes de droit commun.....	158
1. L'accès aux origines pour le majeur protégé.....	158
2. Le changement de nom et de prénom du majeur protégé .....	160
Section 2 : L'exclusion relative de la représentation .....	162
Sous-Section 1 : L'exclusion relative de la représentation du mineur.....	162
§ I. - L'exclusion de la représentation soumise à un seuil d'âge .....	163
A.- Le seuil d'âge de 15 ans .....	163
B.- Le seuil d'âge de 16 ans .....	167
1. Le testament .....	167
2. La nationalité.....	170
§ II. - La capacité non exclusive de la représentation .....	172
1. La saisine directe du juge par le mineur.....	172
2. La saisine indirecte du juge par le mineur.....	174
Sous-Section 2 : L'exclusion relative de la représentation du majeur protégé .....	176
§ I. - Les décisions relatives à la personne du majeur protégé .....	177
A.- Les décisions personnelles de l'article 459 du Code civil.....	178
1. Les actes relatifs à la vie privée .....	180
2. Les actions en justice relatives à la vie privée .....	183
B.- Les autres décisions personnelles.....	185

1.	Les droits moraux du droit d'auteur .....	185
2.	La carte nationale d'identité .....	189
§ II.	- La capacité médicale du majeur protégé .....	190
A.-	L'ancienne recherche de l'adhésion du majeur protégé à la décision médicale .....	190
B.-	Le nouveau régime des décisions médicales du majeur protégé .....	192
1.	L'information préalable du majeur protégé .....	193
2.	La nécessaire obtention du consentement du majeur protégé .....	196
<i>Chapitre 2 : Les conséquences de l'exclusion de la représentation .....</i>		<i>201</i>
Section 1 : Les conséquences de l'incapacité à décider .....		202
§ I.	- L'apparition d'une incapacité de jouissance .....	202
§ II.	- Le nécessaire aménagement de l'exclusion de la représentation .....	204
A.-	Les alternatives de droit commun .....	204
B.-	La rare intervention législative .....	210
Section 2 : Le développement de la capacité de décider .....		215
§ I.	- Le développement de la présomption de capacité du majeur protégé .....	216
A.-	La modification du paradigme en droit étranger .....	216
B.-	Le renversement du paradigme en droit français .....	218
§ II.	- Le renversement de la présomption d'incapacité pour les mineurs .....	222
A.-	Les critères relatifs au mineur .....	223
1.	Le critère objectif : l'âge .....	223
2.	Le critère subjectif : le discernement .....	224
3.	La combinaison des critères .....	225
B.-	Le régime du renversement de la présomption d'incapacité .....	226

## **PARTIE 2 : LA CAPACITE PARTICIPATIVE DE LA PERSONNE REPRESENTEE**

### **..... 233**

TITRE 1 : LA CAPACITE DE LA PERSONNE REPRESENTEE DE PARTICIPER A LA DECISION D'UN TIERS .....	235
---	-----

<i>Chapitre 1 : La consultation de la personne représentée .....</i>	<i>237</i>
--	------------

Section 1 : L'audition de la personne représentée dans les procédures la concernant	237
---	-----

§ I.	- L'audition ponctuelle du majeur protégé dans les procédures le concernant	238
------	---	-----

A.-	La prise en compte de l'avis du majeur protégé .....	238
-----	--	-----

1.	L'audition du majeur protégé relative à la mesure de protection .....	238
----	---	-----

2.	L'audition du majeur protégé au cours de la mesure de protection .....	243
----	--	-----

a.	Les décisions personnelles .....	243
----	----------------------------------	-----

b.	La rupture du PACS .....	245
----	--------------------------	-----

B.-	La vérification de la capacité naturelle du majeur protégé pendant l'audition	246
-----	---	-----

1.	Le prélèvement de moelle osseuse .....	246
----	--	-----

2.	La stérilisation contraceptive .....	249
----	--------------------------------------	-----

§ II.	- L'audition générale du mineur dans les procédures judiciaires le concernant	253
-------	---	-----

A.-	Un principe renforcé par sa formulation .....	253
-----	---	-----

1.	Un fondement international .....	254
----	----------------------------------	-----

2.	Une influence européenne .....	255
----	--------------------------------	-----

3.	La naissance d'un droit subjectif en droit interne .....	258
----	--	-----

B.-	Un principe renforcé par son impérativité .....	259
-----	---	-----

1.	L'audition de droit du mineur .....	259
a.	Les conditions de l'audition du mineur .....	260
b.	Les conditions du refus du juge d'entendre le mineur .....	262
c.	L'exécution de l'audition du droit .....	264
2.	L'audition systématique du mineur .....	265
Section 2 :	La prise en compte de l'avis de la personne représentée dans les décisions le concernant .....	269
§ I. -	L'association générale du mineur à l'exercice de l'autorité parentale .....	270
A.-	L'association à l'exercice de l'autorité parentale .....	270
1.	Un principe fondamental .....	271
2.	Un principe limité .....	272
B.-	L'association à l'exercice du droit à l'image .....	274
§ II. -	La consultation ponctuelle du majeur protégé pour les décisions concernant sa personne .....	277
A.-	L'absence d'obligation générale de consulter le majeur protégé .....	277
B.-	Le développement nécessaire de la consultation du majeur protégé .....	278
Chapitre 2 :	La recherche de l'adhésion de la personne représentée à la décision d'un tiers .....	281
Section 1 :	L'adhésion non décisive à la décision .....	281
§ I. -	L'information préalable à la recherche du consentement du mineur .....	282
A.-	Une information adaptée .....	283
B.-	Une information limitée .....	285
1.	L'accès au dossier médical .....	285
2.	L'information médicale .....	286
§ II. -	La recherche de l'adhésion facultative du mineur à la décision médicale .....	288
A.-	La théorie du mineur mature en droit étranger .....	288
B.-	La participation du mineur à la décision médicale en droit français .....	295
1.	La recherche obligatoire du consentement .....	295
2.	La valeur du consentement .....	297
Section 2 :	L'adhésion décisive à la décision .....	302
§ I. -	La participation positive à la décision .....	302
A.-	Le consentement décisif soumis à un seuil d'âge .....	302
1.	La nationalité .....	303
2.	Le changement de nom et de prénom .....	303
3.	Le consentement à l'adoption .....	305
B.-	Le consentement décisif soumis au discernement du mineur .....	305
§ II. -	La participation négative à la décision médicale .....	307
A.-	L'information spécifique pour les actes soumis à l'absence de refus .....	308
B.-	L'opposition déterminante de la personne protégée à la décision médicale 310	
1.	Les recherches portant sur la personne humaine .....	311
2.	Les prélèvements sur le corps de la personne protégée .....	313
a.	Le prélèvement de moelle osseuse .....	313
b.	Les autres prélèvements .....	316
3.	La stérilisation contraceptive .....	318
TITRE 2 :	LA PARTICIPATION DU TIERS A LA DECISION DE LA PERSONNE REPRESENTEE .....	321
Chapitre 1 :	La diversité des interventions du tiers .....	323
Section 1 :	L'intervention nécessaire du tiers à l'acte de la personne protégée .....	323
§ I. -	La participation formelle du tiers aux actes de la personne protégée .....	324

A.- La participation du tiers aux actes du mineur .....	324
1. La participation du tiers aux actes professionnels du mineur .....	324
a. Le contrat de travail.....	325
b. Le contrat d'apprentissage.....	330
c. La capacité professionnelle .....	334
2. La participation du tiers au traitement des données personnelles du mineur de moins de 15 ans .....	337
B.- La participation du tiers aux actes du majeur protégé.....	339
§ II. - L'autorisation du tiers .....	342
A.- L'autorisation explicite .....	342
1. L'autorisation parentale.....	343
a. L'autorisation en matière patrimoniale .....	343
b. L'autorisation en matière personnelle .....	348
2. L'autorisation judiciaire .....	350
a. L'autorisation à agir seul.....	350
b. L'autorisation à agir avec assistance ou représentation .....	356
B.- L'autorisation implicite .....	357
1. La capacité implicite du mineur .....	357
2. La capacité implicite du majeur protégé .....	359
Section 2 : L'intervention subsidiaire du tiers à l'acte de la personne protégée .....	361
§ I. - L'intervention du représentant .....	362
A.- La gradation de l'autonomie du majeur protégé .....	362
1. La participation subsidiaire du tiers à la décision personnelle du majeur protégé.....	363
2. La participation subsidiaire du tiers aux actes portant sur le corps du majeur protégé.....	365
B.- Le danger.....	368
§ II. - L'intervention du juge .....	370
A.- L'intervention du juge dans les décisions personnelles du majeur protégé.....	370
1. L'intervention du juge dans les décisions relatives à la personne.....	371
2. L'intervention du juge dans les décisions relatives au mode de vie du majeur protégé.....	373
a. Le principe de liberté du majeur protégé pour les décisions relatives à son mode de vie.....	374
b. La possible intervention du juge .....	379
B.- L'intervention du juge dans les relations personnelles du mineur .....	386
1. Les relations du mineur avec ses parents .....	387
a. Le mineur en danger .....	387
b. Le droit de visite et d'hébergement.....	389
2. Les relations personnelles du mineur en dehors de ses parents .....	394
a. Les relations personnelles du mineur avec les membres de sa famille .....	394
b. Les relations personnelles du mineur avec des tiers .....	397
Chapitre 2 : La généralisation d'une intervention graduée du tiers .....	401
Section 1 : La limitation de l'intervention du tiers dans la décision de la personne protégée .....	402
§ I. - La substitution de l'assistance à la représentation.....	402
A.- La généralisation de l'assistance du majeur protégé .....	402
1. L'assistance de principe .....	403
2. Le maintien exceptionnel de la représentation .....	405

B.- Le développement de l'assistance du mineur.....	407
§ II. - Les modalités de l'assistance .....	409
A.- Intervention du protecteur .....	411
1. L'autorisation explicite d'agir .....	412
2. L'autorisation implicite d'agir .....	414
B.- Intervention du juge .....	416
1. L'intervention du juge pour le mineur .....	416
2. L'intervention du juge pour le majeur protégé.....	417
Section 2 : Le développement de l'accompagnement de la personne protégée .....	420
§ I. - L'accompagnement limité de la personne protégée .....	421
A.- L'accompagnement du mineur .....	421
B.- L'accompagnement du majeur protégé .....	423
§ II. - Le nécessaire développement de l'accompagnement de la personne protégée	426
A.- Les formes de l'accompagnement de la personne protégée .....	427
1. L'accompagnement informatif de la personne protégée .....	427
2. L'accompagnement obligatoire de la personne protégée .....	430
B.- La désignation de l'accompagnateur .....	433
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	<b>435</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>439</b>
<b>INDEX ALPHABÉTIQUE.....</b>	<b>459</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>465</b>



## **La capacité de la personne représentée**

**Résumé :** Les études concernant les personnes représentées que sont le mineur ou le majeur protégé (majeur placé sous un régime de représentation) se focalisent souvent sur l'incapacité de ces derniers, celle-ci ayant pour objet de les protéger. En effet, l'incapacité du majeur protégé et du mineur a une finalité protectrice cependant, il ne faut pas négliger que ces incapacités viennent également réduire l'exercice de certains droits. Il convient alors de constater qu'il est possible de protéger la personne représentée, protection nécessaire au regard de sa particulière vulnérabilité, tout en soutenant qu'elle dispose d'une certaine forme de capacité. La capacité des personnes représentées a beaucoup évolué à travers l'influence des différentes réformes récentes en droit des personnes ou encore en droit des obligations. Le droit français tend alors à évoluer vers une meilleure reconnaissance de l'autonomie des personnes soumises à un régime d'incapacité, qu'elles soient mineures ou majeures protégées bénéficiant d'une mesure de représentation.

**Mots clés :** Capacité – Mineurs – Majeurs protégés

## **The capacity of the represented person**

**Abstract :** The studies concerning represented persons, such as minors or protected adults (adults placed under a representation regime), often focus on their incapacity, which is designed to protect them. While the incapacity of protected adults and minors is intended to protect them, it should not be overlooked that these incapacities also restrict the exercise of certain rights. It should therefore be noted that it is possible to protect the represented person, a necessary protection in view of his or her particular vulnerability, while maintaining that he or she has a certain form of capacity. The capacity of represented persons has evolved considerably under the influence of various recent reforms in the law of persons and the law of obligations. French law is tending to move towards greater recognition of the autonomy of incapacitated persons, whether minors or protected adults benefiting from a representation measure.

**Keywords :** Capacity – Minors – Protected adults