

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX
ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED 41)
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ

Par **Meshal ALTHAFIRI**
**« LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS : ETUDE
COMPARATIVE ENTRE LES DROITS FRANÇAIS,
EGYPTIEN ET KOWEITIEN »**

Sous la direction de **Jean-Marie PLAZY**

Soutenue le 17 Février 2025

Membres du jury :

M. Jean-Marie PLAZY

Professeur, Université de Bordeaux, Directeur de thèse

Mme Gulsen YLDIRIM

Professeur, Université de Limoges, Rapporteur (Présidente du jury)

M. Gilles RAOUL-CORMEIL

Professeur, Université de Caen, Rapporteur

Mme Marie LAMARCHE

Professeur, Université de Bordeaux, Examineur

M. Meshal HAYAT

Maître de conférences, Université du Koweït, Examineur

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.

Abréviations

AAH	Allocation aux adultes handicapés
AHC	Ad Hoc Committee
Al.	Alinéa
Anc	Ancien
Art.	Article
CASF	Code de l'action sociale et des familles
C. cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CDPH	Comité des droits des personnes handicapées
CIDPH	Convention internationale des droits des personnes handicapées
CIDP	Comité international des droits des personnes
C. élect.	Code électoral
CFHE	Conseil Français des personnes Handicapées pour les affaires Européennes et internationales
COJ	Code de l'organisation judiciaire
CPJI	Cour permanente de justice
C. pr. civ.	Code de procédure civile
CRPD	Comité des droits des personnes handicapées
CSP	Code de la santé publique
DCAS	Direction des affaires civiles et du sceau
Dr. fam.	Droit de la famille
ECOSOC	Conseil économique et social des Nations Unies
EDH	Européenne des droits de l'homme
FNAT	Fédération Nationale des associations tutélaires
HCC	Haute Cour constitutionnelle
IDC	INTERNATIONAL DISABILITY CAUCUS
Jurispr.	Jurisprudence
MAE	Ministère des Affaires étrangères

MAJ	Mesure d'accompagnement judiciaire
MASP	Mesure d'accompagnement social personnalisé
MJPM	Mandataire judiciaire à la protection des majeurs
NEPAD	Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
Op. cit.	Opus cité
OPH	Organisation de personnes en situation de handicap
PACS	Pacte civil de solidarité
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
SCI	Société civile immobilière
SEDI	Société européenne de droit international
TGE	Théorie générale de l'État
TGI	Tribunal de grande instance
TPSA	Tutelle aux prestations sociales adultes
UA	Union africaine

REMERCIEMENTS

Je tiens à témoigner toute ma gratitude et exprimer les vifs remerciements à l'égard de Monsieur le professeur Jean-Marie Plazy. Son encadrement, ses précieux conseils, sa disponibilité, son soutien tout au long de la recherche m'ont permis de terminer ma thèse dans les meilleures conditions.

Je tiens également à remercier les membres du jury pour avoir accepté de lire mon travail et de siéger pour la soutenance.

Enfin, je veux exprimer une reconnaissance toute particulière à mes parents, qui ont cru en moi dès le premier jour de mon inscription en thèse, et qui m'ont toujours soutenu et encouragé, particulièrement lors des moments difficiles et des périodes de doutes. Ce modeste travail leur est dédié. Je veux par ailleurs remercier tous les autres membres de ma famille pour leur soutien indéfectible, en particulier mon fils Khaled qui à sa manière me fournissait le courage indispensable.

SOMMAIRE

PARTIE 1 : Les approches de la protection

TITRE 1 : La convergence des droits

CHAPITRE 1 : La pluralité du dispositif de la protection

CHAPITRE 2 : Les techniques de la gestion patrimoniale

TITRE 2 : Les divergences des droits

CHAPITRE 1 : L'éloignement des dispositifs

CHAPITRE 2 : La protection de la personne

PARTIE 2 : Vers le renouvellement de la protection

TITRE 1 : Le devenir de la capacité juridique

CHAPITRE 1 : La porosité des ordres juridiques

CHAPITRE 2 : Le traitement juridique de la conformité

TITRE 2 : La conciliation entre l'autonomie et la protection

CHAPITRE 1 : L'effet statutaire de la mesure sur la protection de la personne handicapée

CHAPITRE 2 : La recherche de la sécurité juridique avec les tiers

INTRODUCTION

1. Propos liminaire. L'utilité incontestable du droit comparé ne se dément guère. Exposer les divergences et les convergences dans une analyse de droit comparé semble être une démarche séduisante. Elle ne devrait a priori pas poser de difficultés notables¹.

Le droit français partage en commun avec le droit égyptien et le droit koweïtien la protection du patrimoine. Il s'en sépare toutefois en prévoyant la protection de la personne. Cette distinction simple à saisir, voire à exprimer et à expliquer, induit des cartographies profondément dissemblables. La recherche comparative pourrait, par conséquent, dessiner le versant de la différence qui prévaut entre les droits français et arabe. Cette évidence de façade est trompeuse. Elle l'est parce qu'elle ne correspond pas à la méthodologie et aux exigences épistémologiques du droit comparé. Par ailleurs, notre recherche, qui ne s'inscrit pas dans la veine de la théorie du droit, aspire à dégager quelques pistes qui pourraient être exploitées pour toutes modifications et transformations futures du droit arabe de la protection². Nous sommes conscients que l'incomplétude de notre réflexion pourrait donner naissance à des pistes sommaires et assez peu claires. Ce risque, qui n'a cessé de nous tarauder l'esprit tout au long de notre recherche, est à la fois réel et somme toute inévitable.

La certitude qui accompagne le droit de la protection dans les trois États est en réalité celle de l'exigence qui plane au-dessus de lui, lui intimant de se conformer à certains standards issus de la sphère internationale, spécifiquement ceux de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

2. L'identité commune des deux droits arabes. De prime abord, il faut souligner et mettre en lumière la quasi-identité du droit koweïtien et du droit égyptien. Un certain nombre d'éléments, essentiellement historiques, concourent à une expression normative et à une

¹ Au sein d'un même ordre juridique, en l'occurrence, ici, l'ordre juridique français, la doctrine spécialisée dans le droit de la protection a consacré deux rencontres scientifiques séparées et distinctes : la première visant la protection de la personne, la seconde celle du patrimoine.

² Au-delà de l'idée que tout droit subit la loi de la transformation et donc de la modification de sa structure et de ses dispositifs, la présente recherche nous a conduit à mesurer l'indispensable, voire l'urgente, exigence qu'a le droit arabe en termes d'évolution. Ce droit qui ne reconnaît que la protection du patrimoine est aujourd'hui un droit déphasé, décalé par rapport aux standards internationaux. Dans un monde où les droits fondamentaux tiennent le haut du pavé, il n'est plus possible de ne pas inscrire textuellement et explicitement la protection de la personne vulnérable et, donc, reconnaître l'importance capitale de la protection de la dignité humaine. Evidemment, il ne faut pas inférer de manière hâtive que le droit égyptien et le droit koweïtien ne protègent pas la personne humaine, ni ne consacrent pas de dispositions s'agissant de la dignité. Plusieurs textes visent explicitement cet objectif. Un certificat de carence sera, en revanche, établi quant à la protection de la personne dans le cadre du droit de l'incapacité qui nous intéresse spécifiquement ici.

politique législative extrêmement proche. Ainsi, l'appellation droit arabe visera, dans ce texte, les deux droits sans distinction. La réception du droit français, d'abord de manière directe par le droit égyptien et indirecte par le droit koweïtien, dessine une configuration normative dont les contours seront familiers au juriste français. L'ignorance qui prévaut néanmoins en Occident s'agissant du droit des pays du Moyen-Orient est manifeste. Un halo d'opacité continue à régner quant à la saisie et à la compréhension de la normativité des pays de cette région. En réalité, ce qui ressort des écrits des juristes occidentaux quant au droit arabe, c'est une forme d'incompréhension, voire d'inquiétude. L'on continue, de manière consciente ou non, à accroire que la nature du droit dans ces pays n'est pas identique à ce qu'elle est en Occident. La place de la religion musulmane et de ses prescriptions plane sur l'œuvre législative et induit, de la sorte, une perception assez insidieuse. Les écrits récents de certains 'grands' juristes français, par exemple, en témoignent de façon éloquente³. A l'aune des systèmes de pensée de certains auteurs, il se pourrait que la comparaison ne puisse être praticable. L'opposition entre le droit français et le droit arabe touchant à la famille serait irréductible à en croire certaines grandes plumes. Il est vrai que le droit de la famille constitue le « *siège des différences* »⁴. La difficulté est que de telles différences ne traduisent pas un retard temporel, mais signifient bel et bien un fossé culturel et philosophique qui, manifestement, ne pourrait jamais se résorber. Dans son ouvrage « Bilan de l'histoire », l'historien français René Grousset croit savoir que les musulmans « *vivent encore à l'époque de [notre] trecento* »⁵.

3. Les avantages escomptés de la recherche. Il en résulte que le hiatus est tel que tout rapprochement entre les ordres juridiques semble relever de la chimère. Il n'y aurait dès lors pas, dans ces conditions, de plus-value à attendre d'une recherche de droit comparé. Nous serions, en fait, face à une relation dialectique, contradictoire et travaillée par une incompatibilité de principe. Ainsi, serait-il possible de franchir le Rubicon et d'avancer une autre interprétation de la culture juridique qui est la nôtre, différente de celle qui prévaut au sein d'une partie importante de la doctrine française ? Ne serions-nous pas confrontés à une tentative vaine et vouée à un échec certain ? Nous ne le croyons pas. Nous pensons, au contraire, que bien des raisons militent en faveur d'une comparaison sereine et surtout bénéfique. Une comparaison qui puisse produire des pistes de réflexion et donc de transformation.

³ L. FONTAINE, *Qu'est-ce qu'un grand juriste ?*, Paris, LGDJ, 2012, 196 p.

⁴ K. MEZIOU, A. MEZGHANI, « Les musulmans en Europe. L'application de la loi au statut personnel. Essai de clarification », *Cahiers des droits maghrébins*, 1995, p. 65.

⁵ R. GROUSSET, *Bilan de l'histoire*, Paris, Plon, 1946, p. 115.

4. Les obstacles. Il faut cependant mettre en lumière les obstacles assez dirimants que le chercheur affrontera inévitablement dans cette quête de la recherche comparative. Des obstacles qui pourraient réfréner notre ambition et faire douter quant à la pertinence de notre démonstration. Ces obstacles sont essentiellement certains écrits de quelques civilistes de renom. Les écrits en question posent de redoutables difficultés parce qu'ils émanent, tout d'abord, de juristes écoutés et respectés et, ensuite, parce qu'ils traduisent une réflexion définitive, dénuée de quelques exceptions ou de possibilités d'aménagements. Les écrits en question témoignent, au contraire, d'une position ferme et irréversible. L'exemple du Doyen Jean Carbonnier est, à cet égard, éloquent. Ainsi, la reconnaissance de la polygamie rendait, aux yeux de l'illustre juriste, l'Islam « *plus étranger à notre âme que n'importe quel système de droit* »⁶. Le divorce entre les conceptions occidentales et celles du droit musulman semble être irrémédiable sur cette question, comme sur d'autres manifestement. Et « *il n'y a là, au demeurant, nulle surprise* », affirme le professeur Yves Lequette dans son Cours à l'Académie de la Haye en 2017 « *puisque la charia repose sur une triple inégalité homme-femme, musulman-non-musulman, maître-esclave qui est aux antipodes des valeurs cultivées par les droits occidentaux – égalité des hommes, égalité des sexes, laïcité, liberté- et qui débouche en droit positif sur des institutions qui les heurtent profondément : polygamie, répudiation unilatérale, maritale et discrétionnaire, refus de l'établissement de toute filiation paternelle autre que légitime, empêchements religieux au mariage (une musulmane ne peut épouser un non-musulman) ou en matière de succession un non-musulman ne peut venir à la succession d'un musulman et réciproquement* »⁷. Il serait possible de multiplier les exemples qui, nous le croyons, dénotent d'un « *malentendu historique* » entre l'Islam et la liberté⁸. En effet, l'idée dominante qui traverse beaucoup d'écrits de la doctrine française est que l'Islam, étant une parole divine révélée au Prophète Mahomet, n'est susceptible d'aucune modification et, par conséquent, hermétique à toute évolution. C'est dire que l'idée de la modernisation lui est totalement étrangère ! Ce qui serait en revanche consubstantiel à la normative des pays arabes, spécifiquement au droit de la famille, dont fait en partie le droit de l'incapacité, c'est l'immutabilité et l'intangibilité des normes.

⁶ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage », dans *Études Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, Tome 1, p. 341.

⁷ Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, vol. 387, 2017, p. 211.

⁸ M. CHARFI, *Islam et liberté. Le malentendu historique*, Paris, Albin Michel, 1998, p. 113.

5. L'indispensable levée des préjugés. En réaction aux analyses occidentales s'agissant de l'Islam et de la normativité qu'il promeut, certains auteurs ont répondu que de telles conclusions sont le « *résultat d'une méconnaissance de l'histoire de l'Islam* » et que leurs promoteurs sont qualifiés d'« *orientalistes de bureau* »⁹. De ce qui ressort en réalité de telles analyses, c'est que l'autonomie du droit étatique sur les questions concernant le droit de la famille et le droit de l'incapacité est extrêmement réduite, voire inexistante. Cette configuration du droit arabe fera dès lors primer l'interprétation religieuse sur celle du juge étatique. La jurisprudence sera celle des oulémas et non celle des juridictions étatiques. Il est ainsi courant de lire que « *les règles juridiques que renferme la charia sont de la compétence des ulémas, c'est-à-dire du pouvoir religieux, le pouvoir politique se trouvant ainsi exclu de l'élaboration de l'interprétation et de la mise en œuvre de la norme juridique pour l'ensemble du droit privé – personnes, famille, biens, obligations – ainsi que pour une grande partie du droit pénal. Il en résulte que l'exercice du pouvoir étatique se déroule en terre d'Islam sous l'emprise de règles et d'impératifs qui ont leur source dans des textes révélés, considérés comme sacrés et immuables. D'où une très forte mainmise du religieux sur l'ordre étatique* »¹⁰.

A suivre cette conclusion, il est clair que la pertinence d'une comparaison entre le droit français et les droits koweïtien et égyptien perd toute consistance. Il ne serait pas possible de comparer, parce qu'il n'y a rien à comparer !

6. Les résultats attendus de la comparaison. Or, ce qui pose problème n'est pas tant la faisabilité de la comparaison mais l'approche méthodologique afférente à cette comparaison. Autrement dit, avant de se pencher sur la manière de réaliser la comparaison, il est indispensable de s'interroger sur ce que l'on compte comparer. Et, précisément, notre recherche ne vise nullement à comparer un droit d'inspiration laïc et un droit d'inspiration religieuse. La comparaison qui est la nôtre est une comparaison entre droits positifs. Cela change totalement la perspective et ancre la présente recherche dans la veine du droit comparé contemporain. En réalité, ce qui mérite notre attention est de départir la norme positive de la norme religieuse. Il faut tenter, dans la mesure du possible, de tracer la frontière entre les deux sphères et souligner les interactions entre les deux. A cet égard, il n'est pas inutile de souligner que si la règle de droit français est établie sous le prisme de la laïcité, cela ne signifie guère qu'elle n'est pas d'inspiration (parfois) ou indifférente aux préoccupations morales. En effet, « *à un certain*

⁹ S. MANSOURI, *L'Islam confisqué*, Arles, Sindbad, 2010, pp. 101-103.

¹⁰ Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *Op. cit.*, p. 211.

degré de civilisation, les hommes ne peuvent supporter longtemps le divorce entre ce qui est juridique et ce qui est juste. Le droit leur apparaît alors non point comme une simple traduction des nécessités sociales mais comme une règle qualitativement choisie qui doit assurer le triomphe des intérêts les plus respectables »¹¹. Il est vrai que le droit musulman a semblé assez rebutant puisque, de par sa nature intrinsèque, il échappe à la catégorisation classique. Jean-Marc Mousseron a écrit que « le droit musulman, au contraire, semble répondre à une mentalité différente, moins sensible à l'effort de synthèse, à la recherche de rapports généraux. Il se présente, le plus souvent, sous la forme de décisions particulières, concrètes (...) Il se présentera, souvent, sous la forme d'une « casuistique », dont l'exubérance cachera parfois aux juristes de droit civil peu avertis certaines constances et certaines homogénéités sous-jacentes »¹². En dépit du fait que « le droit musulman présente une physionomie tout à fait

¹¹ P. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à G. Ripert*, Paris, LGDJ, 1951, t. I, p. 9. M. R. Arnaldez met en exergue l'idée que : « tout l'athéisme occidental est fait de valeurs chrétiennes sécularisées... L'athée chrétien conserve profondément en lui des valeurs qui, pour être laïcisées et sécularisées, demeurent pourtant, en soi, d'inspiration authentiquement chrétienne », R. ARNALDEZ, « L'apport de l'islamologie à la pensée chrétienne », *Travaux et Jours*, Liban, Beyrouth, 1964, XIII, pp. 57, 66.

¹² J. M. MOUSSERON, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », *RIDC*, 1968, n° 20, Louis Millot a noté que « La loi du précédent a exercé sur l'évolution du droit musulman une influence profonde en habituant le juriste à penser que le droit est fait de solutions d'espèces données au jour le jour en considération des besoins particuliers et de l'intérêt commun plutôt que de principes généraux posés à priori dont on déduirait, ensuite, les conséquences dans chaque situation. Le légiste musulman se refusera à l'abstraction, à la systématisation, à la codification. Il évitera la généralisation et même la définition », L. MILLOT, « La pensée juridique de l'Islam », *RIDC*, 1954, p. 448. Il n'est pas inutile de souligner le poids de l'histoire sur la nature afférente à la configuration du droit musulman et, donc, sur les incidences produites par la suite sur le mouvement de la codification. Le code civil égyptien, d'abord, et le code civil koweïtien, par la suite, évidemment, gardent la trace de ce qui a été réalisé de par le passé et, notamment, de la manière dont les constructions 'législatives' ont été menées. L'Egypte a, tout d'abord, eu, à la place du code civil, un autre code connu sous le nom de la Medjellé, sorti des entrailles de L'Etat ottoman. Ce code promulgué en 1869 n'a jamais été mis en œuvre mais a eu une influence de premier plan. Il s'agissait, en réalité, d'une compilation de solutions proposées et adoptées par l'école Hanafite (le hanafisme est l'école religieuse islamique la plus ancienne des trois autres écoles. Son nom lui vient de son fondateur Abou Hanifa (699-767). Aujourd'hui, cette école est la plus répandue dans le monde musulman. On estime qu'un tiers des musulmans dans le monde suit les enseignements de cette école. Il est important de noter que les particularités et les différences de cette école par rapport aux trois autres (Malikisme, Chaféisme et Hanbalisme) ne portent guère sur le dogme). L'empire Ottoman a, sous l'influence de la codification napoléonienne, entrepris lui aussi cette aventure en empruntant les principaux codes au système juridique français. En matière civile, en revanche, ce sont les solutions islamiques qui ont été promues et choisies. L'interrogation centrale est, dès lors, de savoir comment cette codification s'est opérée et quel en a été le contenu. De manière cavalière, nous soulignerons qu'« en fait, les auteurs de la Medjellé se sont contentés d'y incorporer les solutions données par la doctrine, telles qu'on les trouve dans les ouvrages de Fiqh. Or ces ouvrages sont des collections de cas (furû') où domine l'esprit empirique. Les auteurs de la Medjellé n'ont déployé aucun effort en vue de déduire des solutions données par les casuistes, les règles générales qui les gouvernent. En fait, il n'existe dans la Medjellé ni une théorie générale du contrat ni, à plus forte raison, une théorie générale de l'obligation. Il existe, il est vrai, un chapitre préliminaire qui contient des définitions et des maximes copiées sur les ouvrages de méthodologie juridique (Usill al-Fiqh). Mais ces adages et ces définitions sont bien plutôt des règles de pure logique que des règles de droit. La Medjellé ne fut jamais mise en vigueur en Egypte. Depuis 1876, l'Egypte a eu son propre code civil, qui est, lui, d'inspiration occidentale », Ch. CHEHATA, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », *RIDC*, vol. 17, n° 4, octobre-décembre 1965, p. 841 et s.

particulière qui le rend irréductible aux notions occidentales de droit étatique »¹³, on continue souvent à faire état des « pesanteurs » de la Charia sur l'ordre juridique des pays musulmans de type moderne, à l'instar de l'Égypte et du Koweït¹⁴. « On sait que les États du monde musulman sont encore soumis d'une manière ou d'une autre, certains beaucoup plus que d'autres, à l'emprise de la religion dont le rôle fut autrefois si actif dans la structuration des sociétés européennes. Mais tandis que le droit chez ces dernières s'est progressivement dégagé de cette emprise, celui des pays du monde musulman reste largement tributaire. Ainsi leurs constitutions proclament-elles l'Islam religion de l'État et la Chari'a source principale de droit. Ces principes liminaires ne sont que de simples alibis attestant la fidélité de l'État à l'Islam. Pour peu qu'on veuille relier entre eux de manière logique les différents éléments du droit de ces pays, on est bien obligé d'en tenir compte tant au plan de la législation qu'à celui de la justice des tribunaux. Cela est particulièrement vrai du droit de la famille qui a ses sources dans les Livres-Saints exprimé en forme de règles révélées. On comprend dès lors, que la marge du législateur ou du juge pour adapter la matière aux nouvelles données socio-économiques du monde moderne soit étroite, le droit de la famille apparaît ainsi comme un système bloqué »¹⁵.

Il est évident que notre étude ne versera nullement dans une analyse juridico-théologique, qui ne correspond ni à l'objet de notre recherche ni aux objectifs escomptés de celle-ci. Néanmoins, au vu de la place qu'occupe la famille dans les dispositifs du droit de la protection au Koweït et en Égypte, il est impératif d'attirer l'attention sur les interactions existantes, et ce, afin de pouvoir cheminer sur des bases solides, explicites et dépourvues d'ambiguïté.

7. La rationalité islamique. En effet, la question de la rationalité et de la normativité musulmane pose des défis considérables quant à la compatibilité ou non des dispositifs du droit des droits de l'homme. Ainsi, la prise en compte de la protection de la personne, avant la protection de son patrimoine, conduit à devoir s'interroger sur la perméabilisation des ordres juridiques internes arabes aux 'diktats' de la sphère internationale. A quel renouvellement pourrions-nous nous attendre pour les deux droits arabes lorsqu'il s'agira de donner vie aux normes internationales, notamment celles de la Convention relative aux droits des personnes

¹³ L. GANNAGE, « Droit immobile ou droit en mouvement ? Quelques remarques à propos du droit musulman », *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, LexisNexis, 2009, p. 204.

¹⁴ S. JAHEL, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques arabes*, Paris, LGDJ, 2012.

¹⁵ S. JAHEL, *Op.cit.*, p. 187 et s. (Souligné par nous). À suivre cet auteur, l'idée du renouvellement du cadre juridique relève de l'impossible. Le réel et donc les transformations qui s'opèrent dans le tissu normatif des pays arabes constituent des démentis à l'analyse de cet auteur.

handicapées ? Si, en dépit de sa transformation, de son enrichissement et de son développement substantiel, le droit français traverse toujours une période d'« agitation »¹⁶, quel sort sera celui des droits koweïtien et égyptien ? D'aucuns pourraient avancer l'hypothèse, si ce n'est faire preuve de certitude en expliquant que la rationalité du droit arabe est de nature différente de celle du droit français. La pénétration des normes internationales du droit des droits de l'homme ne produira dès lors pas les mêmes effets perturbateurs. Ainsi, « *si l'étatisation du droit [dans les pays arabes] n'est pas douteuse, il semble qu'elle ait rarement été pleinement assumée dans l'ensemble des États qui y ont procédé. Au moins dans certaines matières, comme le droit de la famille, le poids de la religion reste très présent et continue de peser sur la physionomie du droit étatique. Un certain nombre de règles ou d'institutions donnent ainsi l'impression de bénéficier d'une forme d'immunité et de résister à toute velléité de changement en raison de leur origine religieuse [...]. A bien des égards discriminatoires et incompatibles avec les droits fondamentaux, ces dispositions ont pourtant du mal à disparaître du paysage juridique. Sur ce terrain, les perspectives de modification du droit étatique restent très limitées en raison de l'emprise persistante du droit musulman sur l'élaboration de la norme juridique* »¹⁷.

8. L'étatisation du droit arabe. Il n'empêche, qu'en dépit de cette analyse, l'étatisation du droit ne saurait se cantonner exclusivement à certaines disciplines et à en épargner d'autres. Aucune cloison étanche ne pourrait, à l'image d'une digue, séparer les flux juridiques qui coulent dans les veines d'un ordre juridique, quel qu'il soit. A cet égard, nous ne pourrions que suivre l'analyse du professeur tunisien Yadh Ben Achour qui souligne qu'« *en réalité la forme du droit déteint sur sa nature. Un droit coranique prenant la forme d'une loi perd sa transcendance et entre dans le champ politique, par nature lieu privilégié du discutable et de l'inconstant* »¹⁸. Ainsi, la tâche de la comparaison, qui nous échoit dans la présente recherche, expose à un certain nombre d'écueils qu'il faudra surmonter et à des préjugés qu'il faudra expurger. Cela nécessitera, ici et là, des explications, voire des explications. Ce qui est en revanche certain, c'est que le débat sur la nature de la normativité qui doit présider à la régulation des relations sociales au sein des États musulmans est ouvert. La recherche de l'équilibre entre les deux rationalités (droit positif et droit religieux) est soumise au flux et

¹⁶ D. NOGUERO, « Agitation ou tempête pour le droit des majeurs protégés ? », *JCPG*, n° 25, 18 juin 2018, Libre propos, p. 698.

¹⁷ B. BOTIVEAU, « Le droit islamique réinventé ? Les accélérations interprétatives », dans Franck Frégosi (ss. dir.), *Lectures contemporaines du droit islamique*, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 193.

¹⁸ Y. BEN ACHOUR, « L'articulation du droit musulman et du droit étatique dans le monde arabe actuel », in Franck Frégosi (ss. dir.), *Lectures contemporaines du droit islamique*, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 115.

reflux incessants d'un certain nombre de facteurs divers et hétérogènes. La catégorisation des normes, sous l'empire de laquelle fonctionne le droit français, n'est peut-être pas la bonne clé de saisie et de compréhension du droit des pays musulmans. L'interprétation du droit positif et de la Charia engendre inévitablement de l'ambivalence, voire parfois de l'ambiguïté, dans les notions et les termes en question. Il faut, par conséquent, être attentif sur le terrain méthodologique de la comparaison, afin d'éviter de générer des malentendus fâcheux. Comme le souligne à juste titre le professeur Robert Charvin : *« chacun sait que la classification est l'opération basique de toute approche scientifique. Mais classer est aussi un jugement, une assignation à une place qui ne peut échapper à des options idéologiques. Les typologies académiques des systèmes politiques présentes dans les manuels de droit constitutionnel [et pour nous, dans les manuels de droit civil], reprises souvent par des politistes, ont le mérite de la simplicité : ce serait un premier pas vers la compréhension de ce qui caractérise et distingue l'organisation sociale des différentes sociétés. Malheureusement, elles sont fictives : la réalité politico-sociale est complexe, contradictoire, dynamique et se refuse à une catégorisation proche des jugements politico-médiatiques »*¹⁹. C'est, par conséquent, la nature de la régulation normative des pays arabes qui pose problème à l'aune des critères posés a priori par la doctrine dominante occidentale. Si les prescriptions religieuses irriguent encore l'ordre juridique, alors il sera possible d'affirmer, comme croit devoir le faire le professeur Libchaber, que *« les pays arabes semblent piétiner à la croisée des chemins sans se résoudre à choisir entre les voies ainsi ouvertes, tiraillées entre l'envie d'une évolution à l'occidentale et la promesse d'un épanouissement inscrit dans la conception même de l'Islam »*²⁰. Nous serions, ainsi, face à une

¹⁹ R. CHARVIN, « L'État métis. Question de méthode. Note critique sur les typologies constitutionnelles », *Droits*, 2019/2, n° 70, p. 169 et s. L'auteur (certes publiciste, mais dont l'analyse peut s'appliquer à notre matière) développe son idée en soulignant que *« la clé de la plupart des classements éloignés d'une réalité complexe contradictoire et mouvante est peut-être l'angle de vue de chaque auteur, le plus souvent occidental-centriste, les quelques variations résultant des fluctuations du contexte politique interne et international [...] ». Si toute typologie des régimes sociopolitiques est inévitablement artificielle, c'est qu'il n'existe aucun régime 'pur', c'est-à-dire conforme aux principes fondant les institutions, à sa devise, aux valeurs de son idéologie dominante. Chaque régime est le produit complexe d'une réalité plurielle. Tout État, plus que jamais avec la mondialisation, est métis [...] ». Néanmoins les analyses académiques récusent cette complexité ».*

²⁰ R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, 2023, p. 164. Il est possible d'avancer l'hypothèse de la méconnaissance de la normativité musulmane par les juristes occidentaux par le fait que cette méconnaissance résulte, parmi tant de raisons, de l'effacement du sentiment religieux. Une remarque de Marcel Gauchet illustre notre hypothèse : *« le problème des Européens est qu'ils ne parviennent plus à comprendre ce que la religion veut dire dans les sociétés où elle garde une force très structurante. Ils ont oublié leur propre passé. Pour eux, la religion est devenue un système de croyances individuelles et privées. Or, le reste du monde ne fonctionne pas ainsi »*, *Le Monde*, 12-13 mars 2006. La 'délégation' du droit de la famille français le prouve de manière éclatante. En effet, *« ce sont des thèmes aujourd'hui répandus, de dire que dans la famille, la loi est inutile, que la morale individuelle n'aurait rien à voir avec le droit familial [...] ». Ce qui importe ce ne serait pas la morale, mais les mœurs, les règles légales devraient*

réalité condamnant toute idée d'autonomie du temporel et, par conséquent, face à un assujettissement, voire un asservissement, de la norme juridique. C'est d'ailleurs ce que prétend le professeur Ali Mezhani dans son ouvrage « L'État inachevé » : « *le rapport au droit est le grand impensé des sociétés arabo-musulmanes. Non qu'elles ignorent le droit, bien au contraire, ce sont les sociétés les plus juridiques qui soient. Mais celui auquel elles consentent n'est en rien séparé des autres instances. Il n'a d'existence qu'à travers la religion, réceptacle tout ensemble de la foi, de la morale, des mœurs et des lois* ». L'on mesure sans peine, le contraste de la réalité et la diversité des interprétations. Toute conception a priori est donc à rejeter. C'est que finalement « *le jeu entre le droit musulman et le droit étatique s'insère dans une dialectique subtile, dans laquelle nul ne pourra dire avec exactitude si ce sont les ruses du religieux qui ont raison de l'innocence du politique ou, au contraire, si ce sont les ruses du politique qui ont raison de l'innocence du religieux. Ni l'un, ni l'autre ne dit totalement leur vérité [...]. Tout ce que l'on peut dire c'est que les deux frères ennemis sont obligés de cohabiter. Mais on ne connaîtra jamais exactement le fond de leur mystère ni les règles de leur affrontement* »²¹. Et l'hypothèse des ruses s'est déjà réalisée lors de l'élaboration du Code civil égyptien en 1848. Cette ruse s'est appliquée au Code civil koweïtien de 1980. En effet, les deux codes civils qui contiennent la plupart des règles afférentes au droit de la protection des majeurs sont des codes qui mettent en exergue la part congrue de la norme religieuse²². Ainsi, il a été écrit que « *quant au droit musulman, sa place se révèle résiduelle. En effet, pour ne pas rebuter les courants traditionnels, il a été à maintes reprises répété lors des débats parlementaires que le recours aux sources exogènes était surtout d'ordre purement rédactionnel, formel, et que sur le fond, le projet était conforme au droit et à la jurisprudence égyptiens en vigueur, ainsi qu'au droit musulman. Le prétendu caractère islamique du Code a été jugé « fantaisiste » par la majorité des auteurs qui se sont livrés à un examen minutieux de ses dispositions. On peut alors voir dans cette « profession de foi » réitérée des rédacteurs un expédient visant à apaiser les mouvements religieux en vue de faciliter l'adoption du projet* »²³. Le maître d'œuvre du code, le juriste A. Sanhoury a lui-même fini par reconnaître, en 1962, qu'« *en réalité, le nouveau*

coïncider avec les mœurs, le droit devrait être conforme au fait », Ph. MALAURIE, cité par S. Jahel, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques arabes*, Op. cit., p. 200.

²¹ A. MEZHANI, *L'Etat inachevé. La question du droit dans les pays arabes*, Paris, Gallimard, 2011.

²² Les codes civils égyptien et koweïtien, à l'instar d'ailleurs de l'ensemble des codes civils des pays arabes, ne contiennent pas les règles relatives à la famille, entendue au sens large. En effet, s'agissant de l'institution du mariage, de la filiation et des successions, etc., les pays arabes ont entrepris une codification à part, en parallèle de la codification du code civil, qui porte le nom de statut personnel.

²³ H. AL-DABBAGH, « Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des États arabes du Moyen-Orient », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 43, n° 1-2, 2013, p. 402.

*Code civil égyptien est une représentation fidèle de la culture civiliste occidentale »²⁴. Cette affirmation s'applique totalement au code civil koweïtien. Cela prouve de manière éclatante que le droit de l'incapacité dans les pays arabes doit se traiter comme un droit positif et non pas comme un droit religieux, tout en admettant et en reconnaissant l'inspiration et les sources musulmanes qui irriguent ce dernier. Avec le droit arabe des incapacités, nous sommes face à ce que le juriste égyptien Chafik Chehata a appelé les « *survivances* » musulmanes dans la codification du droit civil égyptien. Des survivances qui donnent au code civil égyptien et donc au code koweïtien une configuration très proche de celle du code Napoléon. Cela dit, l'histoire n'est jamais loin. La conclusion de ce grand juriste est toujours d'actualité et continue de hanter les esprits 'réformateurs' : « *au point où l'on en est, la question se pose de savoir si appliquer le droit musulman dans ces limites peut être considéré comme une consécration du droit musulman, en tant que source formelle du droit positif égyptien. Nous avons établi que le juge n'est pas requis de rechercher dans les textes musulmans la solution même du litige qui lui est soumis. Mais il devra recourir aux ouvrages de droit musulman, à quelque école qu'ils appartiennent, pour déceler l'esprit général qui inspire les diverses solutions que l'on y trouve. Cet effort à faire amorcera un contact avec les sources traditionnelles du droit qui a régi le pays durant des siècles et des siècles. Et ainsi, au bout d'un certain temps, par la voie de la jurisprudence — aidée naturellement de la doctrine égyptienne moderne — se déclenchera une nouvelle réception du droit musulman. Le passé aura été retrouvé, et alors seulement il pourra être question d'édifier un droit puisant ses racines profondes dans l'ambiance sociale où il aura à être appliqué. Le droit musulman sera redevenu le droit vivant des pays qui l'ont vu naître et grandir »²⁵.**

9. La place de la Charia dans la constitution. Pour le Koweït, la Charia constitue, suivant l'article 2 de la Constitution, « *une source principale de la législation* » (art. 2 Constitution)²⁶. Pour l'Égypte, la formulation est quasi-identique, à la différence près, que la

²⁴ A. SANHOURY, « Al-qanun al-madani al-arabi », dans Articles et recherches par prof. Sanhoury, numéro spécial de la *Revue al-qanun wallqtisad* [en arabe], Le Caire, 1992, pp. 475 et 493, cité par H. Al-Dabbagh, « Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des États arabes du Moyen-Orient », *Op. cit.*, p. 402

²⁵ Ch. CHEHATA, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », *Op. cit.*, p. 853.

²⁶ Sur la constitution du Koweït : v. M. ABDEL LATIF, « La constitutionnalité de la loi sur la justice constitutionnelle au Koweït », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/1, n° 69, pp. 121-144 ; J.-Y. MOISSERON, N. BOURAS, « La nouvelle constitution égyptienne : contexte et avancées », *Magreb-Machreck*, 2015/1, n° 223, pp. 83-98 : « *L'une des questions les plus controversées dans l'élaboration des nouvelles Constitutions du monde arabe concerne la place de la religion. Une grande partie de la discussion recouvre l'articulation du pouvoir religieux et du pouvoir civil, le statut de la citoyenneté, l'égalité homme-femme et les valeurs morales et identitaires. Au croisement de représentations contradictoires qui mobilisent des forces sociales*

Charia est considérée, non pas comme une source mais LA source principale (art. 2 de la Constitution)²⁷. Il faut signaler dès l'abord que le terme 'principale' ne doit pas être reçu et compris dans sa charge littérale. L'interprétation minimaliste peut lui être appliquée et elle l'est dans la pratique²⁸. En dépit de cette différence, le résultat interprétatif au sein des deux États est quasiment semblable. Le narratif discursif est le même au sein des deux pays. C'est pourquoi, l'analyse que nous ferons, de manière cavalière à ce stade de la situation égyptienne, est parfaitement et correctement applicable à la situation koweïtienne. Afin de mieux saisir la place des normes religieuses au sein de la tapisserie normative positive, nous analyserons le travail interprétatif effectué par la Haute Cour constitutionnelle (HCC) égyptienne.

Rappelons ici que si la Constitution de 1971 (art. 2) consacrait la Charia comme une « source principale de la législation », son amendement de 1980 en a fait « la » source principale de cette dernière. Cette nouvelle version a conduit à introduire une nouvelle perspective interprétative. En effet, si l'article 2 antérieur à 1980 jouissait d'une valeur normative assez peu importante, sa portée allait connaître une fortune plus glorieuse. En effet, une décision de la Haute Cour constitutionnelle, en date du 4 mai 1985, a considéré que, désormais, s'impose « *au législateur lorsqu'il légifère, de recourir aux principes de la Charia islamique pour en tirer les règles d'organisation de la société* »²⁹. La nouvelle version de l'article 2 ouvrait la porte des tribunaux aux plaideurs pour contester la constitutionnalité des lois égyptiennes qui sont, d'après eux, en violation de la Charia. Sauf qu'accéder aux tribunaux *via* ce mécanisme n'est guère synonyme de réalisation d'une entreprise de déconstruction de l'ordre juridique égyptien, en particulier, du droit de la famille, à l'aune des prescriptions religieuses³⁰. En effet, « *dans cette décision, la Haute Cour constitutionnelle dénia par ailleurs aux principes de la loi islamique tout effet*

et politiques opposées, il est normal que cette question fasse l'objet de controverses à l'intérieur même des pays mais aussi dans les débats internationaux » (p. 86).

²⁷ Sur la constitution égyptienne : v. A. M. AFIFY, « La constitution égyptienne de 2014 : entre traditions et tendances révolutionnaires », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/1, n° 101, pp. 209-219.

²⁸ A. AMOR, « Constitutions et religion dans les Etats musulmans », dans *Constitutions et religions*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1994, p. 25 et s., spéc., pp. 65-66.

²⁹ HCC, 4 mai 1985, n° 20/1^e, Rec., vol. 3, p. 220 et s. « *Cela signifie que le pouvoir législatif, depuis la date d'entrée en vigueur de l'amendement à l'article 2 de la constitution, soit le 22 mai 1980, est tenu de veiller à ce que les lois nouvelles qu'il élabore ainsi que les amendements qu'il apporte aux lois antérieures à cette date soient conformes aux principes de la charia islamique, sans que pour autant elles ne portent atteinte aux règles et limites que les autres dispositions constitutionnelles imposent au législateur dans l'exercice de ses fonctions* ».

³⁰ En dépit d'un grand nombre de saisine de la Haute Cour constitutionnelle par les plaideurs égyptiens sur des points divers et variés, comme la compensation (*mut'a*) de la femme divorcée, le droit de garde des enfants, la pension alimentaire des enfants, la polygamie et le droit de demander le divorce, etc., voir sur ces différents exemples, l'ouvrage de N. BERNARD-MAUGIRON, *La politique à l'épreuve du judiciaire : la justice constitutionnelle en Egypte*, Bruxelles, Bruylant, CEDEJ, 2003, p. 352 et s.

direct immédiat dans l'ordre juridique égyptien. L'amendement est une injonction à l'adresse du législateur et non du juge. Il n'a pas fait des principes de la loi islamique des règles de droit positif immédiatement applicable par les tribunaux. Tant que le législateur n'est pas intervenu pour les reprendre dans un texte législatif, ils restent inopérants et le juge, en particulier, ne peut s'en prévaloir pour refuser d'appliquer un texte qu'il estimerait leur être contraire et lui substituer un principe tiré de la loi islamique »³¹.

A ce stade deux observations importantes méritent d'être soulignées. La première tient au fait que tout le droit antérieur à l'année 1980 (Code civil égyptien qui contient le droit de l'incapacité remonte à 1948) portant sur la protection des personnes vulnérables nécessitant une protection juridique ne peut se voir interroger quant à sa constitutionnalité. La seconde remarque tient au fait que, sur la totalité du contentieux que la Haute Cour constitutionnelle a eu à connaître, jusqu'à maintenant, l'on ne trouve pas trace d'affaires afférentes au droit de l'incapacité. Cela constitue, d'une certaine façon, une confirmation de notre analyse qui veut que le droit de la protection soit un droit de nature positive et non pas un droit religieux.

Nathalie Bernard-Maugiron attire l'attention du lecteur afin d'éviter le piège de croire que l'articulation entre le religieux et le politique engendre des effets systémiques. Ainsi, il est clair qu'« *en insérant une disposition constitutionnelle consacrant la valeur normative de la charia, les constituants ont souvent espéré contrebalancer la montée de l'opposition islamiste par la promotion d'un islam officiel : affirmant sa prépondérance sur le religieux, l'État définit la conformité à la loi islamique. La mobilisation des référents islamiques par les gouvernements en place constitue en fait bien souvent, un moyen pour eux de récupérer, d'instrumentaliser l'islam et d'éviter qu'il ne lui échappe* »³². Il en résulte, par conséquent, une relation faussée et qui nécessite une pesée réelle du poids de chaque référence (politique ou religieuse) dans la définition et l'élaboration de la norme juridique. Il ne faut, dès lors, pas succomber au nominalisme. Les termes et les idées qu'ils soutiennent ne doivent pas faire illusion. Le juriste

³¹ N. BERNARD-MAUGIRON, *La politique à l'épreuve du judiciaire : la justice constitutionnelle en Egypte*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 34.

³² N. BERNARD-MAUGIRON, « La place de la Charia dans la hiérarchie des normes », (ss. Dir. B. Dupret), dans *La Charia aujourd'hui. Usages de la référence en droit islamique*, Paris, La Découverte, 2012, p. 64. L'auteure souligne qu'« *alors que l'État moderne, libéral, repose sur la différenciation du politique et du religieux, c'est leur imbrication qu'on observe dans la majorité des pays musulmans. Mais cet attachement à la religion est souvent confiné au symbolique et se traduit peu sur le plan juridique ou politique, les mécanismes institutionnels restant modernes. Les références constitutionnelles visent souvent à se réapproprier le référent religieux pour renforcer la légitimité du régime, en affirmant son autorité et sa prépondérance. De même que la proclamation du caractère islamique de l'État n'entraîne pas l'application d'un « modèle islamique » d'organisation du pouvoir, il est rare que la référence à la valeur normative de la charia entraîne une influence réelle de cette dernière sur le droit positif national, hormis le droit de la famille* ».

est appelé à la plus grande vigilance. La référence à la norme islamique dans la constitution pourrait être reçue, par ailleurs, comme une forme de limite au pouvoir dans sa stratégie de fonctionnement et dans son déploiement. Et nous pourrions à l'aune de cette 'croyance', par exemple, établir toute une analyse et conduire une recherche en tentant de mesurer la place, le poids et l'effet de l'Islam sur l'exercice du pouvoir, tant en Egypte qu'au Koweït, et dans tout le monde arabe. Erreur grossière et préjudiciable pour la compréhension des relations qui se nouent entre les deux normes politique et religieuse. L'Islam ne constitue nullement un frein à l'exercice du pouvoir, et au pouvoir autoritaire, mais se révèle bel et bien comme un élément moteur et majeur d'amplification des prérogatives des dirigeants. En effet, il apparaît que « *dans les textes constitutionnels actuels du monde arabe, l'inscription de l'islam dans la constitution sert à renforcer le contrôle de l'État sur la société et non à le rendre politiquement responsable devant la loi islamique et donc à limiter son pouvoir. En invoquant l'islam, et en se prétendant gardiens des fondements de l'orthodoxie religieuse, les dirigeants politiques tentent d'asseoir leur autorité et d'écarter les risques de protestation pour leurs manquements à la démocratie. Les codes pénaux de ces pays comportent davantage de dispositions incriminant l'atteinte à la sûreté extérieure ou intérieure de l'État ou à des fonctionnaires ou institutions étatiques (ex. art. 112-276 du code pénal du Bahreïn) que de dispositions reprises du droit pénal islamique* »³³.

Il n'en demeure pas moins vrai que l'inscription du droit des incapacités dans les deux pays arabes dans le tissu religieux, à travers plusieurs dispositifs, comme celui, par exemple, de la figure du prodigue, interroge quant à la capacité de renouvellement du cadre juridique. Si les normes religieuses sont considérées comme immuables, inchangeables, alors pouvons-nous inférer que certains dispositifs ne sauraient connaître l'évolution escomptée ou l'évolution qui mènerait le droit arabe vers les standards des pays modernes ? La figure du prodigue, par exemple, est une figure visée expressément par le texte coranique. Evidemment, là également, l'interprétation littérale est à fortement nuancer, pour ne pas dire, bannir. La saisie du sens et des objectifs inscrits dans la trame coranique est un très vaste sujet. L'exemple du prodigue nous permet uniquement de montrer l'enchevêtrement et l'imbrication des ordres religieux et politico-juridiques qui, parfois, sont assez inextricables. La question du renouvellement du cadre normatif se révèle par conséquent ardue. La figure du prodigue est blâmable dans le Coran. Le prodigue est celui qui dépense au-delà du raisonnable au point de devenir

³³ N. BERNARD-MAUGIRON, « Islam et constitutionnalisme dans le monde arabe après les soulèvements de 2011 », *Société, droit et religion*, 2020/1 n° 10, p. 177.

dilapidateur. Et Dieu déclare que « les dilapidateurs sont les frères des démons. » (Sourate 17, *Al-Isrâ'*, Le Voyage nocturne, verset 27). Dans un autre verset, nous pouvons lire : « *Mangez et buvez mais ne prodiguez point ! Car Dieu n'aime pas les prodigues* » (Sourate 7, *Al-A'râf*, Les Limbes, verset 31). Nous pouvons également lire : « *Ne referme pas ton poing autour de ton cou par avarice, et ne donne pas non plus à pleines mains, si tu ne veux pas être blâmé ni éprouver des regrets* » (Sourate 17, *Al-Isrâ'*, Le Voyage nocturne, verset 29). La mise sous tutelle s'impose dès lors. Sauf que celle-ci ne saurait se perpétuer indéfiniment dans le temps, puisque Dieu dit que si le prodigue devient mature, alors, il faudra qu'il recouvre sa 'liberté' et donc, que la mise sous tutelle cesse. Il est, en effet, dit dans le verset que « *Si vous constatez qu'ils ont atteint la maturité, alors remettez-leur leurs biens.* » (Sourate 4, *An-Nisâ'*, Les Femmes, verset 6). Face à ces versets qui, au passage, inscrivent le prodigue sous tutelle dans quasiment toutes les législations des États du monde arabe, à quel (s) renouvellement(s) pouvons-nous nous attendre ?

Une lecture plus poussée de la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne permettra de démontrer que le droit de l'incapacité pourrait échapper aux prescriptions 'immuables' de la Charia et donc permettre d'aller vers des modifications et des transformations du cadre légal. Cette possibilité se dessine à travers le narratif juridictionnel de la Haute Cour constitutionnelle qui a introduit une distinction entre les principes de la Charia, et qui a donc introduit l'idée de la délimitation.

Dans le champ du droit musulman, cette distinction est apparue suite à une décision rendue le 15 mai 1993. A cette occasion, la Haute Cour constitutionnelle a établi une distinction entre les « principes islamiques absolus » et les principes « à valeur relative ». Les premiers « *sont immuables [alors] que les seconds varient dans le temps et dans l'espace* ». Cet important arrêt contient un considérant de principe, réitéré intégralement de manière récurrente par la suite dans toutes les autres décisions en lien avec l'article 2 de la Constitution. Ainsi, il existerait des principes absolus qui interdisent « *pour un texte législatif de contredire les règles de la charia dont l'origine et la signification sont absolus, ces règles étant les seules pour lesquelles le raisonnement interprétatif n'est pas autorisé. Incarnant les principes fondamentaux et les fondements fixes de la charia islamique, elles sont immuables et n'admettent aucune exégèse. Il est donc inconcevable que leur sens se modifie en fonction du*

temps et du lieu, dès lors qu'elles défient tout amendement et qu'il n'est pas permis de leur porter atteinte »³⁴.

Contrairement à ce corps de règles intangibles et immuables, la Haute Cour constitutionnelle oppose une autre catégorie de règles, qui elles, sont travaillées par la logique du relativisme. *« A l'opposé, existe des règles relatives que ce soit dans leur origine, dans leur signification, ou dans les deux. Le champ d'application dans l'effort interprétatif se limite à elles seules. Elles changent en fonction du temps et du lieu, afin de garantir leur souplesse et leur vitalité et de faire face aux événements quels qu'ils soient, en organisant les affaires des hommes (entendre individus) de manière à satisfaire leurs intérêts considérés comme légitimes. Pour autant, toutefois que cet effort interprétatif se produise dans le cadre des principes fondamentaux de la charia islamique, sans les outrepasser »³⁵.*

Ainsi, à la lumière de cette jurisprudence, il semble clair que l'évolution et la transformation du droit arabe des incapacités soient possibles et envisageables. Evidemment, l'interrogation demeure intacte quant aux raisons profondes qui poussent, voire contraignent, le législateur à remettre sur le métier un cadre juridique quelconque. En France, avant l'emballlement et la frénésie des modifications du cadre juridique survenus après la loi du 5 mars 2007, il faut relever le calme quasi-absolu qui régnait par le passé. La loi du 3 janvier 1968 avait pu fêter ses quarante années sans prendre une ride. Aucune retouche législative ou par voie d'ordonnance n'est venu troubler la quiétude d'une loi qui a créé tant d'habitudes et permit l'éclosion d'une jurisprudence florissante³⁶. Le vieillissement de la population en France a contraint néanmoins les pouvoirs publics à revoir le cadre normatif pour l'adapter aux nouvelles exigences. Le besoin sociétal a donné naissance à la loi de 2007³⁷. D'où l'intérêt de se pencher et de tenter

³⁴ Ibid, p. 349.

³⁵ HCC, 15 mai 1993, n° 7/8e, Rec., vol. 5, part. 2, p. 316.

³⁶ Il n'est pas inutile de souligner, qu'avant l'élaboration de la loi de 1968, le droit en vigueur en France était le Code Napoléon, dont on rappellera qu'il date de 1804. Plus d'un siècle et demi sépare les deux législations ! De cet exemple, il serait loisible d'inférer que l'écoulement du temps ne saurait s'élever contre l'idée de renouvellement du droit arabe des incapacités. Ce dernier n'est pas une citadelle imprenable. Sans conteste, la réforme adviendra un jour. S'agissant, en revanche, de la temporalité afférente à sa réalisation, il nous semble sage de ne point s'y aventurer, tant la visibilité relative aux réformes juridiques est obstruée par maintes éléments au sein des deux pays arabes. N'étant pas à l'ordre du jour, d'aucuns diront que la question de la réforme du droit des incapacités est renvoyée aux calendes grecques. C'est dire que même la conjecture n'est pas à portée de main ! Une certitude néanmoins : le droit prospectif a un bel avenir devant lui.

³⁷ Cette loi était tant attendue. En dépit de la mobilisation d'un grand nombre d'acteurs intéressés par la question de la vulnérabilité de la personne, et de la durée substantielle des travaux pour accoucher du texte, les critiques vis-à-vis de cette loi se sont révélées nombreuses. Le bien-fondé de la réforme a été de ce fait questionné., Voir J. J. LEMOULAND, « Faut-il à nouveau réformer le droit des majeurs protégés ? », *Protection des majeurs : bilan et perspectives. De la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?* G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg, I. Maria, (ss. dir.), LexisNexis, 2020, p. 69 et s. L'auteur met en exergue l'équilibre atteint par le législateur français quant à la conception et la production de cette réglementation. Un équilibre se traduisant

de sérier les contours des besoins au sein des sociétés égyptienne et koweïtienne quant à la protection des personnes vulnérables. D'où par ailleurs, l'utilité de croiser les approches scientifiques et d'ouvrir l'analyse à des recherches pluridisciplinaires. Il se pourrait, en effet, que le terme de léthargie dont certains affublent le droit arabe des incapacités, traduit un jugement hâtif et, par conséquent, erroné. Il est vrai que la règle de droit, à l'instar de tout élément construit, n'échappe guère à l'épreuve du temps, en vivant sous l'empire de la règle immuable de l'obsolescence programmée. Et à supposer que cette obsolescence puisse prendre le visage de la désuétude, il n'empêche que la problématique de l'efficacité et donc de la vitalité de la norme juridique demeure posée. L'existence de la règle est tributaire de l'objectif qu'elle sert. Tout changement d'objectif devrait induire un changement de la norme. La jurisprudence, seule, en dépit de son pouvoir, voire en-sus de son vouloir, ne saurait combler le vide qui inmanquablement se crée au fil du temps. Et l'écho du vide qui prévaut au sein des sociétés égyptienne et koweïtienne quant à la protection des personnes majeures est tel qu'il faudrait davantage parler de béance. Le droit arabe des incapacités semble en rupture avec les besoins et les évolutions constatés au sein des deux sociétés concernées. De manière abrupte, il est loisible d'affirmer que la protection exclusive du patrimoine, que reconnaît le droit arabe, n'est plus de saison. La protection de la personne, notamment de ses préférences et de ses usages, devient primordiale, voire capitale.

10. La place relative du droit. Notre propos sera aisément reçu par les juristes. Dans nos États modernes, les problématiques sociales et sociétales se résolvent, ou du moins, trouvent leur expression, par la voie légale. Il est, en effet, connu que plus une société se développe et que les relations sociales en son sein se multiplient, plus le droit se densifie. La réponse aux besoins relevés au sein des deux sociétés arabes ne pourrait dans la logique dominante, particulièrement dans la pensée des juristes, qu'emprunter le chemin d'une élaboration de nouvelles normes. Le raisonnement est implacable puisqu'il semble exempt d'erreurs grossières. Et pourtant, il est possible d'avancer une piste dont la primeur ne sera pas accordée au droit. Ainsi, « *s'il n'y avait pas de normes juridiques ou s'il y en avait moins, l'intuition des*

par le souci de maintenir un compromis entre plusieurs éléments, tout en apportant de manière incontestable des innovations. L'équilibre en question risque toutefois l'ébranlement, face aux assauts du Comité des Nations unies relatif aux droits des personnes handicapées. Ce Comité a livré, en effet, une appréciation assez négative de l'état du droit français de la protection, estimant que le fonctionnement du dit système avec plusieurs mesures substitutives signifie la violation des droits des personnes protégées, précisément, le non-respect de l'indispensable capacité juridique dont toute personne doit pouvoir jouir et exercer les prérogatives qui s'y attachent à celle-ci. C'est dire que, si le droit de la protection est un droit dynamique, il n'est sans conteste pas un droit au repos.

individus jouerait et une expérience se formerait par l'habituelle dialectique des tentatives et erreurs, des échecs et des réussites »³⁸.

Le renouvellement du cadre juridique du droit des incapacités en Egypte et au Koweït pourrait être, en constituant un laboratoire, une formidable occasion de réflexion sur les voies et les moyens les plus opportuns permettant de répondre aux attentes et besoins constatés. La solution habituelle, voire banale, d'une élaboration de nouvelles règles conduisant à une augmentation du volume normatif pourrait ne figurer qu'en second plan. Il ne serait pas hasardeux d'avancer l'hypothèse que des solutions idoines existent actuellement mais qu'elles sont tapies dans un magma de sources extra juridiques. Ainsi, comme le souligne l'avocate générale Anne Caron-Dégliise, *« il faut certainement ne pas vouloir à tout prix tout régir ou tout maîtriser, notamment parce que nous ne devons pas oublier qu'il existe des hypothèses de non-pénétration ou de maintien du droit dans les consciences alors que les textes sont abrogés. Il existe par ailleurs du non-droit et il est important de se souvenir que le droit, s'il est essentiel, n'est pas suffisant et n'est pas le seul moyen pour construire ou reconstruire une société. D'autres formes de régulation ou de rapports sont possibles, et parfois souhaitables pour laisser vivre l'interprétation et les questionnements qui font l'épaisseur de la vie et des situations, et à l'éthique »³⁹*. Reconnaissons-le toutefois immédiatement : en dépit de son caractère séduisant, la voie d'une recherche de la solution hors des sentiers battus de la règle de droit n'a pour l'instant aucune chance de fleurir et de s'épanouir dans le monde arabe⁴⁰.

La transformation du cadre juridique arabe devra certainement conduire à mieux juguler le prononcé des mesures de protection, et ce, afin de garantir l'objectif de la préservation de la capacité juridique. Il va sans dire que le changement législatif devra être d'ampleur, en visant l'ensemble des acteurs intervenant dans le dispositif. Des acteurs de la santé, aux autorités judiciaires, ainsi qu'aux périmètres légaux relatifs à l'intervention des professionnels dans la

³⁸ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 272.

³⁹ A. CARON-DEGLISE, « Conclusion et prospective », *Protection des majeurs : bilan et perspectives. De la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?* G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg, I. Maria, (ss. dir.), LexisNexis, 2020, p. 435.

⁴⁰ Le renouvellement du droit arabe des incapacités ne pourra en tout cas faire l'impasse sur les lacunes du droit processuel. Toute réforme devra, sans conteste, remédier à la situation qui prévaut actuellement, en comblant les vides qui sont autant d'éléments concourant à une grande insécurité juridique. Des éléments fort préjudiciables quant à la protection du patrimoine, aujourd'hui, et inacceptables, à l'avenir, lorsqu'il s'agira de la protection de la personne. Le traitement qu'il faudra réserver au droit processuel pourrait s'inscrire, dans un premier temps, dans la philosophie qui anime actuellement le droit français du « protéger sans diminuer », pour ce concept, voir, Th. FOSSIER, « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », *Deffrénois*, 2005, n° 1, pp. 3 à 34.

vie de la personne protégée, le droit nouveau, tant en Egypte qu'au Koweït devra trouver les ressources nécessaires pour faire advenir les équilibres opportuns. La tâche est titanesque et jonchée d'obstacles qui, pour certains, seront inexorablement dirimants. L'exemple de la France le prouve de manière éclatante. En dépit de la 'grande' réforme intervenue avec la loi de 2007, la réflexion relative à la privation de la capacité juridique demeure vivace. Les nombreuses réformes subséquentes à la loi de 2007 ne semblent pas, du moins pour l'heure, être parvenues à atteindre les résultats escomptés. Et c'est précisément sur le terrain de la réalisation des résultats que, tant en France actuellement qu'au sein des deux pays arabes demain, le bât blesse.

11. Problématique. En effet, l'interrogation qui anime la présente recherche est de tenter de sérier au plus près la signification et les sens du droit de la protection des majeurs vulnérables, et ce, à la lumière de la Convention internationale des droits des personnes handicapées.

Poser la problématique en ces termes pourrait laisser croire que la décision relative aux objectifs attendus de cette discipline et, par conséquent, aux moyens déployés n'est plus nécessairement du seul ressort des pouvoirs publics nationaux. La politique normative afférente à la protection de la personne vulnérable n'apparaîtrait plus comme relevant de la compétence souveraine et discrétionnaire des autorités domestiques.

Cette problématique, en dépit du conditionnel utilisé, traduit bel et bien, les contours d'une réalité devenue, aujourd'hui, difficile à traduire et à interpréter.

12. Hypothèse. Notre hypothèse est que la sphère nationale de l'État doit composer désormais avec la sphère internationale, précisément avec le Comité onusien relatif aux droits des personnes handicapées. Un comité chargé de livrer l'interprétation conforme de la Convention éponyme, dont les trois États étudiés ont ratifié le texte. Sauf que, ces composition et imbrication des deux sphères ne permettent pas, pour l'instant, de dessiner les contours d'une figure claire et stable de ce que pourra devenir, demain et à l'avenir, le droit de la protection des majeurs. C'est dire que, si les interactions entre les deux sphères sont réelles, l'image définitive de ce qui adviendra ne l'est guère. D'où les tâtonnements traduits par des modifications successives du cadre législatif en France, et des interrogations 'angoissées', et disons-le, guère enthousiastes. En définitive, notre hypothèse de recherche est de tenter de mettre en lumière les tensions qui se manifestent actuellement dans le droit de la protection, en exposant le dynamisme qui le traverse tout en démontrant que ce dynamisme n'a pas encore su trouver la direction idoine qu'il devra prendre.

Les États n'acceptent pas de se laisser 'dépouiller' d'une prérogative aussi capitale que la gestion des dispositifs de la protection des majeurs. Le vieillissement de la population en France, d'une part, le poids de la norme religieuse dans les deux pays arabes, d'autres part, renseignent sur le long 'combat' que se livrent les conceptions nationales et internationales de ce qu'est la protection.

Le droit comparé va ainsi servir à éclairer la route de notre cheminement et de notre réflexion. Le droit français, de par l'évolution de son dispositif et de ses nombreuses innovations, nous permettra des sauts dans le temps, afin de mesurer, à la fois, l'ampleur des transformations requises à l'avenir pour le droit arabe, mais aussi et surtout, de nous renseigner sur la pertinence du chemin emprunté. Le droit comparé n'apparaît pas dès lors comme un outil permettant que l'ordre juridique arabe puise dans les ressources et solutions élaborées en France. Nous serions, dans ce cas, face à une situation assez banale de mimétisme. Notre positionnement ne va guère dans cette direction.

13. Réception du droit français. La réception du droit français n'est manifestement plus une donnée d'évidence, comme elle l'a été naguère. L'accueil réservé de par le passé à cette technique d'élaboration de la réglementation par le juriste n'est plus à l'ordre du jour. Le passage du temps a permis aux États en développement (même sur le plan juridique) de maîtriser la 'conduite' de leurs politiques législatives de manière autonome. Le mimétisme semble s'inscrire dans les plis du passé. Son rôle historique semble avoir été épuisé. Les mécanismes de la transplantation normative n'ont plus cours, du moins, sous la figure ancienne qui faisait office de norme. En-sus de cette réalité, il faut aujourd'hui noter et relever l'effet extrêmement important qu'apporte le mouvement de la globalisation du droit. Ce mouvement, au-delà de son ambivalence et de ses effets délétères, a induit une forte relativisation des systèmes juridiques qui dominaient par le passé. Notre présente étude en portera témoignage quant à l'utilisation que nous ferons du droit comparé. Une utilisation qui ne s'inscrit pas d'emblée dans une recherche de la solution opportune dans le droit français pour la proposer comme remède aux insuffisances ou aux incohérences du droit arabe. De tels réflexes ont conduit, par le passé, à importer non pas un droit étranger, mais un droit étrange à la société accueillante. Aujourd'hui, le constat ne peut qu'être plus évident. Il suffit, dès lors, de se munir de la lucidité nécessaire afin d'éviter le piège redoutable consistant à croire que ce qui fonctionne sous un ciel quelconque fonctionnera de même sous un autre ciel. Le professeur Christian Larroumet met en garde le juriste quant à une interprétation erronée de la place des droits dits dominants, notamment, le droit français au sein du concert des nations. Il affirme

qu'« il est évident que le droit civil français n'était plus depuis un bon moment une source d'inspiration des codifications étrangères. Ce serait un aveuglement total de croire qu'il pourrait le redevenir. Ceux qui plaident pour l'attractivité du droit français afin de pousser le législateur à la réforme sont des passéistes. Le droit français n'est qu'un droit parmi d'autres. Il ne peut plus avoir la maîtrise de l'inspiration. En réalité toutes les codifications actuelles sont en concurrence [...]. Chacun peut puiser chez les autres les solutions sur tel ou tel point qui lui paraissent convenir pour moderniser sa législation ». D'où l'importance de s'interroger sur la pertinence d'une comparaison comme la nôtre aujourd'hui. Le professeur Larroumet poursuit en estimant que « le tort de beaucoup de juristes [français] est de croire que [le droit français] peut encore être l'exemple qui devrait être suivi par d'autres systèmes. C'est une illusion »⁴¹. Dans le même ouvrage, le professeur Philippe Delebecque souligne que « les pouvoirs publics ont justifié la récente réforme du droit des contrats par la nécessité de rendre 'plus attractif' le droit français. Par rapport à quoi ? On ne sait pas et on ne saura sans doute jamais. Peut-être, tout simplement parce que l'idée est fausse »⁴².

14. Annonce du plan. Ainsi, et à la lumière de ce qui précède, nous verrons, dans un premier temps, l'état des rapports convergents et divergents entre les trois droits (PARTIE I) et, dans un second temps, nous évaluerons les potentialités et les limites relatives au renouvellement du droit de la protection (PARTIE II). La première partie décrit l'état actuel de la normativité et la seconde aura pour objectif de mesurer les tensions qui prévalent et de tenter de dessiner les contours du droit à venir.

⁴¹ Ch. LARROUMET, « Le mythe de l'attractivité du droit civil français », *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 365 et s.

⁴² Ph. DELEBECQUE, « L'attractivité du droit français : un mot d'ordre dépourvu de sens », *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019.

PARTIE I : Les approches de la protection

15. Diversité des interrogations. Le droit de l'incapacité est présent dans les trois ordres juridiques. Il constitue un chapitre fort important, à la fois, en tant que branche juridique qu'en tant que politique législative. Le professeur Philippe Malaurie qualifie cette branche d'« *honneur du droit* »⁴³. En effet, au-delà de la technique juridique, il est loisible d'affirmer, comme beaucoup, que le droit de l'incapacité est mû par une finalité première, à savoir la protection de la personne vulnérable. Dire cela engendre, de façon soudaine, un questionnement : qu'entend-on par vulnérabilité ? Car les conceptions sont assez divergentes. Et c'est à l'aune de ces conceptions que se constituent des logiques diverses. Le prodigue est l'exemple patent. Il est toujours soumis à une mesure de protection dans les droits koweïtien et égyptien, mais encore plus dans le droit français. La vulnérabilité reste, en effet, une question majeure et assez difficile à résoudre. Les références là concernant sont nombreuses⁴⁴. Elle est, toutefois, l'outil qui permettra de mettre en exergue, à la fois, la convergence des trois droits (TITRE I) et la divergence de ces derniers (TITRE II)⁴⁵.

TITRE I : La convergence des droits

La convergence des trois droits se manifeste, tout d'abord, dans le régime juridique de la protection (CHAPITRE I). Il s'agit de saisir la façon commune de la logique normative afférente à la protection, et donc, la logique qui anime le fonctionnement des différentes techniques juridiques. En effet, le droit de l'incapacité est toujours analysé comme une atteinte aux libertés fondamentales, d'où l'extrême importance de trouver l'équilibre entre cette atteinte et l'intérêt de la personne qui doit demeurer le cap de toute mesure. Cette convergence s'illustre davantage et de manière plus éclatante sur l'aspect patrimonial (CHAPITRE II). En dépit des

⁴³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 11^e édition, LGDJ, 2020, p. 274.

⁴⁴ La littérature sur la vulnérabilité est immense. Nous citerons au fur et à mesure les assertions adéquates. [...] *les enfants, les étrangers placés en zone de détention, les majeurs protégés, les emprunteurs adhérents à une assurance de groupe, toutes les personnes prises en qualité d'assurés sociaux, les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle, les particuliers surendettés, les parties qui sont locataires de leur logement principal, les investisseurs, les emprunteurs et les cautions profanes, les professionnels en situation de dépendance économique, les personnes âgées ou celles dont la santé est altérée, les salariés précaires, les stagiaires, les personnes physiquement et psychologiquement faibles, les « nouveaux esclaves »*, voir X. LAGARDE, Avant-propos au rapport annuel de la Cour de cassation de 2009, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, 2009, p. 57.

⁴⁵ C'est par commodité que nous usons, ici, du singulier. En réalité, les configurations sont diverses entre les points communs et les points de divergence, à la fois, entre le droit français et les droits arabes, mais aussi entre les deux droits arabes.

différences entre certaines catégories et techniques, nous verrons que la finalité est commune et que le législateur des trois pays vise, essentiellement, la sauvegarde du patrimoine de la personne et, par incidence, la protection du patrimoine de sa famille.

CHAPITRE I : La pluralité du dispositif de la protection

Appréhender la protection juridique de la personne vulnérable passe, tout d'abord, par l'exposé des régimes existants au sein des trois droits. Le trait saillant méritant d'être relevé est la diversité de ces régimes (SECTION 1). Cette diversité traduit, *in fine*, des orientations semblables dans l'objectif à atteindre mais assez décalées en ce qui concerne les moyens déployés. Car la configuration normative des deux droits arabes et du droit français épouse une historicité à la fois commune et diverse. C'est cela qui conduit à l'existence de régimes de protection partageant un certain nombre de points communs. La saisie de la notion de protection se déploie, par ailleurs, sur le terrain procédural (SECTION 2). Et nous verrons que les trois droits, chacun avec leur propre sensibilité, offrent des garanties et posent des garde-fous afin de préserver au mieux l'intérêt de la personne vulnérable.

SECTION 1 : La diversité des régimes de protection

16. L'exposition de la diversité. Les trois ordres juridiques présentent une panoplie de mesures protectrices au bénéfice de la personne atteinte dans ses facultés mentales et/ou corporelles, l'empêchant d'exprimer sa volonté. L'objectif afférent de ces différentes mesures de protection est d'éviter la conclusion d'actes juridiques qui seraient préjudiciables à la personne vulnérable, mais aussi aux tiers parce que la personne vulnérable n'est pas seule sur la scène juridique. Elle est en relation avec d'autres personnes qui peuvent, au demeurant, tirer profit de la vulnérabilité. C'est dire, l'indispensable équilibre que doit instaurer le législateur. A ce stade, il est toutefois important de souligner que les différents régimes protecteurs des trois droits sont essentiellement l'œuvre de l'histoire. Une histoire qui remonte au droit romain pour le droit français (PARAGRAPHE 1) et une histoire qui plonge ses racines dans le droit musulman ancien pour les deux droits arabes (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : Les configurations normatives

En droit français, au vu de la diversité des mesures protectrices de la personne majeure vulnérable, il est préférable, dans un premier temps (A), d'en brosser le portrait. Le droit arabe présente, quant à lui, les traits que recouvrait le droit français antérieur. Sa présentation, dans

un second temps, se justifie précisément par le fait qu'il est, dans sa version positive, postérieur au droit français (B). Nous verrons, néanmoins, qu'il est impératif de procéder à certaines distinctions entre les droits égyptien et koweïtien, du fait du décalage temporel dans la promulgation des deux codes civils. Le droit koweïtien, en dépit de sa ressemblance fort profonde, voire troublante avec le droit égyptien, semble, toutefois, avoir pris certaines institutions juridiques afférentes au droit français issu de la loi de 1968.

A. Les mesures du droit français

17. Présentation. Il est loisible de suivre une partie de la doctrine française dans la catégorisation des mesures de protection. Du fait que la mesure de sauvegarde de justice soit une mesure qui porte ses effets a posteriori (1°), nous procéderons, dans un premier temps, à sa présentation. En revanche, lorsque l'altération des facultés personnelles est plus ample et plus profonde, la protection ne saurait intervenir a posteriori et ne saurait donc viser certains actes. Le législateur prévoit une organisation d'ensemble du patrimoine, l'objectif étant de viser l'ensemble des actes (2°). C'est pourquoi, nous présenterons, dans un second temps, la mesure de la curatelle et celle de la tutelle.

1° La protection inorganisée

18. La sauvegarde de justice. La sauvegarde de justice est l'une des innovations de la loi du 3 janvier 1968. Elle a été reprise par la loi du 5 mars 2007. Elle est abordée aux articles 433 à 439 du Code civil. La sauvegarde de justice n'altère pas, en principe, la capacité juridique du majeur protégé. La sauvegarde de justice permet d'assurer un minimum de protection, dans l'attente, éventuellement, du prononcé d'une mesure plus forte (curatelle ou tutelle), ou de ménager une période de transition par rapport à une mesure lourde, dans l'objectif d'un complet retour à la normale.

19. La portée. La sauvegarde de justice n'emporte par conséquent, en principe, ni assistance, ni représentation. Le « *sauvegardé* » n'est ni un incapable, ni un semi-incapable. C'est un « capable *diminué* »⁴⁶. Ainsi, la sauvegarde de justice ouvre l'action en réduction ou en rescision pour lésion.

La loi de 1968, comme celle de 2007, offre deux voies procédurales pour le placement sous cette mesure.

⁴⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Op. cit.*, p. 359.

L'article 491 (anc) énonçait que le placement sous sauvegarde de justice se faisait « *pour l'une des causes prévues à l'article 490* »⁴⁷, dès l'instant que la personne a « *besoin d'être protégée dans les actes de la vie civile* ». Le premier alinéa de ce dernier article prévoyait, ensuite, le placement soit sur déclaration médicale, soit sur décision du juge des tutelles lorsqu'il est « *saisi d'une procédure de tutelle ou de curatelle* ».

Les articles 491, 491-1 et 491-1, al.2 permettaient d'embrasser trois situations. Les deux premières concernaient des personnes avec un besoin de protection mais sans que leur état nécessitât une assistance ou représentation. La dernière visait des personnes dont l'altération des facultés était grave, profonde et durable. La situation de ces personnes renvoyait, en réalité, à une mesure de curatelle, voire de tutelle. Par conséquent, la sauvegarde de justice était une mesure provisoire dans l'attente de l'ouverture d'une mesure plus énergique.

La loi de 2007 reprend la philosophie de la loi de 1968. Elle apporte néanmoins quelques changements.

L'ouverture d'une décision de justice se réalise *via* une décision judiciaire ou une déclaration médicale.

20. Placement judiciaire. Ce type de placement est prévu à l'article 433 du Code civil, lorsque la personne est dans l'impossibilité de pourvoir à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles l'empêchant d'exprimer sa volonté (C. civ., art. 425) et lorsqu'elle « *a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés* ». Le juge peut alors décider de la placer sous sauvegarde de justice. Par ailleurs, l'alinéa 2 de ce même article (433) prévoit que « *cette mesure peut aussi être prononcée par le juge, saisi d'une procédure de curatelle ou de tutelle, pour la durée de l'instance* ». Ce second alinéa reprend l'hypothèse que connaissait l'article 491-1, alinéa 2 du placement provisoire sous sauvegarde de justice, en vue d'une inscription dans le cadre d'une procédure de curatelle ou de tutelle. En effet, face à une situation présentant une altération profonde des facultés mentales ou corporelles de la personne qui serait, à cet égard, susceptible de conclure des actes préjudiciables, une mesure de curatelle ou de tutelle s'impose. Ainsi, apparaît « *à titre conservatoire en quelques sorte, pour parer au plus pressé* »,

⁴⁷Article 490 (anc) : « *Lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus aux chapitres suivants. Les mêmes régimes de protection sont applicables à l'altération des facultés corporelles, si elle empêche l'expression de la volonté. L'altération des facultés mentales ou corporelles doit être médicalement établie* ».

l'opportunité pour le juge de placer le majeur sous une mesure de sauvegarde de justice⁴⁸.

L'alinéa premier de l'article 433 du Code civil permet, néanmoins, indépendamment de toute procédure de curatelle ou de tutelle, de placer une personne sous sauvegarde de justice. Cette hypothèse est déjà prévue à l'article 491 issu de la loi de 1968. La formulation du texte est cependant différente, et ce, pour deux raisons.

La première, tient au fait que le législateur de 2007 a explicitement restreint le domaine de la sauvegarde de justice. En effet, désormais, cette mesure est tributaire de la durée qui ne peut être que « *temporaire* ».

La seconde tient au besoin de la personne « *d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés* ». Cette hypothèse est nouvelle. En effet, par le passé, dans le cadre de la sauvegarde de justice, la loi prévoyait la possibilité d'une désignation d'un mandataire judiciaire pour effectuer des actes devenus nécessaires. La loi du 5 mars 2007 a élargi le champ d'application de la mesure. Désormais, en dépit de la persistance de la capacité juridique, la personne sous sauvegarde de justice voit sa protection embrasser les actes les plus importants, notamment patrimoniaux. C'est ce maintien de la capacité juridique, et donc l'existence de l'aptitude dans la vie quotidienne, qui révèle le caractère tout à fait opportun de la mesure de sauvegarde de justice et délégitime la curatelle ou la tutelle. En revanche, l'importance et la gravité de certains actes épousent parfaitement la protection du « *sauvegardé* ».

Il y a, dès lors, parfois, un lien entre la mesure de sauvegarde de justice et la curatelle et la tutelle ou, parfois, aucun. En revanche, il importe de souligner qu'« *il n'existe pas de différence conceptuelle entre ces notions : on ne peut opposer la protection ni à la représentation ni au conseil ; ce qui est en cause est une différence de degrés dans le besoin de protection. Apparaît ici, comme à d'autres occasions, le caractère nuancé que prend maintenant la protection des personnes majeures vulnérables* »⁴⁹.

La demande de placement sous sauvegarde de justice est présentée au juge des tutelles, soit par

⁴⁸ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, 8^e édition, Paris, Dalloz, « Coll. Précis », 2012, p. 717. Lorsque la personne est placée sous sauvegarde de justice en application de l'article 433, cette décision « *est notifiée au requérant et au majeur protégé et est transmise au procureur de la République* » (article 1249 du Code de procédure civile). Ce placement est insusceptible de recours conformément à l'article 1249 alinéa 2 C.pr. civ. Cette règle est rappelée dans Civ. 1^{re}, 16 juin 2011, n° 10-21.036, NP- Civ. 1^{re}, 29 juin 2011, n° 10-18.960, P I, n° 134, *Dr. fam.* 2011. Comm. 135, obs. I. MARIA ; *RLDC* 2011, n° 86, p. 41. Cette règle est également valable lorsque le juge place la personne d'office pour la durée de la sauvegarde v. Civ. 1^{re}, 30 nov. 1983, n° 83-14.712, P I, n° 285 ; *Gaz. Pal.* 1984. 431, note J.M.- - Civ.1^{re}, 23 févr. 2011, n° 09-72.039, NP ; *RTC civ.* 2011. 324, obs, J. HAUSER ; D. 2011. 2501, obs. D. NOGUERO – v. Aussi : Civ. 1^{re}, 10 févr. 2016, n° 15-13.019, NP ; D. 2016. 1523, obs. D. NOGUERO (l'absence d'audition du majeur vulnérable ne saurait autoriser à revenir sur l'ouverture de la sauvegarde).

⁴⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Op. cit.*, p. 360.

la personne qu'il y a lieu de protéger, soit par son conjoint, le partenaire avec lequel elle a conclu un PACS ou son concubin, à condition qu'il y ait toujours vie commune, soit par un parent ou un allié, soit par une personne entretenant avec elle des liens étroits et stables. Enfin, la demande du placement est ouverte à la personne qui exerce déjà, au profit de l'intéressée, une mesure de protection juridique. « *Elle peut être également présentée par le procureur de la République soit d'office, soit à la demande d'un tiers* » indique l'article 430, alinéa 2 du Code civil.

Le problème de l'audition du majeur est traité à l'alinéa 3 de l'article 433 du Code civil. Le juge a l'obligation de l'entendre. L'exception est constituée par la situation d'urgence, l'audition est donc renvoyée « *dans les meilleurs délais* », sauf s'il y a risque médical ou inaptitude du majeur à exprimer sa volonté.

21. Placement médical. Le placement sous sauvegarde de justice peut également résulter, suivant l'article 434 C. civ., d'une « *déclaration faite au procureur de la République dans les conditions prévues par l'article L 3211-6 du Code de la santé publique* ».

Ce type de placement découle, « *le plus souvent* », d'une déclaration « *même verbale* » du médecin effectuée auprès du procureur de la République, lorsqu'il constate qu'une personne à laquelle il prodigue des soins est dans la nécessité de recevoir une protection dans les actes de sa vie civile du fait de l'altération de ses facultés. La doctrine rappelle que « *la Chancellerie avait envisagé la suppression de cette sauvegarde dite médicale, mais y a renoncé sur les instances du groupe de travail, car elle permet des actes conservatoires et même parfois une gestion d'affaires salubre* »⁵⁰. Signalons, toutefois, que la sauvegarde judiciaire prononcée par le juge vient en premier. Le législateur de 2007 a relégué la sauvegarde médicale à la seconde place.

Cette sauvegarde médicale s'envisage sous l'empire de l'article L. 3211-6 du Code de la santé publique sous deux hypothèses : une déclaration médicale obligatoire ou une déclaration médicale facultative.

La déclaration est obligatoire dans la situation où la personne se trouve dans un établissement de santé et y reçoit des soins psychiatriques. Le médecin est ici « *tenu* » de faire une déclaration au procureur de la République. Cette déclaration seule, non accompagnée et confirmée par une

⁵⁰ I. MARIA, *Droit de la famille*, 8^e édition, Paris, Dalloz.

autre déclaration d'un psychiatre, suffit parce qu'elle émane d'un médecin indépendant de la famille. Elle doit, bien évidemment, correspondre à la situation d'une personne se trouvant dans un des cas d'ouverture à un régime de protection.

En revanche, la déclaration est facultative dans la situation où le malade est soigné à domicile. La constatation du médecin soignant la personne déclare qu'elle a besoin du fait de l'une des causes citées à l'article 425 du Code civil d'être protégée dans les actes de la vie civile, le médecin « peut » adresser sa déclaration au procureur de la République. Ici, le médecin « *décide en conscience* ». Néanmoins, cette déclaration doit être accompagnée de l'avis conforme d'un psychiatre. L'objectif de ce double contrôle est de pallier l'éventuelle inexpérience du médecin qui n'est pas forcément un spécialiste et d'« *éviter toute collusion* » entre ce dernier et la famille⁵¹. La forme de la déclaration importe peu. Aucune spécificité n'est exigée. Toutefois, cela ne se fait pas sans difficulté, notamment en matière de détermination de la date d'ouverture de la mesure. Autrement dit, la date à laquelle les effets de la sauvegarde commencent semble délicate à déterminer. Aucun texte, que ce soit dans le Code civil ou dans la procédure civile, ne mentionne le point de départ. La question a été discutée par la doctrine. Il est loisible de dire qu'aujourd'hui, la solution qui s'impose est de considérer que la sauvegarde prend effet dès la décision de justice ou dès la déclaration médicale. Cela se justifie d'autant plus que la bonne ou la mauvaise foi sont prises en compte par les textes qui encadrent les actions en rescision pour lésion et réduction pour excès.

22. L'intervention du procureur. Le procureur de la République transmet, à des fins d'information, cette déclaration au Directeur départemental de l'action sanitaire et sociale. Le procureur de la République reçoit la déclaration médicale, prévue par l'article L 3211-6 du Code de la santé publique ou la décision du juge des tutelles prévues à l'article 1249 et « *les mentionne sur un répertoire spécialement tenu à cet effet* » (article 1251 du Code de procédure civile).

2° La protection organisée

23. Les protections substantielles. Le traitement sous l'empire antérieur à la loi du 5 mars 2007 s'opérait de façon séparée. Désormais, ce traitement de la curatelle et celui de la tutelle

⁵¹ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Op. cit.*, p. 629.

sont associés. Le législateur les envisage dans une seule section. Elles font ainsi l'objet de nombreuses dispositions communes.

24. Le droit antérieur. Par ailleurs, le droit antérieur semblait manifester plus d'importance à la tutelle qu'à la curatelle. En effet, la tutelle était le droit commun de la protection des majeurs. La protection pourvue était la plus étendue et la plus complète. En revanche, la curatelle était destinée uniquement lors d'« *incapacités accidentelles* ». Elle s'appliquait, par exemple, pour le fou, et ce, uniquement durant ses périodes de crises. Ainsi, « *la survenance de la lucidité le rendant capable et, de plein droit et éteignait les pouvoirs du curateur* »⁵². En dépit de l'importance conférée par la loi de 1968 et, plus encore par celle de 2007 à la curatelle, la rendant une véritable protection, la pratique révèle une utilisation plus prononcée pour la tutelle. Le modèle demeure, sans conteste, la tutelle. Au demeurant, le législateur, tant en 2007 qu'en 2019, poursuit dans l'appellation du juge des tutelles et non des curatelles⁵³. Du fait d'être soumises à des règles communes (a), la curatelle et la tutelle laissent apparaître maints points de similitudes, essentiellement dans leur organisation. Il faudra, toutefois, mettre en exergue les règles spécifiques qui régissent chacun des deux régimes (b).

a) Les règles communes

25. Une protection longue. Le point fondamental réunissant les deux régimes est la permanence de la protection qu'ils charrient. Lorsque le majeur présente une insuffisance dans ses facultés et de façon durable, il est impératif de le soumettre à un régime plus élaboré et plus dense.

26. Différences entre curatelle et tutelle. Néanmoins, il importe de souligner ce qui sépare conceptuellement la curatelle de la tutelle. L'article 440 du Code civil permet de saisir les divergences entre les deux régimes. Il indique que la personne qui a besoin « *d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle* » (al. 1^{er}). En revanche, la personne qui « *doit être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile, peut être placée en tutelle* » (al. 2). Ainsi, la curatelle s'inscrit dans le régime de l'assistance, alors que la tutelle est celle de la représentation

⁵² Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 2020, Op. cit., p. 369.

⁵³ Le professeur Philippe MALAURIE considère que « *l'histoire l'a emporté sur les illusions du modernisme linguistique* », Op. cit., p. 370.

Les étapes procédurales, tant en ce qui concerne le choix, la désignation et le remplacement des organes protecteurs, obéissent à des modalités similaires. L'information à l'égard du majeur protégé est aussi une obligation que l'on retrouve sous les deux régimes. La question de la durée des mesures initiales et de leur renouvellement a connu une amélioration significative depuis la loi de 2007. Sous l'empire du droit antérieur, c'était la porte ouverte à l'indétermination de la période de protection. C'est ce qui prévaut actuellement encore au sein des deux droits arabes. C'est l'opposabilité du jugement qui est ici en jeu⁵⁴. Enfin, la publicité du jugement de la curatelle et de la tutelle est obligatoire, puisqu'inscrite en marge de l'acte de naissance du majeur protégé.

b) Les règles spécifiques

&) La curatelle

27. Le régime de l'assistance. La caractéristique de la curatelle est l'assistance. Le majeur vulnérable procède aux actes importants de la vie civile accompagné et aidé par la personne chargée de la protection, à savoir le curateur. Ce dernier « *ne peut se substituer à la personne qu'il protège pour agir en son nom* » indique l'article 469, alinéa 1^{er} du Code civil. Il n'est pas, de ce fait, considéré comme un administrateur du patrimoine de la personne protégée. « *Il ne dispose* [souligne la professeure Annick Batteur] *que d'un pouvoir de veto* »⁵⁵. L'article 467, alinéa 2 C. civ. explicite la portée de l'assistance en disposant que « *lors de la conclusion d'un acte écrit, l'assistance du curateur se manifeste par l'apposition de sa signature à côté de celle de la personne protégée* ». Le rôle du curateur est également d'apporter conseil au majeur protégé avant la conclusion de l'acte. C'est pourquoi, il paraît improbable de considérer, notamment au vu de la rédaction de l'alinéa 3 de l'article 467 C. civ., qu'une autorisation par avance du curateur soit juridiquement valable⁵⁶. Cela prouve l'indispensable saisie et maîtrise du champ opératoire du rôle du curateur. La transformation à travers le temps du champ de ce dernier n'était pas linéaire. Si aujourd'hui, en effet, le rôle du curateur est essentiellement, mais guère exclusivement, d'autoriser ou d'interdire des actes juridiques, à travers son assistance, qui se manifeste d'ailleurs par l'apposition de sa signature à côté de celle du majeur protégé, il

⁵⁴ Le traitement de ces points d'ordre procédural est effectué au Paragraphe 2, Section 1, Chapitre I, Titre I, Partie I. L'analyse de ces points ne peut se faire que sous la lumière du droit comparé entre les trois droits, et ce, dans l'objectif de mettre en exergue l'action des organes de protection et, surtout, la place et la portée réservées à la protection du majeur vulnérable.

⁵⁵ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 10^e éd., LGDJ, 2019, p. 583.

⁵⁶ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1469. En vertu de l'expression « *lors de la conclusion* », il est clair que, contrairement à ce qui prévalait par le passé, la présence « physique » du curateur est désormais obligatoire.

en était différemment sous la loi de 1968. Par le passé, en effet, le curateur avait ainsi pour mission d'« *enseigner la maîtrise de soi à un prodigue, la désintoxication à un alcoolique et à un drogué, etc.* ». Aujourd'hui, l'affleurement du concept de l'accompagnement vient, à la fois, enrichir, complexifier et brouiller la délimitation de l'assistance. C'est dire que les termes de la stabilisation du corpus juridique afférent à la protection juridique des personnes majeures vulnérables sont encore en discussion. C'est ce qui justifie toute l'analyse de la seconde partie de cette recherche.

28. Les actes en curatelle. Le principe sous la mesure de la curatelle demeure que les actes juridiques, pour lesquels une assistance est obligatoire, sont les actes les plus graves, à savoir les actes de disposition⁵⁷. C'est ce que dispose l'alinéa premier de l'article 467 du Code civil : « *la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille* ». Ce principe connaît des exceptions, notamment lorsque le juge décide d'ordonner une curatelle renforcée⁵⁸. Le curateur peut dans ce cadre percevoir les revenus du curatelaire (art. 464, al. 1^{er})⁵⁹. L'assistance se transforme de ce fait en une représentation. Celle-ci se traduit également face à la passivité, voire l'ineffectivité du majeur protégé. Le curateur « *peut, s'il constate que la personne en curatelle compromet gravement ses intérêts, saisir le juge pour être autorisé à accomplir seul*

⁵⁷ Il serait inexact d'inférer toutefois que les actes graves sont, par définition, les actes de disposition. En effet, la comparaison entre les alinéas 5 et 45 de l'article 454 et l'alinéa 6 le prouve aisément. Il est loisible de suivre la doctrine lorsqu'elle admet que les actes graves sont des actes qui ne relèvent pas d'une gestion courante.

⁵⁸ Dans ce cas, le majeur protégé est assisté pour certains actes d'administration, qui sont énumérés par le juge. Ce type de curatelle est très fréquemment utilisé. C'est ici l'application de l'article 472 du Code civil qui dispose que le juge « *peut, à tout moment, ordonner une curatelle renforcée* ». Du point de vue de la gestion des biens, cette curatelle se rapproche de la tutelle. La confusion entre les deux régimes est ainsi souvent commise. Au demeurant, certaines règles afférentes à la tutelle s'appliquent à la curatelle renforcée : obligation pour le protecteur d'établir un inventaire, de vérifier et d'approuver les comptes. L'ouverture d'une curatelle renforcée n'est pas tributaire de conditions spécifiques apportées par l'article 472 du Code civil. Cela relève du pouvoir souverain du juge. Dans le cadre de la curatelle renforcée, le curateur est dans l'obligation de rendre compte de sa gestion. Toutefois, depuis la loi du 23 mars 2019, lorsqu'il y a plusieurs curateurs (co-curateurs, ou présence d'un subrogé-curateur), le contrôle des comptes ne passe plus par le greffe. L'approbation des comptes est effectuée par les organes de la mesure de protection (C. civ., art. 512, al. 1^{er}). Et, « *par dérogation au premier alinéa du présent article, lorsque l'importance et la composition du patrimoine de la personne protégée le justifient, le juge désigne, dès réception de l'inventaire du budget prévisionnel, un professionnel qualifié chargé de la vérification et de l'approbation des comptes dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Le juge fixe dans sa décision les modalités selon lesquelles le tuteur (ou le curateur dans la curatelle renforcée) soumet à ce professionnel le compte de gestion, accompagné des pièces justificatives, en vue de ces opérations* ». (C. civ., art. 512, al. 2) (souligné par nous). L'entrée en vigueur des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 512 du Code civil sera fixée par décret qui devra intervenir au plus tard le 31 décembre 2023 (L. 23 mars 2019, art. 30). Les inconvénients de la curatelle renforcée doivent être présents à l'esprit. En effet, il est souligné que cette mesure « *a souvent pour objet des vieillards dont elle aggrave le sentiment de dépendance, l'ennui et par conséquent la décrépitude* », Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Op. cit.*, p. 386.

⁵⁹ La curatelle renforcée est largement utilisée par le juge des tutelles. Dans le cas de l'incapacité de la perception des revenus, le juge est tenu à une motivation dense afin d'expliquer les raisons qui plaident pour une curatelle renforcée. Les décisions insuffisamment motivées sont censurées par la Cour de cassation. Il n'en demeure pas moins que la pratique laisse apparaître des motifs succincts justifiant l'ouverture d'une curatelle renforcée.

un acte déterminé ou provoquer l'ouverture de la tutelle »⁶⁰. Il est aisé de relever la flexibilité qui caractérise, ainsi, le droit de la protection des majeurs. Et, c'est dans cette veine que s'inscrit l'article 471 du Code civil qui dispose qu'« *à tout moment, le juge peut, par dérogation à l'article 467, énumérer certains actes que la personne en curatelle a la capacité de faire seule ou, à l'inverse, ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée* ». Cet article « *permet de mieux adapter la règle de droit à la situation de fait, de tenir compte de l'état de santé du majeur protégé ou des nécessités particulières de la gestion des biens. Mais le juge devra veiller à rester dans un système d'assistance et à ne pas transformer la curatelle en régime de représentation* »⁶¹.

29. Le subrogé curateur. En cas de nécessité, le juge a la possibilité de désigner un subrogé curateur. Ce pouvoir lui est reconnu par l'article 454, alinéa 1^{er} du Code civil. Ainsi, « *les conflits familiaux peuvent justifier que soit nommé, au côté du curateur en place, un subrogé curateur* »⁶². La constitution de cet organe secondaire est, par conséquent, facultative. Elle est tributaire de l'appréciation du tribunal. En revanche, dans le cas où cette nécessité s'impose, le juge est tenu au respect, quant au choix du subrogé curateur, des obligations contenues au sein des alinéas 2 et 3 de l'article 454 C. civ. L'alinéa 2 traduit le principe de la préférence familiale. Il est indiqué que « *si le curateur [...] est parent ou allié de la personne protégée dans une branche, le subrogé curateur [...] est choisi, dans la mesure du possible, dans l'autre branche* ». En cas d'impossibilité, c'est-à-dire, face à une défaillance familiale, c'est un « *mandataire judiciaire à la protection des majeurs inscrit sur la liste prévue à l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles [qui pourra] être désigné* »⁶³. Les missions confiées au subrogé curateur sont diverses. La première d'entre-elles est la surveillance. Il surveille « *les actes passés par le curateur* » et est dans l'obligation d'informer « *sans délai le juge s'il constate des fautes dans l'exercice de sa mission* » (art. 454, al. 4). La seconde est la suppléance du curateur lorsque les intérêts de ce dernier sont en oppositions avec ceux du curatelaire (art. 454, al. 5), ou lorsqu'il est dans l'incapacité de lui « *apporter son assistance ou agir pour son compte en raison des limitations de sa mission* » (art. 454, al. 5). A cet égard, relevons que, si la première hypothèse est aisément compréhensible, « *la seconde est [en revanche] plus mystérieuse* ». On s'interroge, avec une partie de la doctrine, sur le fait de savoir « *comment, la*

⁶⁰ Soulignons ici que la première possibilité est l'œuvre de la loi de 2007. Elle était inconnue sous l'empire du droit antérieur.

⁶¹ I. MARIA, *Droit de la famille*, Op. cit., p. 1571.

⁶² I. MARIA, *Droit de la famille*, Op. cit., p. 1570.

⁶³ Concernant la désignation et le rôle du mandataire judiciaire à la protection des majeurs, voir Chapitre I, Section II.

mission du curateur pourrait être limitée si la capacité du majeur n'est pas, parallèlement étendue ». Par ailleurs, « *on ne voit pas bien, alors, pourquoi le subrogé tuteur devrait assister le majeur* »⁶⁴.

Le subrogé curateur est, par ailleurs, informé et consulté par le curateur avant l'accomplissement de tout acte grave (art. 454, al. 6)⁶⁵. Le subrogé curateur est enfin dans l'obligation de provoquer le remplacement du curateur « *en cas de cessation des fonctions de celui-ci sous peine d'engager sa responsabilité à l'égard de la personne protégée* ».

30. Le curateur *ad hoc*. Néanmoins, « *en l'absence de subrogé curateur [...], le curateur 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 [...] s'il a été constitué un curateur ad hoc* » (C. civ., art. 455, al. 1). Et, « *cette nomination peut également être faite à la demande du procureur de la République, de tout intéressé ou d'office* » (C. civ., art. 455, al. 2).

&&) La tutelle

31. La tutelle en tant qu'archétype de la protection. La tutelle est la mesure de protection la plus complète et la plus étendue. L'incapacité de la personne protégée afférente à ce régime est de droit. Elle est continue et générale. La personne sous tutelle est « *représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile* » (C. civ., art. 440, al. 3). Ainsi, la notion d'intervalles lucides est expulsée du champ de la tutelle. Hormis les actes de la vie courante, l'incapacité embrasse tous les actes, tant d'administration que de disposition. A ce stade, il importe de souligner l'existence du jeu du renvoi entre différentes dispositions s'agissant de la tutelle. L'article 474 du Code civil fait un renvoi général aux règles des articles 496 et suivants. Afin de saisir le régime applicable, il faudra alors consulter les dispositions qui régissent la gestion du patrimoine des mineurs et des majeurs. Le juriste devra, toutefois, être vigilant, quant à l'existence de certaines dispositions qui réglementent, de façon spéciale, certains actes. « *Quelle complexité* » ! s'exclame la professeure Annick Batteur⁶⁶. « *Voulant tout simplifier, il lui arrive de compliquer ce qui est simple* », avance le professeur Philippe Malaurie. Ainsi, « *distinguant les règles communes à la curatelle et à la tutelle des règles qui sont spéciales à*

⁶⁴ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Op. cit.*, p. 831.

⁶⁵ A lire en parallèle de l'article 454, l'article 497 du Code civil, notamment son alinéa premier qui dispose que « *lorsqu'un subrogé tuteur a été nommé, celui-ci atteste auprès du juge du bon déroulement des opérations que le tuteur a l'obligation d'accomplir* ».

⁶⁶ A. BATTEUR, *Op. cit.*, p. 592.

*l'une et à l'autre, elle tombe dans l'embrouille, car dans les règles spéciales, il y a des règles communes et dans les règles communes il y a des règles spéciales »*⁶⁷.

32. La distinction de la tutelle des majeurs et des mineurs. Il n'en demeure pas moins vrai que certains points ont été considérablement améliorés par la loi de 2007. Les organes de la protection afférents à la tutelle en constituent une preuve topique. La tutelle pour les majeurs était, en effet, sous l'empire des dispositions du droit antérieur, calquée sur celle des mineurs. On retrouvait, à cet égard, un tuteur, un subrogé tuteur et un conseil de famille⁶⁸. Au fil du temps, la pratique judiciaire a révélé un usage parcimonieux du conseil de famille. Sa raréfaction était devenue notable. Prenant en compte cette réalité, la « *loi de 2007 a clairement relégué la mise en place du conseil de famille au rang d'exception* »⁶⁹. Depuis 2007, le seul organe de protection sous la mesure de la tutelle est, en principe, le tuteur. La constitution d'un conseil de famille par le juge est devenue facultative. En cas de constitution, la durée de cet organe est identique à celle de la mesure de tutelle. Le juge le constitue en prenant en considération les directives contenues à l'alinéa 2 de l'article 456 du Code civil. La désignation des membres de ce dernier s'effectue « *en considération des sentiments exprimés par la personne protégée, de ses relations habituelles, de l'intérêt porté à son égard et des recommandations éventuelles de ses parents et alliés ainsi que de son entourage* »⁷⁰. Le conseil de famille est « *présidé par le juge des tutelles* »⁷¹. Toutefois, le conseil de famille « *a désigné*

⁶⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 2020, Op. cit., p. 278. La complication de certaines dispositions de la loi de 2007 s'illustre à merveille, à travers les articles 459 et 459-1 du Code civil. Des articles « *qui ne sont pas des modèles de clarté* ». En effet, « *la règle comporte des exceptions, écartées par d'autres exceptions, elles-mêmes limitées par une exception, qui elle aussi peut comporter une exception : un labyrinthe qu'a tenté de dissiper une ordonnance du 11 mars 2020, non sans laisser substituer des difficultés et scories* » (p. 278). L'ordonnance du 11 mai 2020 (Ord. n° 2020-232) est 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. L'analyse de cette ordonnance se fera ultérieurement.

⁶⁸ Le conseil de famille est une assemblée qui regroupe des parents proches ou des personnes faisant partie de l'entourage de la personne protégée. L'alinéa 1^{er} de l'article 456 du Code civil dispose que « *le juge peut organiser la tutelle avec un conseil de famille si les nécessités de la protection de la personne ou la consistance de son patrimoine le justifient et si la composition de sa famille et de son entourage le permet* ». Les conditions contenues dans cette disposition « *impriment à la constitution de cet organe un caractère exceptionnel. La tutelle, par principe, et autant que faire se peut, fonctionne sans conseil de famille, ce qui contribue à l'alléger considérablement* », F. MARCHADIER, *Majeur protégé. Droit civil*, Paris, Dalloz, 2020, p. 80. L'auteur note cependant le « *flou* » qui entoure cette disposition.

⁶⁹ Op. cit., p. 388.

⁷⁰ A lire également avec les trois premiers alinéas de l'article 399 du Code civil : « *Le juge des tutelles désigne les membres du conseil de famille pour la durée de la tutelle. Le conseil de famille est composé d'au moins quatre membres, y compris le tuteur et le subrogé tuteur, mais non le juge. Peuvent être membres du conseil de famille les parents et alliés des père et mère du mineur ainsi que toute personne, résidant en France ou à l'étranger, qui manifeste un intérêt pour lui* ». Soulignons, enfin, que le nombre de quatre personnes n'est guère limitatif. Il peut aller au-delà. Avant la réforme de 2007, le conseil de famille pouvait réunir jusqu'à huit personnes.

⁷¹ Article 400, alinéa 1^{er} du Code civil.

un mandataire judiciaire à la protection des majeurs comme tuteur ou subrogé tuteur » ; il peut, suivant les termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 457 du Code civil, se réunir et délibérer sans la présence du juge⁷². Ce dernier conserve néanmoins le contrôle sur le conseil qui se réunit sans lui, puisque les décisions prises « *ne prennent effet qu'à défaut d'opposition formée par le juge* » (C. civ. art. 457, al. 3). Par ailleurs, il peut « *à tout moment* » convoquer une réunion dudit conseil « *sous sa présidence* » (C. civ. art. 457, al. 4). La délibération obligatoirement motivée du conseil de famille, qui se réalise à travers le vote de ses membres, est transmise dans les huit jours au greffe du tribunal. Cette délibération est susceptible de subir une opposition de la part du juge qui sera « *formée dans les quinze jours de la remise ou de la réception de celle-ci* ». Cette opposition qui prendra la forme d'une ordonnance est « *non susceptible de recours* » (C. pr. civ. art. 1238, al. 2).

33. Le tuteur. Désormais, l'organe central, voire exclusif de la tutelle, est le tuteur. Cependant, dans sa mission de représentation du tuteur, il doit, suivant l'alinéa 1^{er} de l'article 505 du Code civil, demander l'autorisation au juge des tutelles pour effectuer des actes de disposition. Le tuteur s'efface en réalité de la scène juridique⁷³. Quant à la désignation et au rôle du subrogé tuteur, c'est le même schéma que celui du subrogé curateur. Il en va de même pour le tuteur *ad hoc*, avec l'application de l'article 455 du Code civil. L'analyse des situations spécifiques et des actes particuliers à la tutelle sera faite ultérieurement.

B. Les mesures du droit arabe⁷⁴

34. L'amalgame de la protection des majeurs par celle des mineurs. Les dispositions du droit arabe afférentes à la protection de la personne dépourvue ou en diminution de capacité juridique sont, tout d'abord, celles visant les enfants mineurs. C'est par renvoi que les règles sont applicables aux personnes majeures. C'est la raison pour laquelle d'aucuns pourraient estimer que la cartographie normative des deux droits arabes traduit « *la traditionnelle et*

⁷² Cette pratique était déjà à l'œuvre avant la réforme opérée en 2007. C'était donc une pratique informelle.

⁷³ L'incapacité totale affectant le tuteur connaît, toutefois, quelques exceptions : les actes usuels (C. civ., art. 473, al. 1^{er}), ainsi que certains actes que le juge pourra énumérer dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, et que le majeur pourra faire seul ou avec l'**assistance** du tuteur. De telles exceptions engendrent une réduction dans les pouvoirs confiés au tuteur. Cette réduction se traduit, au demeurant, par une nullité de droit, dans les situations où le tuteur dépasserait le champ de ses compétences et ferait un acte réservé au majeur protégé (C. civ., 465, al. 4).

⁷⁴ Nous avons privilégié ici une présentation dépourvue d'avis doctrinaux, et ce, afin d'éclairer au mieux les évolutions intrinsèques de la normativité arabe. Les citations doctrinales seront produites, ultérieurement, concernant certains points. Il n'est pas inutile de réitérer, ici, l'une des difficultés que rencontre le chercheur lorsqu'il souhaite analyser le droit des pays arabes, car il est confronté à des ressources documentaires assez chétives.

ancienne représentation infantilisante de la personne majeure handicapée mentale »⁷⁵. En réalité, si le juriste arabe n'est pas interloqué par ce fait, le juriste français, pourrait immédiatement y voir les traces d'un droit français révolu et supplanté par les dispositions nouvelles et novatrices de la réforme opérée en 2007. Il n'empêche qu'également, en droit français, la gestion des biens demeure soumise à plusieurs règles communes aux mineurs et aux majeurs. Cependant, ce qui doit attirer l'attention est que le droit arabe consacre cette division par des mesures strictement applicables aux mineurs (1°) et par une mesure dédiée aux majeurs, à savoir le régime de la curatelle (2°). La communication entre les différents régimes est toutefois constante et dynamique, puisque, par principe, les dispositions renvoient les unes aux autres, afin de déterminer le régime juridique applicable à une question déterminée.

1° Les mesures applicables aux mineurs

Les mesures essentielles, que nous retrouvons, au demeurant, sous la plume de la doctrine arabe, lorsqu'il s'agit de présenter le droit de l'incapacité, comportent une dualité : l'administration légale (a) et la tutelle (b). Ici, comme en droit français, la tutelle prend le relais de l'administration légale lorsqu'un certain nombre de conditions sont remplies.

a) L'administration légale

35. La protection réservée aux mineurs. L'administration légale est, comme l'indique son nom, l'institution qui confère l'administration pupillaire à ceux que la loi estime les plus capables de gérer les intérêts de l'enfant. Elle constitue un mécanisme de représentation. Cela

⁷⁵ G. RAOUL-CORMEIL, « Le patrimoine de la personne protégée. Rapport introductif », J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (ss. dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 25. L'auteur souligne, à cet égard, que « le droit (français) des majeurs protégés a gagné en maturité. Alors que la loi du 3 janvier 1968 sur les incapables majeurs renvoyait encore au droit de la tutelle des mineurs réécrit par la loi du 14 décembre 1964, la loi du 5 mars 2007 s'est efforcée de distinguer le cas du mineur de ceux des majeurs protégés. La protection juridique d'une personne adulte a été repensée pour s'adapter à la situation concrète de chaque personne vulnérable et ainsi ne plus se confondre avec celle des mineurs qui est conçue in abstracto » (p. 23). C'est peut-être l'un des reproches que nous pourrions adresser, dans cette présente étude, au droit arabe des deux pays : l'immatrité encore au sein de laquelle se trouve ces derniers. Bien évidemment, la question majeure qui surgit est de s'interroger sur le critère à l'aune duquel nous opérons cette analyse et par lequel nous arriverons à cette conclusion. Est-ce le droit français qui sera pris comme modèle, à partir duquel, les deux droits arabes seront tenus pour immature, ou est-ce le contexte international, dominé par la massification des normes du droit international des droits de l'homme, qui exige aujourd'hui de prendre les dispositions nécessaires pour garantir une véritable protection de la personne adulte, différenciée de la protection des mineurs ? Au demeurant, même le droit de l'enfant est en train de subir des changements assez substantiels. En effet, « une tradition millénaire et universelle voit dans l'enfant une personne qu'il faut éduquer –il est soumis à l'autorité parentale - et protégé - il est soumis à une protection. Depuis plus de trente ans se développe une autre idéologie qui vient des Etats-Unis, entendant au contraire libérer les enfants du pouvoir millénaire que leur impose la famille et leur reconnaître 'les droits de l'enfant', transposés des droits de l'homme. Même le langage devrait être modifié, car celui qui continue à être utilisé impliquerait un mépris de l'enfant : il ne faudrait plus parler de mineur (...), d'incapable, (...) d'autorité », Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Op. cit.*, p. 302.

signifie que l'enfant disparaît de la scène juridique, sauf lorsque la loi ou l'usage l'autorisent à agir. Cette mesure de protection est exclusivement construite au bénéfice de l'enfant mineur. En tant que telle, elle ne rentrera pas dans le champ de l'analyse de cette étude, consacrée uniquement aux personnes majeures. En revanche, nous verrons que les règles qui trouvent à s'appliquer dans le cadre de l'administration légale sont plus ou moins étendues par renvoi aux autres mesures de protection. C'est pourquoi, il est indispensable de présenter les traits saillants de cette mesure de protection.

36. La prééminence de la branche paternelle. L'administrateur légal est dans les deux droits désignés au sein de la branche paternelle. Le poids des règles doctrinales musulmanes trouve ici une expression pleine et entière.

L'article 1^{er} du décret-loi numéro 119 de 1952 sur la tutelle légale dispose que « *l'administration légale appartient au père, puis au grand-père paternel, à moins que le père ait désigné un tuteur testamentaire* ». L'article 67 du Code civil koweïtien est quasi identique, puisqu'il dispose à son tour que « *l'administration légale du mineur appartient à son père, puis au tuteur testamentaire, puis au grand-père paternel, puis au tuteur désigné par le tribunal* ». Les deux dispositions insistent avec clarté sur le fait que le père, ainsi que le grand-père ne peuvent être dessaisis de cette mission, sans motif valable. Le législateur koweïtien apporte néanmoins des précisions importantes, que l'on ne retrouve guère en droit égyptien. L'article 67 du Code civil koweïtien fonctionne, en effet, suivant ce que prévoit une autre disposition du même code, à savoir l'article 112. Précisons d'emblée que cet article s'applique exclusivement à la personne pourvue de la nationalité koweïtienne.

L'article 112 dispose en ses deux alinéas que : « *1° Dans les situations où l'administration légale n'est exercée, ni par le père, ni par le tuteur testamentaire, ni par le grand-père paternel, et que le mineur est de nationalité koweïtienne, elle échoit à l'Autorité publique chargée des affaires des mineurs, conformément aux règles prescrites par la loi, à moins que le tribunal ne désigne un tuteur. 2° À tout moment, et à la demande de toute personne concernée, le tribunal est compétent pour désigner un autre tuteur à la place de l'Autorité publique chargée des affaires des mineurs, s'il estime que l'intérêt du mineur le commande* ».

Face au silence de la loi, la doctrine dans les deux pays arabes est unanime pour estimer que l'administrateur légal, comme le tuteur choisi par le père, doit jouir de toute sa capacité juridique et avoir en partage la même religion.

37. Les prérogative de l'administrateur légal. S'agissant des obligations et des pouvoirs de l'administrateur légal, l'on retrouve au sein des deux Codes la figure du bon père de famille. L'administrateur légal est comme le tuteur, un administrateur du patrimoine d'autrui. Il est, à ce titre, tenu de gérer et pourvu de pouvoirs. Il est important de rappeler, à ce stade, que cette administration du patrimoine d'autrui est différente des autres, puisque ce qui est en cause ici, c'est la présence d'un incapable, qui doit être protégé. Le principe qui domine la question est que, comme le tuteur, l'administrateur légal doit gérer en bon père de famille. Cela montre la nature familiale de l'institution. L'article 4 du décret-loi numéro 119 de 1952 dispose que *« l'administrateur légal est tenu de veiller au patrimoine du mineur et de le gérer, conformément aux prescriptions de la loi »*. L'article 127 du Code civil koweïtien va dans le même sens, puisqu'il dispose que *« l'administrateur légal est tenu d'accomplir les actes du mineur qui rendent sa condition meilleure »*. C'est pourquoi, la loi est soucieuse de distinguer les actes que, comme pour le tuteur, l'administrateur légal pourra ou non accomplir. L'article 5 du décret-loi égyptien interdit à l'administrateur légal de faire un don prélevé du patrimoine du mineur *« à l'exception d'un devoir humanitaire ou familial et ce, avec l'autorisation du tribunal »*. L'on retrouve cette interdiction à l'article 127 du Code civil koweïtien. L'article 128 du Code civil koweïtien indique, à titre d'exemple, que *« l'administrateur légal est tenu de faire les actes qui concourent à la sauvegarde et à la gestion et à l'investissement du patrimoine du mineur »*. Le second alinéa de cet article précise que *« l'administrateur légal est dépourvu du droit de faire usage du patrimoine du mineur pour une durée qui excéderait un an suite à l'âge de sa majorité, sauf autorisation du tribunal »*.

En réalité, les actes d'administration sont autorisés sans l'intervention du juge. Concernant les actes de disposition, la loi distingue suivant la gravité de l'acte. La loi, dans les deux pays, est, à l'instar de beaucoup de législations, soucieuse de protéger le mineur de l'exercice par l'administrateur légal des actes de disposition qui seraient graves. Ces actes requièrent l'autorisation du juge, à peine de nullité. La loi fournit la liste dans les deux pays. La formule *« est interdit à l'administrateur légal »* émaille dès lors les dispositions à ce sujet, à savoir la vente d'immeuble, un emprunt, la renonciation, l'acceptation pure et simple d'une succession échue au mineur, l'achat de ses biens ou de leur prise à bail par l'administrateur, la constitution d'une sûreté au nom du mineur en garantie de la dette d'un tiers, la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières, etc.

38. Les limites monétaires. Les deux législateurs ont, par ailleurs, fixé les sommes au-delà desquelles aucun acte ne peut être réalisé par l'administrateur légal, sans l'autorisation du

tribunal. L'article 131 du Code civil koweïtien dispose qu'« *il est interdit à l'administrateur légal, sans l'autorisation du tribunal, de faire usage du patrimoine du mineur, si la somme en question dépasse deux cent mille dinars koweïtiens* ». On retrouve la même interdiction à l'article 7 du décret-loi égyptien de 1952. La somme est évidemment différente.

39. L'achèvement de l'administration légale. Enfin, l'administration légale disparaît et s'achève par l'accès du mineur à la majorité ou par son émancipation. L'article 18 du décret-loi numéro 119 de 1952 dispose que « *l'administration légale s'achève dès que le mineur aura atteint l'âge de 21 ans* ». Le législateur koweïtien est davantage plus souple dans sa conception, puisqu'il estime que l'administration légale pourrait s'arrêter au profit du mineur émancipé à l'âge de quinze ans. Il y a bien évidemment la situation qui conduit à l'achèvement de l'administration légale si les conditions liées à la personne qui l'exerce ne sont pas réunies. Ces conditions seront analysées ultérieurement.

b) La tutelle

40. Le régime de la représentation. La tutelle est une représentation légale, plus lourde que l'administration légale. Le tuteur est plus éloigné dans sa relation avec le mineur que l'administrateur légal. Le contrôle opéré par la loi est, par conséquent, plus sévère. Contrairement à l'administration légale qui traduit une institution familiale fort importante, le tuteur peut être simplement désigné par le tribunal. A ce stade, il est important de relever que les pouvoirs dévolus au tuteur testamentaire sont plus étendus que ceux reconnus au tuteur désigné par le juge. L'explication fournie par la doctrine arabe tient au fait que le tuteur testamentaire représente le père ou le grand-père, alors que le tuteur désigné par le tribunal ne représente que le juge.

La tutelle concerne le patrimoine du mineur. Elle dépend, suivant les cas, de la décision du père ou du juge. L'article 116 du Code civil koweïtien dispose que « *l'administration légale ainsi que la tutelle visent le patrimoine du mineur. La tutelle dépend du père ou du juge, suivant les situations* ». Le tuteur n'est pas tenu d'accepter la tutelle. La différence est donc notable avec l'administration légale qui s'impose *ipso facto*, par la force de la loi. La tutelle trouve sa force dans le jugement du tribunal ou dans la validation du choix opéré par le père. C'est ce qu'énonce l'article 110 du Code civil koweïtien : « *la tutelle du patrimoine revient au père, puis au tuteur choisi par le père, puis au grand-père paternel, puis au tuteur désigné par le tribunal, conformément aux prescriptions de l'article 112* ». L'idée générale et simple à saisir est que la charge tutélaire est, d'abord et avant tout, attribuée à la famille. C'est pourquoi, l'alinéa 2 de

cet article dispose que « *l'exclusion du père ou du grand-père de l'exercice de la charge tutélaire ne peut se réaliser sans un motif valable* ». L'article 112 du Code civil koweïtien, cité plus haut, vient, à l'instar de l'administration légale, spécifier la condition et le traitement réservés aux personnes de nationalité koweïtienne. L'article 113 dispose qu'afin que la désignation du tuteur testamentaire soit valable et n'encourt pas la nullité, elle doit se faire dans le respect de certaines formalités procédurales : la désignation devra se matérialiser dans un document officiel ou dans une lettre olographe portant la signature du père. Cette désignation n'est pas frappée d'irréversibilité. Le père est en mesure d'opérer les changements souhaités. En revanche, il est tenu d'informer le tribunal du choix qu'il a exercé, afin d'obtenir l'homologation et la validation judiciaires.

41. Pluralité des tuteurs. La possibilité de désigner plusieurs tuteurs pour un même mineur est reconnue dans les deux droits. Cette solution est la bienvenue, puisque la situation exige parfois, si ce n'est souvent, la présence de plusieurs compétences, ce qu'un seul tuteur ne pourra satisfaire.

L'article 30 du décret-loi numéro 119 de 1952 dispose que « *la désignation de plusieurs tuteurs est possible en cas de besoin. Les tuteurs ainsi désignés ne peuvent agir de façon indépendante, à moins que le tribunal ait confié des pouvoirs spécifiques à chacun d'entre-deux lors du jugement de désignation ou lors d'un jugement ultérieur* ». Cette idée se retrouve de façon quasi identique aux articles 119 et 120 du Code civil koweïtien. L'article 119 reconnaît au père le pouvoir de désigner plusieurs tuteurs pour son enfant mineur. Le tribunal est, par ailleurs, compétent pour désigner également plusieurs tuteurs. Cette pluralité de tuteurs tend à réaliser un objectif unique : l'intérêt du mineur. L'article 120, alinéa 1^{er} va dans le même sens que l'article 30 du décret-loi égyptien, puisqu'il interdit aux tuteurs ainsi désignés d'agir seuls et de façon indépendante. C'est la sécurisation de la relation avec les tiers qui est recherchée dans les deux droits. C'est pourquoi, en cas de conflit entre les tuteurs, le tribunal doit en être informé afin de solutionner la difficulté (art. 30, décret-loi, n° 119 égyptien, art. 121, Code civil koweïtien).

42. Subrogé tuteur. Il est, par ailleurs, institué dans les deux droits, un organe de contrôle, représenté par la figure du subrogé tuteur. L'article 31 du décret-loi égyptien comme les articles 122 et 123 du code koweïtien se rapportent à la désignation de ce qui est analysé par la doctrine comme la personne devant surveiller le tuteur. Le subrogé tuteur fait également office de remplaçant du tuteur, en raison de l'opposition de ses intérêts et de ceux du pupille (art. 30, al. 1^{er} décret-loi égyptien ; art. 122, al. 1^{er} Code civil koweïtien). En vertu de l'article 124 du Code

civil koweïtien, le subrogé tuteur est tenu, en tant qu'organe de surveillance du tuteur, d'informer le tribunal de toutes carences et fautes qu'il aura constatées dans la gestion tutélaire. En dépit du silence du texte, il n'est pas difficile d'imaginer qu'à l'aune de l'obligation qu'il lui échoit, le subrogé tuteur engage sa responsabilité en cas de silence face aux fautes du tuteur. Cela indique les qualités que devra dès lors posséder le tuteur afin de pouvoir prétendre à la gestion tutélaire. L'article 111 du Code civil koweïtien dispose que le tuteur qui doit être majeur ne peut être sous une mesure de protection. Il ne peut également, par ailleurs, être sous le coup d'une insolvabilité, à moins d'une régularisation de sa situation. Nous retrouvons, ici, l'exigence de conditions indispensables à la bonne moralité du tuteur. En effet, il n'est pas concevable de confier une mission aussi importante que la tutelle à une personne qui ne présenterait pas un profil idoine.

43. La gratuité de la charge tutélaire. En dépit de cela, il est important de souligner que la charge tutélaire est, par principe, gratuite, au sein des deux droits. L'article 46 du décret-loi numéro 119 de 1952 dispose que *« la charge tutélaire est gratuite, à moins que le tribunal ne décide à la demande du tuteur de lui allouer un salaire ou de lui accorder une indemnité »*. L'article 144 du Code civil koweïtien va dans le même sens. Il précise, par ailleurs, que la charge tutélaire est personnelle. Elle ne se communique pas, par conséquent, aux héritiers. Enfin, s'agissant du fonctionnement de la gestion tutélaire, l'objectif au sein des deux droits est identique : gérer les biens du mineur en apportant les soins diligents, rendre compte de sa gestion et effectuer les actes nécessaires à la place du pupille. C'est pourquoi, l'alinéa 1^{er} de l'article 137 du Code civil koweïtien dispose qu'*« est reconnu au tuteur, ou au tuteur choisi par le père, le pouvoir de gérer les biens du mineur, conformément aux limites reconnues par la loi à l'autorité publique chargée des affaires des mineurs, en tant que tuteur ou curateur des personnes incapables »*. Nous voyons alors que le tuteur est dans sa fonction au même titre que l'administrateur légal : il est dans l'obligation de conserver, défendre et faire fructifier le patrimoine du mineur. Néanmoins, les pouvoirs dévolus au tuteur sont plus restreints que ceux de l'administrateur légal. Il doit, dès lors, demander l'autorisation du juge pour effectuer les actes de disposition les plus graves. L'article 38 du décret-loi égyptien énumère, de façon précise et exhaustive, l'ensemble des actes que le tuteur ne pourra accomplir, même muni d'une autorisation. L'alinéa 2 de l'article 137 du Code civil koweïtien précise qu'en cas où la tutelle n'est pas exercée par l'Autorité publique chargée des affaires des mineurs, le tribunal doit autoriser l'accomplissement des actes que le directeur de cette autorité ne peut réaliser seul. L'alinéa 3 de cet article est encore plus explicite, puisqu'il indique que le pouvoir du tuteur ne

pourra excéder celui de l'administrateur légal. L'analyse de l'article 7 de la loi numéro 4 de 1974 instituant l'Autorité publique chargée des affaires des mineurs révèle un certain nombre d'actes dont la validité est tributaire de l'autorisation octroyée par le Conseil d'administration de cette autorité. Les actes visés sont entre autres : les aliénations gratuites des biens (a), la renonciation gratuite à un droit acquis (L), l'exercice d'activités commerciales, industrielles ou agricoles ou sa liquidation (G). C'est dans cette veine protectrice que le législateur koweïtien, à l'instar du législateur égyptien, oblige le tuteur à fournir toute explication au subrogé tuteur s'agissant de la gestion des biens du mineur. Il est par ailleurs contraint de mettre à disposition de celui-ci l'ensemble des documents et des justificatifs (art. 125, Code civil koweïtien).

44. La reddition des comptes. S'agissant de l'obligation de reddition des comptes, on la retrouve dans les deux droits. En revanche, la loi égyptienne impose, contrairement au droit koweïtien, l'établissement d'un compte annuel devant être présenté au greffe du tribunal pour vérification (al. 1^{er}, art. 45, décret-loi, n° 119, 1952). Si la consistance du patrimoine ne dépasse pas une certaine somme, désignée à l'alinéa 2, le tuteur est exempté de cette obligation. Il est loisible de souligner ici qu'en dépit de l'existence de cette obligation en droit français (art 511 du Code civil), la reddition des comptes est rare en pratique. A la fin de la période de la tutelle, le tuteur est contraint de rendre compte de sa gestion, « *dans les plus brefs délais* » impose l'article 145 du Code civil koweïtien et « *dans les trente jours* », pour l'alinéa 3 de l'article 45 du décret-loi égyptien.

45. L'achèvement de la tutelle. La tutelle s'achève à la majorité du pupille, à son émancipation ou à son décès. Il y a, au demeurant, d'autres causes, comme la destitution du tuteur, son décès ou sa mise sous une mesure de protection juridique.

2° Les mesures applicables aux majeurs

Les mesures applicables aux majeurs sont de deux ordres. Il y a d'abord la curatelle (a), ensuite le régime de l'assistance judiciaire (b). En réalité, c'est la curatelle qui focalisera notre attention. C'est, en effet, l'unique mesure qui vise les situations, dans les deux droits, où une personne majeure présente une altération de ses facultés mentales et/ou corporelles, l'empêchant d'exprimer une volonté lucide. Avec ce régime de la curatelle, la personne est dépourvue ou fortement diminuée dans sa capacité juridique. En revanche, la mesure de l'assistance judiciaire n'affecte pas la capacité juridique, par principe, même si elle vise une inaptitude de l'expression de la volonté. L'assistance judiciaire est à rapprocher de la sauvegarde de justice en droit

français. Ce qui est intéressant avec ce régime, c'est le traitement des actes juridiques effectués par la personne qui sera mise sous cette mesure de protection.

a) La curatelle

46. L'archétype de la protection dans les deux droits arabes. La curatelle est l'unique mesure afférente à la protection des personnes majeures dans les deux ordres juridiques. Elle constitue, par conséquent, la mesure phare qui focalisera notre attention. En réalité, c'est cette mesure qui sera comparée essentiellement aux trois autres mesures du droit français, à savoir la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle. La mesure de l'assistance judiciaire, abordée ultérieurement, vise également les personnes majeures. En revanche, son importance est moindre, voire nulle, puisqu'elle est sans conséquence sur la capacité juridique de la personne, sauf dans de rares situations. C'est dire que la question du renouvellement du droit de la protection devra passer par une ouverture et une extension de cette mesure de curatelle dans les deux pays arabes. Les personnes pouvant, par ailleurs, être placées sous cette mesure de protection sont définies de façon plus ou moins restrictive et, surtout, posent aujourd'hui, à la lumière des données de la médecine psychiatrique, des interrogations sur la validité et la viabilité des catégories visées par les deux lois.

47. Les causes de la curatelle. Les personnes susceptibles de se retrouver sous une mesure de curatelle dans les deux droits sont celles qui sont atteintes de démence, de faiblesse d'esprit, ou frappées d'imbécilité ou de prodigalité. Le juriste français sera certainement frappé par cette catégorie, qui aura le mérite de lui rappeler le droit antérieur à la réforme de 2007. La catégorie des personnes ainsi désignées se retrouve, pour partie, en droit français, lors de la grande réforme de 1968 mais aussi et surtout rappelle le souvenir du Code Napoléon de 1804. Au-delà de la pertinence de ces rapprochements, qui trouveront analyse et critique par la suite, il est impérieux de rappeler ici que nous faisons la présentation de deux droits inchangés depuis des décennies.

L'article 45 du Code civil égyptien dispose que « 1° La personne dépourvue de discernement à cause de son jeune âge ou par suite de sa faiblesse d'esprit ou de sa démence n'a pas la capacité d'exercer ses droits civils. 2° Est réputé dépourvu de discernement, l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de sept ans ». L'article 46 : « Celui qui a atteint l'âge de discernement sans être majeur, de même celui qui a atteint sa majorité tout en étant prodigue ou imbécile, ont une capacité limitée, conformément aux prescriptions de la loi ». Le droit égyptien utilise, à cet

égard, le terme d'incapable. L'article 44 du même Code énonce que « *toute personne majeure jouissant de ses facultés mentales et n'ayant pas été interdite est pleinement capable pour l'exercice de ses droits civils* ». Le législateur koweïtien est totalement sur la même ligne politico-juridique. C'est la même catégorie de personnes qui sont placées sous la mesure de curatelle. L'article 138 du Code civil koweïtien en son alinéa 1^{er} dispose qu'« *à la demande de l'Autorité publique chargée des affaires des mineurs, ou à la demande de toute autre personne concernée, le tribunal désigne un curateur à la personne incapable, du fait de sa démence, de sa faiblesse d'esprit, de son imbécillité ou de sa prodigalité. Le curateur aura le pouvoir de la gestion tutélaire, conformément aux limites imposées par la loi* ». Pour cette mesure, le législateur consacre également un alinéa réservé exclusivement aux personnes de nationalité koweïtienne. Le second paragraphe de cet article dispose, en effet, que « *si la personne incapable est de nationalité koweïtienne, la curatelle sera confiée à l'Autorité publique chargée des affaires des mineurs, conformément aux prescriptions de la loi, à moins que le tribunal ne désigne un autre curateur* ». On fera remarquer immédiatement que la mesure de curatelle ne peut advenir qu'à travers un jugement du tribunal. Les conditions substantielles et procédurales, pour la confection de ce dernier, seront étudiées ultérieurement.

48. La prééminence de la branche paternelle. La désignation du curateur suit, à l'instar des autres mesures, la branche paternelle. L'article 69 du décret-loi numéro 119 de 1952 indique que, conformément à l'article 27 de ce décret, les conditions à remplir par le curateur sont celles du tuteur. L'article 27 du décret-loi contient six alinéas qui permettent de dessiner le portrait à la fois du tuteur et du curateur. Il est bien évidemment exigé que le tuteur, et donc le curateur, soit compétent et qualifié. Le tuteur ne doit pas avoir été condamné pour des affaires de mœurs, touchant à l'honneur ou à l'intégrité. Le législateur égyptien apporte toutefois une exception à cette dernière interdiction en précisant que si l'exécution de la peine en question excède une période de cinq années, alors, cette interdiction n'est plus opérationnelle. Le législateur koweïtien opère de la même manière, et ce, en utilisant toujours la technique du renvoi. En effet, l'article 140 du Code civil dispose que « *les règles applicables au tuteur sont applicables au curateur, notamment quant aux conditions nécessaires qu'il doit remplir pour l'exercice de sa mission, de ses droits et des limites de son pouvoir* ». Dans les deux droits, est reconnu la possibilité de désigner un subrogé curateur dont la mission principale sera de surveiller le curateur.

S'agissant des personnes pouvant exercer la mission de la curatelle, l'article 68 du décret-loi égyptien dispose que « *la curatelle sera exercée par le fils majeur, puis par le père, puis par le*

grand-père paternel, puis par la personne désignée par le tribunal ». L'article 139 du Code civil koweïtien s'inscrit dans la même veine puisqu'il attribue l'exercice de la curatelle tout d'abord au plus mûr des fils, puis au père, puis au grand-père paternel, puis à la personne qui correspondra au mieux à l'intérêt de la personne mise sous curatelle (désignée par le tribunal).

Nous relèverons que la désignation du curatelaire s'impose au tribunal quant au choix prescrit par la loi. Le juge est, par conséquent, tenu de respecter cette hiérarchie. Une hiérarchie qui met en exergue de façon éclatante les « *survivances* » du droit musulman dans la législation civile⁷⁶.

b) L'assistance judiciaire

49. Une mesure incapacitante. L'assistance judiciaire est une mesure de protection commune aux deux droits. Est placé sous assistance judiciaire le majeur qui est dans l'incapacité d'exprimer sa volonté. Cette incapacité se manifeste en l'existence d'un double handicap. Le régime de l'assistance judiciaire n'engendre pas l'incapacité juridique. Le majeur sous assistance judiciaire n'est pas un incapable, au sens juridique du terme. L'objectif de cette mesure de protection est d'apporter une assistance au majeur pour l'accomplissement de certains actes.

50. Une mesure judiciaire. La mesure d'assistance judiciaire est prononcée par le juge.

L'article 117 du Code civil égyptien dispose que « *1° Lorsqu'un individu est sourd-muet, sourd-aveugle, ou aveugle-muet, et qu'il ne peut, par suite de cette infirmité, exprimer sa volonté, le tribunal pourra lui nommer un conseil judiciaire pour l'assister dans les actes où son intérêt l'exige* ». Le tribunal jouit, à la lumière de cette disposition, d'une liberté substantielle quant à la désignation des actes entrant dans le cadre de cette mesure de protection. Le juge est néanmoins tenu par l'exigence de l'intérêt de la personne à protéger. Cependant, l'article 70 du décret-loi n° 119 de 1952 relatif à la tutelle légale sur les biens vient délimiter le champ des actes afférents au régime de l'assistance judiciaire. La liberté du juge s'en trouve, dès lors, limitée. En effet, l'article 70 dispose que « *1° Si l'individu est sourd-muet, sourd-aveugle, ou*

⁷⁶ Ch. CHEHATA, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », *Op. cit.*, p. 839 et s ; N. BERNARD-MAUGIRON, « Quelques développements récents dans le droit du statut personnel en Egypte », *Revue internationale de droit comparé*, 2004/2, vol. 56, pp. 355-385. L'auteure souligne que « *La loi de 2000 unifie les règles de procédure en matière de statut personnel, en abrogeant les divers textes de lois antérieurs qui régissaient jusqu'alors cette branche 4. Son article 1 prévoit que le Code de procédure civile et commerciale, la loi sur les preuves en matière civile et commerciale ainsi que les dispositions du Code civil relatives à la gestion et à la liquidation des successions s'appliqueront désormais à titre subsidiaire, dans le silence de la loi de 2000* » (p.356).

aveugle-muet, et qu'il ne peut, par suite de cette infirmité, exprimer sa volonté, le tribunal pourra lui nommer un conseil judiciaire pour l'assister dans les actes énoncés à l'article 39.

2° *Cette désignation est également possible, face au risque d'une crainte d'une gestion individuelle du patrimoine par l'individu présentant un grave handicap physique* ». S'inscrivant dans la même veine et adoptant le même régime de protection, l'article 107 du Code civil koweïtien dispose que « *lorsque l'individu présente un grave handicap physique, lui causant des difficultés pour valablement s'engager, ou pour exprimer sa volonté, en particulier, s'il est sourd-muet, sourd-aveugle, ou aveugle-muet, le tribunal pourra lui nommer un conseil judiciaire pour l'assister dans les actes où son intérêt l'exige.* 2° *La publicité du jugement portant désignation d'un conseil judiciaire suivra les modalités prévues par la décision émanant du ministre de la Justice* ». Si la texture normative est quasiment identique dans les deux droits, nous relèverons toutefois que le juge égyptien est limité dans la désignation des types d'actes qu'il pourra prononcer, sous ce régime de protection, contrairement, à son homologue koweïtien⁷⁷. L'article 39 du décret-loi n° 119 de 1952 relatif à la tutelle légale désigne, de façon exhaustive, les actes que le tuteur ne peut accomplir seul sans l'autorisation du tribunal. Cet article est composé de 17 alinéas. A titre d'exemple, il est loisible d'en citer trois. L'alinéa 2 : « *Cession de meubles, ou de droits personnels ou de valeurs mobilières, sauf ce qui relève des actes d'administration* » ; alinéa 6 : « *faire un emprunt au nom du mineur ou effectuer un prêt à son nom* » ; alinéa 8 : « *louer les biens fonciers du mineur pour une durée supérieure à trois ans, s'agissant des terres agricoles, et supérieure à 1 an s'agissant d'immeubles* ». Aucune dispositions textuelles ne viennent préciser les conditions que devra réunir la personne désignée en tant que conseil judiciaire. Face à ce silence, la doctrine dominante estime que les conditions indispensables devraient être celles que les législateurs ont adoptées vis-à-vis du tuteur ou du curateur. Il est, par conséquent, évident, que le conseil judiciaire ne devra pas être lui-même sous une mesure de protection et, donc, être en possession de toute sa capacité juridique. Il devra faire preuve de compétence et de savoir-faire. Au vu de la nature du handicap frappant la personne mentionnée à l'article 117 du Code égyptien et à l'article 107 du Code koweïtien, il apparaît évident que le conseil judiciaire devra maîtriser la langue des signes, et ce, afin de pouvoir communiquer et assister la personne à protéger.

La mesure d'assistance judiciaire n'est guère automatique dans sa mise en œuvre. En effet, en dépit de l'existence de l'un des handicaps mentionnés dans les deux articles et face à une

⁷⁷ Article 39 du décret-loi n° 119 de 1952 relatif à la tutelle légale.

absence d'expression de la volonté, la désignation d'un conseil judiciaire demeure facultative pour le tribunal.

51. Le régime des sanctions. S'agissant des sanctions, nous retrouvons une unité dans la conception des deux droits. Tout acte d'un majeur sous assistance d'un conseil judiciaire agissant seul encourt la nullité. C'est ce qui ressort de l'alinéa 2 de l'article 117 du Code civil égyptien : *« est annulable tout acte par lequel l'assistance d'un conseil judiciaire a été décidée, s'il a été accompli par la personne pourvue de conseil judiciaire, sans l'assistance de ce conseil, postérieurement à la transcription de la décision prononçant l'assistance »*. Pareillement avec l'article 108 du Code civil koweïtien : *« est annulable tout acte par lequel l'assistance d'un conseil judiciaire a été décidée, s'il a été accompli par la personne, postérieurement à la transcription de la décision prononçant l'assistance, sans l'assistance de ce conseil, et ce, si le tribunal n'a pas autorisé son accomplissement par la personne seule »*. L'article 109 du même code prévoit toutefois la situation où le majeur protégé est dans l'incapacité d'accomplir l'acte par lui-même. Afin d'éviter la survenance de tout préjudice, le tribunal pourra autoriser le conseil judiciaire à accomplir seul cet acte. Il est par ailleurs envisagé, au sein des deux droits, la situation où le conseil judiciaire refuse d'assister le majeur protégé, en dépit de la mission qui lui a été confiée. C'est ce que nous retrouvons dans l'article 71 du décret-loi numéro 119 de 1952 sur la tutelle légale : *« le conseil judiciaire est associé à l'accomplissement des actes désignés à l'article précédent. En cas de refus d'apporter son assistance, le tribunal pourra être saisi. Si le tribunal estime que le refus est inopportun, il autorisera la personne à accomplir seule l'acte, ou lui désignera un autre conseil judiciaire pour l'assister dans l'accomplissement de l'acte, suivant les instructions données »*. En revanche, lorsque le majeur refuse de lui-même d'accomplir un acte en dehors du champ prescrit dans l'assistance, et face à un préjudice potentiel qui pourrait l'affecter, le conseil judiciaire est autorisé à saisir le tribunal qui, s'il l'estime nécessaire, ordonnera au conseil d'accomplir seul l'acte. La question de la responsabilité est toujours présente dans les deux droits puisque le conseil judiciaire verra sa responsabilité engagée, en cas de faute commise lors de l'accomplissement de sa mission. En droit koweïtien, par exemple, c'est la mise en œuvre des règles de la responsabilité délictuelle.

PARAGRAPHE 2 : L'approche processuelle de la protection

52. L'importance de la procédure. Le droit des incapacités s'illustre tant par sa substance que par sa procédure. Les multiples facettes qu'il prend s'ancrent dans des points substantiels

comme dans des points de pure procédure. L'existence de nombreux principes devant accompagner l'ouverture d'une mesure de protection, à l'image du principe du contradictoire ou de nécessité, prouve, on ne peut mieux, l'articulation indispensable devant présider à toute action. En effet, le droit des incapacités est tributaire de nombreux mécanismes juridiques. Il suffit d'évoquer la panoplie des sanctions, les conditions de leur mise en œuvre, les différentes techniques de protection, allant de l'assistance à l'interdiction, etc. Le propos du professeur Gilles Raoul-Cormeil est applicable ici aux trois ordres juridiques : *« le droit des majeurs protégés marque de son empreinte les techniques du droit patrimonial, car il exige une sélection des mécanismes les plus performants et leur adaptation à la situation réelle et spécifique de chaque sujet incapable. Cet effort de concrétisation caractérise le droit des majeurs protégés ; il lui donne sens et révèle sa nature profonde »*⁷⁸. L'analyse de la procédure nous permet, à ce stade, de saisir l'imbrication des techniques des trois droits. Si la médicalisation de la protection (A) ne pose aucune difficulté, il est indispensable d'en dresser la cartographie, afin de mesurer, toutefois, l'écart fort important qui sépare, aujourd'hui, le droit français des deux droits arabes. Cette forme d'ambivalence se poursuit dans le besoin de protection (B) qui accuse, ici, un retard dans les droits égyptien et koweïtien par rapport au droit français.

A. Médicalisation de la protection

53. La place et le rôle du médecin. La protection de la personne vulnérable se réalise par l'intervention du juge, éclairé par l'avis technique du médecin. Il n'y a aucun doute sur cette question dans les trois droits. La coopération du juge et du médecin se comprend d'ailleurs aisément. Comment peut-on croire ôter une partie ou la totalité de la capacité d'un individu, s'il n'est pas préalablement malade ? La différence majeure qui existe, toutefois, entre le droit français et les droits arabes, tient à la nature des causes qui déterminent l'altération des facultés mentales et/ou corporelles. Le droit arabe est, à l'instar du droit français, antérieur à la réforme de 2007 et fonctionne à l'aide d'une catégorisation de causes concrètes. (1°). Le droit français a, au fil de son renouvellement, produit une rupture dans le traitement des personnes vulnérables et prend en considération les données nouvelles de la science et de la médecine ; il fonctionne grâce à l'aide de causes abstraites (2°).

⁷⁸ G. RAOUL-CORMEIL, *Op. cit.*, p. 5.

1° Causes concrètes des droits arabes

Il y a, dans les deux droits arabes, quatre causes concrètes conduisant à ce qui est encore dénommé l'interdiction. : La démence, la faiblesse d'esprit, la prodigalité et l'imbécillité. Une distinction est également opérée, par les deux droits, entre les personnes dépourvues de discernement, c'est-à-dire, celles dont la capacité est quasi absente, et celles dont la capacité est limitée. Entrent dans la première catégorie, les personnes atteintes de démence ou faisant preuve de faiblesse d'esprit (a). La seconde catégorie englobe les personnes atteintes d'imbécillité ou de prodigalité (b).

a) L'absence de capacité

54. Les causes principales. L'absence de capacité juridique pour la personne atteinte de démence ou de faiblesse d'esprit ressort dans les Codes civils arabes à travers les dispositions afférentes au traitement réservé aux actes accomplis par de telles personnes. Le sort juridique de tels actes, notamment avant la notification de la sentence, est la nullité absolue. Il importe de souligner immédiatement à ce stade que le traitement accordé aux personnes atteintes de démence ou de faiblesse d'esprit est identique à celui du mineur dépourvu de discernement.

L'article 45 du Code civil égyptien dispose que « 1° La personne dépourvue de discernement à cause de son jeune âge ou par suite de sa faiblesse d'esprit ou de sa démence n'a pas la capacité d'exercer ses droits civils. 2° Est réputé dépourvu de discernement, l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de sept ans ». L'article 85, alinéa 1^{er} du Code civil koweïtien est encore plus explicite puisqu'il dispose que « l'interdiction est consubstantielle (inhérente) au mineur, à la personne atteinte de démence ou de faiblesse d'esprit ». L'article 98, alinéa 1^{er} du même code précise que « la personne atteinte de démence est dépourvue de la capacité d'exercice et est nul tout acte passé par elle ». Toutefois, concernant le traitement des actes passés par la personne atteinte de démence, il y a lieu de mettre en exergue l'importante différence entre les deux droits. Celle-ci tient à la reconnaissance par le droit koweïtien de la capacité qu'à l'aliéné de conclure valablement un acte juridique, durant une période de lucidité. En ramenant les deux ordres juridiques aux conceptions doctrinales françaises, nous dirons que le Koweït a adopté la thèse du Doyen Demolombe⁷⁹, alors que l'Égypte a épousé la conception prônée par le juriste

⁷⁹ « C'est qu'en effet, l'interdiction totale et absolue, quand même ! ne serait plus une mesure de protection, mais constituerait elle-même, dans son exagération une atteinte pleine de dureté et d'inhumanité aux droits les plus précieux du citoyen. Qu'y aurait-il, en effet, tout à la fois de plus inconséquent et de plus tyrannique qu'une loi qui déclarerait absolument incapable, en droit, de reconnaître un enfant naturel, de se marier, de tester, un individu qui serait, en fait, très capable de consentir tous ces actes ! Qu'il l'en déclarerait incapable, non point

Vincent Marcadé⁸⁰. En effet, l'article 98, alinéa 2 du Code koweïtien dispose qu'« *est valable l'acte accompli par la personne atteinte de démence si cela se produit dans un intervalle de lucidité* ». Nous mesurons, ici, la puissance de l'idée de protection que confère le législateur koweïtien à la personne atteinte de démence, comme à la personne faible d'esprit⁸¹. Cela se confirme à la lecture de l'alinéa 3 du même article qui dispose que « *le régime des actes conclus par la personne atteinte de démence demeure inchangé, suivant le paragraphe précédent, même en présence d'un curateur* ». Le législateur égyptien est plus radical et n'offre pas cette marge de liberté à l'aliéné, marge que l'on trouve dans le droit koweïtien. L'article 113 du Code civil précise que « *le tribunal prononcera [...] l'interdiction de toute personne atteinte de démence, d'infirmité mentale [...]* ». L'article 114 permet de saisir le traitement juridique réservé aux personnes incluses dans la première catégorie, à savoir les personnes dépourvues de capacité juridique. Il est indiqué qu'« *1° est nul tout acte passé par une personne atteinte de démence ou d'infirmité mentale postérieurement à la transcription de la sentence d'interdiction. 2° Quant aux actes passés antérieurement à la transcription de la sentence d'interdiction, ils ne sont nuls que si l'état de démence ou d'infirmité était notoire au moment du contrat ou si l'autre partie en avait connaissance* ».

b) La capacité diminuée

55. Les causes secondaires. La capacité diminuée vise, dans les deux droits arabes, les personnes atteintes de prodigalité ou d'imbécillité. Le traitement juridique qu'accorde le législateur des deux pays est celui qui est reconnu au mineur pourvu de discernement. Les

par l'effet d'une déchéance pénale quelconque, mais dans un but de garantie et de protection », Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. 8, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, t. 2nd, 2^e éd., Paris, A. Durand et Hachette, 1861, n° 643, p. 434 et s.

⁸⁰ « *Après l'interdiction, l'individu est déclaré incapable d'avoir une volonté, et le mariage qu'il contracterait, même pendant un intervalle lucide, serait radicalement nul* », V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 1^{er}, 7^e éd., Paris, DELAMOTTE ET FILS éditeurs, 1873, n° 520, p. 408.

⁸¹ Il n'est pas inutile de souligner ici que le droit romain avait une défiance vis-à-vis de la folie et de la faiblesse d'esprit. V. G. MAY (1848-1940), *Éléments de droit romain*, 11^e éd., Sirey, 1913, n° 58, p. 157 et s. : « *Parmi les personnes sui generis, il en est que la faiblesse du développement intellectuel, conséquence du jeune âge, du sexe, ou de certains troubles cérébraux, rend incapables de gérer leurs biens. Ces personnes ont une intelligence et une volonté, mais pas assez fortes pour se rendre compte des conséquences que leurs actes peuvent avoir sur leur patrimoine. Aussi, les soumet-on à une sorte de pouvoir qui n'est point une puissance véritable mais qui en tient lieu. C'est, suivant les cas, la tutelle ou la curatelle (...). De là une division des personnes. Dans le droit romain primitif, la tutelle et la curatelle ne sont que des mesures de défiance prises dans l'intérêt de la famille civile. On craint que, par impéritie, certaines personnes ne compromettent le patrimoine qu'elles ont recueilli dans la succession paternelle, et qu'ainsi elles ne portent atteinte aux droits éventuels de la famille civile appelée à leur succéder. Plus tard, cette considération étroitement intéressée fit place à une idée plus humaine : la protection due par la société aux incapables. La conception nouvelle se combinant avec l'ancienne, transforma le caractère de la tutelle et de la curatelle. Cette transformation se traduisit par (...) l'introduction de certaines garanties protectrices auxquelles le droit ancien n'avait pas songé* ».

dispositions des deux codes civils sont claires sur ce point. L'article 115 du Code civil égyptien dispose que « 1° *L'acte accompli par la personne frappée d'interdiction pour cause d'imbécilité ou de prodigalité, postérieurement à la transcription de la sentence d'interdiction, sera régi par les dispositions qui régissent les actes consentis par le mineur pourvu de discernement.* 2° *L'acte accompli antérieurement à la transcription de la sentence d'interdiction ne sera nul ou annulable que s'il y a exploitation ou collusion frauduleuse* ». Et c'est exactement dans la même veine que s'inscrit le droit koweïtien. L'article 101 du Code civil dispose en effet que « 1° *Les actes accomplis par les personnes prodigues ou atteintes d'imbécilité postérieurement à la transcription de la sentence d'interdiction seront régis par les dispositions énoncées à l'article 87 qui régissent les actes accomplis par le mineur pourvu de discernement.* 2° *Les actes accomplis antérieurement à la transcription de la sentence d'interdiction ne seront nuls ou annulables que s'il y a collusion frauduleuse en prévision de l'interdiction* »⁸². Le régime réservé aux actes accomplis par le prodigue et la personne atteinte d'imbécilité est atténué. Cela traduit une forme de reconnaissance du législateur à la capacité dont pourra faire preuve ces deux catégories de personnes vulnérables. Cela se manifeste par ailleurs, à travers la possibilité accordée au prodigue, par exemple, de gérer son patrimoine.

⁸² De telles dispositions sont assez semblables à celles de l'ancien droit français. Dans le Code Napoléon, le prodigue était soumis à assistance, avec l'intervention du conseil judiciaire. En dépit de la clarté immédiate de ce qu'est un prodigue, le traitement qui lui a été réservé à varier au fil du temps. Cela pourrait également être le cas, dans les deux pays arabes sous étude, qui, à la suite d'une réforme, feront sortir le prodigue de la catégorie des personnes dont l'altération des facultés mentales est en cause. Pour un regard historique, voir M. TERNON, « Fous et prodiges devant les juridictions civiles », in *Juger les fous au Moyen-âge*, PUF, 2018, p. 75 et s. L'auteur souligne que « *L'interdiction du prodigue existe depuis la Loi des Douze Tables. Au cours de l'Antiquité, l'usage s'installe d'adjoindre aussi au prodigue un curateur à l'instar de ce qui est pratiqué pour les adultes déments. Par conséquent, dans le droit de Justinien, l'interdiction est destinée aux seuls prodiges alors que la curatelle concerne à la fois les prodiges et les fous. Le Moyen Âge balaiera cette distinction en appliquant l'interdiction, dès le XIII^e siècle, aux fous comme aux prodiges* ». ; voir également la thèse consacrée à la prodigalité de A. GRANVORKA, *La prodigalité en droit privé*, Thèse, Université de Bordeaux, 2020, dans laquelle l'auteure conclut sa recherche en soulignant que « *Le prodigue n'est tout d'abord pas en mesure d'agir avec diligence car il dispose d'une volonté hétéronome. Celle-ci se laisse influencer par la rapidité des échanges et les techniques marketing qui font du prodigue la principale victime de la société de consommation. Le droit ne peut valablement prendre acte de pareilles défaillances. La volonté est principalement une notion psychologique, dont le subjectivisme marqué exclut que le droit s'en saisisse de la même manière que les médecins ou les sociologues. La volonté n'est appréhendée que sous le prisme des vices du consentement. Or ces derniers ne peuvent pas suffire à remettre en question les engagements souscrits par la personne prodigue. Il s'agit d'une lacune juridique pour le moins problématique. Elle est d'autant plus importante que ce dernier ne contracte pas en conformité avec ses intérêts alors que l'adéquation entre la volonté et les intérêts est la condition essentielle pour émettre une volonté juridique, constitutive de droit. Le prodigue n'agissant pas dans le but de nuire à ses créanciers n'agit dès lors pas de mauvaise foi. En raisonnant a contrario, il est possible d'affirmer qu'il agit en parfaite bonne foi. Sa bonne foi se manifeste tant au plan de la conclusion qu'à celui de l'exécution du contrat. Puisqu'il ne s'engage pas avec l'intention de nuire, il est d'autant plus nécessaire de le doter d'un régime juridique particulier* » (p. 401). « *L'interdit, soit l'individu privé du droit de disposer de sa personne et de gérer ses biens en raison de troubles mentaux, se laisse effectivement appréhender comme un joueur de catégorie inférieure venant déranger un droit individualiste et subjectiviste ayant pour base la raison* », T. NOOTENS, « Fous, prodiges et faibles d'esprit : l'interdiction et le conseil judiciaire dans le tribunal de première instance d'Angers. 1820-1835, 1880-1883 », *Déviance et société*, 2000, Vol. 24, n° 1, p. 48. (Souligné par nous). Il est loisible de considérer que, dans les deux droits arabes, le prodigue est saisi comme un joueur de catégorie secondaire.

L'article 103 du Code civil koweïtien est explicite sur ce point. Il dispose que « *1° le tribunal peut autoriser le prodigue à gérer son patrimoine, en entier ou en partie. L'autorisation ainsi accordée sera totale ou soumise à certaines conditions, en particulier, l'obligation à la charge du prodigue de rendre des comptes sur sa gestion, dans les délais prescrits par le tribunal* ». Le tribunal est, par conséquent, souverain quant au traitement qu'il peut réserver au prodigue. Cela prouve, par ailleurs, la difficulté de délimiter de façon précise, voire rigide, ce que recouvre la prodigalité. Celle-ci recèle manifestement plusieurs facettes. L'alinéa 2 de l'article 103 va dans ce sens, puisque le tribunal a la capacité de retirer l'autorisation ainsi octroyée ou de la faire subordonner à certaines conditions, s'il estime cela nécessaire. Toutefois, le tribunal est lui-même limité par les directives du législateur parce que l'autorisation judiciaire ne saurait dépasser un certain seuil de gestion. L'article 105 du Code civil koweïtien dispose, en effet, que « *la capacité de gestion reconnue au prodigue en ce qui concerne son patrimoine vise les dépenses courantes, qui sont celles qui sont reconnues à la capacité d'exercice du patrimoine du mineur pourvu de discernement, énoncées à l'article 93* ». Le tribunal demeure néanmoins souverain pour apprécier le montant qui sera dévolu au prodigue, à sa demande ou à la demande du curateur, ou de toute autre personne concernée. L'appréciation du tribunal se fera à l'aune des besoins et des moyens du prodigue, ainsi qu'à ceux dont il a la charge financière. C'est par conséquent, ici, la mise en œuvre d'une stratégie judiciaire casuistique. Et c'est cette souveraineté qui permet au tribunal, en cas de suspicion de dilapidation, d'interdire au prodigue la jouissance de ses biens. Cette liberté reconnue au prodigue existait également sous l'empire du Code Napoléon. L'article 513 du Code 1804 débutait sa formulation par « *il peut être défendu aux prodigues [...]* »⁸³, alors que l'article 489 du même code dispose que « *le majeur qui est dans un état habituel d'imbécilité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides* ». La différence entre « *il peut être défendu* » et « *doit être interdit* » est à elle seule parlante. Elle exprime la césure totale qui préside au traitement juridique appliqué à des catégories de personnes. Les deux droits arabes s'inscrivent dans cette veine. En revanche, ces deux droits traitent l'imbécilité au même titre que la prodigalité, contrairement à l'ancien droit français⁸⁴.

⁸³ Article 513 : « *Il peut être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever leurs biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal* ».

⁸⁴ Pour le traitement juridique de l'aliénation mentale antérieur à la promulgation du Code civil égyptien, voir A. U. YAKIN, A. BEJERMI, B. DUPRET, « L'aliénation mentale devant les juges égyptiens pendant la période de tutelle britannique », *Revue électronique d'histoire du droit*, 2022, n° 23, [visité le 27/07/2023], disponible sur Internet <URL : <https://journals.openedition.org/cliiothemis/2673>

56. Les liens entre le judiciaire et le médical. La collaboration constante entre le juge des tutelles et le médecin est fondamentale. Elle est d'abord constante dans le régime de la protection des majeurs vulnérables. L'article 425 du Code civil dispose que « *toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre* ». Rappelons ici, que la loi de 1968 posait déjà le principe de l'obligation du certificat médical pour établir l'altération des facultés mentales ou corporelles (article 490, alinéa 3). A cet égard, sous l'empire de cette loi, la Cour de cassation a jugé que la production d'un certificat médical établi par un spécialiste choisi sur une liste dressée par le procureur de la République était une formalité substantielle de la procédure⁸⁵. Et cette obligation de produire le certificat médical se retrouve, tant à l'égard des mesures judiciaires, qu'à l'égard des mesures conventionnelles⁸⁶. Les modalités de la constatation médicale sont le fruit des dispositions du Code civil et du Code de procédure civile⁸⁷. L'article 431 C. civ. exige un certificat médical circonstancié⁸⁸. Le Code de procédure civile en explicite le sens. L'article 1219 dudit Code dispose que « *le certificat médical circonstancié prévu par l'article 431 du code civil : 1° Décrit avec précision l'altération des facultés du majeur à protéger ou protégé ; 2° Donne au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération ; 3° Précise les conséquences de cette altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation du majeur dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel. Le certificat indique si l'audition du majeur est de nature à porter atteinte à sa santé ou si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté. Le certificat est remis par le médecin au requérant sous pli cacheté, à l'attention exclusive du procureur de la République ou du juge des tutelles* ». Il va sans dire que cette exigence du certificat médical est afférente, non seulement à la mesure

⁸⁵ Civ. 1^{re}, 15 juin 1994, D. 1995. 37, note Massip. L'article 488, alinéa 3 du Code civil permettait toutefois au juge d'ouvrir une curatelle ou une tutelle sans certificat médical si la cause de la vulnérabilité était la prodigalité.

⁸⁶ Est visé ici, le mandat de protection future. L'article 481 du Code civil dispose que « *le mandat prend effet lorsqu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts. Celui-ci en reçoit notification dans les conditions prévues par le code de procédure civile. A cette fin, le mandataire produit au greffe du tribunal judiciaire le mandat et un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste mentionnée à l'article 431 établissant que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425. Le greffier vise le mandat et date sa prise d'effet, puis le restitue au mandataire* »

⁸⁷ D. NOGUERO, « Le certificat médical pour l'ouverture de mesures de protection des majeurs », *RRJ*, 2011, p. 1227.

⁸⁸ Cass. 1^{re} Civ. 10 oct. 2012, n° 11-14.441 (cassation): *Bull. civ.* 2012, I, n° 197; *AJF* 2012, p. 619, obs. Th. VERHEYDE ; D. 2012, jurispr. p. 2723, note approbative G. RAOUL-CORMEIL; *Dr. fam.* 2012, comm. 184, note crit. I. MARIA; *RTD civ.* 2013, n° 8, p. 90, obs. J. HAUSER.

initiale, mais également à tout renouvellement ou à toute mesure d'aggravation et donc de renforcement de la protection⁸⁹. Cela prouve de façon extrêmement claire que le certificat médical constitue « *une pièce maîtresse de la mesure de protection des majeurs* »⁹⁰. La constatation médicale est, par conséquent, sous l'empire de la loi du 5 mars 2007, une condition de recevabilité de la demande d'ouverture d'une mesure de protection. Il est ainsi clair que « *cette exigence relative au certificat médical constitue une véritable garantie du respect du principe de nécessité. Le juge ne peut placer sous protection juridique un majeur si le médecin consulté estime qu'il n'existe pas d'altération des facultés* »⁹¹. La jurisprudence de la Cour de cassation est extrêmement claire sur ce point. La différence de solution qui prévalait avant la réforme de 2007 est à cet égard notable. En effet, sous l'empire du droit antérieur, si le requérant était le Ministère public, la Haute Cour estimait que la demande pouvait être recevable sans un certificat médical. Désormais, cela n'est plus possible. La doctrine qui avait émis des critiques à l'encontre de cette nouvelle position avait pu croire, à un certain moment, que la jurisprudence de la Cour pouvait recevoir une lecture qui en prenant un certain nombre de précautions, pouvait laisser intacte l'orientation antérieure. De façon concise, cette situation se présente toujours lorsqu'une personne refuse de se laisser ausculter par un médecin, pour déterminer si elle souffre ou non d'une altération de ses facultés mentales et/ou corporelles l'empêchant d'exprimer sa volonté. Peut-on, dans ce cas, en dépit du refus de la personne ainsi caractérisée la placer sous une mesure de protection ? La solution qui avait été imaginée était celle du certificat médical de carence. Ce certificat, établi en fonction des éléments contenus dans le dossier médical de la personne, doit décrire l'altération des facultés mentales de celle-ci et le besoin de protection qu'elle devrait pouvoir obtenir⁹². Cela dit, la collaboration entre le juge des tutelles et le médecin réserve parfois des surprises qui ne laissent pas d'étonner. Il apparaît ainsi que « *les certificats médicaux sont souvent sources de perplexité pour le magistrat : il semble logique d'y rechercher plus que la mesure préconisée par le médecin, la cohérence des constatations médicales y conduisant. Parfois les choix éthiques d'un médecin, tel le fait de se*

⁸⁹ Ces points seront abordés ultérieurement.

⁹⁰ F. FRESNEL, « Le certificat médical, une pièce maîtresse de la mesure de protection des majeurs », *D.*, 2010, p. 2656 ; « Le médecin choisi inscrit sur la liste et la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *Gaz. Pal.*, 10 nov. 2007, p. 2.

⁹¹ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1414.

⁹² Il est, par ailleurs, fait obligation au médecin habilité d'indiquer les moyens nécessaires mis en œuvre pour rencontrer la personne et la constatation d'un refus catégorique de celle-ci à se laisser examiner. Ce certificat médical de carence n'est pas visé par une disposition du Code civil. Il a été utilisé par des Cours d'appel qui avaient résisté à la jurisprudence de la Cour de cassation, que d'aucuns, estiment comme idéaliste, Douai, ch. prot. jur. majeurs et mineurs, 11 janv. 2013, RG n° 12/ 05941 ; AJ fam. 2013. 126, obs. G. Raoul-Cormeil ; D. 2013. 2196, obs. J.- M. Plazy – Paris, pôle 3, ch. 7, 8 janv. 2013, RG n° 11/ 18481. L'utilisation de ce certificat de carence est, par ailleurs fortement encouragée par la doctrine.

prononcer sur le droit de vote, conduisent à des conclusions étonnantes, ainsi ce majeur délirant, incapable d'une quelconque prise de décision concernant ses biens ou sa personne, insusceptible d'être entendu par le juge, mais capable de vote !»⁹³.

B. Le choix de la mesure de protection

57. La visée de la mesure. La diminution de la capacité juridique d'une personne constitue, non pas une sanction, mais une protection. Cette diminution s'accompagne d'une réorganisation de la vie civile de la personne protégée. L'accomplissement de certains actes se réalisera par voie d'assistance ou de représentation. C'est dire, 'l'intrusion' qui se manifesterà dans la vie de la personne protégée. C'est dire, aussi et d'abord, que l'ouverture d'une mesure de protection ne se concrétise qu'à condition que la situation l'exige. D'où l'importance d'appréhender et de saisir le processus entourant l'ouverture d'une telle mesure. Sa prononciation par le juge n'épuise cependant pas la dynamique. Bien au contraire. Sa prononciation qui vise à revêtir juridiquement la personne vulnérable d'un nouveau manteau, lui permettant d'accomplir ou non certains actes, vise également et surtout à prévenir et informer les tierces personnes. La personne protégée ne vit pas telle une nomade, seule sur la scène juridique. Elle est en lien avec différentes personnes. D'où l'importance de prévoir la publicité des jugements d'ouverture de la mesure de protection. Publicité, obligatoire, au demeurant.

Nous verrons que, en ce qui concerne la procédure menant à l'ouverture de la mesure de protection et le régime juridique de sa publicité, la convergence entre les trois droits est indéniable. Néanmoins, une analyse fouillée et détaillée révèle une distorsion assez importante entre le droit français et les deux droits arabes. Si un certain nombre d'éléments se rattachent à la procédure, *stricto sensu*, d'autres en touchent la substance. Ici, comme sur d'autres points, nous constaterons que le droit arabe est à l'image de ce qu'était le droit français avant les réformes opérées, tant en 1968 qu'en 2007.

58. Le dynamisme du dispositif protecteur. La mesure de protection obéit à plusieurs critères. Si l'altération des facultés mentales de la personne n'est pas univoque, le traitement ne peut également l'être. Par ailleurs, la 'confection' de la mesure laisse voir une dynamique qui fait participer, à la fois, la personne à protéger ou protégée, elle-même, sa famille, son entourage et toute l'institution judiciaire. Il n'est pas inutile de rappeler, à ce stade, que la mission du juge,

⁹³ P.-O. DANINO, « Observations pratiques et contrastées sur la santé du majeur protégé », in *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, G. Raoul-Cormeil (dir.), Dalloz, Coll. « Thèmes § Commentaires », 2012, p. 184.

sous les trois cieux, n'est pas de trancher un litige, mais de trouver le meilleur intérêt pour la personne vulnérable. Cela est fort différent. La prononciation de la décision d'ouverture d'une mesure de protection ne met pas *ipso facto* un terme à la procédure. La décision est susceptible d'être attaquée par un recours en appel. C'est pourquoi, il semble opportun d'aborder le choix de la mesure de protection, antérieure à sa confection, c'est-à-dire, avant sa prononciation (1°) et, ensuite, en son aval (2°).

1° L'amont

59. Le principe de nécessité. Le principe de nécessité est passé du statut de l'implicite avec la loi du 3 janvier 1968⁹⁴ au statut explicite avec la loi du 5 mars 2007. Ce principe signifie qu'il est interdit de placer une personne sous un régime de protection qu'à la condition que son « état » ou sa « situation » l'exige. L'article 428 C. civ. dispose que « *la mesure de protection judiciaire ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité* ». Si certains considèrent que cette appellation emporte « *un peu d'emphase* »⁹⁵, la plupart se rallie à l'idée que ce principe fait partie des principes directeurs de la nouvelle loi du 5 mars 2007⁹⁶. En effet, « *le système tutélaire est sous la loi du minimum. Toute mesure prise doit être indispensable. Ce principe gouverne l'ensemble des mesures judiciaires* »⁹⁷. Le principe de nécessité conduit ainsi à gouverner « *l'existence, la nature et la durée de la mesure* »⁹⁸. Il est le garant qui permet de préserver au maximum la capacité de la personne majeure vulnérable. Ainsi, c'est en veillant au strict respect de ce principe que « *les Hauts magistrats sont vigilants quant à éviter, autant que faire se peut, l'ouverture ou le maintien d'une mesure de protection* »⁹⁹. Il nous semble dès lors pertinent de considérer, à l'instar du professeur Jean-Jacques Lemouland, que le principe de nécessité joue le rôle de verrou qui permet la « *maîtrise de l'inflation des mesures*

⁹⁴ Le principe de la nécessité était implicite et sous-jacent à certaines dispositions du Code civil dans la version de la loi de 1968. Ainsi, l'article ancien 491 disposait que ne pouvait être placé sous sauvegarde de justice que le majeur qui « *a besoin d'être protégé* ». Pour la tutelle, l'article 492 (anc) : « *une tutelle est ouverte quand un majeur, pour l'une des causes prévues à l'article 490, a besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile* ». S'agissant de la curatelle, l'article 508 (anc) : « *lorsqu'un majeur, pour l'une des causes prévues à l'article 490, sans être hors d'état d'agir lui-même, a besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile, il peut être placé sous un régime de curatelle* »

⁹⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Op. cit.*, p. 333.

⁹⁶ M. REBOURG, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. famille* 2007, étude 16. F. DELBANO, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », *D.*, 1999, chron., pp. 408 à 413.

⁹⁷ A. BATTEUR, « Synthèse et perspectives d'évolution de la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs (*Actes du colloque de Caen*, 19 oct. 2012) », in *Dr. famille*, 2012, dossier 17, p. 28.

⁹⁸ G. RAOUL-CORMEIL, « La loi du 5 Mars 2007, entre le passé et l'avenir de la protection juridique des majeurs », in J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 37.

⁹⁹ I. MARIA, « Dix ans de jurisprudence en droit des majeurs protégés », in G. Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2012, p. 67.

judiciaires »¹⁰⁰. Il n'en demeure pas moins que « *s'agissant du principe de nécessité, il faut avouer que toutes les dispositions prises pour le garantir n'ont pas eu un impact radical. Spécialement, ceux qui croyaient que l'on diviserait par deux le nombre des mesures judiciaires en interdisant aux juges de se saisir d'office ont sans doute été naïfs* », reconnaît l'auteur, à l'instar de la majorité de la doctrine autorisée¹⁰¹.

60. La reconnaissance implicite du principe en droit arabe. Ce principe est également reconnu dans les deux droits arabes. Son expression est, en revanche, davantage implicite qu'explicite. Son statut est identique à celui qui prévalait sous l'empire du droit français de 1968. Les juges égyptiens et koweïtiens ne sauraient, en effet, ouvrir une mesure de protection si la situation médicale de la personne ne l'impose pas. Une situation médicale qui empêche l'expression de la volonté. Le principe est ici, à l'instar de tous les droits, la reconnaissance de la pleine capacité juridique. L'incapacité est donc l'exception. Cela ressort, de façon explicite, des dispositions applicables à la personne saine d'esprit. L'alinéa 1^{er} de l'article 44 du Code civil égyptien dispose que « *toute personne majeure jouissant de ses facultés mentales et n'ayant pas été interdite est pleinement capable pour l'exercice de ses droits civils* ». De même, l'article 84 du Code civil koweïtien dispose que « *toute personne est pleinement capable de contracter, à moins que la loi n'en décide autrement, en la rendant incapable ou en diminuant sa capacité juridique* ». Par ailleurs, le principe de nécessité exige, à l'instar du droit français, de suivre certaines procédures, afin de placer une personne sous une mesure de protection. L'article 113 du Code civil égyptien est clair sur ce point : « *le tribunal prononcera ou lèvera*

¹⁰⁰ Jean-Jacques LEMOULAND, « Faut-il à nouveau réformer le droit des majeurs protégés », *Op. cit.*, p. 72. L'auteur indique en effet que « *la cible avait été clairement identifiée dans les rapports d'enquête ayant précédé l'élaboration de la loi du 5 mars 2007. Le nombre des mesures judiciaires de protection était en train d'augmenter de façon exponentielle, et avec lui les dépenses publiques qu'elles engendrent. En imputer la cause au vieillissement de la population ne donnait guère de prise. Il fallait un bouc émissaire : ce fut le juge des tutelles qui semblait ne pas avoir bien compris la finalité des mesures judiciaires de protection et qui les utilisait pour traiter des situations de détresse sociale qui n'en relevaient pas. 1) La loi du 5 mars 2007 a donc ouvert deux voies pour ramener les juges dans le droit chemin. D'une part, elle a créé de nouvelles mesures et rénové les mesures sociales qui ne fonctionnaient guère. D'autre part, elle a multiplié les verrous de nature à cadenasser l'entrée vers les mesures judiciaires de protection. [...] Au niveau des principes, on retient surtout celui de nécessité posé en préalable à l'article 415 du Code civil. Et pour faire en sorte que ce ne soit pas simplement un principe, la loi a multiplié les dispositions de nature à en garantir l'application : suppression de la saisine d'office du juge des tutelles, monnaie de change parce qu'elle ouvrait plus de la moitié des mesures de protection ; exigence d'un certificat médical circonstancié dont la jurisprudence a précisé peu à peu les contours ; limitation dans le temps des mesures de tutelle ou de curatelle de façon à obliger le juge à s'assurer de leur pertinence, de leur adéquation dans la durée. L'arsenal est conséquent* ».

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 74.

l'interdiction de toute personne atteinte de démence, d'infirmité mentale ou d'imbécilité et de toute personne prodigue conformément aux règles et à la procédure prescrite par la loi »¹⁰².

61. Les conséquences du principe de nécessité. De ce principe de nécessité, il est inféré un certain nombre de conséquences que le législateur de 2007 n'a pas hésité à expliciter : l'une des plus importantes est la disparition de la curatelle sans certificat médical pour prodigalité, intempérance et oisiveté. C'est dire l'indispensable correspondance entre le degré d'altération des facultés de la personne et la mesure envisagée. La mise en œuvre du principe de nécessité engendre l'application de deux autres principes imbriqués, que sont la proportionnalité et l'individualisation. La proportionnalité qui s'est vue accompagnée de l'adjectif individualisée permet l'adaptation de la mesure protectrice à la situation singulière de chaque personne. L'article 440, alinéas 2 et 4 traduit cela de façon extrêmement claire : *« la curatelle n'est prononcée que s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante »* et *« la tutelle n'est prononcée que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante »*. L'individualisation *« ne constitue, en réalité qu'une déclinaison de la proportionnalité »*¹⁰³. La mise en œuvre de ce principe de proportionnalité se manifeste par une obligation faite à l'égard du juge des tutelles. Ainsi, *« le juge doit expliquer pourquoi la mesure est induite au regard des éléments de preuve qui lui sont soumis (examen de la personne, audience des proches, certificat médical) afin de respecter l'exigence de proportionnalité de la mesure. Ainsi, la Cour de cassation sanctionne la décision du juge de fond qui déclare la personne incapable totalement (en la mettant sous tutelle) alors que cela ne se déduit pas des éléments de preuve rapportés devant lui. Il s'agit d'empêcher l'automatisation et la généralisation des mesures judiciaires adoptées »*¹⁰⁴. Il est impératif, en effet, de prendre en considération la configuration complexe dans laquelle se trouve ou pourrait se trouver la personne majeure vulnérable. La norme juridique ne saurait s'appliquer aveuglement, précisément, lorsqu'il s'agit de restreindre le périmètre de la capacité juridique. Ainsi, comme l'a exprimé Jean Hauser, *« chaque personne protégée est un cas particulier et*

¹⁰² L'article 85 du Code civil koweïtien, dans ses alinéas premier et second, pourrait soulever une ambiguïté. En effet, l'alinéa 1^{er} dispose que le mineur, ainsi que la personne atteinte de démence et de faiblesse d'esprit, sont consubstantiellement incapables, c'est-à-dire, naturellement incapables. L'alinéa 2 dispose que le statut d'incapable pour le prodigue et la personne atteinte d'imbécilité sera prononcé, cette fois-ci, par le tribunal *« en prenant en considération les éléments de la situation »*. Il se pourrait, donc, qu'une lecture hâtive fasse croire que la décision prononçant l'incapacité se limitât à deux catégories de personnes : l'imbécile et le prodigue. Il n'en est rien. Les quatre causes répertoriées en droit koweïtien reçoivent le même traitement judiciaire, à savoir l'exigence d'une décision prise par un juge.

¹⁰³ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1428.

¹⁰⁴ Ibid

peut conserver des îlots nombreux de capacité partielle dont il convient de tenir compte »¹⁰⁵. Et c'est cette prise en compte de l'état de l'altération des facultés personnelles *via* l'individualisation qui permet la réalisation de l'effectivité des droits de la personne¹⁰⁶. Cette effectivité se traduit, tout particulièrement en droit français, par l'obligation faite au magistrat de réviser régulièrement les mesures de protection prises afin de ne pas conduire à voir une privation de capacité instituée et inutilement dans la durée. Les principes de l'individualisation et de la proportionnalité existent, à l'instar du principe de nécessité, dans les droits arabes, mais, ici également, de façon implicite. L'on ne trouvera pas de disposition portant les adjectifs de proportionnalité et d'individualisation. Cependant, suivant certaines règles contenues dans les deux Codes civils arabes, ainsi que dans les codes de procédures civiles, il ressort clairement que le législateur a la volonté de produire la configuration la plus adaptée à chaque situation. Affirmer cela pourrait sembler en contradiction toutefois avec l'existence d'un seul et unique régime de protection, qu'est la curatelle. Comment peut-on, en effet, envisager de passer d'un palier de protection à un autre, s'il n'y a qu'une seule mesure ? Si cela semble possible, c'est parce qu'il faut porter le regard ici, non pas sur la mesure de protection, mais sur les différenciations des configurations opérées par le juge face à chaque cas. Si l'on devait s'arrêter simplement sur le fait qu'il n'y a que la curatelle comme mesure protectrice, l'on serait en peine de défendre la cohérence travaillant ces ordres juridiques, qui administrent le même remède (curatelle) à des causes très différentes, comme la démence et la prodigalité. Les quatre causes concrètes reconnues par les deux législations arabes permettent une classification des techniques de protection : l'interdiction, l'autorisation, l'assistance et la représentation. Dans une approche prospective, il n'est pas exclu que le droit arabe, à l'instar du droit français, inscrive ces principes en toutes lettres dans la nouvelle législation. L'on passerait, dès lors, de l'implicite à l'explicite. Pour l'instant, c'est la jurisprudence, de façon méthodique et régulière, qui comble les silences laissés par une législation qui remonte, rappelons-le, à plus de soixante-dix ans pour l'Égypte et à quarante ans pour le Koweït. Et c'est cet état de la législation arabe qui éclaire sur la question, combien importante, de l'audition de la personne protégée ou à protéger. Les dispositions afférentes à cette importante question procédurale n'existent pas de façon singulière visant les personnes vulnérables. C'est le droit commun qui s'applique. Afin

¹⁰⁵J. HAUSER, « Incapables et/ou protégés », *Cairn Info*, 2007 ; « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. Famille*, 2007, étude 14.

¹⁰⁶ Cette individualisation doit se traduire non pas uniquement au niveau du juge des tutelles, mais également au niveau du protecteur. Voir S. ROY, « L'individualisation de la mesure de protection juridique », in G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg, I. Maria (dir.), *Protection des majeurs : Bilan et perspectives. De la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?* LexisNexis, 2020, p. 129 et s.

de mieux saisir l'état du droit arabe, il nous semble plus utile de brosser le portrait de cette question d'abord en droit français. Une partie de la doctrine estime que l'audition revêt un caractère important en lien avec la protection des libertés¹⁰⁷. C'est une obligation à la charge du juge des tutelles. Une obligation reconnue par la loi de 1968 de façon très explicite à l'article 1246, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile¹⁰⁸.

Dans l'objectif de renforcer davantage les droits du majeur, cette obligation a été transférée du Code de procédure civile au Code civil. Avec la loi du 5 mars 2007, l'audition du majeur est traduite par l'article 432. L'alinéa 1^{er} de cet article impose que « *le juge statue, la personne [est] entendue ou appelée* »¹⁰⁹. Les modalités techniques de cette obligation demeurent toutefois au sein du Code de procédure civile. Il en ressort, en effet, que « *l'audition de la personne 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* ». Relevons ici que le juge est en mesure, suivant l'article 1220 C. pr. civ., de « *se déplacer dans toute l'étendue du ressort de la Cour d'appel ainsi que dans les départements limitrophes de celui où il exerce ses fonctions* ». L'audition n'est pas publique¹¹⁰. Toutefois, « *le juge peut, s'il l'estime opportun, procéder à cette audition en présence du médecin traitant ou de toute autre personne* » (C. pr. civ., art. 1220-1, al. 2).

62. L'audition du majeur. Cette obligation, consacrée aujourd'hui avec force, souffre, néanmoins, d'une exception qui est, en définitive, au bénéfice de la personne majeure vulnérable. Elle est exprimée par l'alinéa 2 de l'article 432 du Code civil qui dispose que « *le juge peut toutefois, par décision spécialement motivée et sur avis d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431, décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'audition de l'intéressé si celle-ci est de nature à porter atteinte à sa santé ou s'il est hors d'état d'exprimer*

¹⁰⁷ J. MASSIP, « *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs* », 1^{re} éd., Defrénois, Lextenso éd., 2009, n° 287.

¹⁰⁸ Article 1246 (anc) « *Le juge des tutelles entend la personne à protéger et lui donne connaissance de la procédure engagée. L'audition peut avoir lieu au siège du tribunal, au lieu de l'habitation, dans l'établissement de traitement ou en tout autre lieu approprié. Le juge peut, s'il l'estime opportun, procéder à cette audition en présence du médecin traitant et, éventuellement, d'autres personnes. Le procureur de la République et le conseil de la personne à protéger sont informés de la date et du lieu de l'audition ; ils peuvent y assister. Il est dressé procès-verbal de l'audition* ».

¹⁰⁹ Cette obligation est réitérée à l'article 1220-3 du Code de procédure civile : « *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* ».

¹¹⁰ Ce caractère de non publicité de l'audience a pour objectif d'éviter toute publicité néfaste à la personne à protéger. Le souci de la discrétion doit, par conséquent, primer sur toute autre considération. Suivant les mots de Jacques Massip, il faut éviter une publicité « *inutile et le plus souvent de mauvais aloi* », J. MASSIP, *Op. cit.*, n° 386.

sa volonté »¹¹¹. L'article 1220-1, alinéa 4 précise que « *l'avocat de la personne à protéger ou protégée est informé de la date et du lieu de l'audition* ». Il est important de relever, à ce stade que, dans la pratique, au début de la procédure, le majeur vulnérable n'a pas encore d'avocat¹¹², d'où les difficultés qui naissent du fait de l'impossibilité d'auditionner le majeur tout en l'informant de la procédure engagée à son profit. C'est la raison pour laquelle l'absence d'audition doit demeurer une situation exceptionnelle. La curiosité vient toutefois de la pratique qui semble accepter, voire aisément tolérer, l'absence de l'audition. Il est vrai que la portée de

¹¹¹ Cette exception est reprise par l'article 1220-3 du Code de procédure civile : « *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* ».

¹¹² L'article 1214 du Code de procédure civile dispose que « *Dans toute instance relative à l'ouverture, la modification ou 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. Les intéressés sont informés de ce droit dans l'acte de convocation* ». Ingrid Maria a raison de rappeler que le droit à un avocat n'est pas une « *coquille vide* », dès le moment où l'on sait que seul l'avocat de la personne protégée ou à protéger peut obtenir copie de toutes pièces du dossier. Il n'en demeure pas moins vrai que la présence de l'avocat n'a pas été élevée à une obligation devant le juge des tutelles. C'est pourquoi, l'exigence du procès équitable semble satisfaite. Il n'y a pas, par conséquent, de violation de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Concernant la présence d'un avocat, il est possible de voir : F. FRESNEL, « Le contentieux de l'ouverture d'une mesure de protection », in G. Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2012, pp. 32-33 ; V. MONTOURCY, F. FRESNEL, « Lettre ouverte aux femmes et aux hommes de bonne volonté : pour la présence obligatoire de l'avocat auprès des majeurs protégés », *Gaz. Pal.*, 12 janv. 2016, p. 14. Enfin, de façon plus globale à propos du rôle que pourrait jouer l'avocat, il est utile de se reporter à J. CASEY, « Faut-il craindre l'avocat mandataire judiciaire ? L'analyse de l'avocat », in J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 117 et s. ; G. SOUTRA, « Faut-il craindre l'avocat mandataire judiciaire ? L'analyse du mandataire judiciaire à la protection des majeurs », in J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 123. Enfin, le droit d'être assisté par un avocat s'inscrit dans le droit à l'aide juridictionnelle. Sur ce point, v. Note de présentation des dispositions du décret n° 2014-1502 du 12 décembre 2014 relatif aux demandes d'aide juridictionnelle en cas de prise en charge par un dispositif de protection juridique, 24 févr. 2015, *BOMJ* 31 mars ; *AJ fam.* 2015. 9, obs. V. AVENA-ROBARDET. Concernant la présence de l'avocat, le droit koweïtien ne l'exige pas, contrairement au droit égyptien. Au Koweït, il est possible de désigner un avocat pour se faire accompagner à une audience demandant l'ouverture d'une mesure de protection. La différence importante demeure, cependant, dans l'intervention de l'autorité publique chargée des affaires des mineurs s'agissant des citoyens koweïtiens. Lorsque les conditions énoncées dans le Code civil koweïtien sont réunies pour l'intervention de cette administration, alors, la désignation de l'avocat est automatique. En droit égyptien, le tribunal désigne un avocat inscrit à l'ordre des avocats afin de représenter toute personne dépourvue de défense et devant être soumise à une mesure de protection. Cela ressort essentiellement de quelques dispositions contenues dans la loi numéro 1 de 2000. Cette loi, qui comprend soixante-dix-neuf articles, traite à la fois de la tutelle sur la personne et de la tutelle sur les biens. Elle est intitulée Loi réglementant certaines situations et procédures judiciaires en matière de statut personnel. L'article 2 alinéa 2 de cette loi dispose que « *la personne totalement incapable ou présentant une incapacité incomplète bénéficiera d'une représentation juridique. Si la personne est dépourvue de représentation juridique ou présente un avis contraire de son représentant ou entend entrer en confrontation avec ce dernier, le tribunal, de sa propre initiative, ou à la demande du ministère public ou des tiers, lui désignera un tuteur pour la représenter* ». Et afin de faciliter la réalisation de la mise en œuvre de cette disposition afférente à la requête en justice, l'alinéa 2 de l'article 3 prévoit une dispense de signature d'avocat sur les demandes relatives au statut personnel devant le juge sommaire (guz'i), ce qui recouvre donc les requêtes en matière de pension alimentaire. Si une requête est introduite sans la signature d'un avocat, il revient au tribunal d'en nommer un d'office pour assurer la défense du requérant. Les frais seront à la charge de l'État. De même, toutes les requêtes en pension alimentaire sont désormais exonérées de taxes et autres droits, à tous les stades du procès. A propos de cette loi, voir N. BERNARD-MAUGIRON, « Le processus de réforme du droit de la famille et ses limites », *Confluences Méditerranée*, 2010/4, n° 75, p. 77 et s.

cette obligation nécessite une explicitation plus développée. Certains auteurs estiment, à juste titre, que le régime juridique de l'audition devrait être davantage clarifié. En effet, la Cour de cassation a jugé « *de manière fort contestable il nous semble, qu'une majeure pouvait être placée sous tutelle, malgré une audition en première instance en l'absence de son avocat, dès lors que celle-ci avait été régulièrement convoquée à l'instance d'appel et que son avocat avait été entendu en ses observations. La Cour d'appel n'est, dans un tel cas, pas tenue d'entendre la personne protégée, les articles 432 C. civ. et 1245 C. pro. civ. étant considérés comme régulièrement appliqués. Cette décision revient ainsi à valider une audition irrégulière en première instance et une absence totale d'audition en seconde instance, ce qui peut laisser insatisfait* »¹¹³. Cependant, cette doctrine, à la suite de la jurisprudence de la Cour de cassation, reconnaît qu'en dépit de l'importance de l'audition, celle-ci « *ne saurait être interprétée comme une injonction faite aux magistrats d'entendre en toutes circonstances le majeur. Il suffit (et il faut) qu'il soit convoqué régulièrement* »¹¹⁴. C'est dans cette perspective que s'inscrivent les deux législations arabes : la personne vulnérable est convoquée à l'audience comme tout justiciable, en dépit du caractère gracieux de la procédure. Ainsi, le juge n'a aucune obligation quant à son déplacement pour aller à la rencontre de la personne à protéger. Rappelons que les textes des codes civils arabes visent, essentiellement, voire exclusivement, la protection des biens. La protection de la personne est inexistante. En effet, suivant l'article 1220-3 du Code de procédure civile, l'audition est obligatoire lorsqu'il s'agit de la protection de la personne. Ce dernier dispose, en effet, 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* ». En revanche, lorsque la requête vise la protection du patrimoine, le magistrat n'est pas tenu, en dépit de la demande qui lui est adressée, d'auditionner la personne majeure à protéger¹¹⁵. L'office du juge des tutelles est gracieux par nature, et ce, dans les trois droits. Sa saisine se réalise, dès lors, par requête et non par assignation. Le droit français donne à voir toutefois davantage de précision quant aux démarches procédurales à suivre. Ici, comme ailleurs, le droit français est plus explicite que le droit arabe, même si la structure est quasiment identique. L'article 1218 du Code de procédure civile dispose que « *la requête aux fins de prononcé d'une mesure de protection d'un majeur comporte, à peine d'irrecevabilité : 1° Le certificat médical circonstancié prévu à l'article 431 du code civil ; 2° L'identité de la personne*

¹¹³ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1433 et s.

¹¹⁴ Ibid

¹¹⁵ La visite et le déplacement du juge au lieu où réside la personne majeure à protéger ou déjà protégée ont pour objectif de permettre au juge de se faire une idée concrète et exacte de l'état de santé de la personne, de l'étendue de son autonomie et de sa vulnérabilité.

à protéger et l'énoncé des faits qui appellent cette protection au regard des articles 428 et 494-1 du même code ». L'énonciation des faits échappe à tout formalisme¹¹⁶. Le juge des tutelles possédant un pouvoir d'instruction, ce dernier lui permet de mener une investigation plus approfondie, s'il estime ne pas être suffisamment pourvu des informations nécessaires quant à la situation ou à l'état de la personne à protéger. L'article 1221 du Code de procédure civile est explicite sur ce point. Il dispose que « *le juge peut, soit d'office, soit à la requête des parties ou du ministère public, ordonner toute mesure d'instruction. Il peut notamment faire procéder à une enquête sociale ou à des constatations par toute personne de son choix* ». La requête doit énumérer les personnes qui font partie de l'entourage de la personne majeure à protéger. C'est, en effet, ici, l'article 430, alinéa 1^{er} du Code civil qui trouve à s'appliquer : « *la demande d'ouverture de la mesure peut être présentée au juge par la personne qu'il y a lieu de protéger ou, selon le cas, par son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, ou par un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, ou la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique* ». Il faut également mentionner le nom du médecin traitant. Le droit égyptien, à travers l'article 65 de la loi 119 de 1952, met en exergue, de façon très claire, que la demande d'ouverture d'une mesure de protection, comme sa levée, est du ressort du juge. C'est ce qu'énonce l'article 34 du Code koweïtien de procédures commerciales et civiles qui indique le juge compétent s'agissant du droit de la protection des majeurs vulnérables. Le tribunal peut être saisi par toutes les personnes concernées, à savoir, en droit arabe, essentiellement les membres de la famille, entendue au sens le plus large. Par ailleurs, le ministère public peut également saisir le tribunal. En droit koweïtien, il faut mentionner, aussi, l'Autorité publique chargée des affaires des mineurs, qui est en mesure, en vertu de l'article 138 du Code civil, de saisir le tribunal lorsqu'il s'agit d'une personne de nationalité koweïtienne. Le tribunal ainsi désigné transfère la demande au ministère public afin de mener l'enquête pour s'assurer de la véracité de l'altération des facultés mentales de la personne. A ce sujet, le droit reconnaît au ministère public, s'il l'estime nécessaire, au vu de l'importance ou de la complexité de la situation, de demander au tribunal de prendre des mesures conservatoires. L'objectif est de préserver les biens de la personne vulnérable afin d'empêcher la survenance de tout dommage. L'article 985 du Code égyptien de procédures civiles et commerciales reconnaît au tribunal toute liberté pour prendre plusieurs initiatives, s'il l'estime nécessaire. A ce sujet, plusieurs articles de la loi n° 1 de 2000 concernent le ministère

¹¹⁶ Civ. 1^{re}, 24 janv. 2018, n° 17-10.262, P ; D. 2018. 7022, obs. D. NOGUERO ; Dr. fam. 2018. Comm. 109, obs. I. MARIA.

public et les personnes devant l'informer de la survenance d'une situation en lien avec une personne vulnérable, totalement incapable ou présentant une capacité limitée¹¹⁷. L'audience tendant à traiter la demande d'ouverture d'une mesure protectrice s'effectue en France sous le prisme de l'article 1226 du Code de procédure civile qui dispose qu'« *à l'audience, le juge entend le requérant à l'ouverture de la mesure de protection, le majeur à protéger, sauf application par le juge des dispositions du second alinéa de l'article 432 du code civil et, le cas échéant, le ministère public* »¹¹⁸. Dans le droit arabe, le tribunal reçoit l'ensemble des documents ainsi que l'avis du médecin traitant ; à la suite de cela, il accorde ou pas l'ouverture d'une mesure de protection, en réalité, d'interdiction. Bien évidemment, à la lumière de l'article 65 de la loi 119 de 1952 en Égypte et de l'article 138 du Code civil koweïtien, le tribunal désigne un curateur pour assister, voire représenter, la personne incapable.

63. La notification du jugement. La notification du jugement est un acte extrêmement important. Son existence dans les trois droits n'est guère une surprise.

En France, c'est l'article 1230-1 du Code de procédure civile qui s'applique : « *le jugement qui statue sur une demande d'ouverture d'une protection ou ordonnant l'habilitation familiale d'un majeur est notifié à la personne protégée elle-même ; avis en est donné au procureur de la République. Toutefois, le juge peut, par décision spécialement motivée, décider qu'il n'y a pas lieu de notifier le jugement prononçant l'ouverture de la mesure de protection au majeur protégé si cette information est de nature à porter préjudice à sa santé. Dans ce cas, la notification en est faite à son avocat, s'il en a constitué un, ainsi qu'à la personne que le juge estime la plus qualifiée pour recevoir cette notification. Le jugement peut être notifié, si le juge l'estime utile, aux personnes qu'il désigne parmi celles que la loi habilite à exercer un recours* »¹¹⁹. La notification dans les deux droits arabes ne présente toutefois pas de singularité

¹¹⁷ L'article 27 s'adresse aux proches de la personne vulnérable. En cas de décès de la personne ou de son curateur, les proches doivent informer le ministère public dans un délai de 30 jours. L'article 28 s'adresse au corps médical, dans son ensemble, qui doit informer, suivant les situations, sur la perte de capacité juridique, entendue, ici, dans son sens technique et médical. Le ministère public est donc la cheville ouvrière. Son étude détaillée se fera ultérieurement.

¹¹⁸ Si le ministère public est absent de l'audience, il faudra, au nom du principe du contradictoire, mettre à disposition ses conclusions au majeur, Civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 14-13.123, NP ; D. 2014. 2259, obs. D. NOGUERO ; Dr. fam. 2014. Comm. 150, obs. I. MARIA – Civ. 1^{re}, 27 janv. 2016, n° 15-14.185, NP ; Dr. fam. 2016. Comm. 65, obs. I. MARIA ; Dr. et patr. 2016. 98, obs. BALIVET ; D. 2016. 1523, obs. J.-J. LEMOULAND. Là également, c'est la souplesse qui prévaut, puisque cette « mise à disposition » s'interprète très largement. En effet, les conclusions du ministère public doivent uniquement figurer au dossier. Il n'est pas obligé de les envoyer aux parties. En ce sens : Civ. 1^{re}, 27 juin 2018, n° 17-20.911, P ; Dr. fam. 2018. Comm. 223, obs. I. MARIA ; Defrénois 8 nov. 2018, n° 44, p. 25. Obs. J. COMBERT et D. NOGUERO.

¹¹⁹ Cet article 1230-1 du Code de procédure civile reprend, pour une large part, l'ancien article 1253 C. pr. civ. La jurisprudence afférente à cette dernière disposition révèle que la détermination de la date de la notification est importante, puisqu'elle conditionne l'écoulement du délai de recours. En ce sens : Civ. 1^{re}, 30 mai 1985, n° 83-

quant aux personnes vulnérables. Ici, également, c'est l'application du droit commun. En droit égyptien, c'est l'application du Code de procédure de 1968. L'article 10 de ce code dispose que les documents devant être notifiés seront remis à la personne concernée, au lieu de sa résidence. En cas de non remise des documents à la personne concernée, la notification sera adressée à son représentant, ou à toute personne à son service ou, enfin, aux membres de sa famille. Il n'est pas inutile de souligner, ici, que la doctrine égyptienne évoque la possibilité de faire état, dans la presse, des jugements ouvrant une mesure de protection. Malheureusement, il n'y a pas d'explicitation concernant ce point dans les écrits que nous avons pu consulter. Cependant, notre expérience personnelle nous permet d'affirmer, sans le moindre doute, que cette forme de publicité '*publique*' est inexistante, aujourd'hui, dans la réalité. Au Koweït, la notification se déroule suivant le même prisme, avec une attention particulière, à l'adresse de l'Autorité publique chargée des affaires des mineurs, s'agissant des personnes de nationalité koweïtienne. Enfin, concernant la durée des mesures de protection, la cartographie des trois droits est assez simple à présenter. Une période limitée en droit français et une période assez extensive dans les droits arabes. L'évolution est davantage caractérisée en droit français. Les sources du droit de la protection y sont, en effet, multiples. La dynamique est, par conséquent, plus importante. La présentation de ce droit se justifie à la lumière de ces éléments de prime abord.

64. Le renouvellement de la mesure. Suivant en cela les préconisations du Conseil de l'Europe sur la protection juridique des majeurs de 1999, la France a introduit, lors de la réforme du 5 mars 2007, le principe du caractère limité dans le temps des mesures de protection. Ainsi, les mesures de curatelle et de tutelle ne sont plus des mesures viagères. Elles n'ont plus le caractère de mesures à durée indéterminée. En effet, par le passé, ces deux mesures prenaient fin uniquement par mainlevée judiciaire qui constatait la disparition des causes qui étaient à l'origine de la mesure¹²⁰. Désormais, les mesures de curatelle et de tutelle ne doivent pas dépasser la durée de cinq ans. L'article 441 du Code civil dispose que « *le juge fixe la durée de la mesure sans que celle-ci puisse excéder cinq ans* ». « *Imposer la fixation de la durée déterminée vise à limiter dans le temps la privation de capacité et oblige ainsi à une révision périodique des mesures de protection. L'objectif du législateur était en effet de contraindre les*

14.294, P I, n° 172 ; JCP 1985. IV. 278 ; D. 1996. 123, note J. MASSIP : dès lors que le juge des tutelles n'a ni précisé les motifs tirés de l'état de santé de la personne protégée qui auraient pu dispenser de lui notifier le jugement d'ouverture de la tutelle, ni même énoncer que celui-ci ne lui serait pas notifié, le délai de recours ne court pas à l'encontre de cette personne.

¹²⁰ Cette fin des mesures était tributaire de la guérison, de l'amélioration de la santé de la personne protégée ou du décès de cette dernière. L'article 509 C. civ. dispose que « *la curatelle est ouverte et prend fin de la même manière que la tutelle des majeurs* ».

juges à revoir régulièrement les mesures mises en place afin de vérifier si elles sont toujours nécessaires. Selon l'exposé des motifs du projet du gouvernement, le juge devra vérifier si l'état de santé de la personne ne s'est pas amélioré ou si une implication plus importante de son entourage ne justifie pas une modification ou une mainlevée de la mesure »¹²¹. S'agissant toutefois de la mesure de tutelle, une exception est reconnue au juge des tutelles par l'article 441, alinéa 2 du Code civil. Ce dernier dispose, en effet, que « *le juge qui prononce une mesure de tutelle peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431 constatant que l'altération des facultés personnelles de l'intéressé décrites à l'article 425 n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, fixer une durée plus longue, n'excédant pas dix ans* ». Il est important de mettre en exergue que « *l'avis conforme [...] ne concerne pas la durée de la mesure, laquelle relève de l'office du juge* », comme l'a clairement indiqué la Cour de cassation¹²². Et c'est dans la même veine que le renouvellement se réalise, sauf pour les cas où la pathologie est profonde et surtout non réversible. Il y a, face aux dispositions de la loi du 5 mars 2007, un équilibre délicat mais indispensable à trouver, afin de préserver les droits fondamentaux de la personne à protéger ou protégée. Cet équilibre passe inévitablement par une saine interprétation de la part des magistrats et une saisie intelligente de l'environnement global de la situation des personnes vulnérables. Ainsi, « *l'appréciation de la situation du majeur dévolue au magistrat laisse la place à des pratiques réalistes voire pragmatiques souvent liées aux conditions de travail au quotidien de ces professionnels. Les pratiques judiciaires observées ne doivent pas nécessairement conduire à modifier les textes et à autoriser, par exemple, le juge à fixer une durée indéterminée lors du renouvellement de mesure car ce serait rompre avec l'esprit de la réforme. Les contraintes encadrant l'action des juges des tutelles ne doivent pas primer sur les intérêts des majeurs protégés mais le réalisme des magistrats dans l'application des règles à certaines situations individuelles explique le plus souvent certaines prises de position. La recherche d'un juste équilibre est sans aucun doute l'objectif visé par la majorité des juges* »¹²³. D'où l'importance de l'avis conforme du médecin lorsqu'il s'agit de mesures de longue durée. Comme l'exprime le professeur Gilles Raoul-

¹²¹ M. REBOURG, « Durée et renouvellement des mesures de protection juridique ; le pragmatisme des juges face à la loi », in G. Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2012, p. 38. L'auteur souligne toutefois l'existence des difficultés rencontrées par les juges face à l'obligation de déterminer des durées limitées : « *elle présente l'inconvénient de les obliger à statuer à nouveau sur la situation du majeur dans un délai qui -pour certains magistrats- paraît trop bref, notamment au regard des moyens humains dont disposent les juridictions d'instance* » (p. 40).

¹²² Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 16-20.298, P I, n° 247.

¹²³ M. REBOURG, « Durée et renouvellement des mesures de protection juridique ; le pragmatisme des juges face à la loi », *Op. cit.*, p. 48.

Cormeil, « *les juges des tutelles sont ainsi contraints de rouvrir régulièrement leurs dossiers pour combattre la fâcheuse impression que la tutelle constituerait la forme contemporaine de la mort civile ou une peine de sûreté* »¹²⁴. Dans la même veine, on retrouve la « *dernière garantie* » qui est celle du renforcement du régime de la protection. Il n'est possible juridiquement pour le magistrat de renforcer ce régime que s'il est « *saisi d'une requête répondant aux conditions de la requête en ouverture d'une mesure de protection. Il faudra donc un certificat médical circonstancié attestant de la gravité de l'altération des facultés et une demande faite par une des personnes habilitées par l'article 430 C. civ. à solliciter l'ouverture d'une mesure de protection* »¹²⁵. C'est ainsi que « *souhaitant donner un signe de rigueur au renouvellement des mesures en cours, la Cour de cassation a accepté d'étendre son contrôle sur les écrits du médecin habilité pour vérifier qu'il a procédé à cette analyse supplémentaire et en a rendu compte dans un avis distinct du certificat médical circonstancié* »¹²⁶. Quoiqu'il en soit, il faut indiquer que l'étendue du pouvoir de révision du juge est très importante. Il peut « *d'abord modifier la mesure, qu'il s'agisse des pouvoirs de la personne chargée de la protection, de l'incapacité du majeur, des organes de protection, etc. Il peut aussi substituer à la mesure initialement décidée une autre mesure de protection. [...]. Il peut enfin y mettre fin purement et simplement* »¹²⁷.

Il est à souligner que la question du renouvellement ne se pose pas réellement en pratique dans les droits arabes. Au-delà de l'expérience professionnelle qui nous permet de témoigner d'une pratique judiciaire consistant à ne jamais poser des limites temporelles aux mesures prises. Cela se traduit, en pratique, par des mesures applicables *ad vitam aeternam*. Pourtant, si nous portons notre regard sur les dispositions législatives, nous relèverons immédiatement l'existence de limites aux mesures ainsi adoptées par le tribunal. L'article 113 du Code civil égyptien dispose bien que « *le tribunal prononcera ou lèvera l'interdiction [...]* ». Le droit koweïtien va dans le même sens. La difficulté majeure qui se pose, toutefois, à ce niveau, est liée à l'aspect médical des causes conduisant à la disparition ou à la diminution de la capacité. Si l'on prend le cas du prodigue, par exemple, il est devenu courant aujourd'hui de considérer que la prodigalité n'est pas une maladie, qu'un médecin pourrait diagnostiquer et donc soigner. Dès lors, mettre une

¹²⁴ G. RAOUL-CORMEIL, « Le patrimoine de la personne protégée », *Op. cit.*, p. 9.

¹²⁵ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1447.

¹²⁶ G. RAOUL-CORMEIL, « Le patrimoine de la personne protégée », *Op. cit.*, p. 10. Il est toutefois souligné que « *des auteurs ont exprimé des réserves à l'égard de cette jurisprudence formaliste. Ils ont insisté sur le fait que la protection des personnes majeures tenues par une incapacité contractuelle serait bien meilleure si les médecins inscrits sur la liste du procureur de la République recevaient une formation juridique adaptée à leur ministère* ».

¹²⁷ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Op. cit.*, p. 757.

personne sous une mesure de protection pour une cause qui ne se soigne pas parce que, précisément, elle ne relève pas de la médecine, conduit, *ipso facto*, à prononcer un jugement sans aucun délai raisonnable et, surtout, un jugement qui ne pourra connaître aucune modification. Que représente, ici, l'idée de renouvellement ?

2° L'aval

65. La consultation du dossier. Jusqu'au prononcé de la décision d'ouverture d'une mesure de protection, ou lorsqu'est sollicitée la modification d'une mesure en cours, l'article 1222 du Code de procédure civile dispose qu' « *à tout moment de la procédure, le dossier peut être consulté au greffe de la juridiction qui le détient, sur demande écrite et sans autre restriction que les nécessités du service, par le majeur à protéger ou protégé, le cas échéant, par son avocat ainsi que par la ou les personnes chargées de la protection* ». Le prononcé de la demande de consultation du dossier par le juge des tutelles est, suivant la Cour de cassation, une « *mesure d'administration judiciaire, non sujette à recours* »¹²⁸. L'alinéa second de l'article précité dispose, toutefois, que « *lorsque la demande de consultation du dossier émane du majeur, le juge peut, par ordonnance motivée notifiée à l'intéressé, exclure tout ou partie des pièces de la consultation si celle-ci est susceptible de lui causer un préjudice psychique grave* »¹²⁹. Insistons, à ce stade, sur le fait que la consultation du dossier doit être transmise par le juge ou le greffe, et ce, afin de satisfaire aux exigences du principe du contradictoire. S'il est par conséquent établi que les parties à l'instance n'ont pas pu consulter le dossier au niveau du greffe, la procédure suivie est réputée dépourvue de caractère contradictoire à l'aune de l'article 16 du Code de procédure civile¹³⁰. Il importe, à ce niveau, de souligner qu'en dépit du changement de rédaction des textes sur ce point, les exigences de la Cour de cassation demeurent inchangées. En effet, face au silence de l'article 1222-1 du Code de procédure civile, qui ne fait pas mention d'une obligation pour le juge ou le greffe d'informer le majeur de son droit de consulter le dossier, le respect du principe du contradictoire impose qu'un tel avis lui soit transmis avant l'audience afin que celui-ci soit en mesure de « *discuter utilement* » des pièces présentées à la juridiction¹³¹.

¹²⁸ Civ. 1^{re}, 13 déc. 2017, n° 17-18.437, P, D. 2018. 333, obs. N. Peterka ; JCP 2018. 256, obs. D. Noguéro ; Dr. Fam. 2018. Comm. 45, obs. I. Maria ; Gaz. Pal. 2018, n° 14, p. 68, obs. C. Robbe et C. Schlemmer-Bégué.

¹²⁹ Sur les difficultés d'interprétation de ces textes, v. J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et la protection des majeurs*, Op. cit., n°381 et s.

¹³⁰ Civ. 1^{re}, 12 mai 2010, n° 09-10.619, NP ; Dr. fam. 2010. Comm. 122, obs. I. Maria et comm. 154, obs. J. MASSIP.

¹³¹ En ce sens : Civ. 1^{re}, 12 fév. 2014, n° 13-13.581, P I, n° 24 ; Dr. et patr. 2014, n° 242, p. 95, obs. KANBALIVET ; D. 2014. 2259, obs. D. NOGUERO ; AJ fam. 2014. 189, obs. T. VERHEYDE ; RTD civ. 2014. 337,

66. La délivrance de copies. Concernant la délivrance de copies des pièces du dossier, l'article 1223 du Code de procédure civile donne à l'avocat un droit absolu pour se faire délivrer une copie entière ou une partie des pièces¹³². Enfin, l'article 1223-2 C. pr. civ. dispose qu'« *Il ne peut être délivré copie des délibérations du conseil de famille et des décisions de justice afférentes à la mesure de protection qu'aux parties et aux personnes investies des charges tutélaires concernées par ces délibérations et décisions. Les personnes justifiant d'un intérêt légitime peuvent également en obtenir des extraits sur autorisation du juge des tutelles* ». A l'aune de ce texte, il est toutefois permis de s'interroger avec le professeur Gilles Raoul-Cormeil sur les relations qui existent entre le secteur tutélaire et le secteur bancaire, quant à la protection de la vie privée et des droits fondamentaux de la personne protégée. En effet, « *n'est-il pas illégitime que les établissements de crédits réalisent et conservent une photocopie intégrale du jugement d'ouverture de la mesure dans lequel sont relatés des éléments de la situation familiale et de la santé du majeur protégé qui sont couverts par le respect de la vie privée, alors qu'ils devraient se contenter d'un extrait du jugement ne comportant que les données nécessaires à l'aménagement du régime de gestion des comptes bancaires ?* »¹³³.

La décision de justice doit intervenir dans un délai de trois mois, après la réception de la requête¹³⁴. « *En toute hypothèses, le juge doit veiller à ce que la procédure conserve une durée raisonnable, à peine de sanction de l'État pour fonctionnement defectueux du service de la justice* »¹³⁵. Cette décision doit être motivée avec soin. Elle doit contenir les éléments explicatifs ayant conduit à l'ouverture de la mesure. La précision quant à la nature de l'altération des facultés mentales qui affectent le majeur est indispensable. Cette décision doit *in fine*, comporter la nature du régime juridique qui devra être suivi : protection temporaire, assistance ou représentation.

obs. J. HAUSER; *Dr. fam.* 2014. Comm. 65, obs. I. MARIA ; Procédures 2014, n° 4, p. 25, obs. M. DOUCHY- OUDOT ; RLDC 2014/114, p. 46 ; obs. DUCROCQ-PAUWELS – Civ. 1^{re}, 18 nov. 2015, n° 14-28.223, P I, n° 285 ; D. 2016. 1523, obs. D. NOGUERO ; AJ fam. 2015. 688, obs. V. AVENA-ROBARDET, RTC civ. 2016. 84, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2016. Comm. 11, obs. I. MARIA – Civ. 1^{re}, 4 janv. 2017, n° 16-12.573, NP ; *Dr. fam.* 2017. Comm. 69, obs. I. MARIA.

¹³² « *L'avocat du majeur à protéger ou protégé, du mineur ou de ses parents peut se faire délivrer copie de tout ou partie des pièces du dossier. Il ne peut communiquer les copies ainsi obtenues ou leur reproduction au majeur à protéger ou protégé, au mineur ou à un tiers* ».

¹³³ G. RAOUL-CORMEIL, « Le patrimoine de la personne protégée. Rapport introductif », *Op. cit.*, p. 20.

¹³⁴ L'article 1229 C. pr. civ. dispose que « *le juge statue sur les requêtes qui lui sont adressées après le prononcé de la protection par le majeur protégé ou la personne chargée de sa protection dans les trois mois de leur réception* ».

¹³⁵ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Op. cit.*, p. 712. Rappelons ici, l'article L 141-1 du Code de l'organisation judiciaire qui, en son alinéa 1^{er}, dispose que « *L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement defectueux du service public de la justice* ».

SECTION 2 : Les organes de la protection

La protection de la personne majeure vulnérable est partagée entre deux importants principes : le principe de la protection familiale (PARAGRAPHE 1) et le principe de la protection étatique (PARAGRAPHE 2). Les configurations entre les deux principes sont multiples et complexes. Ainsi, la protection est d'abord et avant tout familiale. Ensuite et face aux défaillances de la famille, la protection passe sous l'emprise des pouvoirs publics. Mais, tout en étant familiale, l'intervention de l'État, ici, à travers les organes judiciaires, est constante. Les combinaisons et les interactions entre les deux principes traduisent, *in fine*, un équilibre différent entre le droit français et le droit arabe, en dépit d'un objectif assez semblable qu'est la protection de la personne vulnérable¹³⁶.

PARAGRAPHE 1 : Le principe de la protection familiale

Le dernier alinéa de l'article 415 du Code civil français énonce que la protection des personnes majeures vulnérables « *est un devoir des familles et de la collectivité publique* ». Ce texte véhicule une philosophie, qui s'applique parfaitement dans les deux pays arabes sous étude. Le devoir familial se traduit par le principe de la priorité familiale (A). Une priorité qui signifie, d'abord et avant tout, que la protection de la personne vulnérable échoit en premier à la famille. Les textes législatifs consacrés à cette question sont dépourvus de la moindre ambiguïté. Si l'accord est manifeste et sans conteste sur ce point entre le droit français et le droit arabe, la divergence demeure totale quant à la notion même de famille. Les contours et la substance ne sont guère identiques. Cela induit une coloration très différente dans la protection en France et dans les deux pays arabes (B).

A. Le principe de la priorité familiale

L'affirmation explicite de ce principe au sein des trois ordres juridiques est révélatrice de la volonté des trois législateurs de mettre la famille au centre des mesures de protection. Dans un objectif de clarté du propos, nous envisageons de présenter ce principe, tout d'abord, en droit français (1°), ensuite en droits égyptien et koweïtien (2°).

¹³⁶ Les différences tiennent au fait que le droit arabe est amputé d'une protection de la personne en elle-même. La protection des biens, malgré de très fortes similitudes, continue à souffrir d'une divergence quant à l'horizon animant la mesure de protection : en France, c'est la protection du patrimoine de la personne, pour elle-même, alors qu'en droit arabe, c'est la protection du patrimoine, au profit de la famille et de l'entourage, qui risque d'être affectée, en cas d'absence de mesure de protection.

67. La centralité de la famille dans le dispositif de la protection. La priorité familiale traduit une forme d'évidence. Celui qui protège est la personne proche de la personne vulnérable. La présomption est forte. *« La place fondamentale de la famille s'explique aussi parce que la vulnérabilité d'un proche et la protection de ses intérêts patrimoniaux et personnels touchent à l'intimité de l'intéressé comme de son entourage. Il faut y voir là une symbolique très forte du point de vue de l'identité familiale qui repose sur une présomption de légitimité : quoi de plus logique, en effet, de confier l'exercice d'une mesure de protection à ceux qui connaissent a priori le mieux la personne à protéger ? »*¹³⁷. Toutefois, la confiance accordée à la famille ne saurait être totale. En effet, *« la force du symbole peut se heurter en pratique à un certain nombre d'écueils. Ainsi, la confiance qui est renouvelée dans la famille ne peut faire fi de la profonde évolution de sa structuration comme de son éclatement géographique. De plus, la place conférée à un membre de la famille pour la protection du majeur vulnérable modifie sensiblement leurs relations »*¹³⁸. A cela, il faut immédiatement ajouter les nombreuses transformations qui se sont produites au sein de la société française, et face auxquelles, le législateur demeure en retard. Comment aborder sereinement la question de la famille, alors que les réformes législatives la concernant se sont multipliées conduisant à une cartographie complexe et dépourvue d'une boussole facilitant la compréhension. Nous verrons, en effet, qu'en France, contrairement au droit arabe, la famille et le couple ne coïncident plus. D'ailleurs, la conception de la famille qu'enregistre la loi de 2007 n'a pas d'équivalent à celle qui existait avant la réforme. Ainsi, comme le souligne le professeur Feuillet, *« la famille à laquelle la loi se réfère aujourd'hui ne se cantonne plus à la famille nucléaire (conjoint, parents, enfants). Comme dans d'autres domaines, une place semble être faite à la « famille d'affection ». L'idée dominante de cette évolution est qu'un « vrai parent » n'est pas défini par son statut, mais par les liens concrets qu'on entretient avec lui. Du concubin aux personnes ayant des liens étroits et stables avec le majeur ou résidant avec le majeur, le cercle familial est étendu à « une famille de fait », même si la priorité reste donnée à celui qui partage une vie de couple avec le majeur protégé »*¹³⁹.

¹³⁷ K. LEFEUVRE, « Introduction », in K. Lefevre, S. Moisdon-Chataigner, (dir.), *Protéger les majeurs protégés*, Presses de l'EHESP, 2017, p. 15.

¹³⁸ Op. cit.

¹³⁹ B. FEUILLET, « De la légitimité de la famille à l'intérêt du majeur protégé », « Introduction », in K. Lefevre, S. Moisdon-Chataigner, (dir.), *Protéger les majeurs protégés*, Presses de l'EHESP, 2017, p. 24

68. La prise en compte du choix du majeur. En premier lieu, le juge est tributaire du choix effectué par le majeur¹⁴⁰. Ce qui se joue ici est la réalisation du rôle de plus en plus important des volontés individuelles. Cela met en exergue la place et le rôle de la volonté individuelle qui travaille le droit contemporain des incapacités. L'article 448, alinéa 1^{er} C. civ. est clair sur ce point. Il prévoit que « *la désignation par une personne d'une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur pour le cas où elle serait placée en curatelle ou en tutelle s'impose au juge* ». C'est une obligation à l'égard du juge. Cette règle souffre toutefois de deux limites. La première serait celle où la personne désignée refuse la mission ou se trouverait dans l'impossibilité de l'exercer. La seconde limite vise le cas où l'intérêt de la personne protégée commande d'écarter le protecteur. Le pouvoir souverain d'appréciation du juge demeure intact, puisque le texte précise qu'en « *cas de difficulté, [celui-ci] statue* »¹⁴¹.

Il en va de même s'agissant du dernier vivant des père et mère qui exerce l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou majeur handicapé, lorsqu'ils décident de désigner « *une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur à compter du jour où eux-mêmes décéderont ou ne pourront plus continuer à prendre soin de lui* ». Les parents ne doivent pas être soumis eux-mêmes à une mesure de protection, que ce soit la curatelle ou la tutelle. Les deux limitations, mentionnées à l'alinéa 1^{er} de l'article 448 C. civ., trouvent à s'appliquer vis-à-vis des parents ou du dernier vivant des père et mère, et ce, en vertu du texte qui précise à l'alinéa 2 qu'« *il en est de même* ». Soulignons ici, enfin, que « *la prise en compte de la volonté du majeur dans le choix du protecteur va parfois très loin dans les décisions du fond* »¹⁴². La désignation anticipée de la personne protectrice « *ne peut être faite que par une déclaration devant notaire ou par un acte écrit en entier, daté et signé de la main du majeur concerné* » précise le Code de procédure civile, en son article 1255.

69. L'application de la loi quant au choix du protecteur. Ensuite, à défaut de désignation volontaire, c'est l'article 449 C. civ. qui dessine l'architecture de la hiérarchie légale conférant une priorité à la famille qui trouve à s'appliquer.

Soulignons, de prime abord, et à titre de propos liminaire, que s'agissant de la proportionnalité de la mesure à l'état de besoin de protection du majeur incapable, elle s'illustre notamment par

¹⁴⁰ Par exemple, Douai, ch. Prot. Jur. Majeurs et mineurs, 15 janv. 2015, RG n° 14/03738, *Dr. fam.* 2015. Comm. 61, obs. I. MARIA.

¹⁴¹ Sur cette désignation anticipée, v. A. SAPORITO, « La désignation anticipée du tuteur ou du curateur au profit du majeur », *RJPF*, 2009-11/8.

¹⁴² I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1449.

la division de la mesure entre plusieurs tuteurs ou curateurs, entre un tuteur principal et un tuteur adjoint, entre un tuteur aux biens et un tuteur à la personne... La variété et la souplesse des combinaisons permettent de conférer un rôle aux proches parents, en vertu du principe de préférence familiale. L'abondance de la jurisprudence sur cette question nous porte à constater la méfiance des familles à se voir désapproprier de la gestion patrimoniale de l'un des leurs. La Cour de cassation vérifie, à cet égard, que la gestion des biens du majeur protégé n'est confiée à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM) que si aucun membre de la famille n'a ni la disponibilité, ni la probité, ni les compétences requises.

Il prévoit, dans son alinéa 1^{er}, que le curateur ou le tuteur nommé par le juge sera « *le conjoint de la personne protégée, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux ou qu'une autre cause empêche de lui confier la mesure* »¹⁴³. Cette 'triade' de personnes révèle la pluralité des formes des couples et la prise en considération, par le législateur, de cette évolution. Rappelons, à ce stade, que sous l'empire du droit antérieur, il n'y avait que le conjoint qui était visé. Néanmoins, il est loisible de s'interroger, à la suite d'une partie de la doctrine sur l'opportunité du texte de l'article cité plus haut. Le lien du mariage ne pose, par principe, aucune difficulté¹⁴⁴. De même, le pacte civil de solidarité, où les partenaires suivant l'article 515-4 C. civ. « *s'engagent à [...] une aide matérielle et une assistance réciproques* ». En revanche, le concubinage pourrait laisser craindre des difficultés assez sérieuses. Il est défini par l'article 515-8 C. civ. comme étant « *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ». C'est dire, l'absence de lien obligatoire dans l'ordre civil entre les concubins. Ensuite, et surtout, nous pouvons nous interroger sur la possibilité du juge de déterminer et de connaître si la vie commune existe toujours entre les concubins. En effet, si celle-ci a cessé, le juge ne peut nommer le partenaire en concubinage en tant que curateur ou tuteur. Cette solution est d'ailleurs valable pour les deux autres formes du couple. Elle est, en revanche, difficilement saisissable lorsqu'il s'agira du concubinage. Enfin, si une autre cause empêche de confier la mesure de protection à l'une des trois personnes mentionnées, parce que cela ne sera pas, par exemple, conforme à l'intérêt du majeur, le juge, qui jouit d'un pouvoir souverain d'appréciation,

¹⁴³ C. civ., art. 428. Sur lequel, v. G. RAOUL-CORMEIL, « Le conjoint de la personne vulnérable (L'articulation du système matrimonial et du système tutélaire) », *Defrénois*, 2008, art. 38791, pp. 1303 à 1319.

¹⁴⁴ L'épouse d'une personne dans le coma ne peut être contestée par son fils à gérer seule la communauté universelle que si le risque de dilapidation des biens communs est établi. V. Cass. 1^{re} Civ., 1^{er} févr. 2012, n° 11-11.346 (rejet) : *Bull. civ.* 2012, I, n° 19 ; *AJF* 2012, p. 229, obs. Th. VERHYDE ; *Dr. fam.* 2012, comm. 53, note. I. Maria ; *D.* 2014, jurispr. p. 921, note. G. Raoul-Cormeil ; *RTD civ.* 2012, n° 4, p. 289, obs. J. Hauser.

l'écartera. Cette hypothèse pourra se concrétiser également en cours de fonctionnement de la mesure, s'il s'avère que la personne désignée va à l'encontre de l'intérêt du majeur protégé.

Le second palier de l'article 449 C. civ. contenu à l'alinéa 2 vise « *un parent, un allié ou une personne résidant avec le majeur protégé ou entretenant avec lui des liens étroits et stables* ».

Cet alinéa fait ressortir un aspect lié au lieu et un autre au temps. Concernant la résidence commune, il est loisible d'y voir « *une proximité affective qui permet de présumer une protection de qualité* »¹⁴⁵. Quant à l'aspect temporel, « *la formule renvoie à une relation proche et continue dans le temps, ce qui ne peut que relever de l'appréciation souveraine du juge des tutelles* »¹⁴⁶. Remarquons, *in fine*, que si l'article 449 C. civ. s'analyse sous le prisme de la priorité conférée aux membres de la famille, il est fortement affecté par les deux dernières catégories de personnes à qui le juge pourra confier la mesure de protection, puisqu'elles n'ont « *plus grand-chose de 'familial'* »¹⁴⁷. La désignation opérée par le juge des tutelles doit s'effectuer en prenant en considération « *les sentiments exprimés par [le majeur protégé], ses relations habituelles, l'intérêt porté à son égard et les recommandations éventuelles de ses parents et alliés ainsi que de son entourage* ».

Les dispositions afférentes à la famille dans la protection de la personne vulnérable traduisent une politique législative sans ambiguïté. Les chiffres le confirment à cet égard¹⁴⁸.

2° En Egypte et au Koweït

70. Traitement identique dans les deux droits arabes. La forte similitude des deux droits arabes sous étude s'est manifestée sur maints points déjà abordés. Le principe de la priorité familiale n'y déroge point. Bien au contraire. Il est loisible même d'affirmer que c'est sur cette question précisément que la concordance, voire quasiment la 'fusion' des deux droits, est la plus intense. La raison en est fort simple : la philosophie qui préside aux rapports familiaux au sein des pays arabes, du moins, au sein des deux pays que nous étudions, est celle du droit musulman. Et le droit musulman ne fait aucun mystère de la place réservée à la famille. Celle-

¹⁴⁵ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Op. cit.*, p. 817.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ch. PEYRACHE, « Magistrat délégué à la protection des majeurs (une fonction judiciaire encore récente à promouvoir pour une meilleure prise en compte de la spécificité du droit de la protection des majeurs », p. 112, in, G. RAOUL-CORMEIL, « La loi du 5 Mars 2007, entre le passé et l'avenir de la protection juridique des majeurs », in J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, où l'auteure indique que « *la priorité familiale, inscrite à l'article 449 du Code civil, se traduit au niveau national par la désignation d'un membre de la famille dans 60 % des mesures de tutelle et dans 25 % des mesures de curatelle* ».

ci est mise au pinacle. Disons-le d'emblée : c'est à partir de la famille patriarcale qui offre la figure d'une puissance paternelle et maritale que se constitue et se construit l'ensemble des relations sociales¹⁴⁹. En effet, nous avons relevé, à travers différentes dispositions, que quelle que soit la mesure de protection, adressée aux mineurs ou aux majeurs, la famille s'entend toujours par la présence de la branche paternelle. C'est toujours et sans aucune exception le père qui doit présider à la mission de protection. Si cela peut se comprendre, du moins s'entendre, lorsqu'il s'agit d'une personne mineure, l'interrogation devient assez légitime en cas de protection d'une personne majeure. Les dispositions des deux codes civils suivent toujours un même ordre : le père, puis le grand-père paternel. Parfois, c'est la personne choisie par le père qui précède l'intervention subséquente du grand-père paternel¹⁵⁰. Ce qui est impératif de mettre en exergue, c'est que de telles dispositions ne font que transcrire, dans un langage positif, les prescriptions du droit musulman. La catégorie de la famille et les règles qui la régissent ne sont pas ainsi dévolues en totalité aux compétences de l'État. Ce dernier est, en effet, en concurrence avec d'autres instances quant à l'élaboration des normes opportunes. La figure de la famille qui apparaît toutefois dans les dispositions du droit civil traduirait une inégalité dans les sexes puisque la mère ou l'épouse n'apparaît jamais citée explicitement comme étant en mesure de prendre en charge une mission de protection. L'analyse montre, à ce stade, l'intrication et l'imbrication de la normativité musulmane et du droit positif. Cela conduit *ipso facto* à affirmer que toute réforme du droit de l'incapacité en droit arabe devra passer par une réforme du droit musulman. Nous mesurons ici l'ampleur de la tâche, pour ne pas dire, l'impossibilité de la tâche. Affirmer cela ne signifie guère que la normativité du droit musulman est par nature irréformable. Toute norme ne peut se targuer de bénéficier d'une immunité qui la rendrait immuable. Notre propos, qui pêche, au demeurant, par son incompétence, quant au droit musulman, *stricto sensu*, vise uniquement à souligner l'extrême difficulté à laquelle devra faire face les législateurs égyptiens et koweïtiens lorsqu'il s'agira d'apporter les modifications indispensables touchant au cercle familial. En effet, de telles modifications devront s'attaquer aux structurations des rapports de genre au sein de la sphère privée, et donc, s'attaquer à des interprétations orthodoxes, puissantes et prégnantes de la religion musulmane. La puissance publique est-elle toutefois en mesure de prendre à bras le corps cet enjeu politique majeur ? Nous pouvons y répondre en exposant les limites de cette entreprise de modernisation, que d'aucuns, néanmoins, verront comme une dénaturation du

¹⁴⁹ C'est cette même configuration que l'on retrouve dans le Code Napoléon. Le hiatus est tellement béant aujourd'hui, toutefois, entre la famille sous l'empire du Code de 1804 et celle que connaît et reconnaît, aujourd'hui, le droit français actuel, que l'irréversibilité est à tout jamais inscrite dans le marbre.

¹⁵⁰ Sur ces points, voir les analyses précédemment exposées.

véritable ordre traduit par des prescriptions intouchables¹⁵¹. L'exemple de l'Égypte est symptomatique à cet égard. L'observateur attentif au contexte de ce pays verra que toute modification du droit de la famille doit se faire à l'aune de ce que permet le droit musulman. En effet, *« aujourd'hui, toute réforme du droit de la famille qui ne serait pas basée sur l'invocation du droit musulman serait très difficile voire impossible à introduire. Sous l'effet de la réislamisation de la société, les différents acteurs politiques que sont l'Etat, les mouvements islamiques ou les partis politiques placent le débat public sur le terrain idéologique du religieux et avancent chacun leur interprétation des textes classiques. Le consensus autour de la religion est presque général, même si les divergences quant à son interprétation sont immenses. Chacun se réfère au même corpus normatif en affirmant avoir découvert son sens authentique et en disqualifiant les interprétations proposées par les autres acteurs »*¹⁵². La famille, telle qu'elle se présente dans les dispositions du droit de l'incapacité, s'est imposée aux deux législateurs. Quelle serait la légitimité de ces derniers à vouloir amender une institution parée d'une importance aussi grande que la famille. Cela est identique, au demeurant, pour les chefs d'incapacité retenus par les deux codes civils. Ils *« sont ceux-là mêmes qui ont été exposés par les juristes musulmans »*¹⁵³. Cela nous impose à devoir saisir les différenciations axiologiques sur lesquelles se fondent la notion de famille dans le droit français et dans le droit arabe. Ce qui importe ici n'est pas tant de mettre en exergue les divergences, importantes et même structurales entre les ordres juridiques, mais de tenter de brosser un tableau de ce qui existe actuellement et surtout des limites que devra affronter chacun d'eux.

B. Les contrastes de la notion de famille

71. L'appréhension différente de la famille entre les droits français et arabe. Si au départ, la concordance entre le droit français et le droit arabe s'agissant de ce qu'est la famille

¹⁵¹ C'est pourquoi, l'État dans les pays musulmans apparaît comme inachevé. Voir A. MEZGHANI, *L'État inachevé. La question du droit dans les pays arabes*, Paris, Gallimard, 2011, où l'auteur nous explique que les sociétés arabo-musulmanes sont les plus juridicisées qui soient, mais qu'elles sont, dans le même temps, des sociétés dans lesquelles le droit est impensé comme tel. Ce sont, selon lui, des sociétés holistes, si l'on entend par ce terme qu'elles ne peuvent penser un primat du droit des individus sur celui du corps social et qu'elles ne peuvent penser le droit comme une institution séparée d'autres instances de la vie sociale et personnelle comme le sont la religion, les traditions et les mœurs. La réforme opérée en droit français sur le droit de l'incapacité pourrait ne point être mimée par les droits arabes, tant la structuration des rapports et la nature de la normativité semblent éloignées les unes des autres. La comparaison se fait, en effet, entre des pans qui, parfois, ne relèvent pas du même registre. D'ailleurs, *« ce qui attire l'attention du juriste occidental est que l'ensemble des codifications est amputé de la partie consacrée au droit de la famille. L'emprise de la religion sur le droit est tellement forte en cette matière que celle-ci forme, dans tous les pays arabes, une branche autonome distincte du droit civil et tributaire des données religieuses »*, H. AL-DABBAGH, « Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des États arabes du Moyen-Orient », *Op. cit.*, p. 416.

¹⁵² N. BERNARD-MAUGIRON, « Le processus de réforme du droit de la famille et ses limites », *Op. cit.*, p. 83.

¹⁵³ Ch. CHEHATA, *Op. cit.*, p. 848.

était une réalité, il faut avouer que, depuis fort longtemps, les points de rencontre se sont éloignés. La rationalité qui travaille les trois ordres juridiques concernant cette question ne présente plus la même configuration. Les conséquences sur le droit de l'incapacité sont évidentes. C'est la raison pour laquelle l'analyse comparative devra sérier les points de comparaison afin de garder une pertinence à la réflexion. Le droit de l'incapacité se présente comme d'abord la personne qui doit recevoir une protection, mais aussi la personne qui doit pourvoir et permettre cette protection. Si les configurations des familles entre les ordres juridiques sont différentes, le juriste ne pourra que le constater. Ni ne peut, ni le regretter (au nom de quoi ?), ni prétendre avancer des pistes de réflexion pour y rapprocher les modèles (au nom de quoi là aussi ?). Ce qui apparaît, dès lors, intéressant, quant à notre étude, c'est de mettre en exergue les différences qui accompagnent le droit de la protection et qui sont la conséquence de la diversité des combinaisons des modèles familiaux dans les trois ordres juridiques. De façon synthétique, disons-le d'emblée : avec le temps, il y a une forme d'antinomie dans l'approche de ce qu'est la famille entre le droit français et le droit arabe. En effet, là où le droit français pourrait s'enorgueillir de son évolution constante et donc de sa modernité permanente, le droit arabe pourrait se targuer de sa stabilité, faisant fi de tous les outrages du temps. En France, souligne Anne Caron-Dégliise, « *le modèle de la famille nucléaire est largement chahuté au profit de combinaisons imaginatives que le législateur peine à suivre. Et, en effet, force est de constater qu'en matière familiale, le vaste mouvement de la société s'est traduit par des réformes successives, dans des champs distincts et inachevés, qui n'ont pas découché sur une approche globale et dépassionnée des rapports familiaux pouvant ouvrir un cadre nouveau de compréhension, d'autant moins que le couple et la famille ne cheminent plus forcément ensemble* »¹⁵⁴. C'est pourquoi, souligne Brigitte Feuillet, « *la famille à laquelle la loi se réfère aujourd'hui ne se cantonne plus à la famille nucléaire (conjoint, parents, enfants). Comme dans d'autres domaines, une place semble être faite à la « famille d'affection ». L'idée dominante de cette évolution est qu'un « vrai parent » n'est pas défini par son statut, mais par les liens concrets qu'on entretient avec lui. Du concubin aux personnes ayant des liens étroits et stables avec le majeur ou résidant avec le majeur, le cercle familial est étendu à « une famille de fait », même si la priorité reste donnée à celui qui partage une vie de couple avec le majeur protégé* »¹⁵⁵. Et c'est pourquoi, ce qui est pris en considération, aujourd'hui en droit français, c'est la réalité des liens qui se nouent

¹⁵⁴ A. CARON-DEGLISE, « Préface », in K. Lefeuvre, S. Moisdon-Chataigner, (dir.), *Protéger les majeurs protégés*, Presses de l'EHESP, 2017, p. 8.

¹⁵⁵ B. FEUILLET, « De la légitimité de la famille à l'intérêt du majeur protégé », *Op. cit.*, p. 24.

entre la personne vulnérable et la personne qui jouera le rôle de protecteur. Cela est profondément lié au fait que, depuis la réforme opérée en 2007, la protection n'est plus seulement celle du patrimoine, mais aussi celle de la personne également, et en premier lieu. C'est dans cette perspective que l'on saisit les choix du législateur français. Il « a désormais *très nettement affirmé la volonté de chercher les liens d'attachement effectifs au-delà des liens juridiques. Les relations et attachements ainsi pris en compte rappellent en effet que, dans la réalité de la vie des personnes 'les miens' ne sont pas le tout de la famille de sorte que les choix posés par la personne elle-même doivent être examinés* »¹⁵⁶. En droit arabe, ni le législateur, ni le juge ne bénéficient d'une liberté qui permettrait, à la fois, de mettre en échec le principe de la priorité familiale, mises à part les exceptions explicitement indiquées, et de modifier les personnes qui viennent composer le cercle de la famille. Dans une affirmation qui risquerait d'être source d'ambiguïtés, il serait possible de présenter le droit arabe de l'incapacité comme un droit qui fait primer exclusivement les liens juridiques et jamais les liens d'attachement. Nous serions toutefois face au dilemme de la tautologie : les liens juridiques inscrits dans les différentes dispositions étudiées ne sont qu'une simple traduction des liens d'attachements. Les justifications émaillant l'œuvre doctrinale musulmane s'inscrivent toutes dans cette veine. C'est par la qualité première et supérieure que le père et le grand-père paternel entretiennent avec la personne protégée, quelle que soit la cause de l'incapacité, et que la mission de protection leur échoit. Le choix conféré au père par les deux législateurs traduit une légitimité qui repose sur l'idée de la filiation, de l'alliance et donc de la confiance. La protection ne pourra être octroyée qu'à la personne qui saura le mieux prendre en charge la vulnérabilité de l'autre. Dans l'optique du droit musulman, reprise par les deux législations, c'est le père et le grand-père paternel qui sont à même de répondre aux besoins et aux attentes de la personne à protéger. Les interrogations afférentes à tout changement sur ces questions devront se demander quel serait l'apport du droit, et *in fine*, si le droit, ou précisément, si la règle juridique est en mesure de contribuer au changement par son existence à elle seule ? Répondre par l'affirmative nous plongerait dans l'univers du performatif. Répondre par la négative serait se recroqueviller sur une vision pessimiste des choses : puisque l'impossibilité est inscrite dans l'ordre des choses, il ne sert, dès lors, à rien de tenter quoi que ce soit. Ce qui est en revanche certain, c'est que les interrogations demeurent pour l'instant nombreuses et fort diverses. Dans son étude sur la réforme du droit de la famille et ses limites, Nathalie Bernard-Maugiron insiste sur les obstacles parfois

¹⁵⁶ A. CARON-DEGLISE, *Op. cit.*, p. 10.

dirimants qui accompagnent les changements qui semblent évidents à toute personne pétrie de considérations liées à la dignité et au respect des droits de la personne. Elle met en exergue les limites jonchant la route des modifications que d'aucuns estiment indispensables et urgentes. Elle s'interroge toutefois sur certains aspects qui, à la réflexion, apparaissent comme de redoutables tests à toute entreprise de modernisation. « *Que faire également si la société est attachée à ses valeurs traditionnelles et est opposée aux réformes que le législateur souhaite apporter en fonction des besoins de la société moderne ? Le changement par le droit ne va-t-il pas être considéré comme une manifestation de l'autoritarisme d'un État dépourvu de réelle légitimité ? Le droit peut-il aider à changer les mentalités sociales ?* »¹⁵⁷. Cela révèle l'ampleur de la tâche d'une réforme du droit arabe de l'incapacité. Surtout, cela renseigne sur les contrastes qui peuvent affecter une recherche comparative au point, où les lignes de démarcation sont telles que le juriste doit demeurer vigilant. La moisson de la comparaison pourrait se révéler très mince !

PARAGRAPHE 2 : Le principe de la protection étatique

72. La publicisation de la protection. Le principe de la protection étatique semble prendre le relais lorsque la protection familiale fait défaut. Les trois législations sont claires sur ce point. Face à des défaillances du cercle familial désigné par les dispositions des trois droits, c'est la puissance publique qui prend le relais. Toutefois, la protection étatique englobe toute l'activité judiciaire (A) qui se manifeste en l'intervention du juge et du ministère public essentiellement. Ces intervenants permettent la garantie d'une protection conforme aux dispositions voulues par chaque législateur. Et lorsque la personne majeure vulnérable n'est pas protégée par un membre de sa famille, sa protection échoit à un professionnel, désigné par le tribunal (B).

A. L'activité judiciaire

73. La place et le rôle du juge. Il nous semble fort opportun, avant d'aborder l'activité judiciaire proprement dite, d'exposer, en un chapitre préliminaire, l'idée de ce que recouvre le besoin de protection (Chapitre préliminaire). Dans ce cadre, il est impératif de mettre en lumière qu'en dépit de l'indispensable coopération entre le juge et le médecin, la nature de la relation qui existe entre eux n'est guère une relation de subordination. Le juge apparaît, en effet, comme un pouvoir autonome par rapport au constat médical. En revanche, il est

¹⁵⁷ N. BERNARD-MAUGIRON, « Le processus de réforme du droit de la famille et ses limites », *Op. cit.*, p. 88.

tributaire des catégories médicales approuvées par le législateur. Des catégories qui dessinent *in fine* une différenciation de l'altération des facultés mentales.

Chapitre préliminaire : Le besoin de protection

74. Les prérogatives du juge. La mise sous protection d'une personne présentant une altération de ses facultés mentales ou physiques l'empêchant d'exprimer sa volonté est une décision souveraine du juge. Ce point est totalement partagé par les trois droits. Cela signifie que les constatations médicales, en dépit de leur extrême importance, ne lient pas le juge (&). Toutefois, il y a une différence entre le droit français et le droit arabe sur l'objet même des constatations médicales, et donc, sur l'appréhension de la diversité de l'altération des facultés (&&). Ce point renvoie davantage à l'état des sciences médicales en usage dans chaque ordre juridique. Dans une approche prospective, le droit arabe pourrait corriger et actualiser les méthodes usitées actuellement. Les limites de cette entreprise sont, cependant, assez nombreuses et difficiles à surmonter.

&) L'insubordination du pouvoir judiciaire au pouvoir médical

75. La relation du juge et du médecin. Dans les trois ordres juridiques, le principe est identique : les constatations du médecin portées sur la personne protégée ou à protéger ne lient guère le juge. Le pouvoir judiciaire n'est pas en position de subordination vis-à-vis du pouvoir médical. La Cour de cassation koweïtienne l'exprime de façon explicite : « *le tribunal jouit de la plus haute expertise en matière de recours et l'avis de l'expert n'a de valeur que consultative et ne lie pas le tribunal, ni juridiquement, ni judiciairement. Il est en position de subordination par rapport à l'appréciation du juge du fond. Le recours à l'expert n'a d'objectif que pour saisir les points techniques mais exclut les questions juridiques* »¹⁵⁸. Ainsi, le rôle dévolu au rapport d'expertise est circonscrit en tant qu'élément servant à éclairer le juge dans sa prise de décision. Mais, l'éclairage ne saurait aller au-delà d'un champ limité qui est celui des questions purement techniques, à savoir, en ce qui nous concerne, les questions médicales. Le rapport d'expertise est uniquement un élément de preuve. D'où la possibilité d'en contester les conclusions.

L'explication et les justifications de la nature de cette relation, entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir médical, dépassent ici largement le droit de la protection. Elles s'inscrivent dans le

¹⁵⁸ Cour de cassation, Koweït, 8/11/2004.

droit de l'expertise¹⁵⁹. Toutefois, s'agissant du droit de la protection, il est loisible d'avancer quelques éléments explicatifs. D'abord, le certificat médical, en dépit de son rôle premier et central, ne constitue pas l'unique élément mis à la disposition du juge. Cela est le cas lorsque le demandeur pour l'ouverture d'une mesure de protection est le ministère public à l'initiative d'un tiers ne faisant pas partie de l'entourage de la personne vulnérable. A peine d'irrecevabilité, la requête qui sera transmise devra comporter, suivant la disposition 431 du Code civil, « *les informations dont le signalant dispose sur la situation sociale et pécuniaire de la personne qu'il y a lieu de protéger et l'évaluation de son autonomie ainsi que, le cas échéant, un bilan des actions personnalisées menées auprès d'elle* ». Ce bilan permettra d'éclairer au mieux le ministère public et, donc, lui permettra d'apprécier l'opportunité de saisir ou non le juge des tutelles. Ensuite, que ce soit pour le droit français, antérieur à la réforme de 2007 ou le droit arabe actuel, il est permis au juge de placer une personne sous curatelle pour prodigalité en l'absence d'un certificat médical. Cet exemple permet de s'interroger sur la nature de la décision du juge en cas d'absence d'une constatation médicale de la part du médecin. Face à une telle situation, « *la marge de manœuvre du juge paraît singulièrement réduite voire inexistante. Comment pourrait-il remettre en cause le diagnostic établi par un professionnel ? Aucune mesure de protection ne saurait être prononcée* »¹⁶⁰. Cette solution est applicable dans les trois ordres juridiques, sans difficulté, nous semble-t-il. Face à un constat médical de l'existence d'une altération des facultés mentales ou physiques empêchant l'expression de la volonté, le juge retrouve une liberté d'appréciation. Cette liberté traduit en réalité l'idée qu'entre le judiciaire et le médical, existe une autonomie. Celle-ci conduit à prendre en compte un certain nombre d'éléments pertinents, parmi eux, les données médicales. C'est dire que l'avis médical ne saurait résumer à lui seul l'ensemble des données et ne pourrait, dès lors, à lui seul, constituer le critère exclusif sur lequel se baserait le juge.

A travers la relation entre le juge et l'expert, portant ici, en ce qui nous concerne, la robe du médecin, nous voyons pointer l'autre difficulté qu'est l'appréhension de la diversité de l'altération des facultés mentales. Une appréhension contrastée entre le droit français et le droit arabe.

¹⁵⁹ Le droit de l'expertise et le droit qui régit la relation entre l'institution judiciaire et le corps médical a fait l'objet de beaucoup d'études. La littérature est importante.

¹⁶⁰ F. MARCHANDIER, *Op. cit.*, p. 58.

&&) La différenciation de l'altération des facultés mentales

76. Les limites imposées au juge. Le rapport entre le médecin et le juge est gouverné par le cadre conceptuel de ce que recouvre les éléments entrant dans l'altération des facultés mentales. En France, depuis la réforme de 2007, la prodigalité, l'intempérance et l'oisiveté ne sont plus des motifs pouvant conduire à l'ouverture d'une mesure de protection. Dans ce cadre, il ne peut plus y avoir de relation juge-médecin s'agissant de ces facteurs, qui pourtant ont donné lieu à d'innombrables mesures de protection, et ce, depuis plus d'un siècle¹⁶¹ ! Aujourd'hui, les anciens articles 488 alinéas 3 et 508-1 C. civ. n'ont donc plus cours. L'ouverture d'une curatelle pour cause d'intempérance ou d'oisiveté est une innovation de la loi de 1968. Ces trois causes sont considérées comme des comportements socialement déviants et non pas véritablement comme des maladies qui engendreraient aujourd'hui l'ouverture d'une mesure de protection. D'aucuns estiment, de ce fait, que le législateur de 1968 s'inscrivait dans une veine anachronique et surtout erronée. S'il s'agit bien de comportements déviants, pourquoi devrait-on placer les personnes affectées par de tels comportements sous des mesures de protection ? Néanmoins, une partie de la doctrine tente de déconstruire cette idée en défendant la législation antérieure. C'est pourquoi, pouvons-nous lire, que « *cette critique méconnaissait le fondement du placement du majeur sous protection : la loi de 1968 n'érigait ces comportements en causes d'ouverture de la curatelle que lorsqu'ils risquaient de faire tomber le majeur dans le besoin ou le conduisaient à compromettre l'exécution de ses obligations familiales. Il ne s'agissait donc pas, quoi qu'on en ait dit, de conserver les biens dans les familles mais bien d'éviter que, par son comportement, un individu ne devienne une charge pour sa famille ou pour la société, ou ne se mette dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations familiales (essentiellement l'obligation alimentaire)* »¹⁶².

77. Les mesures d'accompagnement. Aujourd'hui, de telles situations sont prises en charge sous l'empire des « *mesures d'accompagnement* ». L'objectif est d'aider la personne « *qui est en détresse sociale ou financière pour l'amener à se réinsérer et rétablir son autonomie dans la gestion de ses prestations sociales, sans en faire un incapable* »¹⁶³. Cette protection sociale est évolutive. Elle débute par un accompagnement social personnalisé (MASP). Dans le cas où les résultats sont décevants, ou face à une inexécution du contrat par

¹⁶¹ En France, la prodigalité ne reçoit plus la 'sanction' de la mesure de nature judiciaire. Son « traitement » passe par un accompagnement social.

¹⁶² F. TERRE, D. FENOUILLET, *Op. cit.*, p. 821

¹⁶³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, *Op. cit.*, p. 395.

le majeur, la mesure passe de mesure administrative en mesure judiciaire. La demande pour réaliser cette transformation est réservée exclusivement au procureur de la République.

78. L'anachronisme du droit arabe quant aux qualifications en usage. La modification de la législation est ici une réponse logique à l'évolution de la médecine. Le droit de la protection a pour objectif de protéger une personne vulnérable dont les facultés mentales ou physiques sont altérées et qui, de ce fait, l'empêchent d'exprimer sa volonté. Mais si l'altération des facultés mentales ne répond à aucune donnée médicale valable et tangible, l'objet de la mesure judiciaire est contestable. Ce ne serait plus de la protection mais de l'abus. La médecine contemporaine insiste, en effet, sur le polymorphisme de l'aliénation mentale. « *Toutes les nuances peuvent séparer les aliénations, les démences, les névroses, les psychoses (il est déjà difficile de distinguer le normal de l'anormal ; il est encore plus aléatoire de faire des classifications dans la pathologie mentale)* »¹⁶⁴. A l'aune de cette réalité médicale, nous ne pouvons que faire le constat de l'anachronisme des mécanismes médicaux dont fait usage encore aujourd'hui le droit arabe. Néanmoins, nous croyons que l'anachronisme dont nous parlons aujourd'hui affecte davantage le législateur que le corps médical arabe. Le traitement médical de l'aliénation mentale se réalise, en Egypte et au Koweït, à la lumière des données modernes reconnues dans plusieurs pays. La difficulté résulte de la non-actualisation des dispositions juridiques afférentes à de telles questions. Le hiatus entre le pouvoir législatif et le pouvoir médical existe bel et bien. C'est pourquoi, il semblerait inexorable qu'une réforme du droit arabe de l'incapacité puisse prendre en considération ces éléments et apporte les changements opportuns. La cartographie juridico-médicale sur laquelle fonctionne le droit arabe de l'incapacité semble désuète. Toutefois, nous voudrions mettre en exergue une autre difficulté qui dépasse de loin l'incorporation dans le tissu normatif des données nouvelles de la médecine. Ces difficultés s'apparentent à la clôture du champ politique au sein des deux États. Le référent islamique attaché au droit de l'incapacité est puissant.

79. Les liens avec le droit musulman. Rappelons-ici les racines profondes qui lient le droit musulman au droit des incapacités. La prodigalité est traitée depuis le départ par les juristes musulmans. Elle constitue une déviance mentale qui engendre nuisance, à la fois, pour la personne et pour son entourage. Les dispositions normatives contenues dans les codes civils arabes témoignent de la 'survivance' du droit musulman, suivant l'expression du professeur Chafik Chehata¹⁶⁵. Une survivance à qui, soulignons-le, le droit musulman, à travers certaines

¹⁶⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Op. cit.*, p. 347.

¹⁶⁵ Ch. CHEHATA, *Op. cit.*, p. 839 et s

techniques, a tenté de trouver des remèdes¹⁶⁶. Dans ces conditions, le législateur serait bien embarrassé, à la faveur d'une réforme, de mettre un terme au régime juridique de la prodigalité. Comment pourrait-il justifier cela ? S'il devait recourir aux normes et aux doctrines orthodoxes musulmanes, il ferait face à une avalanche de sources qui toutes vont dans la même direction : la prodigalité est une aliénation mentale et le prodigue doit être interdit. Il est certain que toute réforme touchant au statut de la personne se fera d'abord, si ce n'est essentiellement, sur l'invocation de nouvelles interprétations du droit musulman, et non pas en se basant sur les principes du droit des droits de l'homme. Toute réforme amènera l'État, par conséquent, à agir sur le terrain religieux. D'où nous constatons que la réforme du droit de l'incapacité en Egypte et au Koweït ne pourra pas faire fi des prescriptions du droit musulman, contrairement à d'autres chapitres du code civil. En même temps, les deux droits arabes ne pourront affronter les défis nombreux apportés par la diversité des personnes qui pourraient, à terme, devoir être protégées.

L'activité judiciaire est assez ambivalente. Si elle présente le visage classique des organes de la protection (1°) envisagés, ici, par le juge de la tutelle et par le ministère public, il existe un autre aspect qui mérite une analyse substantielle, à savoir la déjudiciarisation (2°). Celle-ci concerne (pour l'instant !) uniquement le droit français. Son impact est très important sur le droit de la protection et, par conséquent, sur la personne protégée ou à protéger. La personne qui protège également voit, du fait du retrait de l'État, en la figure ici du juge, sa responsabilité s'amplifier. Les conséquences sont multiples et difficiles à saisir pour l'instant. Il faut souligner que la déjudiciarisation est contemporaine de l'affleurement de l'idée de l'accompagnement.

1° Les organes judiciaires

80. Modification de l'office du juge. La dénomination du juge des tutelles est « *trompeuse* ». En réalité et en effet, ce juge n'est guère cantonné à la tutelle *stricto sensu*. Il embrasse toutes les mesures de protection. Selon l'article 221-9 COJ, « *le juge des tutelles connaît : 1° De la sauvegarde de justice, de la curatelle, de la tutelle des majeurs et de la*

¹⁶⁶ Concernant le prodigue interdit par exemple, « *Le droit lui interdit d'aliéner ses biens, donc devrait lui interdire, par analogie, de les constituer en waqf (bien de mainmorte). Or les hanéfites ont conclu qu'il pouvait le faire s'il se constituait en premier bénéficiaire. Aucune autre analogie ne peut être invoquée pour justifier cette autorisation. Elle découle en réalité de considérations rationnelles : la règle interdisant l'aliénation des biens du prodigue vise à protéger son patrimoine. Or en se constituant comme premier bénéficiaire du waqf, le prodigue se met à l'abri de sa propre prodigalité, donc réalise pleinement l'objectif de la loi tout en contredisant son application analogique* », H. BLEUCHOT, *Droit musulman*, PUAP, 2000 ; Chehata parle de « *diktat de la conscience juridique* », de « *benignitas juris* » ou encore « *d'antithèse du summum jus summa injuria*, Ch. CHEHATA, *L'Équité en tant que source du droit Hanafite*, Paris, G.-P. Maisonneuve et Larose, 1966, pp. 125-128.

mesure d'accompagnement judiciaire ; 2° Des actions relatives à l'exercice du mandat de protection future ; 3° Des demandes formées par un époux, lorsque son conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, aux fins d'être autorisé à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de ce dernier serait nécessaire, ou aux fins d'être habilité à le représenter ; 4° De la constatation de la présomption d'absence ; 5° De l'habilitation familiale ».

La réforme de 2007 a maintenu ce juge spécialisé, dont la naissance au sein du paysage juridictionnel français remonte à 1964 sous l'impulsion du doyen Carbonnier. Il lui appartient d'instruire toutes les demandes de protection, d'ouverture, jusqu'à son terme, en passant par le suivi indispensable¹⁶⁷. En dépit, de son importance, ce juge se trouve au « *cœur d'un paradoxe révélateur du droit des incapacités* ». La loi de 2007 lui a retiré le « *privilege* » de se saisir d'office¹⁶⁸.

Il n'en demeure pas moins qu'il est unanimement considéré comme le « *chef du service public* » et l'une des « *pièces maîtresses* » de la protection des personnes majeures vulnérables. Cette analyse dédiée au droit français s'applique quasiment en entier à la figure du juge des deux pays arabes sous étude. En effet, tant au Koweït qu'en Egypte, le droit de l'incapacité est viscéralement construit autour de la figure du juge qui supervise et décide toutes les étapes accompagnant une demande d'ouverture d'une mesure de protection des mineurs ou des majeurs. La différence capitale, toutefois, à ce niveau, est que sous les cieux arabes, le juge conserve encore le pouvoir de s'autosaisir, contrairement à son homologue français.

Dès le 1^{er} janvier 2020, le juge français a pris place au sein du nouveau tribunal judiciaire, qui a remplacé le tribunal d'instance. Il s'appelle aujourd'hui « *juge des contentieux de la protection* ». Cette dénomination, rappelons-le ici, n'a pas été celle proposée par le Défenseur des droits qui préconisait, dans son rapport, celle de « *juge de la protection des majeurs* », ni celle proposée dans le rapport Caron-Dégliuse, à savoir « *juge des libertés civiles et de la protection* ». Quoi qu'il en soit, avec cette nouvelle dénomination, certes moins parlante que

¹⁶⁷ Un suivi aujourd'hui minoré avec le mouvement de la déjudiciarisation. L'analyse de ce phénomène se fera au point prochain. Nous verrons que le droit arabe est extrêmement loin de toute entreprise de déjudiciarisation.

¹⁶⁸ Le juge français conserve, toutefois, la compétence de statuer d'office afin de mettre fin à la mesure, la modifier ou lui en substituer une autre. Il peut également ouvrir une mesure à la suite d'un mandat de protection future. Il dispose d'un pouvoir sur la gestion du majeur protégé, puisque c'est lui qui autorise à passer des actes de disposition. Il préside les réunions du conseil de famille (lorsqu'il existe, puisque ce conseil n'est guère obligatoire dans le cas du majeur protégé). Le juge des tutelles territorialement compétent est celui de la résidence habituelle du majeur à protéger ou protégé, ou celui du domicile du tuteur. Initialement, l'appel devait être porté devant le tribunal de grande instance. Désormais, comme en droit commun, il l'est devant la Cour d'appel.

l'ancienne, le sentiment de stigmatisation inhérente à la tutelle ne devrait plus avoir cours. Il est loisible de noter, par ailleurs, que l'office de ce juge dépasse celui de l'ancien juge des tutelles, puisqu'il est en charge, par exemple, des actions tendant à l'expulsion des personnes occupant sans droit ni titre des immeubles d'habitation.

81. Missions du juge. Cela étant dit, concernant la protection des majeurs vulnérables, ses missions sont nombreuses et très précieuses. C'est à lui que revient la charge et la responsabilité de contrôler l'altération des facultés mentales ou corporelles du majeur, afin de déterminer, si et dans l'affirmative, dans quelle mesure elle est de nature à empêcher l'expression de sa volonté. C'est lui qui instruit le dossier en procédant aux auditions et en recueillant l'ensemble des informations nécessaires afin de décider quelle mesure est la plus opportune et la plus adéquate. Rappelons ici que le juge des contentieux de la protection est saisi par requête remise ou adressée au greffe. Le propos peut également être étendu au juge arabe sans aucune difficulté. La différence majeure qui apparaît, ici, tient néanmoins à la liberté dont jouit le juge arabe quant à la nature de la mesure de protection opportune. Contrairement au juge français, le juge arabe ne peut choisir entre une palette de mesures, en fonction de l'état de l'altération des facultés mentales ou physiques. L'unique mesure que le législateur met à sa disposition est la curatelle. Il est vrai qu'il a la possibilité de faire varier le champ de la protection, à l'intérieur même de cette unique mesure. Il n'en demeure pas moins vrai que son champ d'intervention est limité, puisqu'en dépit des variations possibles, la clôture du cadre normatif sur une seule mesure offre peu de souplesse. Néanmoins, à l'instar de beaucoup d'autres juges, le juge arabe a des possibilités, à la faveur de son pouvoir interprétatif, d'élargir le spectre de l'horizon normatif et donc de se donner les moyens d'une plus grande maîtrise de la portée des normes qu'il a pourtant l'obligation d'appliquer¹⁶⁹. Les juges koweïtiens et égyptiens ne font guère exception à cette tendance. L'existence de l'unique mesure de la curatelle pourrait sembler restrictive quant au champ de la protection et, par conséquent, préjudiciable à la liberté, l'autonomie et la sauvegarde des droits de la personne vulnérable dans les deux pays arabes. Si cela est vrai, il suffit de rappeler que la présence de plusieurs mesures de protection au sein d'un ordre juridique n'est pas, ou n'est plus considérée comme une garantie suffisante et une preuve d'un droit de qualité. L'exemple français et les 'assauts' auxquels il doit faire face provenant du Comité onusien chargé de la Convention sur les droits des personnes handicapées l'illustre à merveille.

¹⁶⁹ Cela renvoie à la place et au rôle du juge dans l'ordre juridique. Précisément, à la relation qui s'instaure entre le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire, notamment, à l'heure du droit des droits de l'homme et de l'indispensable garantie de la dignité humaine. Même si notre propos concerne l'ordre juridique arabe, nous avons à l'esprit l'impact extrêmement important, profond, voire parfois déstabilisateur, des droits internes, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Ce Comité suggère, voire impose, à travers ses ‘recommandations’ le passage du modèle français actuel à un modèle fondé sur une mesure unique, et au sein duquel le juge pourra ‘calibrer’ la protection¹⁷⁰. C’est dire que si la curatelle en tant que mesure unique de protection, dans les droits égyptien et koweïtien, n’est guère la panacée, il serait peut-être erroné de considérer qu’il faille, à la faveur d’une réforme, aller inexorablement vers un modèle basé sur une pluralité de mesure de protection pour satisfaire à l’exigence de l’efficacité du droit¹⁷¹. Cela étant dit, il est loisible, face à un nombre très réduit de dispositions législatives, de faire intervenir davantage le juge afin de donner une portée plus ample au droit applicable. La mesure unique de la curatelle en droit arabe ne signifie, dès lors, pas automatiquement et mécaniquement, une portée limitée de la protection. L’interprétation du juge a le mérite de faire bouger les lignes et procure une liberté supplémentaire qu’à première vue, la disposition législative n’offrirait pas. En dépit du principe général qui veut que le juge soit au service de la loi¹⁷², le juriste contemporain rencontre de plus en plus de situations, dans lesquelles l’autorité judiciaire va au-delà de ce qui a été voulu par le législateur, pour ne pas dire, va, parfois, à l’encontre de ce que veut le législateur. Pour s’en convaincre, en termes de rôle novateur et dynamique du juge dans les pays arabes, nous avons opté pour le choix du juge égyptien en lien avec le droit de l’enfant. Nous souhaitons brosser à grands traits l’empreinte visible qu’apporte une interprétation positive des textes en vigueur.

82. L’exemple du droit égyptien. La Convention des Nations unies sur les droits de l’enfant a été ratifiée par l’Egypte en 1990. En 2008, il y a eu un amendement de la loi égyptienne. L’objectif de celui-ci, pour permettre la mise en œuvre de cette convention, était la prévalence de l’intérêt de l’enfant « *dans toutes les décisions et mesures relatives à l’enfance, quelle que soit la partie qui en est à l’origine ou qui les applique* ». Le Conseil national égyptien en matière de protection de la mère et de l’enfant, qui est à l’origine de cet amendement, a indiqué qu’il a « [...] *dûment pris en considération l’intérêt supérieur de l’enfant au cours de la promotion relative aux modifications apportées au Code sur certains aspects sensibles tels*

¹⁷⁰ Nous verrons, en seconde partie, l’impact qu’a le pouvoir des recommandations en droit international. Nous verrons que s’il n’y a pas d’obligation juridique, à proprement parler, il y a celle de la contrainte, qui semble beaucoup plus intrusive dans les ordres juridiques internes. En droit international, avec le *softlaw*, nous passons de l’ordre de la contrainte à un ordre contraignant.

¹⁷¹ La mondialisation néolibérale qui n’épargne aucun secteur, et certainement pas le droit, fut-ce civil, le juriste peut-il demeurer à l’abri des assauts de cette nouvelle modernité exigeante ? L’efficacité charrie, en effet, avec elle l’idée que le droit, à l’instar des autres dispositifs sociaux, doit répondre à certains objectifs... chiffrés. La déjudiciarisation, qui se veut également une réponse aux difficultés budgétaires, en porte la preuve.

¹⁷² Un principe qui tout en figurant dans tous les ouvrages de droit et que tous les étudiants reçoivent comme une vérité immaculée, nécessite une forte nuance. A son énonciation, il doit s’accompagner, aujourd’hui, de fortes explications.

*que le relèvement de l'âge du mariage, l'incrimination de la mutilation génitale féminine, les droits de l'enfant né hors mariage, le droit de tutelle accordé à la femme qui a la garde légale de l'enfant et le relèvement de l'âge minimum de la responsabilité pénale. On peut dire que le Conseil a su faire admettre la primauté du principe de prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant »*¹⁷³. Le droit égyptien, avant même cette ratification connaissait le principe de l'intérêt de l'enfant, même si ce n'est qu'en 2014, que cela est apparu pour la première fois au sein du texte constitutionnel¹⁷⁴. Dans les décisions d'attribution de la garde, les juges en charge du statut personnel ainsi que la Cour de cassation ont pris en considération ce principe. L'exemple que nous prenons ici du principe de l'intérêt de l'enfant se justifie par le fait que c'est un principe dynamique, qui ne reçoit de définition qu'au cas par cas et qu'il met, par conséquent, en avant et en première ligne, l'interprétation des magistrats. La jurisprudence est ici donc primordiale. La figure du juge est donc capitale. C'est, en premier, la Haute Cour constitutionnelle qui, en vertu de l'article 192 de la Constitution, doit nous intéresser. Elle est chargée, en effet, de veiller à la constitutionnalité des lois et à leur interprétation. La Cour a joué un rôle extrêmement important puisqu'elle a validé l'ensemble des réformes qui a succédé en lien avec ce droit. La jurisprudence est donc au rendez-vous de l'indispensable exigence de la modernisation normative. Toutefois, cette jurisprudence présente des difficultés afférentes à sa non-conformité d'avec les standards internationaux. En effet, *si, pour le juge égyptien, la garde est d'abord un droit de l'enfant avant d'être un droit de son gardien, il adopte toutefois une conception bien tranchée de son intérêt : c'est de rester avec sa mère dans les premières années de sa vie et que son père couvre toutes ses dépenses et prenne les décisions les plus importantes le concernant. Cette conception repose sur une dichotomie très marquée entre les responsabilités du père et celles de la mère que les réformes successives du droit de la famille n'ont pas réussi à effacer »*¹⁷⁵. L'intérêt de l'enfant est, aux yeux de la Haute Cour constitutionnelle, de demeurer sous la garde de sa mère, alors que la tutelle de ses biens revient à son père. Les standards internationaux n'épousent pas cette ligne de conduite. Il faut, ici, indiquer que la garde confiée à la mère repose sur la philosophie du droit musulman, sur laquelle les docteurs en religion sont unanimes. D'où nous remarquons qu'à travers un certain nombre de décisions, la Haute Cour constitutionnelle concilie, de son point de vue, les préceptes de la

¹⁷³ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, NATIONS UNIES, *Troisièmes et quatrièmes rapports périodiques de l'Égypte*, CRC/C/EGY/3-4, 3 septembre 2010, p. 35.

¹⁷⁴ Article 80.

¹⁷⁵ N. BERNARD-MAUGIRON, « La garde et l'intérêt de l'enfant devant les tribunaux égyptiens », in Ben Hounet, Y. Therrien, C. (dir.), *Les parentalités en Afrique musulmane : repenser la famille à partir de l'intérêt de l'enfant et des transformations sociales*, 2021, Centre Jacques-Berque, p. 60

religion musulmane avec les dispositions de la Convention onusienne sur les droits de l'enfant. Ainsi, « on constate que la Haute Cour constitutionnelle opère un rapprochement entre la notion moderne d'intérêt supérieur de l'enfant et la normativité islamique, affirmant que la recherche de l'intérêt de l'enfant fait partie des objectifs (*maqâsid*) de la *charia*. Mais elle part toutefois du principe que son intérêt est d'être confié à sa mère, car elle est la plus qualifiée pour veiller sur lui, le guider et le protéger. La Cour prend pour acquis le fait que toute mère est affectueuse, proche de son enfant, le comprend et cherche à le protéger et que, à contrario, le père ne présente pas les mêmes qualités »¹⁷⁶. Cela dit, l'arsenal législatif interne à l'Égypte laisse voir que cette convention onusienne laisse des pans importants sans véritable réponse. C'est au juge, au cas par cas, de déterminer l'option la plus opportune. Pour ce faire, le juge égyptien, tente de concilier, à la fois, les textes internationaux, son droit interne mais aussi le droit musulman. Ce dernier est appliqué à travers les solutions nombreuses et multiples que le juge consulte lorsque la loi est silencieuse... ce qui est le cas. Le résultat produit est, toutefois, une conception singulière de ce qu'est l'intérêt de l'enfant. Une conception qui épouse davantage la philosophie du droit musulman. Le pouvoir discrétionnaire des juges s'est dès lors manifesté et a opté pour un choix particulier. Un choix toutefois qui tente de concilier plusieurs tendances afin de ne point faire violence à l'une d'elles. En effet, « si l'Égypte a bien une tradition de prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, bien antérieure à la réforme de la loi sur l'enfant de 2008, il demeure toutefois que la détermination de cet intérêt reste soumise à l'appréciation discrétionnaire du juge, et que ce dernier partage la division traditionnelle en droit islamique des responsabilités, droits et obligations entre les deux parents vis-à-vis de leurs enfants. L'intérêt de l'enfant n'est donc que très rarement pris en compte au cas par cas dans l'attribution du droit de garde, contrairement aux recommandations du Comité des droits de l'enfant, mais est attribué de façon abstraite en fonction de l'âge de l'enfant. La mère continue d'exercer la garde et le père la tutelle »¹⁷⁷. Cela prouve que le juge est en mesure d'apporter des interprétations permettant des évolutions sensibles à une discipline. Le droit français de 1968 était lui également focalisé exclusivement sur la protection des biens. C'est *via* le canal jurisprudentiel que la configuration s'est élargie et a embrassé la protection de la personne. Cela met en lumière le rôle central du juge chargé du droit du statut personnel, dans lequel le droit de l'incapacité. Le second personnage d'importance dans le cadre du droit de la

¹⁷⁶ Ibid, p. 63.

¹⁷⁷ Ibid, p. 73.

protection est le procureur de la République. Le ministère public joue un rôle extrêmement considérable dans les trois droits.

83. Le rôle du procureur de la République. Si en France, le procureur de la République est l'instance en lien avec les services, notamment sociaux ou hospitaliers, qui sont demandeurs de régimes de protection, mais aussi avec tous ceux dépourvus de qualité pour demander une mesure de protection, nous retrouvons cette même fonction en droit arabe. Il est l'instance qui préside la sauvegarde des intérêts des incapables, notamment leur patrimoine. L'article 26 de la loi numéro 119 de 1952 est explicite sur ce point¹⁷⁸. En France, toutes ces parties doivent désormais s'adresser à lui (art. 433, al. 2). Il joue, de la sorte, le rôle de filtre qui décide quelles affaires devront ou non être soumises au juge. Il exerce, à cet égard, avec le juge des tutelles une surveillance générale des mesures de protection dans leur ressort. C'est lui qui enregistre les demandes de sauvegarde (art. 433, al. 2). Il peut se rendre, périodiquement et sans publicité préalable, dans les établissements psychiatriques (art. L. 3222-4 CSP). Enfin, c'est lui qui établit la liste des médecins qui auront le droit de rédiger le certificat indispensable à la mise sous protection d'un majeur. Il exerce aussi d'autres pouvoirs.

84. Le régime de la responsabilité des acteurs judiciaires. La question fondamentale subséquente en lien avec l'exercice des pouvoirs est celle, pour le juriste, de la responsabilité. Or, en dépit de son importance, le lecteur sera extrêmement surpris d'apprendre qu'au sein des deux ordres juridiques arabes, cette question ne trouve aucune issue juridique. Dit autrement, la question de la responsabilité, particulièrement du juge et du ministère public, n'est guère abordée par les deux législateurs. Le vide est sidéral. Nous mesurons, à peine, les conséquences engendrées sur le droit de l'incapacité. C'est pourquoi, il nous semble opportun, voire impérieux, de ne pas envisager une réforme du droit des incapables en silos sans une réforme de pans entiers de la législation arabe sous étude. Si la cohérence semble évidente, nous estimons l'ampleur de la tâche réformatrice qui devra s'opérer. Afin de ne pas verser dans les méandres du droit prospectif, au demeurant en dehors de notre compétence, nous avons préféré nous focaliser uniquement sur le droit français. Un droit riche en la matière.

85. L'évolution de la législation. Concernant cette question fort importante de la responsabilité des personnes chargées de la protection, il y a lieu de noter, dès l'abord, l'évolution notable des textes de 1968 et 2007. En effet, sous la loi de 1968, il n'y avait aucune disposition spécifique afférente à la responsabilité des personnes chargées de la protection d'un

¹⁷⁸ Les articles 27, 28, 29 et 30 de cette loi visent les situations où le ministère public joue le rôle de relais avec le tribunal quant aux affaires liées aux incapables.

majeur. Il fallait transiter par la tutelle des mineurs afin de trouver l'assise normative à la responsabilité. L'article 473 se contentait de poser deux principes. Le premier était que *« l'approbation du compte ne préjudicie point aux actions en responsabilités qui peuvent appartenir au pupille contre le tuteur et les autres organes de la tutelle »*. Le second principe était que l'Etat était seul responsable d'une faute commise dans le fonctionnement de la tutelle, par le juge des tutelles ou son greffier, le greffier en chef du tribunal d'instance ou l'administrateur public chargé d'une tutelle vacante, et que l'action relevait toujours de la compétence du tribunal de grande instance. L'action, précise cet article, se prescrivait en cinq ans. *« Cette courte prescription, instituée en faveur du tuteur, qui bénéficiait ainsi d'un délai plus court que dans la prescription de droit commun de l'époque, s'expliquait notamment par la gratuité et le caractère obligatoire de la charge tutélaire, qui serait devenue particulièrement lourde si le tuteur était resté exposé pendant dix ans aux réclamations du pupille ou de ses héritiers, d'autant que les pièces généralement produites pour justifier sa gestion ne font pas partie des documents qu'il est d'usage de garder pendant si longtemps (factures...) »*¹⁷⁹. Cette prescription concernait toutes les actions afférentes à la gestion du tuteur. Cela paraissait, d'un côté, protecteur pour le tuteur et, de l'autre, désavantageux pour le pupille. Du fait du renvoi opéré par la tutelle des majeurs à la tutelle des mineurs, ces solutions ont trouvé, pendant des décennies, une application normale.

Avec la loi du 5 mars 2007, les textes se sont étoffés et la jurisprudence s'est densifiée. Aujourd'hui, la responsabilité dépend de la mesure de protection.

86. L'application du principe. Le principe général est que tous les organes de la mesure de protection engagent leur responsabilité¹⁸⁰. Ainsi, dispose l'article 421 alinéa 1^{er} du Code civil : *« tous les organes de la mesure de protection judiciaire sont responsables du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction »*¹⁸¹. La portée du texte est très large. Il vise en réalité toutes les situations et configurations possibles. Ainsi, *« quelle que soit la mesure de protection judiciaire envisagée, tous les organes de la mesure sont susceptibles d'engager leur responsabilité civile. Le juge des tutelles, le greffier, le procureur de la République, le tuteur, le curateur, le mandataire spécial désigné dans le*

¹⁷⁹ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Op. cit.*, p. 654 et s.

¹⁸⁰ M. REBOURG, « La responsabilité civile des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans l'exercice de leurs fonctions », *Dr. fam.*, 2010, Étude 17.

¹⁸¹ Ce texte parle de la protection judiciaire et non pas conventionnelle. En effet, concernant la responsabilité conventionnelle, à savoir celle du mandataire de protection future, il faudra se tourner vers l'article 424 C. civ. : *« Le mandataire de protection future engage sa responsabilité pour l'exercice de son mandat dans les conditions prévues à l'article 1992 »*.

cadre d'une sauvegarde de justice, le tuteur ou le curateur ad hoc, les subrogés tuteurs ou curateurs, le mandataire dans une mesure d'accompagnement judiciaire, ainsi que les membres du conseil de famille, tous sont concernés par ce principe général de responsabilité »¹⁸². A cet égard, et à l'aune du nombre élevé des hypothèses dans lesquelles le protecteur pourrait engager sa responsabilité, l'idée avait germé de la souscription d'une assurance responsabilité civile. Cette assurance est devenue obligatoire à l'égard du mandataire qui exerce à titre individuel. L'article 472-2 du Code de l'action sociale et des familles dispose que « le bénéficiaire de l'agrément doit justifier de garanties des conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile en raison des dommages subis par les personnes qu'il prend en charge ».

S'agissant tout particulièrement de la responsabilité étatique, c'est l'article 422 du Code civil qui s'applique. Il dispose, en son alinéa 1^{er}, que « lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise dans l'organisation et le fonctionnement de la mesure de protection par le juge des tutelles, le directeur des services de greffe judiciaires du tribunal judiciaire ou le greffier, l'action en responsabilité diligentée par la personne protégée ou ayant été protégée ou par ses héritiers est dirigée contre l'Etat qui dispose d'une action récursoire ». Cette forme de responsabilité ne suscite aucune difficulté. Elle est compréhensible en toute simplicité. Elle est, en réalité, le prolongement de la responsabilité générale de l'État du fait des juridictions judiciaires posées par l'article L. 141-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire¹⁸³. Le texte envisage, pour qu'il y ait une responsabilité de l'État, et donc une réparation, l'existence d'une faute lourde ou de déni de justice. Le texte pourrait sembler sévère à l'égard de la personne protégée. Il n'en est rien, puisque, concernant cette catégorie juridique de personnes, l'article 422 C. civ. n'exige qu'une « faute commise dans l'organisation et le fonctionnement de la mesure de protection ». Et, « l'expression 'organisation' est assez large pour englober la faute commise dans 'l'ouverture' d'une mesure judiciaire de protection ou celle tenant à la détermination des modalités organiques de cette protection. Quant au terme de 'fonctionnement', il est suffisamment souple pour désigner aussi bien la mise en œuvre pratique de la mesure (autorisation de tel acte, contrôle des comptes, etc.) que 'la levée' de la mesure ou sa 'transformation'. La règle n'étant pas réservée à tel ou tel type de protection semble bien

¹⁸² I. MARIA, *Droit de la famille*, Op. cit., p. 1403. L'auteure précise que « cette responsabilité s'applique par ailleurs que le mandat soit exercé par un mandataire judiciaire à la protection des majeurs ou par un protecteur familial. Ceci peut sembler bien contestable, car peu encourageant pour les familles. Cela apparaît d'autant plus critiquable qu'il en va différemment pour le mandat de protection future, pour lequel la distinction est faite selon qu'il est exercé à titre gratuit ou à titre onéreux, conformément aux règles de droit commun du mandat ».

¹⁸³ L'alinéa 1^{er} de cet article dispose que « L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice ».

valoir pour toutes les mesures de protection, qu'il s'agisse d'une mesure judiciaire, d'un mandat de protection future ou d'un accompagnement judiciaire »¹⁸⁴.

S'agissant de la faute requise, en application du principe général reconnu en droit français de la responsabilité, ce sera une faute quelconque dont l'appréciation se fera *in abstracto*. Les juges prendront en compte le degré d'autonomie dont jouit le majeur protégé et le degré de protection mis en œuvre. Et parmi les fautes qui pourraient engager la responsabilité de l'État, il y a : le temps à statuer¹⁸⁵, la perte d'un dossier, le retard dans la transcription du jugement, l'erreur d'appréciation, l'erreur manifeste d'appréciation du régime de protection, la violation des dispositions relatives aux conditions d'ouverture d'un régime de protection, à la durée de la mesure ou encore à l'exécution du mandat de protection future, au délai de réponse aux requêtes présentées, etc.

Rappelons, à ce stade, que cette action en responsabilité est ouverte au majeur protégé, à son représentant légal ou à ses ayants droit. Cela est devenu possible à la suite de la jurisprudence de la Cour de cassation qui date du 17 mars 2010¹⁸⁶.

Ensuite, suivant l'alinéa 2 de l'article 421 du Code civil, l'État pourra voir engager sa responsabilité du fait des fautes commises par un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. « *Il suffira simplement que la victime choisisse d'agir contre celui-ci plutôt que contre le professionnel de la protection, ce qui ne sera pas probablement anecdotique, le recours étatique présentant probablement moins d'aléas* »¹⁸⁷.

87. La responsabilité du professionnel. Quant à la responsabilité de l'employeur du mandataire judiciaire à la protection des majeurs salariés, elle relève de l'application de l'article 1242, alinéa 5 du Code civil. Cet article traduit la responsabilité civile du commentant du fait de son préposé¹⁸⁸. C'est pourquoi, le professionnel, qui agit dans les limites de ses compétences

¹⁸⁴ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, Op. cit., p. 656.

¹⁸⁵ Paris, Pôle 4, ch. 9, 9 avril 2015, RG n° 13/06228, *Dr. fam.* 2016. Comm. 157, obs. I. MARIA, *RTC civ.*, 2016. 824, obs. J. HAUSER.

¹⁸⁶ Civ. 1^{re}, 17 mars 2010, n° 09-11.271, P I, n° 68 ; *AJ fam.* 2010. 238, obs. L. PECAUT-RIVOLIER ; *Dr. fam.* 2010, n° 89, obs. I. MARIA ; *RLDC* 2010/71, n° 3814, obs. Pouliquen ; *RTC civ.* 2010. 532, obs. J. HAUSER.

¹⁸⁷ I. MARIA, *Dr. fam.*, p. 1404. ; M. REBOURG, *Op. cit.* A titre d'exemple, la négligence répétée du gérant de tutelle engagera la responsabilité étatique, Amiens, Ch. Civ. 1, 3 nov. 2015, RG n° 13/06297, *Dr. fam.* 2016. Comm. 39, obs. I. MARIA.

¹⁸⁸ L'article 1242 C. civ. dispose : « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du Code civil. Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale,*

et respecte les obligations qui lui incombent, bénéficiera d'une immunité en vertu d'une jurisprudence établie¹⁸⁹. C'est pourquoi, le professionnel n'engage pas, dans ce cadre, sa responsabilité s'il agit dans les limites de sa mission. En revanche, la situation est autre si la faute commise est constitutive d'une infraction intentionnelle conformément à la jurisprudence Cousin¹⁹⁰. Il semble logique que l'employeur dégage sa responsabilité s'il parvient à démontrer que le mandataire a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à sa mission¹⁹¹. Cependant, la jurisprudence ne suit que rarement cette voie. Cette cause d'exonération a du mal à prospérer. Le mandataire salarié est, par conséquent, assuré de pouvoir compter sur la responsabilité civile de son employeur en cas de dommage causé au cours de ses fonctions, sauf à commettre une faute pénale intentionnelle.

88. Le fait générateur de responsabilité. S'agissant de la question afférente à la détermination du fait générateur de responsabilité, c'est l'application du principe posé à l'article 421 du Code civil. Cet article dispose que *« tous les organes de la mesure de protection judiciaire sont responsables du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction »*. Quelle que ce soit la faute, dès l'instant où elle se produit dans l'exercice de la fonction. La malveillance, la négligence ainsi que l'imprudence seront prises en compte. Il convient de rappeler, ici, que le standard du bon père de famille a disparu. Comme référent, les juges prennent, aujourd'hui, un standard in abstracto, en référence à une conduite de type idéal, comme cela se fait habituellement en droit français de la responsabilité. Ainsi, *« pourraient être retenues comme des fautes susceptibles d'engager la responsabilité du tuteur ou du curateur dans une curatelle renforcée des fautes de négligence telles que l'omission d'accomplir une démarche indispensable (comme assurer un bien, déclarer un sinistre, faire une déclaration fiscale, payer les impôts, transmettre les comptes de gestion au juge, faire une demande d'aide sociale), l'omission d'interrompre une prescription, l'absence*

sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. Les maîtres et les commettants du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ; Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance ».

¹⁸⁹ Cass., ass. Plén., 25 fév. 2000, n° 97-17.378 et n° 97-20.152, P, n° 2 ; GAJC, 11^e éd., Dalloz, 2000, n° 217 ; D. 2000. 673, note P. BRUN ; JCP 2000. II. 10295, concl. KESSOUS, note BILLIAU ; RTC civ. 2000. 582, note P. JOURDAIN ; RCA 2000. Chron. 11, note H. GROUTEL, et Chron. 22, note C. RADE.

¹⁹⁰ Cass., ass. Plén., 14 déc. 2001, n° 00-82.066, P, n° 17 ; D. 2002. 230, note J. JULIEN, et p. 1317, note D. MAZEAUD ; JCP 2002. II. 10026, note BILLIAU ; JCP 2002. I. 124, n° 22 s., obs. G. VINEY ; RTC civ. 2002. 108, obs. P. JOURDAIN.

¹⁹¹ Cass., ass. Plén., 19 mai 1988, n° 87-82.654, P, n° 5 ; D. 1988. 513, note C. LARROUMET, *Defrénois* 1988. 1097, obs. J.-L. AUBERT.

de vérification des droits sociaux de la personne protégée, la négligence dans un recouvrement, l'oubli de faire l'inventaire, d'accepter une donation sans charge ou de poursuivre l'homologation d'un partage devant le tribunal de grande instance, ou encore de convertir les titres au porteur, l'absence d'initiative pour faire désigner un administrateur provisoire de la SCI que le protégé gère, ou le fait de laisser cumuler un déficit d'impayé en matière de loyers et de ne pas répondre ou de ne pas assister le majeur dans une réponse au courrier envoyé par la Commission de surendettement »¹⁹². Face à cette règle édictée par l'article 421 C. civ., il y a une exception au profit de la curatelle simple. Le curateur et le subrogé curateur n'engagent pas leur responsabilité, sauf s'il y a dol ou faute lourde. Dans le cadre de la curatelle renforcée, le curateur devra percevoir les revenus de la personne protégée et sera, dès lors, traité comme un tuteur. En revanche, la mission d'assistance n'engage pas la responsabilité du protecteur et cela se comprend aisément. Le curateur ne peut, lorsqu'il ne fait qu'assister son curatelaire, se substituer à celui-ci pour agir en son nom. Aussi, peut-il paraître logique que la personne protégée reste responsable de ses actes et que la responsabilité du curateur ne puisse être recherchée qu'en cas de faute lourde ou dol, et ce, dans l'objectif d'éviter une mise en jeu trop facile de sa responsabilité¹⁹³.

Ainsi, seuls une intention frauduleuse et un comportement particulièrement grave peuvent engager la responsabilité du curateur ou du subrogé curateur intervenant en suppléance du curateur et exerçant à ce titre une mission d'assistance identique à celle de ce dernier. La faute lourde sera caractérisée par une abstention pure et simple de jouer son rôle, ce qui peut être le cas, par exemple, lorsque le curateur appose un contresceau sur un acte sans avoir aucunement exercé sa mission de conseil et de contrôle de l'opportunité de l'acte, ou encore fait de fausses déclarations dans l'optique de percevoir une partie de l'AAH perçue par son protégé¹⁹⁴. Il semblerait que cette responsabilité pour faute lourde ne puisse être engagée que du seul fait des actes accomplis avec son assistance. Le curateur ne serait donc pas responsable des actes passés par le curatelaire en dehors de son intervention obligatoire. Certains ne partagent pas cette position. Monsieur le conseiller Jacques Massip estime, pour sa part, que le curateur devrait voir sa responsabilité engagée pour un manquement à ses devoirs de conseil et de contrôle s'il

¹⁹² I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1405.

¹⁹³ En ce sens, Rapp. Blessig, 2007, Doc. AN n° 3557, p. 124 et Rapp. De Richemont, 2007, Doc. Sénat n° 212, p. 115- Très critique sur ce point, v. J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et la protection des majeurs*, *Op. cit.*, n° 447, p. 372. Avant la loi de 2007, le professeur Thierry Fossier avait estimé que « *le curateur n'engage pas sa responsabilité car il est celui qui autorise l'acte mais ne le conçoit pas ni ne l'exécute* », et ce, en application de l'adage que celui qui autorise ne s'oblige pas. « La responsabilité du tuteur et des juges des tutelles selon les décisions des trois ordres de juridiction », *RDSS*, 2001, p. 364.

¹⁹⁴ En ce sens, Rennes, 18 déc. 2013, RG n° 12/02458, *Dr. fam.*, 2014, Comm. 51, obs. I. MARIA.

laisse le majeur s'engager dans des opérations manifestement contraires à ses intérêts ou s'il ne réagit pas contre l'inaction du protégé¹⁹⁵. En revanche, une autre partie de la doctrine considère que la mission de contrôle visée à l'article 440 C. civ. « *paraît bien trop évanescence pour condamner un curateur à payer une indemnisation* »¹⁹⁶.

2° La déjudiciarisation en tant que nouvelle forme de protection

89. La nouvelle forme de la protection. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice s'inscrit dans la continuité de la loi du 5 mars 2007. L'objectif escompté est identique : rechercher un point d'équilibre entre la protection et le respect de la personne majeure protégée. Néanmoins, la loi de 2019 « *s'inscrit dans un contexte lourd* »¹⁹⁷. Elle vient à la suite des critiques du Défenseur des droits et de la Cour des comptes, du rapport du groupe de travail interministériel sur la protection des majeurs et de celui de Mme Catalina Devandas-Aguila sur les droits des personnes handicapées. L'ensemble de ces rapports visent la question fondamentale de la capacité juridique reconnue à la personne vulnérable. Le rapport onusien est critique sur la reconnaissance et la garantie par le droit français de cette capacité. Cela pose, dès lors, une difficulté puisque « *la reconnaissance de [cette] capacité (...) dans des conditions d'égalité est une obligation fondamentale imposée par l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, qui porte tout autant sur l'aptitude à être titulaire de droits que sur la faculté d'agir conformément aux dispositions de la loi. En réalité, loin d'être protégées, les personnes sous tutelle en France sont privées de leurs droits et exposées à la maltraitance et au risque d'être placées en institution. La France doit revoir d'urgence sa législation en vue de supprimer les régimes de prise de décisions substitutives et de garantir l'accès de toutes les personnes handicapées à des systèmes de prise de décisions accompagnées, quel que soit le niveau d'aide dont ces personnes pourraient avoir besoin pour prendre des décisions éclairées* »¹⁹⁸. La loi de 2019 a, ainsi, répondu à une partie des critiques formulées par le rapport de Mme Devandas-Aguilar, à travers l'introduction du mécanisme de la déjudiciarisation, qui s'apparente à une simplification de la procédure civile. Une simplification qui s'est traduite par divers assouplissements, conduisant

¹⁹⁵ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et la protection des majeurs*, Op. cit.

¹⁹⁶ F. ARBELLOT, T. FOSSIER, « Majeurs protégés », *J.-CL. Civ. Code*, art. 415 à 432, fasc. 30, 2009, n° 92.

¹⁹⁷ N. PETERKA, « La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019. Progrès ou recul de la protection ? », in G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg, I. Maria (dir.), *Protection des majeurs : Bilan et perspectives. De la loi n°2007 du 05 mars 2007-308 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?* LexisNexis, 2020, p.319.

¹⁹⁸ C. DEVANDAS-AGUILAR, *Rapport sur les droits des personnes handicapées*, Conseil des droits de l'homme, 40^e session, 25 févr.-22 mars 2019 : ONU, A/HCR/40/54/Add.1, n°s 60 et s., p. 15 et s.

au retrait du juge, et donc, à l'absence désormais de demande d'autorisations qui lui étaient adressées pour la réalisation d'un certain nombre d'actes concernant la personne vulnérable. Cette loi de 2019 a permis, par ailleurs, l'adoption de quelques dispositions destinées à satisfaire les droits fondamentaux de la personne. D'où la tonalité générale, qui veut que cette loi soit présentée sous le prisme de la bonne qualité. Les opinions de la doctrine sont toutefois contrastées. « *On peut y voir* », affirme le professeur David Noguéro qu'« *au nom du recentrage des missions du juge judiciaire, un recul de la justice gracieuse qui devrait pourtant être préservée au bénéfice des personnes vulnérables* »¹⁹⁹. D'autres estiment qu'en définitive, la loi du 23 mars 2019 « *contribue à brouiller la clarté du système* ». Ainsi, la crainte est que « *la déjudiciarisation opérée s'accompagne d'une rejudiciarisation sur le terrain de la validité des actes de la personne protégée et de la responsabilité des acteurs de la protection* »²⁰⁰. Ce qui importe de rappeler de prime abord, est que cette loi du 23 mars 2019 s'inscrit dans la veine du droit des droits de l'homme. Les assouplissements voulus par le législateur visant le fonctionnement de la protection judiciaire risquent de ne jamais s'arrêter. En effet, « *lorsque la suppression des autorisations obéit à l'injonction des droits de l'Homme, il y a fort à parier que certains voudront poursuivre encore et encore. L'œuvre risque d'être sans cesse sur le métier* »²⁰¹ ! D'autant que les assouplissements touchent, à la fois, la protection de la personne et son patrimoine. C'est pourquoi, à travers cette loi, l'intervention du juge devient subsidiaire. L'obtention de l'autorisation judiciaire, pour certains actes, n'est donc plus nécessaire. Cela facilite immanquablement la tâche des praticiens qui peuvent ne pas toujours être au diapason avec le temps judiciaire. Un temps qui manifestement n'est pas très cursif. La déjudiciarisation ainsi actée par une loi formelle viendrait entériner ce que d'aucuns dénomment les '*ordonnances tampons*'²⁰², c'est-à-dire, les demandes d'autorisation présentées au juge et qui sont, la plupart du temps, octroyées. La déjudiciarisation serait dès lors un bienfait permettant une fluidité, voire une flexibilisation du fonctionnement afférent au droit de la protection des majeurs. Mais la déjudiciarisation n'est pas étrangère à un autre motif qui est en lien avec le manque d'effectif et de budget en matière de justice, qui reste toujours insuffisant²⁰³. Cet

¹⁹⁹ D. NOGUERO, « Personnes vulnérables, déjudiciarisation et contrôle des mesures judiciaires : réforme de la justice et prospective », avec Jacques Combret, notaire honoraire, *Deffrénois*, 18 juillet 2019, n°s 29-34, doctrine, 1497, p. 13 et s.

²⁰⁰ N. PETERKA, *Op. cit.*, p. 332.

²⁰¹ D. NOGUERO, *Op. cit.*, pp. 15

²⁰² Propos de David Matile, Vice-président de la Fédération nationale des mandataires judiciaires indépendants à la protection des majeurs.

²⁰³ L'actuel garde des Sceaux (M. Dupont-Moretti) vante un budget historique pour la justice. Le ministre affirme « *poursuivre le rattrapage de trente années d'abandon de la justice, abandon budgétaire, humain et politique* », *Le Monde*, 27/09/2022.

argument tenace revient en boucle. A cet égard, nous pouvons toujours compter sur le ministère de l'Economie et des Finances pour le rappeler à ceux qui seraient susceptibles de l'oublier. Il permet surtout, aux pouvoirs publics, d'adopter des politiques judiciaires, en l'occurrence ici, qui pourraient, *in fine*, aller à l'encontre de l'objectif affiché. L'assouplissement ici offert par la loi du 23 mars 2019 vise essentiellement à garantir une meilleure protection de la personne vulnérable. Nicole Belloubet, ancienne garde des Sceaux, a insisté sur le fait qu'« *Il faut prendre en considération à tout moment dans nos réflexions les droits fondamentaux des personnes vulnérables* »²⁰⁴. Les raisons d'économies budgétaires sont toutefois tapies derrière les présentations techniques et les résultats pratiques conférés par cette réforme²⁰⁵.

En matière de protection de la personne, cette loi apporte la suppression des autorisations préalables concernant certains actes graves. Ainsi, « *lorsqu'il est expressément investi de la mission de représenter la personne protégée pour ces actes, le tuteur peut les effectuer sans autorisation judiciaire* »²⁰⁶. Le mariage et le PACS sont également concernés. L'autorisation à mariage n'est donc plus obligatoire. L'article 460 du Code civil dispose seulement que « *la personne chargée de la mesure de protection est préalablement informée du projet de mariage du majeur qu'il assiste ou représente* ». Il faut, toutefois, relier cet article à la disposition qui permet au protecteur « *de former opposition, dans les conditions prévues à l'article 173, au mariage de la personne qu'il assiste ou représente* » (C. civ., art. 175 mod. ; L. n° 2019-222, art. 10,3°). Si cela participe aux droits fondamentaux de la personne vulnérable, des doutes planent, cependant, sur la cohérence du système ainsi élaboré. En effet, si, comme le souligne le professeur Nathalie Peterka, la brutalité est moindre avec la procédure d'opposition à mariage qu'avec l'autorisation du juge, « *les nouvelles modalités de protection de la personne vulnérable n'en laissent pas moins perplexe* »²⁰⁷. Le protecteur est ainsi en capacité, via l'article 1399 du Code civil, « *de saisir le juge pour être autorisé à conclure seul* » « *une convention matrimoniale, en vue de préserver les intérêts de la personne protégée* » (C. civ., art. 1399, al. 3). Mais il est aisé de comprendre que le futur époux du majeur refusera, très certainement, de signer une telle convention. L'intrusion dans le patrimoine de la personne du futur époux est

²⁰⁴ Voir sur ce sujet, N. GRARADJI, « La protection judiciaire des majeurs : en marche vers la déjudiciarisation ? », *Actualités sociales hebdomadaires*, 1/6/2018.

²⁰⁵ « Cette volonté de déjudiciarisation émanant du ministère de la Justice n'est pas simplement motivée au titre des droits fondamentaux et des libertés individuelles des personnes protégées. C'est surtout parce que la fin justifie les moyens qu'il faut décharger les juridictions complètement engorgées, les cabinets des juges, les greffes qui n'arrivent plus à faire face à la charge de travail. C'est un désengagement concret de l'État en termes de budget, de temps de travail et de responsabilité. Et sur ce dernier point en particulier, cela nous inquiète », A. Brousse (coordonnatrice du Pole 'évaluation, développement des activités, protection et des personnes' de l'UNAF).

²⁰⁶ N. PETERKA, *Op. cit.*, p. 321.

²⁰⁷ Ibid, p. 323.

patente. Pareillement, l'action en divorce au nom du majeur vulnérable n'est plus obligatoire. L'article 249 du Code civil dispose, en effet, 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* ». L'alinéa 3 précise que « *la personne protégée peut accepter seule le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci* ». Le droit de vote est également visé par la loi du 23 mars 2019²⁰⁸.

90. Renforcement du contrôle des comptes de gestion. En matière de protection du patrimoine, le législateur a tenté de répondre aux préoccupations du passé, notamment celles afférentes aux défaillances du contrôle des comptes de gestion. « *Le meilleur contrôle ne passe visiblement pas par le renforcement des moyens matériels accordés aux juridictions, pourtant indispensables [...] La 'solution' pour ne plus subir la critique du contrôle défaillant, consiste à se désengager, au moins partiellement ! Plutôt que de recourir au directeur des services du greffe judiciaire ou au juge des tutelles, la philosophie est de favoriser, dans la mesure du possible, un contrôle interne effectué par un organe subrogé, un co-organe, ou un organe adjoint* »²⁰⁹. L'article 512 du Code civil dessine les contours de l'externalisation subsidiaire. L'alinéa 2 de cet article dispose que « *lorsque l'importance et la composition du patrimoine de la personne protégée le justifient, le juge désigne, dès réception de l'inventaire du budget prévisionnel, un professionnel qualifié chargé de la vérification et de l'approbation des comptes dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Le juge fixe dans sa décision les modalités selon lesquelles le tuteur soumet à ce professionnel le compte de gestion, accompagné des pièces justificatives, en vue de ces opérations* ». Ainsi, il est loisible d'affirmer que la modestie du patrimoine conduira inéluctablement à un contrôle purement interne. En revanche, l'externalisation du contrôle se fera aux frais du majeur protégé²¹⁰.

²⁰⁸ La loi reconnaît la capacité électorale du tuteur. Il faut rappeler que la loi du 5 mars 2007 avait conduit à la modification du Code électoral. L'article 5 disposait que « *lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée* ». En dépit de cette disposition claire, la Cour de cassation a refusé de reconnaître ce droit aux personnes majeures vulnérables. Rappelons ici que la loi du 11 février 2005 a reconnu le droit de vote aux personnes protégées. Son article 5 disposait que « *les majeurs placés sous tutelle ne peuvent être inscrits sur les listes électorales à moins qu'ils n'aient été autorisés à voter par le juge des tutelles* ». Cet article tranche radicalement avec le contenu de la loi de 1969 modifiée en 1992 : « *Ne doivent pas être inscrits sur les listes électorales les majeurs sous tutelle* ».

²⁰⁹ D. NOGUERO, *Op. cit.*, p. 13.

²¹⁰ Il n'est pas inutile de citer le propos du Président de la FNAT tenu en 2018, avant que cette loi ne soit promulguée, et ce, concernant le paiement du contrôle par le majeur protégé. Il affirmait : « *C'est scandaleux et il ne faut pas le laisser passer. On ne peut pas monétiser la vulnérabilité. On ne peut pas faire de la protection juridique des majeurs une niche sur laquelle des marchés se développent. La FNAT a proposé que cette mission de contrôle soit confiée aux services fiscaux. La direction des finances publiques de chaque département pourrait effectuer des contrôles de manière aléatoire comme pour les impôts* », voir « *Le juge doit rester dans le dispositif* », *Actualités sociales hebdomadaires*, 1/6/2018.

Cette déjudiciarisation engendre, au titre même de son fonctionnement, une sorte de basculement de la responsabilité du juge, libéré de fournir les autorisations à la responsabilité de la personne qui protège. Si en droit arabe, les autorisations sont strictement encadrées et appartiennent exclusivement à l'appréciation souveraine du juge, nous sommes en droit de croire que l'effet préventif est donc total. Le juge permet d'éviter certaines erreurs, voire certaines déviations. Le coût de cette philosophie n'est pas néanmoins exempt de lourdeurs et de difficultés. La flexibilisation du dispositif législatif français est donc ambivalente. Il offre des avantages certains. Il pourrait créer des craintes qui risqueraient de se révéler de véritables pièges.

B. Les organes professionnels de la protection

Les organes professionnels de la protection sont le mandataire judiciaire à la protection en France (1) et l'Autorité publique chargée des affaires des mineurs au Koweït (2).

1° Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs

91. Le rôle du professionnel. A partir de l'instant où les différentes règles mentionnées plus haut sont inopérantes, la curatelle et la tutelle prennent la coloration de mesures de protection étatique. C'est l'article 450 C. civ. qui prévoit, dès lors, que « *lorsqu'aucun membre de la famille ou aucun proche ne peut assumer la curatelle ou la tutelle, le juge désigne un mandataire judiciaire à la protection des majeurs* ». Le recours à un professionnel est, par conséquent, subsidiaire. Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs doit impérativement être inscrit sur la liste prévue à l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles. Ces professionnels doivent remplir un certain nombre de conditions. Le texte de l'article 450 C. civ. précise que le « *mandataire ne peut refuser d'accomplir les actes urgents que commande l'intérêt de la personne protégée, notamment les actes conservatoires indispensables à la préservation de son patrimoine* ».

Si la loi du 5 mars 2007 a institué la nouvelle figure du mandataire judiciaire à la protection des majeurs, il a fallu attendre le 1^{er} janvier 2009 pour que cette profession devienne effective. Rappelons, ici, que cette nouvelle profession est venue remplacer les gérants de tutelle, des curateurs et tuteurs d'Etat. Cette profession, que d'aucuns qualifient de centrale²¹¹, s'inscrit

²¹¹ Th. FOSSIER, A. BATTEUR, A. CARON-DEGLISE, M.-Ch. DALLE, L. PECAUT-RIVOLIER, Th. VERHEYDE, *Curatelle, Tutelle, Accompagnements*, LexisNexis, coll. « Litec Professionnel », 2010, n° 352.

dans les « *trois axes essentiels de la réforme* » voulue par le législateur²¹². Cette « *pièce essentielle du système tutélaire* »²¹³ a été unanimement saluée par l'ensemble de la doctrine. Ainsi, « *pour remédier à l'encadrement insuffisant des professionnels intervenant dans la protection des majeurs, la loi du 5 mars 2007 a choisi de créer un statut de mandataire judiciaire à la protection des majeurs* »²¹⁴. En dépit de ces critiques, le professeur Philippe Malaurie a estimé que dans l'une des « *innovations heureuses* » de la réforme de 2007, il y avait « *la formation professionnelle et le statut des mandataires judiciaires à la protection des majeurs* »²¹⁵. En effet, « *l'introduction d'un 'corps de mandataires judiciaires à la protection des majeurs' portait une espérance tant la professionnalisation constituait le gage d'une meilleure prise en charge des personnes protégées. L'innovation n'appelait donc que des louanges tant il était heureux que des professionnels formés, assermentés et contrôlés bénéficient d'un monopole justifié par toutes les conditions nouvelles auxquelles la loi subordonne l'accès et l'exercice* »²¹⁶.

Le mandataire est ici un auxiliaire de justice qui prête serment devant le juge des tutelles. Ainsi, « *le titre de mandataire se justifie moins par la nature plurielle et polymorphe de l'objet de sa mission que par la source judiciaire du mandat. Là est l'essentiel : les mandataires professionnels tirent leur légitimité de leur désignation par un juge judiciaire lorsqu'ils se présentent devant les tiers pour s'immiscer dans les affaires d'une personne protégée et*

²¹² E. BLESSIG, *Rapport au nom de la commission des lois sur le projet de loi (n° 3462) portant réforme de la protection juridique des majeurs*, Ass. Nat., 10 janvier 2007, n° 3557. Les deux autres axes sont le resserrement du champ des mesures de protection juridique et le renforcement des droits des personnes.

²¹³ G. CORNU, *Droit civil, Les personnes*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2007, n° 104, spéc., p. 232.

²¹⁴ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Op. cit.*, p. 659.

²¹⁵ Ph. MALAURIE, « La réforme de la protection juridique des majeurs », *LPA* 28 mars 2007, n° 63, *Deffrénois* 2007, art. 38569, pp. 557 à 572, (n° 5). Cet auteur avait pourtant sur le terrain des griefs estimé que la dénomination de ces nouveaux professionnels était « *lourde* ». Surtout, c'est l'abréviation MJPM, qui en dépit de sa présence, aujourd'hui banale et usuelle, sous quasiment la plume de toute la doctrine, qui a concentré les critiques les plus acerbes de cet éminent juriste. Il a déploré que, dorénavant, « *C'est du chinois et le petit monde d'initiés parle même le super chinois des sigles : MAJ, MASP, TPSA qui, un jour, peut-être, deviendront intelligibles pour le peuple par l'effet du temps et de l'usage ou, peut-être aussi, resteront pour toujours sibyllins : la négation du droit* ». (n° 4).

²¹⁶ G. RAOUL-CORMEIL, « Mandataire judiciaire à la protection des majeurs : une profession méconnue au statut incertain », in *Mélanges en l'honneur de la professeure Annick Batteur, Regards humanistes sur le droit*, LGDJ, 2021, p. 466. L'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles dispose que « *Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont inscrits sur une liste dressée et tenue à jour par le représentant de l'Etat dans le département. Cette liste comprend : 1° Les services mentionnés au 14° du I de l'article L. 312-1 ; 2° Les personnes agréées au titre de l'article L. 472-1 ; 3° Les personnes désignées dans la déclaration prévue à l'article L. 472-6* ».

*défendre ses intérêts. La qualification de 'mandataire judiciaire' prend alors tout son sens dans son obligation de rendre compte à l'autorité judiciaire qui le désigne »*²¹⁷.

Suivant l'article L. 471-1 du Code de l'action sociale et des familles « *les mandataires judiciaires à la protection des majeurs exercent à titre habituel les mesures de protection des majeurs que le juge des tutelles leur confie au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d'accompagnement judiciaire* ». La loi envisage trois cas de figure pour l'exercice de cette profession. Il y a, en premier lieu, l'exercice en nom propre et individuel. On l'appelle le mandataire privé. Ensuite, il y a l'exercice sous une forme d'une association tutélaire, dont les salariés sont des délégués à la protection des majeurs sous la responsabilité d'un chef de service qui représente l'association tutélaire dans les rapports avec l'autorité judiciaire. Enfin, l'on trouve, l'exercice de manière indépendante par le préposé d'un établissement public de santé ou paramédical qui accueille ou héberge au moins 80 personnes. Il convient de mettre en exergue, à ce stade, qu'en dépit de la réunion de toutes ces catégories pour l'exercice en tant que mandataire judiciaire à la protection des majeurs, il est indéniable que cette profession n'est pas une profession réglementée. En effet, « *la reconnaissance d'une profession dite réglementée tient à la réunion d'un diplôme qui en limite l'accès, d'une déontologie qui est énoncée par ses propres membres et d'une instance ordinale qui en contrôle le respect* »²¹⁸. Disons-le d'emblée : cette voie vers la profession réglementée n'est pas unanime. Il y a des partisans pour le oui et d'autres pour le maintien du statut actuel. La question juridique de taille qui se pose est la diversité des catégories des personnes qui exercent cette profession. La professeure Annick Batteur a parfaitement exprimé cette problématique à l'occasion de la discussion sur une proposition de loi, déposée par un sénateur et reprise et développée par les députés : « *pendant le temps qui nous fut donné pour réfléchir ensemble au statut du mandataire judiciaire à la protection des majeurs, un obstacle de taille est apparu dès le départ : comment envisager une évolution tendant à un statut unique et fédéré, alors que les fonctions de mandataire judiciaire à la protection des majeurs dits maintenant MJPM se trouvent exercées aujourd'hui par trois catégories distinctes de personnes ?* »²¹⁹. Et c'est là que le bât blesse. En effet, comme le fait remarquer le professeur Gilles Raoul-Cormeil, « *ce triple mode d'exercice de l'activité de mandataires judiciaires à la protection des majeurs pose la question de*

²¹⁷ G. RAOUL-CORMEIL, « Mandataire judiciaire à la protection des majeurs : une profession méconnue au statut incertain », *Op. cit.*, p. 467.

²¹⁸ *Op. cit.*, p. 469.

²¹⁹ A. BATTEUR, « Synthèse et perspectives d'évolution de la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs (*Actes du colloque de Caen, 19 oct. 2012*) », *Op. cit.*, pp. 27 à 31.

*l'attribution de la qualité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Si les personnes physiques travaillent à titre individuel ou préposés d'un établissement médical ou médico-social exercent ensemble la profession et la fonction de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, qu'en est-il des personnes morales inscrites sur la liste du préfet de département ? Celles-ci ne peuvent exercer une profession. Les services sont donc des mandataires judiciaires à la protection des majeurs par **fonction**, tandis que leurs salariés le sont par **profession**. Pour convaincante qu'elle soit, la distinction souligne le défaut de lisibilité de la réforme et les risques d'opposition internes. Qui est l'alter ego du mandataire individuel ou préposé au sein d'un service mandataire judiciaire à la protection des majeurs lorsqu'il s'agit de fixer des règles déontologiques ? Le représentant de la personne morale inscrite sur la liste des MJPM, le directeur, le chef de service ou les salariés professionnels ayant reçu une délégation de pouvoir ? »²²⁰.*

Nous voyons, par-là, l'ensemble des difficultés afférentes à la configuration de cette profession. Ici comme ailleurs, le temps apportera, à travers les modifications des dispositions normatives²²¹, les recommandations²²² et le travail de réflexion des mandataires, les corrections indispensables.

2° L'Autorité publique chargée de la gestion des affaires des mineurs

92. L'interventionnisme étatique au Koweït. L'Autorité publique chargée de la gestion des affaires des mineurs se présente comme « *une organisation à but humanitaire et au message noble* ». C'est la loi numéro 67 de 1983 qui lui a donné naissance²²³.

²²⁰ G. RAOUL-CORMEIL, « Mandataire judiciaire à la protection des majeurs : une profession méconnue au statut incertain », *Op. cit.*, p. 471 (souligné dans le texte).

²²¹ A titre d'exemple, il est loisible de citer le décret n° 2011-936 du 1^{er} août 2011 relatif à la rémunération des mandataires judiciaires et à diverses mesures de simplification en matière de protection juridique des majeurs ; décret n° 2015-1864 du 30 décembre 2015 relatif au financement des mandataires judiciaires à la protection des majeurs ; décret n° 2016-1896 du 27 décembre 2016 portant diverses dispositions relatives aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs ; décret n° 2018-767 du 31 août 2018 relatif au financement des mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

²²² Parmi plusieurs recommandations issues de différents rapports, nous citerons le travail important réalisé sous la direction de Madame Anne Caron-Dégli, intitulé *Rapport de mission interministérielle, L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Doc. franç., sept. 2018, [visité le 30/04/2024] disponible sur Internet <URL :http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_pjm_dacs_rapp.pdf, sous le titre « Une dynamique politique publique d'impulsion ».

²²³ Pour l'historique de l'Autorité, il faut consulter son site internet, publié en arabe et en anglais, [visiter le 27/07/2023], disponible sur Internet <URL :<http://pama.gov.kw:8888/en/About-us/About-Pama>

93. Présentation de l'Autorité. L'article 1^{er} de la loi n° 67 de 1983 dispose qu'« *est instituée une Autorité publique chargée de la gestion des affaires des mineurs qui est une personne morale dotée d'un budget conséquent* »²²⁴. Selon ce même article, l'Autorité « *dispose de toutes les prérogatives dévolues au tuteur, ou au curateur ou au gardien. Elle assume toutes obligations qui pèsent sur ces mêmes personnes, conformément aux dispositions de cette loi et de celles du Code civil, et ce, en l'absence de contrariété avec les prescriptions islamiques. En cas de silence du droit positif, c'est le droit musulman qui trouvera à s'appliquer* »²²⁵. Nous avons, précédemment²²⁶, mesurer l'importance de cette administration, aux multiples visages²²⁷, au demeurant, dans le cadre du droit de l'incapacité au Koweït. Rappelons ici, toutefois, que cette administration n'intervient qu'à l'égard des personnes de nationalité koweïtienne exclusivement. Ce choix, qui s'explique du fait de l'histoire, pourrait *a priori* surprendre. Pourquoi en effet les nationaux, sans les étrangers...vivant pourtant sur le même territoire ? Le droit de l'homme ne manquerait pas d'y voir une discrimination basée sur la nationalité²²⁸. L'article 2 énonce que « *1° cette Autorité aura pour mission d'être le tuteur des enfants mineurs koweïtiens dépourvus de tuteur ou de tuteur testamentaire, ainsi que pour l'enfant simplement conçu dépourvu de tuteur testamentaire. 2° Le curateur des personnes totalement ou partiellement incapables, ainsi que pour les Koweïtiens portés disparus et qui n'ont pas de curateur désigné par le tribunal pour gérer leur patrimoine. 3° La surveillance des actes des tuteurs et des curateurs, si le tribunal lui confie cette mission* ». Le champ d'intervention de l'Autorité est, dès lors, extrêmement large. Son impact sur la protection des majeurs vulnérables est donc très conséquent. Cette Autorité représente ce que l'on dénommait, antérieurement à la réforme de 2007 en France, la tutelle et la curatelle d'État. Mais au Koweït, cette Autorité semble aller beaucoup plus loin que le schéma qui avait prévalu en France à l'époque. Au Koweït, c'est une véritable institution, qui semble ne pas devoir connaître une réduction de ses activités à l'avenir. Bien au contraire. Rappelons ici, qu'au Koweït, comme en Egypte, le droit de l'incapacité est exclusivement un droit tourné vers la protection du patrimoine. La légitimité de l'intervention de cette Autorité est, dès lors, totalement assurée. C'est la figure assez singulière de cette Autorité qui mérite, nous semble-t-il, une analyse substantielle. L'objectif est de mesurer son impact sur le droit de l'incapacité et donc l'impact

²²⁴ Le budget de cette Autorité est de plusieurs milliards. Il faut constamment garder à l'esprit qu'elle investit des sommes considérables dans de nombreux projets, au Koweït et en dehors du Koweït.

²²⁵ Sur les rapports entre les prescriptions religieuses et le droit positif, se reporter à l'introduction.

²²⁶ Voir mesures du droit arabe.

²²⁷ Les investissements de cette autorité, voir documents officiels.

²²⁸ Sur la nationalité koweïtienne, voir *Les « bidoun », sans papiers au Koweït*, Le Monde, 19/10/2012.

sur la qualité et la densité de la protection. Pour se faire, il est d'abord nécessaire de brosser un tableau de son organisation administrative (1°), de présenter ses prérogatives (2°) et, enfin, de mesurer ce qu'elle apporte dans le paysage de la protection, avec un regard comparatif sur ce qu'existe en France (3°).

A. L'organisation administrative

94. L'organigramme de l'Autorité. C'est l'article 3 de la loi n° 67 de 1983 qui donne à voir l'organigramme de cette institution. Au terme de cet article, nous apprenons que l'Autorité est dotée d'un conseil d'administration dont la composition comporte neuf membres. Le premier et le plus important hiérarchiquement est le garde des Sceaux. Cela met en lumière immédiatement le caractère éminemment politique de cette administration et ne laisse guère de doute sur sa dépendance aux autorités décisionnaires de l'État. Le second est le Directeur Général de l'institution. Les sept autres membres doivent satisfaire à une condition stricte : être de nationalité koweïtienne. Si leur nomination, par décret, se fait sur proposition du garde des Sceaux, ils doivent être pourvus de compétences et faire preuve d'une expérience dans la gestion des affaires afférentes au patrimoine des personnes. La durée du mandat des sept membres est de quatre ans renouvelables. Le fonctionnement de l'institution est décrit à l'article quatre. Il dispose que « *Le Conseil d'administration se réunit sur convocation de son Président ou de son suppléant, ou à la demande de trois de ses membres. Le Conseil doit être convoqué au moins une fois tous les trois mois pour examiner son ordre du jour. Les décisions du Conseil sont prises à la majorité absolue du nombre des membres présents, en cas d'égalité des voix, le parti du Président prévaut. Le Conseil a un secrétaire qui rédige les procès-verbaux de ses séances* ». Ce conseil d'administration est, en réalité, le cœur de l'institution. Il en est le centre névralgique. C'est lui qui est, en fait, chargé d'élaborer la politique générale de l'autorité et de veiller à sa mise en œuvre. Les activités dévolues au Conseil sont multiples. L'activité liée à la gestion du patrimoine des personnes incapables n'est guère la seule. Si elle figure au centre des missions de l'Autorité, elle n'en épuise pas la panoplie des prérogatives reconnues à cette dernière. Il ne faut donc pas se fier à la dénomination officielle. Ici, comme ailleurs, le nominalisme risque d'être trompeur. L'alinéa 1^{er} de l'article six dispose que le Conseil d'administration a pour tâches « *d'approuver le rapport général annuel et fixe le budget et le compte récapitulatif des personnes relevant de ce dernier* ». L'alinéa 2 qui dispose que l'Autorité jouit de la prérogative lui permettant de faire des propositions de textes de loi en lien avec ses activités est fort intéressant. Cette perspective devra pouvoir être exploitée afin de

mesurer les possibilités qu'elle offre dans un projet réformateur. L'Autorité est, en effet, extrêmement bien placée et techniquement pour établir les diagnostics opportuns et, surtout, pour proposer les textes nécessaires. Le droit de l'incapacité au Koweït pourrait, contrairement à l'Égypte, connaître des évolutions plus rapides et plus substantielles, à travers des actions déterminées par l'Autorité. Evidemment, il faut mesurer la portée de son action, puisque l'article indique qu'elle est en mesure uniquement de faire des propositions de lois. L'acceptation et, plus encore, l'élaboration lui échappent. L'Autorité pourrait vouloir la modification de certaines dispositions. Il n'empêche, le vouloir n'est pas le pouvoir, n'en déplaise aux non-juristes.

B. Les compétences *ratione materiae*

95. Les prérogatives de l'Autorité. L'article sept dévoile le champ des compétences qui s'attache à notre sujet. Il est indiqué que « *sans préjudice des dispositions de l'article 137/3 du Code civil et de son application au tuteur, quel qu'il soit, l'Autorité ne peut entreprendre les actes suivants sans l'autorisation du Conseil d'administration [...]* ». De façon exhaustive, le législateur indique un certain nombre d'actes que l'Autorité est en mesure d'accomplir. La rationalité globale, qui traverse l'ensemble des alinéas de cet article, tend, sans surprise, à mettre en lumière la philosophie juridico-politique qui doit animer cette institution. Elle doit, tout d'abord, conserver et défendre le patrimoine des personnes qu'elle représente. Ensuite, elle a pour mission de le faire fructifier et développer. Les missions de l'Autorité, comme celles de l'administrateur légal d'ailleurs, sont menées à l'aune de la distinction des actes d'administration et des actes de disposition. En réalité, en droit arabe, cette distinction se recoupe avec une autre rationalité issue du droit musulman. C'est celle qui distribue les actes en fonction des conséquences engendrées. Il y a les actes qui rendent la situation de la personne incapable meilleure, ceux qui la rendent pire et, enfin, ceux qui rendent la condition, ni pire, ni meilleure. C'est l'entre-deux²²⁹. Le système est toutefois plus complexe qu'il n'y paraît. L'Autorité n'est pas investie uniquement de prérogatives destinées à gérer le patrimoine. Elle va au-delà, puisqu'il lui est reconnu, au terme de l'article 11, le pouvoir d'investir une partie de

²²⁹ Cette division tripartite est léguée par le droit musulman. Voir, par exemple, l'article 11 du Code civil égyptien : « 1) *Les actes accomplis par le mineur pourvu de discernement relativement à son patrimoine sont valables lorsqu'ils sont purement profitables, et nuls s'ils lui sont purement préjudiciables.* 2) *Quant aux actes qui peuvent être aussi bien profitables que préjudiciables au mineur, ils sont annulables si cela est dans l'intérêt de ce dernier. L'annulation ne pourra pas être demandée si l'acte a été confirmé soit par le mineur qui a atteint l'âge de la majorité, soit suivant les cas par l'administrateur légal de ses biens ou par le tribunal conformément à la loi* »

ce patrimoine dont elle a la charge²³⁰. C'est, d'ailleurs, pourquoi l'Autorité se doit de se doter d'un commissaire aux comptes qui aura la charge de contrôler son budget ainsi que ses comptes annuels (art. 12, Loi n° 67 de 1983). L'article 17 prouve la prépondérance de l'Autorité dans le dispositif titulaire. Il lui est en effet, reconnu, en cas d'absence du tuteur ou du curateur ou en cas où ils devaient eux-mêmes se retrouver sous le coup d'une mesure de protection, ou lorsque le patrimoine du mineur ou de l'enfant simplement conçu présente un danger, de demander au tribunal la révocation des protecteurs originaux. Cette demande auprès du tribunal est telle qu'elle permet, en réalité, la réalisation d'un acte de novation, puisque l'Autorité est en mesure de se substituer au tuteur ou curateur précédemment désignés.

Il est loisible de poursuivre la description des compétences dévolues à l'Autorité. Il nous semble toutefois, qu'au-delà de ce tableau cursivement brossé, ce qui importe davantage est de s'interroger sur la plus-value de celle-ci par rapport au droit de l'incapacité au Koweït.

C. L'ambivalence de l'apport

96. L'incontestable apport de l'Autorité en matière de protection. Il est incontestable de souligner que l'existence de cette Autorité est en soi une réalisation extrêmement bénéfique. Historiquement tout d'abord, cette institution a permis de pourvoir aux besoins des personnes considérées à la lumière de la législation koweïtienne comme incapables. En premier lieu, les mineurs. Ensuite, cette Autorité, à travers ses différentes et multiples compétences, permet au droit de l'incapacité de fonctionner sans accroc. Quelle que ce soit la mesure de protection envisagée, l'Autorité est présente afin d'intervenir pour remplacer ou remédier à un manque. L'ensemble des articles du Code civil koweïtien, que nous avons pu consulter auparavant, témoignent de la centralité de l'Autorité dans le dispositif du droit de la protection. Sur le fonctionnement de l'Autorité, en matière de gestion du patrimoine, il ressort qu'à l'aune des articles de la loi n° 67 de 1983 instituant celle-ci, la gestion est de nature dynamique. Elle combine, à la fois, des pouvoirs d'initiative et de contrôle. Cela permet de dessiner un fonctionnement souple, dénué d'obstacle paralysant. Et le contrôle qui s'opère est fondamentalement rigoureux et ne devrait, *a priori*, poser aucune difficulté. En tant qu'administration, la problématique afférente à la justification des actes qui seraient anciens semble inexistante. En tant qu'administration également, cette Autorité élimine le problème des malversations. La question donc des réparations pécuniaires ne se pose guère.

²³⁰ L'investissement de l'Autorité est pléthorique.

Si le tableau est reluisant et fort encourageant, il n'en demeure pas moins que certains aspects laissent assez dubitatif, voire perplexe.

97. La reconnaissance d'une discrimination. D'abord, la nationalité des personnes visées. L'Autorité ne s'occupe que des personnes incapables exclusivement de nationalité koweïtienne. La justification technique et normative semble évanescence. Nous devons reconnaître que nous n'avons pas trouvé, sous la plume des juristes koweïtiens, les explications suffisantes, voire convaincantes, quant à cet aspect. Toutefois, avec l'intrusion de plus en plus importante du droit des droits de l'homme au Koweït, cette distinction, entre les Koweïtiens et ceux qui sont dépourvus de la nationalité koweïtienne, risque d'être malmenée. Néanmoins, il est loisible de saisir les raisons historiques derrière cette séparation qui, à l'époque, ne posait guère de difficultés²³¹.

98. L'indispensable évolution des missions de l'Autorité. Ensuite, si le bilan est élogieux quant à l'aspect de la protection du patrimoine, *quid* de demain, de la protection de la personne elle-même ? Nous ne versons pas ici dans une réflexion de droit prospectif à coup de conjectures. Il nous semble, néanmoins, dans une réflexion, dont nous reconnaissons qu'elle est inarticulée ici, que l'Autorité ne serait pas en mesure de prendre en charge la dignité des personnes. Pour cela, il faut des personnes physiques formées et pourvues de compétences particulières. Il est, cependant, tout à fait envisageable de penser une Autorité rénovée qui chapeauterait demain des personnes comme les mandataires judiciaires à la protection en France. En revanche, ce qui est certain, c'est l'absence de réflexion quant à ce sujet par l'Autorité. L'ensemble des documents publiés sous l'égide de cette administration, que nous avons pu consulter, ne fournissent pas d'indications claires qu'une amorce d'analyse est en œuvre. L'Autorité semble, pour l'instant, cramponnée aux seuls objectifs monétaires et financiers.

99. CONCLUSION CHAPITRE I

Sous le prisme d'une analyse comparative qui prend en considération l'évolution historique des systèmes de droit et l'ancrage culturel des normes devant régir une société, le juriste ne peut

²³¹ Nous utilisons ici l'imparfait, mais il faut nous empresser de souligner que le présent est toujours valable, sous le ciel koweïtien. En effet, nous n'avons pas rencontré, sous la plume des juristes koweïtiens, une quelconque interrogation sur le fait d'élargir le champ d'intervention de cette Autorité aux personnes vivant au Koweït mais portant d'autres nationalités. Il ne fait, aucun doute, que le droit des droits de l'homme est d'abord un état d'esprit avant d'être des normes formelles ! Et manifestement l'état d'esprit est encore en deçà de ce que prescrit la philosophie de ce droit. Un jour peut-être...

qu'exprimer sa satisfaction quant à la protection de la personne vulnérable au sein des trois droits. La convergence centrale, qui résulte des trois ordres juridiques étudiées, est celle de l'idée même de protection. La personne vulnérable est le siège de certaines normes protectrices et 'l'objet' de certaines procédures particulières. D'aucuns pourraient, toutefois, arguer que les dispositifs du droit arabe sont éloignés et, pour tout dire, déphasés à l'époque moderne vis-à-vis des standards contemporains. Cela renvoie à ce que le droit dans chaque pays appréhende de la vulnérabilité et, par conséquent, ce que chaque droit estime nécessaire comme réponse opportune à livrer. La convergence n'est évidemment pas l'alignement, ni le partage des mêmes identités. Le droit n'est efficace que lorsqu'il épouse les contours culturels et sociologiques de la société. Ce qui est certain, c'est que, tant le droit français que les deux droits arabes, par la diversité des institutions prévues et par l'intervention de différents corps au profit de la personne vulnérable, réussissent, nous semble-t-il, à répondre efficacement au besoin de la protection.

CHAPITRE II : Les techniques de la gestion patrimoniale

La protection de la personne passe, tout d'abord, par la protection de son patrimoine. Cette affirmation demeure totale en droit arabe, alors même qu'elle est partielle en droit français. Ce dernier, à la faveur de la réforme de 2007, place, en premier en lieu, la protection de la personne en elle-même, avant même la protection de son patrimoine. Il n'en demeure pas moins que le patrimoine est source de convoitise et, donc, de contentieux entre, d'une part, la personne vulnérable et son entourage, parfois en premier lieu sa famille, et, d'autre part, entre les membres de la famille et l'entourage extérieur. D'où l'importance de saisir et de connaître les actes juridiques accomplis par la personne protégée et par ceux qui la protègent mais, aussi et surtout, de s'assurer que l'accomplissement des actes se fait dans le cadre réglementaire tracé par le législateur. Les sources de la qualification des actes (SECTION 1) sont, par conséquent, des éléments capitaux dont la maîtrise, tant par la famille que, *a fortiori*, par les professionnels, est indispensable. C'est pourquoi les trois législateurs ont apporté des réponses précises et détaillées sur le sort juridique des actes réalisés postérieurement à la prononciation d'une mesure de protection (SECTION 2).

SECTION 1 : Les sources de la qualification

La protection du patrimoine de la personne vulnérable se manifeste, sur le terrain, par des actes juridiques accomplis tant par la personne protégée que par celle qui la protège. La délimitation du champ de compétences de chacun est capitale. L'effectivité de la protection est donc

tributaire des cadres réglementaires posés par chaque ordre juridique. Evidemment, cette protection vise également la personne chargée de la protection. C'est qu'à tout instant, cette dernière risque d'engager sa responsabilité, allant, lorsqu'il s'agit d'intervenants professionnels, jusqu'à la possibilité de la radiation. D'où nous relevons l'extrême importance du régime juridique afférent aux sanctions prévues (PARAGRAPHE 2). Il faut, toutefois, préalablement circonscrire et saisir les sources du droit qui donnent naissances aux différents actes juridiques régulant l'activité patrimoniale de la personne protégée (PARAGRAPHE 1).

PARAGRAPHE 1 : Les configurations des droits

100. La diversité de l'opération tenant à la qualification. La qualification des actes emporte des conséquences fondamentales en droit. S'agissant des personnes majeures vulnérables, la question est centrale. Les actes qui touchent leur patrimoine doivent épouser la clarté et la concision afin, à la fois, de préserver les intérêts de la personne protégée et d'éviter d'engager la responsabilité de la personne qui est chargée de la protection. La difficulté se focalise sur la formule que doit utiliser le législateur pour procéder à la classification et la catégorisation des actes. En droit comme ailleurs, les formules magiques n'existent guère. Les différences entre le droit français (A) et le droit arabe (B) permettront de bien mettre en lumière les différents partis pris.

A. Le décret du 22 décembre 2008 (France)

101. Vers une meilleure sécurité juridique. La protection des biens illustre la richesse conceptuelle du droit français mais révèle, par ailleurs, l'insuffisance et la relativité des classements ainsi que la porosité des catégories juridiques. De façon cavalière, qu'il nous soit possible d'en dresser les traits saillants.

Le régime des actes touchant le patrimoine de la personne protégée échappe à une règle uniforme, puisqu'il est tributaire de leur gravité. En effet, la capacité de la personne protégée et les pouvoirs respectifs des organes de protection reposent sur la classification des actes juridiques que la loi opère. C'est cette classification, suivant la gravité qui pose des difficultés. Pour ce faire, il est possible de se référer à la nature juridique de l'acte ou à ses caractères économiques²³².

²³² Sur l'utilisation du critère économique dans la classification des actes, voir R. VERDOT, « De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes d'administration et de disposition », *RTD. Civ.*, 1968, p. 449.

102. La voie juridique. La nature juridique permet de hiérarchiser les actes suivant leur gravité, comme une vente qui est plus importante et donc un acte plus grave qu'une location. Avec cette méthode, la sécurité des transactions paraît garantie. Il y aura des actes nécessitant des formalités particulières, alors que d'autres laisseront le tuteur ou l'administrateur omnipotents²³³. Si donc, très juridique, la certitude est inhérente à cette méthode, il est clair qu'elle comporte un certain nombre de rigidités.

103. La voie économique. Quant à la méthode qui se base sur le contenu économique de l'acte, elle « *établit une sorte d'échelle parmi les actes juridiques en envisageant leur résultat économique ; elle exprime une formule générale de gestion à contenu économique* »²³⁴. La souplesse et la flexibilité de la méthode sont indéniables. En revanche, les incertitudes pouvant affecter les tiers sont problématiques.

Quoi qu'il en soit, il importe de souligner qu'« *en droit positif, aucune de ces deux méthodes n'a jamais été employée à titre exclusif ; elles ont toujours été combinées. Mais il existe une évolution dans leur ordre d'importance ; jusqu'à la loi de 2007, la méthode économique tendait lentement à l'emporter sur celle qui était purement juridique* »²³⁵.

104. Le droit antérieur. Sous le Code Napoléon, les actes que le tuteur ne pouvait accomplir sans l'autorisation du conseil de famille étaient énumérés limitativement. Mais la jurisprudence a apporté des modifications en soustrayant de la liste des actes qui, techniquement, étaient de disposition mais d'importance économique assez faible. Le système prévalant à cette époque était donc basé, tout d'abord, sur une énumération d'actes juridiques définis qui étaient, par la suite, corrigés par une appréciation économique. Les hésitations engendrées d'une telle démarche étaient nombreuses.

La loi de 1964 a opté pour un autre système en renversant l'ordre des facteurs. Elle s'est référée directement à la distinction des actes d'administration et de disposition. Elle ne définissait pas, par ailleurs, ces actes. Il en résultait une certaine difficulté dans l'application des textes, conséquence de l'équivocité des notions générales d'administration et de disposition. La réforme du 5 mars 2007 a reconduit le système antérieur en reprenant la distinction accompagnée, cette fois-ci toutefois, d'un critère de principe, prévu à l'article 496, alinéa 3 C. civ. Les actes d'administration sont relatifs à la gestion courante du patrimoine, alors que les actes, qui engagent de manière durable et substantielle celui-ci, sont des actes de disposition.

²³³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Op. cit., p. 287.

²³⁴ Ibid, p. 288.

²³⁵ Ibid, p. 289.

La distinction visée dans cette disposition consacre davantage le critère économique. Cependant, l'article 496 précise que « *la liste des actes qui sont regardés, pour l'application du présent titre* » comme des actes d'administration et des actes de disposition « *est fixée par décret en Conseil d'Etat* » (alinéa 3). Désormais, la source de la qualification est le décret intervenu le 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle. Ce décret adopte deux méthodes : la première consiste à délivrer les définitions des actes d'administration, de disposition et même conservatoires. La seconde méthode vise à éclairer les définitions données à travers deux listes (deux annexes) dans lesquelles sont classifiés les actes de gestion les plus courants. Ainsi, ce « *décret utilise une double technique de rédaction devenue rare en législation : souhaitant faire preuve de pédagogie, il pose des définitions ; puis, il donne des exemples. Malheureusement, les définitions données pèchent par leurs ambiguïtés et seules les listes d'exemples sont éclairantes, sans être toutefois véritablement innovantes* »²³⁶. Le décret est ainsi affecté d'ambivalence. Les critiques doctrinales, envers ce texte, sont nombreuses. Toutefois, il semble qu'en dépit des critiques et malgré les incomplétudes, voire les incohérences, la tonalité générale doit demeurer positive. En cela, nous partageons l'enthousiasme du professeur Gilles Raoul-Cormeil qui souligne que « *quelles que fussent les critiques doctrinales, reconnaissons que la réforme a atteint son objectif ! Le décret a joué un rôle majeur dans la protection des biens. Connues des professionnels – notaires, banques, mandataires judiciaires à la protection des majeurs -, faciles à retrouver, ces qualifications déterminent utilement la protection des biens immobiliers et mobiliers, corporels et incorporels, qu'ils fassent l'objet d'un placement boursier, soient engagés par une action en justice ou exposés à des voies d'exécution* »²³⁷.

105. La classification actuelle. Lorsque nous nous penchons sur les définitions données par le décret, il est impératif d'avoir à l'esprit que celles-ci ne recouvrent pas « *totalemment* » celles données par la loi²³⁸. Les définitions retenues par celui-ci sont beaucoup plus larges que celles contenues dans la loi. Ainsi, les actes d'administration sont les « *actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal* ». Les actes de disposition sont les « *actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de*

²³⁶ A.-M. LEROY, « Qualification des actes de gestion du patrimoine », *RTD. Civ.*, 2009, p. 180.

²³⁷ G. RAOUL-CORMEIL, « La loi du 5 Mars 2007, entre le passé et l'avenir de la protection juridique des majeurs », in J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 45.

²³⁸ A. BATTEUR, L. MAUGER-VIELPEAU, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 11^e éd., LGDJ, 2021, p. 605.

sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire ». Dans son article 3, le décret définit les actes conservatoires en considérant que ce sont les « *actes pour l'accomplissement desquels le curateur et le tuteur peuvent s'adjoindre le concours de tiers [et] qui permettent de sauvegarder le patrimoine ou de soustraire un bien à un péril imminent ou à une dépréciation inévitable sans compromettre aucune prérogative du propriétaire* [ainsi que des] *actes d'administration énumérés dans la colonne 1 des tableaux constituant les annexes 1 et 2 du présent décret, sous réserve qu'ils n'emportent ni paiement ni encaissement de sommes d'argent par ou pour la personne protégée* ». En réalité, ce sont les annexes qui attirent le plus le regard du juriste. Elles contribuent, à travers des exemples, à guider l'utilisateur. Les réactions doctrinales sont, sur ce point, aussi contrastées. Si certains estiment que « *la liste d'exemples se révèle toutefois, en dépit de sa longueur, bien décevante* »²³⁹, d'autres, au contraire, saluent en ces annexes la « *bonté de la Chancellerie* »²⁴⁰.

106. Les annexes. La première annexe détermine les actes « *qui sont regardés comme des actes d'administration* » (art. 1, alinéa 2) et ceux « *qui sont regardés comme des actes de disposition* » (art. 2, alinéa 2). D'où nous constatons que de telles qualifications sont non susceptibles d'être modifiées. De telles qualifications n'admettent aucune preuve contraire. Elles sont dès lors impératives. La présentation de la réalité des actes est donc tranchée. Cette façon d'opérer empêche toute discussion. Elle pourrait cependant conduire à des situations qui révèlent l'inopportunité et l'inadéquation de la qualification.

La seconde annexe qualifie les actes d'administration et de disposition « *sauf circonstances d'espèces* ». D'où nous constatons que de telles qualifications sont susceptibles de changer au gré des circonstances d'espèce. Cette méthode permet de donner des qualifications souples. Toutefois, elle présente l'inconvénient de laisser se multiplier les sources du contentieux. En résumé : si « *le texte participe de l'inflation législative et procède le cas échéant à des inductions discutables* »²⁴¹, il n'en demeure pas moins qu'il est « *ingénieux et, en pratique, n'est guère du droit antérieur* »²⁴², puisqu'il « *reprend pour l'essentiel des qualifications admises de longue date [et] tel était par ailleurs l'objectif fixé* »²⁴³.

²³⁹ A.-M. LEROY, *Op. cit.*, p. 181.

²⁴⁰ G. RAOUL-CORMEIL, « La loi du 5 Mars 2007, entre le passé et l'avenir de la protection juridique des majeurs », *Op. cit.* Quoi qu'il en soit, le propos de feu le professeur Jean Hauser semble le plus pertinent en mettant en exergue qu'« *il est en partie illusoire de vouloir enfermer dans un texte l'infinie création de l'homme* », J. HAUSER, *RTD civ.*, 2008, 454, obs. sous Riom 4 oct. 2007.

²⁴¹ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Op. cit.*, p. 308.

²⁴² Ph. MALAURIE, N. PETERKA, *Op. cit.*, p. 290.

²⁴³ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1463.

Des changements sont toutefois apparus avec les solutions du passé. L'exemple des actes de la vie professionnelle est généralement mis en exergue par la doctrine. Si par le passé, la Cour de cassation a qualifié la conclusion d'un contrat de travail à titre d'employeur comme acte de disposition, désormais, il est admis que ce dernier se range parmi les actes d'administration, à moins d'une requalification par le tuteur. Il reste que, comme tout texte normatif, il est, par définition, affecté d'incomplétude, dans le sens où le droit positif ne pourrait apporter réponse à toutes les situations de fait. Il est donc indéniable de se tourner vers le complément indispensable apporté par le travail jurisprudentiel.

L'exercice du pouvoir est ainsi tributaire de la nature de l'acte. Et précisément, le législateur a exclu la conclusion de certains actes. Par conséquent, aucune protection de la personne protégée ne peut se concevoir. C'est l'article 509 C. civ. de la loi de 2007 qui prévoit donc les actes interdits. La disposition liste cinq types d'actes.

De façon préalable, il est important de soulever et de noter la problématique que suscite cet article vis-à-vis de la curatelle. Il serait loisible de considérer cet article comme visant exclusivement la tutelle. Son inscription dans le Code civil pourrait le laisser penser de prime abord. En effet, l'article 509 se trouve placé dans un paragraphe consacré aux « Actes que le tuteur ne peut accomplir ». Ce paragraphe relève de la section intitulée « Des actes du tuteur » du titre XII du livre premier qui vise « La gestion du patrimoine des mineurs et majeurs en tutelle ». Le débat doctrinal s'agissant de cette problématique est ouvert. Nous considérons, quant à nous, que la disposition de l'article 509 est également applicable à la curatelle. Nous suivons en cela la position de la professeure Ingrid Maria qui avance, à nos yeux, au soutien de sa position, un certain nombre d'arguments convaincants. Si l'autrice souligne, dans un premier temps, que si l'application de cet article « *à la curatelle ne peut manquer d'interroger [puisqu'] il n'est pas aisé de se prononcer sur ce point d'autant que la **ratio legis** ne nous donne aucune indication là-dessus* ». Elle affirme ensuite que « *si le traitement indifférencié des majeurs sous curatelle et des majeurs sous tutelle peut être critiqué au regard du renforcement de la gradation et de l'individualisation des mesures de protection voulu par le législateur, il ne nous semble guère possible de soutenir que ce texte ne concerne que les majeurs sous tutelle* »²⁴⁴. Il n'en demeure pas moins vrai que la lisibilité et la lecture de cette disposition sont assez difficiles. Lorsque la trame normative est dépourvue de la clarté nécessaire, il est indéniable que la sécurité juridique sera affectée. Le texte de l'article 509 C. civ. prévoit que « *le tuteur ne*

²⁴⁴ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1465 (souligné dans le texte).

peut, même avec une autorisation : 1° Accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée sauf ce qui est dit à propos des donations, tels que la remise de dette, la renonciation gratuite à un droit acquis, la renonciation anticipée à l'action en réduction visée aux articles 929 à 930-5, la mainlevée d'hypothèque ou de sûreté sans paiement ou la constitution gratuite d'une servitude ou d'une sûreté pour garantir la dette d'un tiers ; 2° Acquérir d'un tiers un droit ou une créance que ce dernier détient contre la personne protégée ; 3° Exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la personne protégée ; 4° Acheter les biens de la personne protégée ainsi que les prendre à bail ou à ferme, sous réserve des dispositions de l'article 508 ; 5° Transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé ». Et comme tout texte normatif manquant de clarté, il faut se reporter à la jurisprudence afin d'espérer obtenir l'éclairage nécessaire. La moisson sur ce terrain demeure, toutefois, pour l'instant, peu fournie. L'ensemble des décisions rendues à ce jour, sur la base de cet article, a trait à l'exercice du commerce. La jurisprudence ne semble pas stabilisée. Ce qui est certain, en revanche, c'est le caractère absolu de ces interdictions. Le juge des tutelles ne possède aucun pouvoir lui permettant de les autoriser.

B. Le syncrétisme du droit arabe

107. Survivances de la pensée musulmane dans les codes. Contrairement au droit français et à sa triple distinction de l'acte conservatoire, de l'acte d'administration et de l'acte de disposition, le droit arabe a préféré une autre classification tripartite, issue directement du droit musulman. Le droit koweïtien est quasi identique au droit égyptien sur ce point. Soulignons toutefois, qu'en dépit de la division tripartite léguée par les jurisconsultes musulmans, le droit positif arabe a également eu recours à l'emprunt de certaines notions du droit occidental. En définitive, l'idée d'un droit arabe de nature hybride est une thèse que nous pouvons défendre aisément.

108. La division du triptyque. La division, que nous retrouvons dans le droit koweïtien comme dans le droit égyptien, est celle qui fait apparaître la conséquence de l'acte réalisé par la personne de l'incapable. Cette conséquence peut revêtir trois aspects : elle peut être profitable comme préjudiciable ou elle peut osciller entre le profit et le préjudice. Chacune de ses conséquences engendre un traitement juridique différent. Ce qui mérite d'être mis en exergue, ici, c'est la construction quasi autonome du droit arabe quant à sa saisie de la gravité des actes. Ici, la réception du droit occidental est à peine perceptible. A côté des emprunts explicites au droit occidental, le droit arabe des incapacités présente des originalités qui prouvent, *in fine*, le

grand travail des juristes de l'époque pour réaliser la cohérence du tissu normatif afférent au Code civil.

Les personnes atteintes de démence ou d'infirmité mentale sont, dans les deux droits, cantonnées à ne pouvoir effectuer que des actes conservatoires. Aucune autorisation particulière n'est demandée à cet égard. Les dispositions des deux codes civils sont explicites s'agissant de cette catégorie de personne dont les deux législateurs estiment qu'elles sont dépourvues de capacité.

La véritable discussion, quant aux actes de gestion, vise, en droit arabe, les personnes frappées d'interdiction pour cause de prodigalité ou d'imbécilité. Les actes de disposition et d'administration ne touchent que cette catégorie d'interdit. Et comme indiqué antérieurement, le traitement réservé à cette catégorie de personne est celui qui s'applique aux mineurs pourvus de discernement. Le droit arabe de l'incapacité est encore un droit infantilisant. La césure entre les majeurs et les mineurs n'a pas droit de cité. L'explication est aisée à fournir. Elle tient à l'histoire et donc à la date d'édiction des deux codes civils. Il est vrai que, par le passé, même sous le ciel français, l'amalgame était le principe ; la dignité de la personne majeure n'était qu'illusion. Le traitement juridique des actes accomplis ou pouvant être accomplis se réalise à l'aune du critère économique apporté. En vertu de la technique du renvoi qui caractérise de façon explicite le droit arabe de l'incapacité, le juriste doit se référer à l'article 111 du Code civil égyptien et à l'article 87 du Code civil koweïtien. Respectivement, le texte des deux articles se présente comme suit : « *1° les actes accomplis par le mineur pourvu de discernement relativement à son patrimoine sont valables lorsqu'ils sont purement profitables, et nuls s'ils sont purement préjudiciables. 2° Quant aux actes qui peuvent être aussi bien profitables que préjudiciables au mineur, ils sont annulables si cela est dans l'intérêt de ce dernier* ». L'article 87 du Code civil koweïtien épouse la même rationalité, exposée précédemment. Le texte énonce que « *1° les actes accomplis par le mineur pourvu de discernement relativement à son patrimoine sont valables lorsqu'ils sont purement profitables, et nuls s'ils sont purement préjudiciables. 2° Quant aux actes qui peuvent être aussi bien profitables que préjudiciables au mineur, ils sont annulables si cela est dans l'intérêt de ce dernier, à moins d'une confirmation par le tuteur ou par le mineur devenu majeur conformément aux articles subséquents et aux textes de la loi* ». Le mineur pourvu de discernement est, par conséquent, autorisé à accomplir valablement les actes d'administration. Par renvoi, la personne frappée d'interdiction pour cause d'imbécilité ou de prodigalité peut aussi valablement accomplir de tels actes. L'article 112 du Code civil égyptien est à cet égard explicite. Il dispose que « *le*

mineur pourvu de discernement qui aura atteint l'âge de dix-huit ans pourra accomplir valablement dans les limites prévues par la loi, les actes d'administration relatifs à ses biens, lorsqu'il aura été autorisé à en prendre possession pour les administrer ou lorsqu'il en aura pris possession en vertu de la loi ». L'article 88 du Code civil koweïtien va dans le même sens en disposant que « *le mineur pourvu de discernement qui aura atteint l'âge de dix-huit ans et qui aura eu l'assentiment de son tuteur ou de son curateur quant à la capacité d'administrer seul ses biens sera autorisé à accomplir valablement les actes y afférents, totalement ou partiellement* ». C'est donc logiquement que l'acte d'administration, à l'instar de ce qui est prévu par le droit français, peut être valablement effectué par la personne en semi-incapacité, à savoir, ici, en ce qui a trait au droit arabe, au prodigue et à l'imbécile. L'alinéa 2 de l'article 116 du Code civil égyptien dispose, en effet, que « *les actes d'administration accomplis par un interdit pour prodigalité qui a été autorisé à prendre possession de ses biens sont valables dans les limites prévues par la loi* ». C'est logiquement que nous retrouvons la même disposition dans le Code civil koweïtien. L'article 103 dispose que « *1° le tribunal peut autoriser le prodigue à gérer son patrimoine, en entier ou en partie. L'autorisation ainsi accordée sera totale ou soumise à certaines conditions, en particulier, l'obligation à la charge du prodigue de rendre des comptes sur sa gestion, dans les délais prescrits par le tribunal* ».

Lorsque la condition s'améliore après l'accomplissement de l'acte, il est totalement valable. En revanche, lorsque la condition est préjudiciable, la sanction est extrêmement sévère, puisque c'est la nullité absolue qui fait figure de réponse. Enfin, lorsque la condition se situe entre le préjudice et le bénéfice, la sanction prévue est celle d'une nullité relative. « *Il faut avouer* », souligne le feu juriste égyptien Chafik Chehata, « *que la sanction de ces derniers actes en droit musulman apparaît sous la forme de l'inefficacité : l'acte sera réputé inefficace jusqu'au moment où il sera ratifié par la personne qui exerce le pouvoir : **auctoritas**. Cette construction, qui se retrouve en droit allemand, n'a point malheureusement passé en droit égyptien : là où elle pouvait s'insérer le mieux avec le système musulman des incapacités, adopté en fait par le droit positif* »²⁴⁵. Cela doit nous amener à nous interroger sur la rationalité globale qui anime les deux codes civils. Cette question fort complexe, qui risque de nous entraîner dans les méandres de travaux préparatoires, présente, toutefois, le mérite de nous rappeler la nature hybride des droits arabes. Une grande part des sources et des normes provient du droit occidental. L'autre partie est puisée dans le droit musulman. Comment expliquer, dans ces conditions, le choix comme sanction de la nullité absolue et non pas relative par rapport à

²⁴⁵ Ch. CHEHATA, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », *Op. cit.*, p. 848.

l'accomplissement des actes qui rendent la condition préjudiciable ? Le risque de l'existence d'antinomies n'est pas qu'hypothèse d'école. Cela étant dit, les solutions normatives adoptées par le législateur ne s'expliquent qu'à l'aune des choix politiques effectués. La sanction relative est peut-être préférable à la sanction absolue. Il n'en demeure pas moins qu'elle est aussi affectée d'ambivalence. Ce qui est certain et que nous avons déjà souligné auparavant, c'est que les deux législateurs arabes ont fait un travail de synthèse et non pas de réception automatique de normes externes. Le mimétisme ainsi adopté est un mimétisme contrôlé et maîtrisé. Cette analyse est cependant récusée par d'aucuns aujourd'hui, notamment, par ceux qui estiment que le droit musulman est suffisamment équipé pour fournir les solutions opportunes. Le droit occidental n'est d'aucun secours. Pis, il ne pourrait que perturber, voire dénaturer le droit musulman. Certains auteurs analysent l'œuvre des codes civils arabes comme une aliénation culturelle²⁴⁶. Tarek Al-Bishri, historien du droit égyptien, estime que « *l'usage du droit comparé a exposé le droit musulman aux sources exogènes, ce qui a compromis son authenticité, et a conduit les juristes arabes à s'éloigner de leur héritage et de leur identité culturelle* »²⁴⁷.

PARAGRAPHE 2 : Le régime juridique des sanctions

La sanction ne se laisse pas aisément définir. Poser les termes de sa problématique (A) et tenter de saisir ses contours juridiques sont deux étapes indispensables. Dans cette perspective, nous nous rendons immédiatement compte, à la lecture des dispositions normatives liées à la sanction, que la question de la publicité de la mesure de protection est centrale (B). La sanction et la publicité de la mesure fonctionnent de pair. C'est, en effet, la publicité qui marque la distinction entre les différents régimes devant s'appliquer aux actes accomplis par la personne vulnérable. Sans publicité du jugement, la période suspecte serait insaisissable, voire « *inconcevable* »²⁴⁸. Sans publicité, le droit baignerait dans un environnement aléatoire, indécis et, en définitive, générateur d'insécurité juridique.

²⁴⁶ T. AL-BISHRI, *Le statut juridique contemporain entre la Charia islamique et le droit positif*, Le Caire, Éditions Dar al-shourouk, 1996, pp. 5-24 et 39-68.

²⁴⁷ H. AL-DABBAGH, « Droit arabe et renouveau du droit musulman : le vieux rêve de Sanhoury revisité », *Journal of Comparative Law in Africa*, Vol. 2, 2015, p. 14 et s.

²⁴⁸ F. MARCHANDIER, *Op. cit.*, p. 148.

A. La problématique de la notion de sanction

109. L’appréhension de la sanction. La question du consentement est complexe²⁴⁹. L’analyser sous le prisme du droit de l’incapacité nécessite de prendre un certain nombre de précautions. De prime abord, il est toujours utile de rappeler la règle de base que partagent les trois droits s’agissant de la condition *sine qua non* pour effectuer un acte valable : être sain d’esprit. La validité de l’acte en dépend. A suivre, par exemple, l’alinéa 1^{er} de l’article 98 du Code civil koweïtien qui dispose que « *la personne atteinte de démence est dépourvue de la capacité d’exercice et nul tout acte passé par elle* », la question afférente au consentement ne se pose guère. La personne atteinte de démence est ici en dehors de toute capacité à conclure. C’est le régime de la représentation qui lui est appliqué. Mais, étant entendu que la capacité est inhérente à la personnalité juridique de la personne, il n’est pas envisageable de la lui dénier totalement. La rigueur de l’alinéa 1^{er} de l’article 98 est immédiatement tempérée par l’alinéa 2 qui dispose qu’« *est valable l’acte accompli par la personne atteinte de démence si cela se produit dans un intervalle de lucidité* ». La dignité du malade mental est ici préservée. Dans la lignée de Demolombe, le droit koweïtien des incapacités permet la modulation de la capacité. Cette modulation est explicitement reconnue, au demeurant, au prodigue. L’article 103 du Code civil koweïtien est explicite sur ce point en disposant que « *1° le tribunal peut autoriser le prodigue à gérer son patrimoine, en entier ou en partie. L’autorisation ainsi accordée sera totale ou soumise à certaines conditions, en particulier, l’obligation à la charge du prodigue de rendre des comptes sur sa gestion, dans les délais prescrits par le tribunal* ». Ainsi, la variation de la capacité d’exercice se fera à la faveur du juge. C’est une philosophie identique que nous retrouvons en droit français aux termes de l’article 471 du Code civil. Il est dit qu’« *à tout moment, le juge peut, par dérogation à l’article 467, énumérer certains actes que la personne en curatelle a la capacité de faire seule ou, à l’inverse, ajouter d’autres actes à ceux pour lesquels l’assistance du curateur est exigée* ». Concernant les mesures de protection qui n’engendrent pas *ipso facto* une incapacité, l’interrogation est plus complexe. L’exemple de la sauvegarde de justice en droit français, comme celui de la mesure de l’assistance judiciaire en droit arabe, nécessitent d’aller au-delà de la contradiction qui semble s’imposer. Celle-ci se noue entre l’indispensable lucidité afférente à la validité du consentement et l’altération des facultés mentales affectant la personne sous mesure de protection. C’est qu’être sous sauvegarde de justice ou sous assistance judiciaire, c’est faire face à une altération des facultés

²⁴⁹ La question du consentement sera étudiée davantage lorsque nous aborderons l’intérêt de la personne protégée confrontée à l’expression de sa volonté. En effet, une personne est consentante lorsqu’elle exprime elle-même sa volonté ou lorsqu’une autre personne, à savoir la personne qui la protège, exprime ce qu’il y a de mieux pour elle.

mentales ou physiques²⁵⁰. La solution à cette contradiction paraît tenir, en définitive, au résultat obtenu à la suite de la conclusion de l'acte. Quel objectif la personne protégée réaliste-elle à la suite de la conclusion dudit acte ? Dit autrement, la personne protégée a-t-elle intérêt à consentir ?²⁵¹ Et « *l'absence d'intérêts à consentir conduit à altérer ou faire disparaître l'acte juridique litigieux et à faire nettement prévaloir les intérêts du majeur sur ceux du cocontractant qui ne peut que subir la sanction infligée* »²⁵².

110. L'annulation de l'acte comme réponse possible. S'agissant des sanctions, nous retrouvons le même schéma entre le contenu actuel du droit arabe et celui du droit français d'avant la réforme de 2007. Le régime juridique réservé aux actes accomplis par le majeur, avant la mise en place d'une mesure de protection, est l'annulation. Cependant, si l'annulation est conservée dans le nouveau droit français, elle n'est plus exclusive. Le législateur a modernisé le droit sur cette question en apportant une gradation de la sanction (1°). La nullité est désormais subsidiaire en droit français, alors qu'elle demeure l'unique réponse en droit arabe. Par ailleurs, prenant en compte l'importante question de la sécurisation des transactions, le droit français a institué, à la faveur de la réforme, une période suspecte de deux ans, à l'intérieur de laquelle il est possible de contester les actes précédemment accomplis (2°). Au-delà, les transactions demeurent inchangées. C'est une garantie vis-à-vis des tiers. Cette période suspecte est inconnue dans le droit arabe. La durée est indéterminée. Au demeurant, la situation était identique sous la gouverne de la loi de 1968.

111. Prévention de l'abus de faiblesse. La question de la sanction est fondamentalement inhérente à la question du risque d'abus de faiblesse. Dans les trois droits, nous cherchons à éviter de couvrir des actes accomplis dans un rapport fort déséquilibré entre le tiers et la personne vulnérable, mais non encore protégée. La philosophie globale des dispositions normatives, arabe autant que française, ancienne et nouvelle, est que le jugement d'ouverture d'une mesure de protection « *est juridiquement un jugement constitutif d'état, constate en fait un état préexistant* »²⁵³. Cet état préexistant traduit l'incapacité de la personne à défendre ses

²⁵⁰ La mesure de l'assistance judiciaire affecte, il est vrai, les capacités physiques et non mentales de la personne. Il n'empêche que cette altération affecte la capacité à pouvoir exprimer sa volonté.

²⁵¹ J. M. PLAZY, « Les actes juridiques des majeurs protégés », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, 2012, p. 555.

²⁵² Ibid.

²⁵³ J. MASSIP, « L'article 503 du Code civil », *Defrénois*, 1985, n° 33541, p. 737, spéc. n° 2.

intérêts. C'est à la lumière de l'idée du déséquilibre de l'acte qui présume un risque d'exploitation qu'il faut saisir le sens de la sanction²⁵⁴.

1° Unité *versus* gradation de la sanction

112. Les modalités de la mise en œuvre de la sanction. Avant la réforme du droit français opérée en 2007, il aurait été aisé de souligner une identité partagée entre les dispositions juridiques arabes et françaises. Outre la philosophie sous-tendant la règle de droit, c'est le contenu, voire l'expression même, qui est identique. Mais aucune règle générale relative aux sanctions n'est présente, ni dans la loi française du 3 janvier 1968 ni dans les deux codes égyptien et koweïtien. Sous la loi de 1968, c'était l'ancien article 503 qui trouvait à s'appliquer. Il disposait que « *les actes antérieurs pourront être annulés si la cause qui a déterminé l'ouverture de la tutelle existait notoirement à l'époque où ils ont été faits* ». À la suite de la réforme de 2007, c'est aujourd'hui l'article 464 du Code civil qui règle la question de la sanction. De « *manière alambiquée* »²⁵⁵, cet article reprend, en réalité, l'ancien article 503. L'article 464 dispose que « *les obligations résultant des actes accomplis par la personne protégée moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la mesure de protection peuvent être réduites sur la seule preuve que son inaptitude à défendre ses intérêts, par suite de l'altération de ses facultés personnelles, était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés* ». Le domaine de l'action s'est, en outre, élargi à la curatelle. Si globalement la doctrine souligne que le législateur « *a fait œuvre de clarification et d'amélioration du droit* »²⁵⁶, certains points, notamment concernant le domaine de la curatelle, ont suscité des interrogations. L'application de l'article 464 à la curatelle fait, en effet, contresens à une partie de la doctrine. Ainsi, l'acte encourant la nullité sous la tutelle pouvait se concevoir et se comprendre aisément. La nullité atteignant, toutefois, les actes précédant la mise en place d'une mesure de curatelle ne peut qu'aller à l'encontre de l'histoire et du fondement du *ratio legis* de la période suspecte. Ainsi, « *si les tiers devaient s'accommoder de cette "incapacité virtuelle", c'est en raison de la gravité de l'altération des facultés mentales qu'implique l'ouverture subséquente d'une tutelle. Or cette gravité ne se retrouve pas en cas*

²⁵⁴ P. MURAT, « Retour sur quelques difficultés d'interprétation de l'article 464 du Code civil », *Defrénois*, 2017, n° DEF126Y3, p. 879 et s.

²⁵⁵ N. PETERKA, « Sécurité juridique et protection de la personne vulnérable : un équilibre introuvable ? », *Petites affiches*, 30 septembre 2020, n° 196, p. 12.

²⁵⁶ N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELOT, *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2020, p. 633.

de curatelle »²⁵⁷. C'est ce qui explique la volonté du législateur français de tempérer la teneur de la sanction, en faisant précéder l'annulation par la réduction des obligations. D'où, le caractère gradué des sanctions en droit français. Et justement, ce principe de la gradation des sanctions est inconnu dans les deux droits arabes. L'unique horizon qui se profile pour les actes accomplis en amont de la publicité du jugement ouvrant une mesure de protection est la nullité. Ainsi, en droit égyptien, lorsque « *l'état de démence ou d'infirmité était notoire au moment du contrat ou si l'autre partie en avait connaissance* », et ce, « *antérieurement à la transcription de la sentence d'interdiction* », les actes sont réputés nuls (article 114, al. 2 du Code civil égyptien). L'article 98 du Code civil koweïtien épouse la même philosophie, puisqu'il énonce la nullité des actes passés par la personne atteinte de démence. L'exception tient, cependant, à la période de lucidité (art. 98, al. 2 du Code koweïtien). Si le législateur koweïtien est demeuré silencieux quant à la précision concernant la notoriété de l'altération des facultés mentales ou de la connaissance du cocontractant de celle-ci, la doctrine est unanime pour souligner que ce sont ces deux éléments qui sont visés.

113. L'absence d'automatisme quant à l'application de la sanction. A la lumière des textes cités, nous relevons que la sanction n'est guère automatique dans les trois droits. L'article 464 du Code civil français use du verbe « *pouvoir* », tandis que les deux codes civils arabes ont recours à la conditionnalité, puisqu'il est dit que les actes « *ne sont nuls que si* » des conditions sont réunies. C'est au juge que reviendra, à la faveur de son pouvoir, d'apprécier l'opportunité de la sanction et de décider, *in fine*, de l'issue du contentieux. Il appréciera souverainement, ainsi, le caractère de la notoriété de l'état de démence ou d'infirmité mentale dans le droit arabe et l'inaptitude de la personne à défendre ses intérêts par suite de l'altération de ses facultés personnelles en droit français. C'est au demandeur de l'action d'établir l'existence de cette notoriété. Le juge aura également l'obligation d'apprécier si le cocontractant avait connaissance de l'état de vulnérabilité de la personne. Le second point commun entre les trois droits est le champ d'application de la sanction. Ce champ concerne l'ensemble des actes, qu'ils soient à titre onéreux ou à titre gratuit. Tous les actes sont ainsi visés. Le droit arabe, toutefois par sa définition de la personne interdite, donne à voir une perspective différente s'agissant de la personne prodigue ou frappée d'imbécillité. Dans ce cas, la sanction de la nullité trouvera à s'appliquer « *s'il y a exploitation ou collusion frauduleuse* » (art 115, al. 2 Code civil égyptien). L'article 101 du Code civil koweïtien vise uniquement la collusion frauduleuse. Le point

²⁵⁷ A. KARM, « La gestion du patrimoine de la personne en curatelle », *Dr. Patr. mensuel*, 2009, n° 180, p. 86, spéc. p. 93.

important à souligner, à ce stade, est l'introduction de la notion de nullité relative. En effet, les deux dispositions arabes font référence au fait que l'acte sera nul ou annulable. Ainsi, la nullité n'est pas de droit. Cela s'explique aisément du fait que les deux figures, du prodigue ou de la personne frappée d'imbécillité, sont considérées comme des personnes dotées d'une capacité amoindrie et non dépourvue totalement de capacité.

114. L'inversion de l'évolution entre le droit arabe et le droit français. Les deux différences fondamentales entre les droits arabe et français renvoient à une évolution dissemblable. Une évolution en réalité opérée exclusivement par le droit français à la faveur de la réforme de 2007. Rappelons que les solutions étaient quasiment identiques entre le droit arabe actuel et le droit français antérieur à la réforme. Néanmoins, le caractère visible et accentué des différences est tel, aujourd'hui, qu'il n'est pas exagéré, nous semble-t-il, de considérer que le hiatus entre les trois droits interdit tout rapprochement. Le premier trait de différence tient au fait qu'en France, la sanction est graduée, alors qu'elle est exclusive en droit arabe. En effet, l'article 464 vise, en premier lieu, la réduction pour excès. C'est en second lieu que pourrait intervenir la nullité, une intervention conditionnée par l'obligation qu'un préjudice ait affecté la personne protégée. Le fait que le droit arabe ne mentionne que la nullité est certainement peu propice à la stabilité des situations juridiques. La sécurité juridique n'est pas entièrement sauve. La nullité lui porte « *un trouble grave* »²⁵⁸. Dans une option de droit prospectif, il n'est pas exclu qu'à la faveur d'une réforme, le droit arabe prenne davantage en considération les intérêts des tiers et introduise, de la sorte, le principe de la gradation de la sanction. Cela dit, il n'est pas inutile de souligner que la gradation de la sanction est parfois inopérante face à la nature de certains actes. La réduction pour excès n'est pas praticable lorsque l'objet de l'acte est indivisible, comme le testament, par exemple. Cette solution n'est donc pas la panacée.

Ensuite, la nullité est, en droit français, conditionnée par l'existence d'un préjudice au détriment de la personne protégée. L'alinéa 2 de l'article 464 du Code civil dispose que les actes accomplis par la personne, antérieurement à la publicité du jugement d'ouverture de la mesure de protection, « *peuvent, dans les mêmes conditions, être annulés s'il est justifié d'un préjudice subi par la personne protégée* ». D'où, le caractère subsidiaire de celle-ci par rapport à la réduction pour excès. Toutefois, « *cette dernière condition n'est pas exempte de difficultés d'interprétation. Elle peut, en effet, soit se réduire à la pratique développée sous l'empire de la jurisprudence antérieure à la réforme, tenant compte, pour prononcer la nullité, de divers éléments susceptibles de caractériser un préjudice subi par l'intéressé, soit vouloir signifier*

²⁵⁸ P. MURAT, *Op. cit.*, p. 879 et s.

que l'annulation de l'acte demeure facultative, même en présence d'un tel préjudice, le juge pouvant tenir compte de diverses considérations d'équité, telles que la bonne ou la mauvaise foi du tiers, l'existence possible d'un intervalle de lucidité au moment de la conclusion de l'acte, pour le maintenir »²⁵⁹. L'objectif, derrière l'existence d'un préjudice, est, *in fine*, que la nullité « soit limitée aux cas où elle est strictement utile. C'est, au moins en apparence, le but de l'exigence d'un préjudice pour la personne protégée : sinon pourquoi faudrait-il sacrifier l'intérêt des tiers et la sécurité juridique ? L'objectif de la loi de 2007 s'inscrit dans une tendance législative contemporaine qui encourage les sanctions proportionnées et les techniques permettant de pérenniser, autant que possible, le lien contractuel »²⁶⁰. C'est, à ce niveau, qu'il aurait été, *a priori*, loisible de considérer qu'un point de jonction existe entre le droit français et le droit arabe. Le terme préjudice est absent des dispositions du droit arabe. La prononciation de la nullité par le juge n'est guère subordonnée à l'existence d'un préjudice. Soit. Mais si le terme de préjudice n'apparaît pas, est-ce à dire que l'idée est également absente ? Nous ne le croyons pas. Nous pensons, bien au contraire, que l'idée de préjudice est sous-jacente à la notoriété de l'état de vulnérabilité de la personne ou à la connaissance du tiers contractant, et encore davantage à l'idée d'exploitation qui pourrait advenir. Derrière ces vocables, il y a l'idée que le législateur veut contenir le risque d'un abus probable, abus qui, s'il devait se réaliser et se concrétiser, ne pourra que traduire le déséquilibre de l'acte entre la personne protégée et le tiers. Ainsi, « la supposition que le bénéficiaire de l'acte profiterait d'une situation connue de lui – ou censée être connue de lui – constitue le ressort de l'article 464. C'est bien d'ailleurs pourquoi, avant la loi de 2007, la jurisprudence n'a pas hésité à assimiler, à la notoriété générale, seule visée par le texte, « la connaissance personnelle que le bénéficiaire de l'acte litigieux avait, à l'époque de cet acte, de la situation de l'intéressé », en ajoutant même « qu'à cet égard, aucune distinction ne doit être opérée entre les conventions et les actes unilatéraux » : le même risque d'exploitation de la situation de

²⁵⁹ N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELOT, *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Op. cit., p 670. Les auteurs affirment que les rapports parlementaires n'éclairent pas réellement la portée de la nullité, pas plus que la jurisprudence qui est peu fournie. Ils soulignent, en définitive, que « quelle que soit l'analyse retenue, la condition tirée de la justification d'un préjudice appelle l'exercice par la Cour de cassation d'un contrôle de la motivation des arrêts prononçant la nullité de l'acte. Elle devrait pareillement contrôler les raisons pour lesquelles les juges du fond décident de maintenir l'acte annulable, malgré le préjudice. Il reste que la preuve de ce dernier pourra être contournée par le recours à la nullité pour trouble mental, laquelle étant de droit, s'impose au juge sans qu'il soit nécessaire d'établir un préjudice. Les dispositions de l'article 464 ne sont pas exclusives des articles 414- 1 et 414- 2 ou, en matière de libéralités, de l'article 901 [...] Si bien que tous ces textes pourront être invoqués, le cas échéant, de manière concurrente ou cumulative ».

²⁶⁰ P. MURAT, « Retour sur quelques difficultés d'interprétation de l'article 464 du Code civil », Op. cit., p. 879 et s.

faiblesse se retrouve dans tous ces cas et le tiers est averti des faiblesses de la situation, ou censé l'être »²⁶¹.

2° L'introduction de la période suspecte

115. La protection rétroactive. Néanmoins, l'exigence explicite d'un préjudice renseigne, désormais, sur la volonté du législateur français, qui est celle de cantonner la sanction de la nullité et donc de préserver, au mieux, le principe de la sécurité juridique²⁶². Un principe qui, paradoxalement, pourrait laisser voir comment notre idée de rapprocher le droit arabe du droit français pourrait se lézarder. En effet, la recherche de la sécurité juridique n'est pas uniquement tributaire de la gradation des sanctions. Elle s'inscrit en plus, voire essentiellement, dans la limitation de la durée à l'intérieur de laquelle les demandes de sanction peuvent prospérer. Une limitation donc de la période dite suspecte, qui d'indéterminée par le passé, en droit français, mais toujours d'actualité en droit arabe, est restreinte désormais à deux années. Ce point signe la seconde différence entre les droits arabe et français. La place et la portée du principe de la sécurité juridique n'épousent pas les mêmes contours. En France, « *la période pendant laquelle est envisagée une remise en cause des actes passés par le majeur est limitée à deux années à rebours de la publicité du jugement ordonnant l'ouverture de la mesure de protection [...] Cela contient le contentieux et permet d'éviter la sanction d'un acte sans limite de temps. En d'autres termes, peu importe que l'altération des facultés personnelles existe, même notoirement, bien avant* »²⁶³. En laissant la période suspecte indéterminée, le droit arabe ouvre la voie à un important contentieux et, surtout, ne permet pas l'affleurement d'une vraie garantie du principe de la sécurité juridique. S'il est vrai qu'en France, certaines voix autorisées ont estimé que la protection de la personne n'est plus optimale de la sorte, c'est la protection des tiers qui ressort abîmée en droit arabe. Cela ne traduit-il pas *in fine* l'introuvable équilibre entre la sécurité juridique et la protection de la personne vulnérable ?²⁶⁴

B. Le régime de la publicité

116. La publicité. La problématique afférente à la publicité des régimes protecteurs est ambivalente quant à son appréhension. Elle se laisse découvrir aisément, lorsqu'elle vise la

²⁶¹ Ibid

²⁶² J.-J LEMOULAND, *J.-Cl. Civil Code*, art. 464 à 466, Fasc. Majeurs protégés – curatelle et tutelle – sanctions des irrégularités, n° 40.

²⁶³ F. MARCHADIER, *Majeur protégé*, Op. cit., p. 150.

²⁶⁴ N. PETERKA, « Sécurité juridique et protection de la personne vulnérable : un équilibre introuvable ? », *Op. cit.*, p. 8 et s.

connaissance que doit avoir le tiers qui entre en relation avec la personne protégée. Elle révèle ses difficultés, voire ses complexités, lorsqu'il s'agit de questionner l'opposabilité qu'elle engendre vis-à-vis du tiers. Dit autrement : la publicité permet, à la fois, d'apporter l'information au tiers que son cocontractant est sous une mesure de protection et, surtout, de lui signifier une obligation de vigilance par rapport à l'opposabilité des actes qui seraient accomplis. S'il était loisible de considérer la publicité comme une mise en garde au profit du tiers, il ne serait pas inconcevable d'estimer qu'elle serait également une protection au profit de la personne vulnérable. Si cette idée semble peu pertinente vis-à-vis d'une personne sous sauvegarde de justice ou sous une mesure d'assistance judiciaire en droit arabe, du fait, que de telles mesures sont peu incapacitantes, il ne fait pas de doute qu'elle répond parfaitement à la configuration des autres mesures. La tutelle, par exemple, conduit à une forme de disparition de la scène juridique de la personne protégée. L'altération des facultés mentales est réputée profonde sous cette mesure judiciaire. L'accomplissement des actes, hormis une certaine catégorie, ne saurait être effectué par la personne protégée mais par la personne chargée de la protection. L'opposabilité induite par la publicité de la mesure protégera, le cas échéant, à la fois, le tiers mais aussi la personne protégée. Ainsi, la portée du principe de la sécurité juridique n'est pas limitée uniquement au tiers. Elle englobe la personne protégée. De là, il est possible, pour nous, de mettre en exergue l'idée que la publicité n'a pas seulement pour but d'apporter une information au bénéfice du tiers. Elle est plus que cela. Son objectif premier est de permettre l'opposabilité de la mesure de protection ainsi décidée par le tribunal. Notre saisie de la question de la publicité, outre ses aspects techniques, est d'abord pratique. La mesure de protection, une fois créée, se déploie dans le tissu relationnel du majeur protégé et apporte les modifications opportunes. Le respect des termes de ce que permet et interdit la mesure, ainsi mise en œuvre, est tributaire de la nature de la relation que le majeur protégé aura avec le tiers. Ainsi, cette relation sera subordonnée à la question de l'opposabilité apportée par la publicité.

C'est donc à la faveur de l'opposabilité qu'il nous semble plus pertinent, voire plus intéressant, d'analyser ce qu'est et ce que représente la publicité dans le droit des incapacités. Et disons-le d'emblée : si l'objectif de l'opposabilité est entièrement partagé par les trois droits, les différences apparaissent sur les supports technique et normatif. Lacunaire en droit arabe, ils sont assez riches en droit français. Une richesse qui, néanmoins, ne fait pas l'unanimité de la doctrine et est souvent l'objet de critiques. Des critiques toutefois peu foisonnantes, tant le sujet de la publicité n'a pas, en dépit de son importance, entraîné énormément d'écrits doctrinaux. La publicité, comme le reconnaît le professeur David Noguéro, « *semble plus terre à terre*,

partant moins sexy »²⁶⁵.

117. La diversité lexicale entre le droit français et le droit arabe. D'un point de vue nominal, tout d'abord, il est à souligner la différence existante en droit français et en droit arabe. Le droit français utilise le terme de '*publicité*' lorsque le législateur arabe lui préfère celui de '*transcription*'. Les articles 114, 115 et 117 du Code civil égyptien utilisent le terme de transcription. Les articles 100, 101, 107 et 108 du Code civil koweïtien font de même. Le terme de transcription nous semble assez inapproprié. Il ne permet pas de restituer l'idée de l'opposabilité inhérente à la mesure de la publicité. *Stricto sensu*, le terme de transcription semble décrire davantage l'opération matérielle consistant à faire connaître la mesure de protection ainsi décidée. Cependant, le terme utilisé en langue arabe, qui est, au demeurant, la langue officielle pour évoquer l'idée de la publicité est le terme adéquat. Le terme de '*prescription*', dont nous faisons ici usage, n'est pas de notre propre traduction, mais apparaît, par exemple, dans la traduction officielle, opérée par la Direction générale de la coopération internationale et culturelle égyptienne du Code civil, qui est une autorité administrative officielle.

A cet égard, le terme de publicité n'est pas inconnu dans les deux codes. Il est utilisé à maintes reprises. Mais le terme arabe qui est utilisé correspond davantage à l'idée de diffusion. A titre d'exemple illustratif, citons l'article 506 du Code civil égyptien : « *1° Par le fait de sa constitution, la société est considérée comme personne morale. Toutefois, cette personnalité morale n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement des formalités de publicité prescrites par la loi. 2° Les tiers peuvent, cependant, si la société n'a pas accompli les formalités de publicité prescrites, se prévaloir de cette personnalité* ». La lecture des dispositions des deux codes arabes, s'agissant néanmoins de la « *transcription de la sentence d'interdiction* », ne laisse aucun doute quant à l'idée d'une recherche de la sécurité juridique. C'est la réalisation de cette recherche qui nous semble s'incarner dans l'idée de l'opposabilité, plus que dans celle de la connaissance portée aux tiers. Cette idée de l'opposabilité passe, toutefois, au second plan par rapport à celle de la connaissance dans les analyses doctrinales. C'est ce que met en exergue, très justement, le professeur David Noguéro qui affirme qu'« *on pourrait croire que le but premier de la publicité est d'informer les tiers. C'est d'ailleurs*

²⁶⁵ D. NOGUERO, « La publicité des mesures de protection des majeurs (ouverture, vie et fin des mesures) », in *Mélanges. J. Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 470.

*l'opinion doctrinale la plus répandue et la conviction des praticiens, conditionnée pour eux par leurs préoccupations quotidiennes. Dans cette optique, lorsque le système de la publicité est discuté, sont mises en avant ses insuffisances quant à l'information concrètement accessible aux tiers et la répercussion sur la sécurité juridique »*²⁶⁶. En effet, sous la plume des auteurs français, l'amélioration de la publicité des mesures vise, essentiellement celle du fonctionnement du système du répertoire civil. Le paragraphe 260 de l'Instruction générale de l'état civil indique que « *le répertoire civil a été créé avant tout pour assurer la publicité des décisions judiciaires portant ouverture, modification ou mainlevée des tutelles et des curatelles (...). Chacune de ces décisions donnera lieu à une mention sommaire en marge de l'acte de naissance de l'intéressé conservé en mairie. (...). En outre, la décision sera classée dans un fichier et répertoriée au greffe du tribunal de grande instance dans le ressort duquel est née la personne protégée* ». Il s'agit là d'un système d'état civil frappé d'« archaïsme »²⁶⁷. Les critiques à l'encontre de la publicité de la sauvegarde de justice sont unanimes²⁶⁸. Nous avons parlé, à l'égard de cette mesure, d'un « ersatz » de publicité²⁶⁹. D'aucuns ont souligné le caractère « léger » de la publicité réservée à la sauvegarde de justice. Dès l'instant, où cette dernière est réputée (ce qui se discute) comme une mesure incapacitante²⁷⁰, elle ne trouve guère de publication au Répertoire civil. En somme, c'est une publicité « discrète ». Une liste limitative de personnes énumérées à l'article 1251-1 C.pr. civ. peut obtenir une copie de la déclaration aux fins de sauvegarde. Les autres personnes qui peuvent solliciter une demande d'extraits sont les autorités judiciaires, celles qui possèdent la qualité de demander une curatelle ou une tutelle, et sur demande motivée, les avocats, notaires et huissiers « *pour un acte de leurs fonctions* ». Cela fait peser, aux tiers, un risque supérieur de remise en cause des actes juridiques conclus avec la personne protégée. Ces tiers, qui ne sont pas, par définition, proches de la personne protégée, sont dans l'obligation de passer *via* les services d'un homme de loi afin d'être

²⁶⁶ F. MARCHADIER, *Op. cit.*, p. 476. Le professeur Fabien Marchadier souligne toutefois que « *la publicité de la mesure de protection est la condition de son opposabilité aux tiers, la publicité présupposant la connaissance par le tiers du régime juridique spécifique auquel est soumis le majeur avec qui il traite. C'est la raison pour laquelle la mesure lui est opposable immédiatement, sans même attendre l'accomplissement des formalités de publicité dès lors qu'il est établi que ce tiers en a une connaissance personnelle* (C. civ., art. 444, al. 2) », F. MARCHADIER, *Op. cit.*, p. 120.

²⁶⁷ J. M. PLAZY, « Les perspectives de réforme et la sécurité juridique des tiers », in G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg, I. Maria (dir.), *Protection des majeurs : Bilan et perspectives : De la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?* LexisNexis, 2020, p. 401.

²⁶⁸ O. FARTHOuat, « Capacité, protection et sauvegarde de justice : quels risques en droit civil ? », *JCP N* 1999, pp. 897 et 918.

²⁶⁹ D. NOGUERO, « La publicité des mesures de protection des majeurs (ouverture, vie et fin des mesures) », *Op. cit.*, p. 472.

²⁷⁰ En droit arabe, n'oublions pas que la désignation du mandataire spécial affecte la capacité juridique de la personne protégée, c'est la même chose avec la mesure d'assistance judiciaire.

informés.

118. La publicité de la curatelle et de la tutelle. La publicité des jugements de curatelle et de tutelle est régie par l'article 444 C. civ. Il est littéralement la reproduction de l'ancien article 493-2. Il prévoit que « *les jugements portant ouverture, modification ou mainlevée de la curatelle ou de la tutelle [sont portés] en marge de l'acte de naissance de la personne protégée selon les modalités prévues par le Code de procédure civile* ». Outre cette inscription sur l'acte de naissance, il y a également la publicité sur un registre spécial, intitulé répertoire civil, tenu par chaque tribunal de grande instance. Ce répertoire civil est régi par des règles établies par le Code de procédure civile. L'article 1057, alinéa 1^{er} C. pr. civ. précise que « *le répertoire civil est constitué par l'ensemble des extraits des demandes, actes et jugements qui, en vertu des textes particuliers se référant à ce répertoire, doivent être classés et conservés aux greffes des tribunaux judiciaires* ». L'article 1233 C. pr. civ. prévoit l'organisation précise de la publicité concernant les mesures de protection. Le texte indique qu'« *un extrait de toute décision portant ouverture, modification de régime ou de durée ou mainlevée d'une mesure de curatelle ou de tutelle concernant un majeur ou un extrait de toute décision accordant, modifiant, renouvelant ou mettant fin à une habilitation familiale générale est transmis par tout moyen au greffe du tribunal judiciaire dans le ressort duquel est née la personne protégée, à fin de conservation au répertoire civil et de publicité par mention en marge de l'acte de naissance* ». Dès lors, après la consultation de la mention en marge de l'acte de naissance, à la suite de la connaissance de l'existence d'une mesure de protection, tout intéressé peut obtenir une copie des extraits conservés au répertoire civil ; son obtention se réalise toutefois « *sur autorisation du procureur de la République* » lorsqu'une indication de radiation a été portée en marge de l'acte de naissance (art. 1061).

119. L'opposabilité aux tiers. Le droit des tiers, vis-à-vis de la situation de la personne protégée, est régi par le texte de l'article 444 C. civ. Il précise que c'est deux mois après l'inscription du jugement en marge de l'acte de naissance que la mesure portant sur l'ouverture, la modification ou la mainlevée de la curatelle ou de la tutelle sera opposable aux tiers. Sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968 (art. 493-2), la connaissance ou l'ignorance des tiers de cette publicité importait peu. La solution était automatique. Toutefois, les tiers, qui auraient eu personnellement connaissance du placement de la personne sous une mesure de protection et non pas, simplement, de la cause ayant déterminé l'ouverture de la curatelle ou de la tutelle, voyaient s'appliquer l'opposabilité de la mesure à leur égard. Ce tempérament de la solution

législative automatique était l'œuvre de la jurisprudence. C'est ce que nous retrouvons, aujourd'hui, dans l'alinéa 2 de l'article 444 C. civ. qui prévoit que « *même en l'absence de cette mention* », les jugements « *sont opposables aux tiers qui en ont personnellement connaissance* ».

SECTION 2 : Le régime des actes postérieurs

120. La recherche de l'équilibre. Le régime des sanctions des actes de gestion obéit à un schéma assez détaillé par les trois législateurs. Les sanctions prévues engendrent inmanquablement une fragilité des actes et peuvent créer un climat d'insécurité juridique. C'est que si l'intérêt de la personne protégée est le cap à atteindre, il est important de ne pas escamoter l'intérêt des tiers. Le régime des sanctions est donc tributaire d'un équilibre qui dépend de l'existence d'un certain nombre de facteurs. La distinction importante à opérer quant à la régularité des actes est l'amont et l'aval de la publicité du jugement d'ouverture d'une mesure de protection.

La sanction des actes de gestion est profondément liée à la sécurité juridique des tiers. Du point de vue du droit, la séparation est nette entre l'avant et l'après jugement ouvrant une mesure de protection. Toutefois, dans les faits, c'est la capacité dite naturelle de la personne qui semble être importante. En effet, la personne, en dépit de l'altération de ses facultés mentales ou physiques, aussi importante soit-elle, devrait pouvoir continuer à jouir d'une certaine mesure de capacité lui permettant de réaliser certains actes. En effet, « *juridiquement, cette reconnaissance est le signe du maintien irrémédiable, viscéral, d'une parcelle plus ou moins étendue de capacité juridique, celle-ci étant une composante de la personnalité juridique* »²⁷¹. À la suite de l'ouverture d'un régime de protection, la configuration des relations entre la personne protégée et les tiers devient plus complexe. S'il doit constamment veiller aux intérêts de la personne protégée, le législateur ne perd jamais de vue les intérêts des tiers. L'équilibre à trouver est donc primordial. Il est certain d'estimer que cet équilibre se fera au détriment, sur certains points, ou de la personne protégée ou des tiers. D'où la difficulté à élaborer des règles donnant la pleine satisfaction. Ce qui est, en revanche, indiscutable, c'est l'extrême importance du régime juridique afférent à la publicité. L'opposabilité de la mesure de protection vis-à-vis des tiers en dépend. En France, cette question est abordée sous le prisme de la notion de sécurité juridique. Une notion qui revêt désormais une valeur constitutionnelle. Dans les deux pays arabes sous étude, il est extrêmement rare de rencontrer, sous la plume des auteurs, l'usage de

²⁷¹ J.-M. PLAZY, « Les actes juridiques des majeurs protégés », *Op. cit.*, p. 549.

cette notion. Il n'empêche que c'est bel et bien d'elle dont il s'agit. Les deux législateurs arabes cherchent à maintenir la stabilité des transactions et, donc, à sécuriser les engagements pris. Le tiers a aussi vocation à être protégé. Cette idée est justement exprimée par la professeure Nathalie Peterka qui souligne que *« l'équilibre entre la protection de la personne vulnérable et la sécurité juridique est sans aucun doute l'un des défis majeurs du droit contemporain des personnes protégées. Il se trouve, en effet, au cœur de plusieurs enjeux contradictoires. D'un côté, la sécurité des contrats et, plus généralement des actes juridiques, doit assurer la stabilité et le développement des relations. Pour parvenir à ce résultat, la loi encadre les actes des mineurs et des personnes majeures vulnérables par des règles restreignant leur capacité d'exercice. Ces incapacités ont pour finalité de protéger non pas seulement la personne, vulnérable du fait de son âge ou de son état de santé, contre les actes intempestifs qui pourraient lui préjudicier mais, aussi, son contractant en garantissant à ce dernier la stabilité du contrat conclu conformément aux règles de capacité »*²⁷².

En France, c'est l'article 444 du Code civil qui précise la portée de la publicité relative au droit des majeurs protégés. Il dispose que *« les jugements portant ouverture, modification ou mainlevée de la curatelle ou de la tutelle passés force de chose jugée ne sont opposables aux tiers que deux mois après que la mention en a été portée en marge de l'acte de naissance de la personne protégée selon les modalités prévues par le Code de procédure civile »*²⁷³. La régularisation de l'irrégularité de l'acte est tout à fait envisageable. C'est pourquoi, les sanctions prévues ne sont guère automatiques. Au demeurant, le juge jouit ici d'un large pouvoir. Cela étant dit, il faut opérer une distinction fondamentale entre l'irrégularité de l'acte accompli par la personne protégée (PARAGRAPHE 1) et celle de l'acte accompli par la personne qui protège (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : L'irrégularité de l'acte accompli par la personne protégée

121. La diversité des hypothèses. Disons-le d'emblée : l'irrégularité de l'acte accompli par la personne protégée épouse une philosophie assez différente de celle que nous retrouvons dans les dispositions du droit civil arabe. Ce qui domine en droit français, c'est la question de l'autonomie et des limites de celles-ci. L'objectif escompté est que l'autonomie ainsi concédée ne soit pas source de nuisance, voire créatrice de préjudice à l'égard de la personne vulnérable.

²⁷² N. PETERKA, « Sécurité juridique et protection de la personne vulnérable : un équilibre introuvable ? », *Op. cit.*, p. 12.

²⁷³ L'article 1146 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats dispose que *« sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : 1° Les mineurs non émancipés ; 2° Les majeurs protégés au sens de l'article 425 »*.

Cet objectif n'est pas véritablement partagé par les deux droits arabes. Le poids de l'histoire, celle à laquelle remonte la rédaction des deux codes, pourrait expliquer, voire justifier, le désintérêt. Par ailleurs, depuis un certain nombre d'années, le droit français, contrairement au droit arabe, fait face aux critiques sévères et radicales, pour certaines d'entre-elles, quant aux restrictions de capacité de la personne protégée et l'indispensable promotion de son autonomie et du respect de ses droits fondamentaux. Si l'autonomie est ainsi mise au pinacle, le régime de la représentation est mis au pilori. Le mouvement de déjudiciarisation, apporté notamment par la loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice, en constitue une preuve éloquente. C'est pourquoi, le traitement de la question de l'irrégularité de l'acte accompli par la personne protégée se présente de manière éclatée dans le droit arabe, alors qu'elle est regroupée au sein d'un seul article en droit français, à savoir l'article 465 du Code civil. Ce dernier chapeaute les dispositions relatives aux sanctions des actes réalisés sous le régime de la curatelle et de la tutelle. Trois hypothèses sont envisagées. Au vu de la distinction opérée, et dans un objectif de clarté de la comparaison, nous adopterons cette démarche en l'appliquant au droit arabe.

La première hypothèse est celle où la personne « *a accompli seule un acte qu'elle pouvait faire sans l'assistance ou la représentation de la personne chargée de sa protection* » (C. civ., art. 465, al. 1^{er}) (a).

La seconde hypothèse est celle où la personne « *a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être assistée* » (C. civ., art. 465, al. 2) (b).

Enfin, la dernière hypothèse correspond à celle dans laquelle la « *personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être représentée* » (C. civ., art. 465, al. 3) (c).

A. Première hypothèse

122. L'hypothèse de la sauvegarde. Le traitement réservé par le droit français en pareil cas est identique à celui de la sauvegarde de justice. L'alinéa 1^{er} de l'article 465 dispose que « *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* ». Rappelons ici que les actes que la personne peut faire seule, sans assistance, sous le régime de la curatelle, sont les actes « *qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille* », c'est-à-dire les actes d'administration (C. civ., art. 467). Quant aux actes que la

personne peut accomplir sans le tuteur sont ceux inhérents à la capacité dite naturelle de la personne, c'est-à-dire les actes pour lesquels la personne en tutelle est autorisée à agir elle-même par la loi ou l'usage (C. civ., art. 473, al. 1^{er}). L'exception recouvre les actes autorisés par le juge ou le conseil de famille. En présence d'une telle autorisation, la sanction de rescision ou de réduction n'est plus opératoire. Ainsi, « *l'intervention préalable du juge ou du conseil de famille est en effet censée répondre de manière satisfaisante à l'intérêt du majeur protégé* »²⁷⁴. Ce premier palier de sanction est inconnu en droit arabe. En effet, dans les deux codes égyptien et koweïtien, c'est la nullité qui fait office d'unique réponse aux actes irrégulièrement accomplis par la personne protégée. Une nullité de plein droit pour la personne atteinte de démence ou d'infirmité mentale et une nullité relative pour le prodigue ou le majeur frappé d'imbécillité. La distinction ne souffre d'aucune exception. En dépit de sa rigidité, il n'est pas inutile d'y voir une grande clarté. En effet, les personnes qui souffrent de démence ou d'infirmité mentale sont soumises à la nullité des actes accomplis « *postérieurement à la transcription de la sentence d'interdiction* » (C. civ. égyptien, art. 114, al. 1^{er}). L'alinéa 1^{er} de l'article 98 du Code civil koweïtien exprime la même idée, à savoir que « *la personne atteinte de démence est dépourvue de la capacité d'exercice et nul tout acte passé par elle* ». L'article 100 du même code apporte, toutefois, une exception conditionnée. Celle-ci est liée à la notoriété de l'altération des facultés mentales de la personne par le cocontractant ou par les tiers. L'article 100 en son alinéa premier indique que, si la notoriété est connue ou si le tribunal a désigné un curateur, l'acte accompli est présumé l'avoir été sous le coup de la démence. Toutefois, à condition que la preuve soit apportée, il est possible de considérer que l'acte accompli n'était pas sous le coup de la démence. Rappelons à cet égard ici, que le droit koweïtien s'inscrivant dans la ligne de Demolombe reconnaît, à la personne atteinte de démence, la possibilité d'accomplir des actes valables, et ce, durant une période de lucidité. C'est ce que dispose l'alinéa 2 de l'article 98 : « *l'acte accompli par la personne atteinte de démence est réputé valable s'il s'est produit durant une période de lucidité* ». Cette reconnaissance est introuvable en droit égyptien. Ce droit s'illustre, en effet, par l'imposition d'une nullité de droit. Une nullité que nous pourrions qualifier de plein droit, même s'il est nécessaire, au vu de sa constatation, d'avoir une décision de justice afin de prononcer l'anéantissement de l'acte accompli. La nullité est, en revanche, relative lorsqu'il s'agit de l'appliquer aux personnes frappées d'interdiction pour cause d'imbécillité ou de prodigalité. Les deux droits arabes partagent, à cet effet, la même conception sur ce point. Le régime juridique applicable aux actes accomplis par ces catégories de personnes

²⁷⁴ F. MARCHADIER, *Majeur protégé*, Op. cit., p. 119.

est identique à celui qui régit les actes consentis par le mineur pourvu de discernement (C. civ. égyptien, art. 115, al. 1^{er} ; C. civ. koweïtien, art. 101, al. 1^{er}). L'article 112 du Code égyptien dispose, à cet égard, que « *le mineur pourvu de discernement qui aura atteint l'âge de dix-huit ans pourra accomplir valablement, dans les limites prévues par la loi, les actes d'administration relatifs à ses biens, lorsqu'il aura été autorisé à en prendre possession pour les administrer ou lorsqu'il en aura pris possession en vertu de la loi* ». Et l'article 111 dispose que « *1° les actes accomplis par le mineur pourvu de discernement relativement à son patrimoine sont valables lorsqu'ils sont purement profitables, et nuls s'ils sont purement préjudiciables. 2° Quant aux actes qui peuvent être aussi bien profitables que préjudiciables au mineur, ils sont annulables si cela est dans l'intérêt de ce dernier* ». L'article 87 du Code civil koweïtien est quasiment identique à l'article 111 du Code égyptien. Ainsi, les actes accomplis par la personne frappée d'interdiction pour cause de prodigalité ou d'imbécillité seront tributaires du résultat final de la condition de la personne. Si les actes rendent la condition nettement meilleure, c'est la validité qui trouvera à s'appliquer. Si, en revanche, les actes rendent la condition nettement pire, ils seront frappés de nullité absolue. Nous verrons que cela constitue une différence majeure avec le droit français qui, en présence d'un préjudice, préfère toujours la nullité relative.

Nous retrouvons cette hypothèse par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'actes expressément autorisés par le tribunal à l'égard du prodigue pour la gestion d'une partie de son patrimoine. L'alinéa 2 de l'article 116 du Code civil égyptien dispose que « *les actes d'administration accomplis par un interdit pour prodigalité qui a été autorisé à prendre possession de ses biens sont valables dans les limites prévues par la loi* ». Même tonalité du côté du Code civil koweïtien qui en son article 113 dispose que « *1° le tribunal peut autoriser le prodigue à gérer son patrimoine, en entier ou en partie. L'autorisation ainsi accordée sera totale ou soumise à certaines conditions, en particulier, l'obligation à la charge du prodigue de rendre des comptes sur sa gestion, dans les délais prescrits par le tribunal* ». L'article 114 vient préciser la portée de l'article 113 en indiquant que « *le prodigue muni d'une autorisation de gestion jouit de la capacité d'accomplir les actes qu'exige la gestion de la partie du patrimoine qui lui a été confié, dans les limites autorisées par le tribunal* ». C'est dans une veine semblable que nous retrouvons cette première hypothèse lorsqu'il s'agit des actes relatifs au testament ou à la notion purement islamique du wakf²⁷⁵. L'alinéa 1^{er} de l'article 116 du Code égyptien dispose que « *l'acte constitutif de wakf*

²⁷⁵ Le wakf est une institution *sui generis*. Elle signifie délimiter et consacrer un bien pour que le plus grand nombre puisse en profiter. La notion d'intérêt général n'est pas loin. Cette institution est un acte religieux. Le bien wakf

ou le testament consenti par une personne frappée d'interdiction pour prodigalité ou pour imbécilité est valable, si l'interdit y a été autorisé par le tribunal ». Cette idée se retrouve au sein de l'article 102 du Code koweïtien qui dispose qu'« *est valable l'acte relatif au wakf ou au testament accompli par une personne frappée d'interdiction pour prodigalité ou pour imbécilité s'il a été autorisé par le tribunal* ».

B. Seconde hypothèse

123. L'hypothèse de la curatelle. Cette hypothèse est celle où la personne « *a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être assistée* » (C. civ., art. 465, al. 2). Cela vise, sous la curatelle, les actes de disposition et, sous la curatelle élargie, les actes d'administration énumérés par le juge dans le jugement d'ouverture de la mesure ou postérieurement à celui-ci (C. civ., art. 471). Il peut également s'agir, sous la tutelle, de certaines opérations énumérées par le juge que la personne peut faire avec l'assistance du tuteur (C. civ., art. 473, al. 2). L'article 465 précise que « *l'acte ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice* ». La nullité est relative. Le prononcé de celle-ci demeure facultatif. En effet, « *il appartient au juge d'apprécier, eu égard aux circonstances de la cause (en particulier, l'utilité de l'acte pour le curatelaire, sa lucidité au moment de l'accomplir, l'étendue de sa fortune et la bonne foi du contractant), s'il y a lieu de prononcer la nullité* »²⁷⁶. Une doctrine autorisée souligne, à cet effet, que « *l'accomplissement des formalités de publicité de la mesure de protection et, par suite, l'opposabilité de celle-ci au tiers contractant ne suffit pas à le constituer de mauvaise foi et, par suite, à justifier l'annulation de l'acte. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'il ressort de l'ensemble des éléments versés aux débats, et notamment de la procédure d'instruction faisant suite à la plainte déposée par le majeur protégé pour abus de faiblesse, que ce dernier n'était pas sous l'emprise d'un tiers, lequel n'avait pas connaissance de la mesure, et que la personne protégée avait en toute connaissance de cause procédé aux actes litigieux* »²⁷⁷. Ainsi, le juge est obligé de prendre en considération la question de l'emprise comme celle de l'équilibre ou du déséquilibre de l'acte, lorsqu'il s'agira d'appliquer la sanction. C'est ce que reconnaît l'article 119 du Code civil égyptien qui dispose que « *l'incapable peut demander l'annulation du contrat, sans préjudice des dommages-intérêts auxquels il sera tenu, s'il a employé des manœuvres frauduleuses pour dissimuler son incapacité* ». Plus

est donc frappé d'inaliénabilité et d'insaisissabilité. Il est hors du commerce. Voir l'article 639 et suivants du Code koweïtien et l'article 628 et suivants du Code égyptien.

²⁷⁶ F. MARCHADIER, *Majeur protégé*, Op. cit., p.120.

²⁷⁷ N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELOT, *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Op. cit., p. 638.

fondamentalement, l'idée relative à la balance des intérêts que nous retrouvons à l'alinéa 2 de l'article 111 du Code égyptien et à l'alinéa 2 de l'article 87 du Code koweïtien nous semble correspondre à la rationalité du droit français à propos du pouvoir d'appréciation du juge des circonstances de la cause. Les actes accomplis, par la personne frappée d'interdiction pour cause de prodigalité ou d'imbécilité, sont traités à l'aune du régime réservé aux actes accomplis par le mineur pourvu de discernement. Ainsi, en cas de préjudice, l'acte est nul de droit. Contrairement au droit français qui fonctionne avec la nullité relative, le droit arabe s'appuie, ici, sur la nullité absolue. C'est, au demeurant, la solution prévue par le droit musulman. Cela prouve, au passage, les infiltrations de ce dernier dans l'édifice de la codification ainsi réalisée. En revanche, lorsque l'acte peut être à la fois profitable et préjudiciable, les deux droits arabes reconnaissent la possibilité d'annuler l'acte, « *dans l'intérêt* » du mineur (C. civ. égyptien, art. 111, al. 2 ; C. civ. koweïtien, art. 87, al. 2) et donc, par renvoi, dans l'intérêt du prodigue et de la personne frappée d'imbécilité. La nullité est ici relative. Elle ressemble à ce que décide l'alinéa 2 de l'article 465 du Code français.

Cette seconde hypothèse est illustrée également par la mesure de protection de l'assistance judiciaire. Cette mesure est reconnue dans les deux ordres juridiques arabes. Les dispositions normatives relatives à celle-ci sont explicites quant à la sanction relative aux actes accomplis par la personne protégée seule alors qu'elle aurait dû être assistée : la nullité relative. C'est ce qui ressort de l'alinéa 2 de l'article 117 du Code civil égyptien qui dispose qu'« *est annulable tout acte par lequel l'assistance d'un conseil judiciaire a été décidée, s'il a été accompli par la personne pourvue de conseil judiciaire, sans l'assistance de ce conseil, postérieurement à la transcription de la décision prononçant l'assistance* ». Il en va de même dans l'article 108 du Code civil koweïtien : « *est annulable tout acte par lequel l'assistance d'un conseil judiciaire a été décidée, s'il a été accompli par la personne, postérieurement à la transcription de la décision prononçant l'assistance, sans l'assistance de ce conseil, et ce, si le tribunal n'a pas autorisé son accomplissement par la personne seule* ».

C. Troisième hypothèse

124. L'hypothèse de la tutelle. Cette hypothèse est relative à celle où la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être représentée. Nous sommes ici fondamentalement confrontés à la plupart des actes effectués dans le régime de la tutelle. L'exception réside en l'article 473 du Code civil. Ce sont les actes de la vie courante et les actes autorisés par le juge au tuteur à accomplir lui-même et sans assistance. En droit arabe, ce sont les actes réalisés par la personne atteinte de démence ou d'infirmité mentale. Sous la curatelle

renforcée, sont visés la perception des revenus de la personne protégée et le règlement de ses dépenses (C. civ., art. 472, al. 1^{er})²⁷⁸. Ce régime de la curatelle renforcée est inconnu en droit arabe. La sanction prévue dans ce cas de figure est la nullité de droit « *sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice* » (C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 3^o). La sanction est identique dans les droits koweïtien et égyptien. C'est que ces deux droits considèrent que la personne atteinte de démence ou d'infirmité mentale est dépourvue totalement de capacité. La preuve de la survenance d'un préjudice n'est donc pas nécessaire. Toutefois, le droit koweïtien introduit une exception notable concernant la personne atteinte d'infirmité mentale. Contrairement au droit égyptien qui lui dénie toute capacité, le législateur koweïtien applique, aux actes accomplis par cette personne, le même traitement réservé aux actes du mineur pourvu de discernement (C. civ., art. 87). C'est donc en fonction du résultat obtenu par l'acte accompli que la sanction varie. Quoiqu'il en soit, la doctrine en France est assez critique quant à la sévérité de cette sanction. Le professeur Marchadier souligne que « *cette solution peut paraître trop protectrice. Le raisonnement valant en matière de curatelle aurait pu être étendu et la justification technique de la représentation ne tient guère si l'on compare avec le régime des mineurs. Toutefois, la nullité de plein droit des actes accomplis par le majeur en tutelle [...] reste un moyen efficace de prévenir les abus. Un tel régime est de nature à dissuader les tiers de contracter avec un incapable* »²⁷⁹. C'est que le prononcé de la nullité constitue toujours une « *perspective [qui] dissuadera tout tiers de contracter avec l'incapable : la nullité est une arme de dissuasion* »²⁸⁰.

PARAGRAPHE 2 : L'irrégularité de l'acte accompli par la personne qui protège

125. L'indispensable présence du majeur protégé. L'irrégularité provient d'une méconnaissance des règles de gestion relatives aux mesures de protection. Le fait que cette irrégularité soit l'œuvre de la personne chargée de la protection pourrait laisser croire à l'existence d'un schéma clair et concis quant à la sanction adoptée. Il n'en est rien. L'irrégularité de l'acte découle, parfois, d'une situation qui épouse les contours de l'opposition d'intérêts (B) et, parfois, d'une situation caractérisant un dépassement de pouvoir de la personne chargée de la protection (A). Ces deux possibilités sont susceptibles de compliquer l'analyse, tant les

²⁷⁸ L'alinéa 1^{er} de l'article 472 du Code civil français dispose que : « *Le juge peut également, à tout moment, ordonner une curatelle renforcée. Dans ce cas, le curateur perçoit seul les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de cette dernière. Il assure lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers et dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains* ».

²⁷⁹ F. MARCHADIER, *Majeur protégé*, Op. cit., p. 128.

²⁸⁰ Ph. MALAURIE, N. PETERKA, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Op. cit., p. 290. L'auteur souligne qu'avec la réforme de 2007, « *la sécurité des actes juridiques s'en trouve renforcée, mais la protection du majeur diminuée* », p. 381.

interactions et les imbrications entre-elles sont multiples. L'objectif des sanctions consécutives à la réalisation de l'une de ces situations est d'empêcher la disparition de la personne protégée de la scène juridique. Quel que soit, en effet, le régime juridique de la mesure de protection qui trouve à s'appliquer, il est impératif de laisser une certaine marge à la personne protégée pour l'accomplissement de certains actes. Les charges tutélaires et curatélaires doivent, ainsi, avoir pour objectif l'intérêt de la personne protégée. Un objectif néanmoins contrarié, voire violé, par le protecteur. Ainsi, *« le principe selon lequel celui qui représente ou assiste doit agir dans l'intérêt exclusif du protégé est malheureusement parfois battu en brèche soit par cupidité, soit par volonté de trop bien protéger. Les mécanismes de protection ne doivent ni servir les intérêts personnels de celui qui accompagne, ni l'autoriser à ignorer les droits de celui qu'il doit protéger »*²⁸¹.

A. Les dépassements de pouvoir

126. L'appréhension d'une notion complexe. C'est à travers l'article 465, alinéa 1^{er}, 4^o du Code civil que le législateur français désigne et sanctionne les dépassements de pouvoir de la personne chargée de la protection. L'article dispose que *« si le tuteur ou le curateur a accompli seul un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée soit seule, soit avec son assistance ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice »*. Cet article centralise les sanctions relatives au dépassement de pouvoir du tuteur ou du curateur. Dans les droits koweïtien et égyptien, nous ne trouvons pas un tel article, qui centralise les sanctions consécutives à l'irrégularité de l'acte. De façon indirecte, l'article 118 du Code civil égyptien dispose que *« les actes accomplis par un administrateur légal, par un tuteur ou par un curateur sont valables dans les limites déterminées par la loi »*. Il faudra donc se reporter, en ce qui nous concerne, aux dispositions relatives à la curatelle, seule véritable mesure destinée à protéger les personnes majeures, en droit égyptien, comme en droit koweïtien, au demeurant. Nous ferons également mention de la mesure de l'assistance judiciaire même si la capacité juridique de la personne protégée demeure sauve. En droit égyptien, comme en droit koweïtien, il faut faire appel à la technique du renvoi. En effet, pour saisir le régime juridique de la curatelle, il faut se tourner vers la tutelle des mineurs. L'article 140 du Code civil koweïtien énonce qu'*« est applicable au curateur les règles relatives au tuteur, en particulier, celles qui sont liées aux conditions nécessaires qu'il doit remplir, aux limites de ses*

²⁸¹ J.-M. PLAZY, « Les actes juridiques des majeurs protégés », *Op. cit.*, p. 558.

prérogatives et de ses obligations ». L'article 78 de l'ordonnance n° 119 de 1952 va dans le même sens s'agissant du droit égyptien. Les règles concernant la curatelle sont celles applicables à la tutelle des mineurs. C'est toutefois sous le TITRE III consacré aux sanctions que l'article 87 (curatelle) renvoie vers les articles 84 et 86 applicables à la tutelle.

Avant d'aborder en détail la teneur des différentes dispositions et mesurer l'état de convergence ou de divergences entre elles, il nous semble utile de nous munir d'une définition de ce qu'est le dépassement de pouvoir. Il est possible de considérer que cette notion désigne « *les opérations effectuées par l'administrateur en violation de la limitation légale de ses pouvoirs* »²⁸². A partir de cette définition, il est important de souligner et de mettre en exergue deux conceptions assez différentes entre le droit français et le droit arabe quant au sens de la violation de la limitation légale du protecteur. Il nous semble que la rationalité du droit français s'inscrit dans la « *volonté de limiter les ardeurs du protecteur* »²⁸³. La logique qui travaille le droit arabe est, en revanche, celle de limiter les 'transgressions' possibles. Il faut constamment avoir à l'esprit que le droit des incapables, en Egypte et au Koweït, est, tout d'abord, un droit axé sur la minorité. Une minorité qui permet de saisir aisément la figure d'une personne douée de discernement mais, par définition, insuffisamment expérimentée. D'où les restrictions de capacité et donc l'exigence d'un cadre strict au sein duquel se déploie le pouvoir reconnu au protecteur. Ainsi, si la notion de dépassement de pouvoir laisse voir que le protecteur a outrepassé les prérogatives qui lui sont reconnues par la loi, il est fondamental, nous semble-t-il, de distinguer les deux visions des législateurs français et arabe. En droit français, la sanction de l'acte consécutif à un dépassement de pouvoir est la nullité « *de plein droit* ». Si cet « *énoncé procède, à l'évidence, d'une maladresse de formulation* »²⁸⁴, puisque le prononcé de cette sanction doit passer par une action en justice, l'objectif n'en comporte aucune ambiguïté. La clarté est d'autant plus accentuée que cette sanction s'applique sans l'exigence d'un quelconque préjudice. Le prononcé de la nullité s'impose dès lors au juge dès qu'il est saisi et qu'il constate un dépassement de pouvoir. Cette sanction « *tend ainsi à protéger le majeur protégé contre*

²⁸² N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELOT, *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Op. cit., p. 639.

²⁸³ J.-M. PLAZY, « Les actes juridiques des majeurs protégés », *Op. cit.*, p. 561. Quelles que soient les restrictions inhérentes aux mesures de protection, la personne protégée ne peut être dessaisie totalement quant à l'accomplissement de certains actes. L'article 1148 du Code civil l'énonce de façon très explicite : « *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* ». Dit autrement : la sphère d'autonomie de la personne protégée doit demeurer une réalité. Autre exemple en l'article 469, alinéa 1^{er} du Code civil : « *Le curateur ne peut se substituer à la personne en curatelle pour agir en son nom* ».

²⁸⁴ N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELOT, *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Op. cit., p. 642

toutes atteintes à ses prérogatives ; elle apparaît comme un rempart contre le zèle de son protecteur »²⁸⁵. Dans la situation où un début d'exécution est acté, les restitutions réciproques se feront à la lumière de l'article 1352-4 du Code civil qui dispose 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* ». En droit arabe, du fait de l'absence d'une disposition identique à celle de l'article 465, il faut nous reporter, à chaque fois, au contenu des dispositions visant la situation précise. Néanmoins, il est possible d'avancer l'idée générale qui traduit un axe de fonctionnement permettant de juger les dépassements de pouvoir. Cette idée générale est, par exemple, illustrée par l'article 127 du Code civil koweïtien qui dispose que « *le tuteur a l'obligation d'accomplir au profit du mineur des actes qui rendent sa condition meilleure* ». Les articles subséquents exigent du protecteur, en l'occurrence du tuteur, de demander l'autorisation du tribunal pour effectuer certains actes. Il est, par conséquent, loisible de considérer que le critère de dépassement de pouvoir est, en droit koweïtien, tributaire, à la fois, des autorisations du tribunal, désignées de façon expresse par les articles du code, ou du résultat de la condition obtenue. Si l'accomplissement de l'acte rend la condition meilleure, il n'y a pas de dépassement de pouvoir. Si en revanche, la condition est préjudiciable, il y a dépassement de pouvoir. Si la condition se situe entre les deux pôles, c'est au juge de décider. Nous voyons, ainsi, la différence avec le droit français, qui estime qu'il y a dépassement de pouvoir même si l'acte est bénéfique pour la personne protégée. Pour le droit français, il y a une atteinte à la capacité d'exercice de la personne protégée.

127. Les remèdes judiciaires du dépassement de pouvoir. S'agissant de la question de la titularité de l'action en nullité, il y a une philosophie commune partagée par les droits arabe et français. Elle se manifeste sur le terrain des effets de la nullité. En revanche, les dispositions du droit arabe ne sont pas aussi détaillées que celles du droit français. L'action en nullité, en droits égyptien et koweïtien, est, à l'instar du droit français, une action attitrée. Ainsi, l'article 119 du Code civil dispose que « *l'incapable peut demander l'annulation du contrat, sans préjudice des dommages-intérêts auxquels il sera tenu* ». De son côté, l'article 180 du Code civil koweïtien dispose que « *le tribunal ne peut prononcer la nullité du contrat, sauf à la demande de celui à qui la loi a reconnu cette possibilité pour son intérêt* ». Nous relevons donc l'imprécision de telles dispositions quant aux titulaires de l'action en nullité. Si l'article 119 du droit égyptien précise que l'incapable est en mesure de demander la nullité, l'article 180 du droit koweïtien est plus évasif en se contentant uniquement d'évoquer la personne à qui la loi reconnaîtra la

²⁸⁵ J.-M. PLAZY, « Les actes juridiques des majeurs protégés », *Op. cit.*, p. 561.

possibilité, et ce, dans son intérêt. Il n'est pas difficile de désigner, ici, la personne de l'incapable. Toutefois, quid de la personne chargée de la protection ? Les deux dispositions contrastent avec l'article 465 alinéa 2 du Code civil français qui dispose 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* ». La mise en œuvre de la technique du renvoi permet, néanmoins, en droit arabe, de conclure qu'outre la personne même de l'incapable, c'est le curateur qui est également en mesure d'engager l'action en nullité. En France, sous le régime de la curatelle, c'est la personne en curatelle et le curateur qui peuvent engager une telle action. Une action qui nécessite, à la lecture de la disposition précitée, une autorisation du juge. Mais « *la formulation de l'article 465 alinéa 2 est maladroite car elle pourrait laisser accroire que seul le curateur peut intenter l'action. Une telle interprétation doit être toutefois rejetée à la faveur d'une lecture croisée des articles 465 et 468. Ce dernier texte autorise, en effet, le majeur en curatelle à agir en justice avec l'assistance du curateur. L'autorisation du juge n'est alors pas requise. Elle l'est seulement lorsque le curateur se substitue au majeur protégé, par suite de l'inaction de celui-ci. De ce point de vue, l'article 465 alinéa 2 se fait l'écho, dans le domaine de la sanction des actes irréguliers, des dispositions générales de l'article 469 alinéa 2 du Code civil, permettant au curateur de vaincre l'inertie de la personne protégée en agissant en son nom avec l'autorisation du juge des tutelles* »²⁸⁶. Sous le régime de la tutelle, c'est le tuteur qui engage cette action en nullité. Dans le droit arabe, en revanche, l'autorisation du juge est indispensable. Elle ne l'est plus dans le cas où, après une mainlevée, la personne ayant recouvré sa capacité peut intenter elle-même l'action en nullité.

128. Le délai de prescription. S'agissant de la prescription de l'action en nullité, le droit arabe la fixe à une durée de quinze ans alors que le droit français, à la suite de la réforme, la limite à une durée de cinq ans. L'article 140 du Code civil égyptien dispose, à cet égard, que « *1° Si le droit de faire annuler le contrat n'est pas invoqué, il se prescrit par trois ans. 2° Ce délai court, en cas d'incapacité, du jour de la cessation de cette incapacité ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ; dans le cas de violence, du jour où elle a cessé. De toute façon, l'annulation ne peut être invoquée pour cause d'erreur, de dol ou de violence, lorsque, depuis la conclusion du contrat, quinze ans se sont écoulés* ». Et l'article 382 en son alinéa 2 précise que « *la prescription dont le délai est de plus de cinq ans ne court point contre les incapables, les absents et les personnes condamnées à des peines criminelles, s'ils n'ont pas*

²⁸⁶ N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELOT, *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Op. cit., p. 642.

de représentant légal ». En droit koweïtien, c'est l'article 186 qui dispose que « *l'action en nullité se prescrit par quinze ans à partir de la conclusion du contrat* ». En France, le délai est ramené à cinq ans. L'article 2224 du Code civil dispose que « *les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». La difficulté existante était toutefois la fixation du point de départ de la prescription. Une question qui n'avait pas été réglée par la loi de 2007. L'article 1304 alinéa 3 du Code civil (abrogé depuis 2016) avait apporté une précision importante pour le délai de prescription en énonçant que ce délai ne courait à « *l'égard des actes faits par un majeur protégé, que du jour où il en a eu connaissance, alors qu'il était en situation de les refaire valablement. Il ne court contre les héritiers de la personne en tutelle ou en curatelle que du jour du décès, s'il n'a commencé à courir auparavant* ». La prescription commençait dès lors du jour où le régime de la protection s'arrêtait. Cela correspondait à ce qu'existe encore aujourd'hui, en droit arabe, avec l'article 140 (Egypte) et l'article 183, alinéa 2 (Koweït). Aujourd'hui, en droit français, c'est l'article 11552, 2° et 3° du Code civil qui règle la question de la prescription. Cet article a été introduit dans le Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016. Le texte précise que « *la prescription de l'action court : [...] 2° À 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° À 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* ». Cela dit, la sanction de l'irrégularité de l'acte peut se trouver, toutefois, inapplicable lorsqu'il y a confirmation. Cette dernière vient régulariser l'acte et donc stabiliser les transactions. Le mécanisme de la confirmation est reconnu dans les trois ordres juridiques. L'article 139 du Code civil égyptien énonce que « *1° Le droit de faire annuler le contrat s'éteint par la confirmation expresse ou tacite. 2° La confirmation rétroagit à la date du contrat, sans préjudice des droits des tiers* ». Nous retrouvons la même teneur dans l'article 181 du Code civil égyptien qui précise que « *la confirmation expresse ou tacite du contrat annulable par toute personne intéressée purifie ce dernier du défaut qu'il affecte et éteint le droit à l'action en nullité* ». En France, c'est l'article 465 du Code civil qui précise les modalités de la confirmation. Ces modalités traduisent l'imposition d'un certain nombre de conditions, comme le fait que la demande de confirmation doit intervenir avant la fin du délai de prescription de cinq ans, qu'elle ne peut être demandée que durant uniquement la période de la tutelle ou de la curatelle...

B. L'opposition d'intérêts

129. Une notion fuyante. L'appréhension de la notion de l'opposition d'intérêts n'est pas aisée. Le législateur ne la définit pas nominalement. Par ailleurs, nous ne trouvons pas de définition univoque de la part de la doctrine. Faute de texte spécifique, le sort de l'acte irrégulier accompli par la personne chargée de la protection, dans le cadre d'une opposition d'intérêts, est « *incertain* »²⁸⁷ ; ce qui, en revanche, l'est, c'est que la notion d'opposition d'intérêts charrie avec elle la notion de pouvoir. Le pouvoir octroyé est reconnu au protecteur au profit de la personne vulnérable. Il est donc possible de suivre le professeur Bernard Teyssié et d'affirmer qu'« *à l'incapacité de l'un répondent les pouvoirs de l'autre, appelé à agir au nom d'autrui dans les limites fixées par la loi ou le juge* »²⁸⁸. La figure du tuteur ou du curateur pourrait, dès lors, s'analyser comme celle d'une personne pourvue de certains pouvoirs qui doivent être exercés en leur totalité au profit de l'intérêt de la personne protégée. Mais, comme le souligne justement le professeur Gilles Raoul-Cormeil, « *la définition de l'intérêt d'autrui par le titulaire du pouvoir ne va pas de soi* »²⁸⁹. Qu'est-ce qui fait partie ou pas de l'intérêt de la personne protégée ? Plus précisément, à partir de quand peut-on affirmer que la personne chargée de la protection a outrepassé les limites de sa mission ? A partir de quel seuil peut-on estimer que le protecteur s'immisce dans le champ protégé de la personne vulnérable ? Il n'est guère possible de se cacher les difficultés, tant la frontière entre le fait licite et illicite peut sembler ténue et que l'idée même de seuil soit, *in fine*, d'un apport incertain. En effet, la notion d'opposition d'intérêts peut laisser voir un paysage flottant, où le traçage de la frontière n'emporte pas l'évidence. De façon imagée, il est loisible de s'interroger sur la frontière entre la forêt dense et la savane. Où se termine la première et commence la seconde ? D'aucuns pourraient estimer que c'est une affaire d'appréciation judiciaire plus que d'imposition législative. Epouser cette perspective peut conduire à ne point regretter l'absence d'un texte consacré explicitement à la notion d'opposition d'intérêts. De manière fort simple, l'opposition d'intérêts « *doit conduire le protecteur du majeur à laisser sa place à un autre toutes les fois où il n'est plus en mesure de représenter ou assister objectivement le majeur selon les seuls intérêts de ce dernier* », souligne le professeur Jean-Marie Plazy²⁹⁰. Il n'empêche que l'auteur reconnaît immédiatement que « *pour être essentielle, cette notion n'en est pas moins difficile à saisir* »²⁹¹. Ainsi, le critère qui devrait permettre d'identifier les situations, où l'opposition d'intérêts pourrait se déployer,

²⁸⁷ F. MARCHADIER, *Majeur protégé*, Op. cit., p. 121.

²⁸⁸ B. TEYSSIE, *Droit civil. Les personnes*, LexisNexis, coll. « Manuel », 24^e éd. 2022, n° 436, p. 263.

²⁸⁹ G. RAOUL-CORMEIL, « Le patrimoine de la personne protégée. Rapport introductif », Op. cit., 2015, p. 58.

²⁹⁰ J.-M. PLAZY, « Les actes juridiques des majeurs protégés », Op. cit., p. 558.

²⁹¹ Ibid, p. 559.

n'est pas donné une fois pour toutes. Il est « *susceptible d'une appréciation variable* »²⁹². Et justement, cette variabilité conduit à faire de l'opposition d'intérêts une notion « *fuyante, rétive à se laisser enfermer dans une définition bloquée* »²⁹³. Un halo de mystère l'entoure inexorablement. Ainsi donc, la définition de cette notion est difficile à trouver ; la détermination des situations où elle serait susceptible de se produire semble davantage plus ardue.

130. Concordance des droits français et arabe. Sur ce tableau général, il y a, disons-le d'emblée, une concordance entre le droit français et les deux droits arabes. Tant en ce qui concerne la difficulté de la définition de la notion, qu'en ce qui a trait au critère permettant d'identifier et de caractériser les situations d'opposition d'intérêts ; les trois droits rencontrent des difficultés similaires. Et sur ce point, comme sur bien d'autres, nous retrouvons une similitude entre le droit arabe actuel et le droit français en vigueur avant la réforme opérée en 2007. Cette similitude se manifeste essentiellement au recours à la technique du renvoi, à savoir le renvoi au droit des mineurs pour régir le droit des majeurs. Sous la loi de 1968, c'était l'article 495 du Code civil qui permettait de soustraire, au droit des majeurs, toutes les règles communes à la tutelle des mineurs²⁹⁴. Néanmoins, avec le renouvellement des sources, l'ordre juridique français, qui opère dorénavant une distinction assez claire entre le traitement juridique fait aux mineurs et celui réservé aux majeurs, s'est doté d'un nouvel article pour traiter les situations pouvant relever de l'opposition d'intérêts : l'article 455 du Code civil. Cet article dispose qu'« *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* ». Le droit arabe de l'incapacité fonctionne de façon similaire, parce qu'il renvoie aux dispositions relatives à la tutelle des mineurs et aussi parce qu'il est dépourvu de dispositions spécifiques à la notion de l'opposition d'intérêts. Le Code civil égyptien précise, toutefois, en son article 118 que « *les actes accomplis par un administrateur légal, par un tuteur ou par un curateur sont valables dans les limites déterminées par la loi* ». Il est donc nécessaire de se reporter, à chaque fois, aux dispositions précises qui tracent les frontières entre les actes réguliers et les actes irréguliers qui seraient

²⁹² G. RAOUL-CORMEIL, « Le patrimoine de la personne protégée. Rapport introductif », *Op. cit.*, p. 62.

²⁹³ Ibid, p. 63.

²⁹⁴ L'ancien article 495 du Code civil disposait que : « *Sont aussi applicables dans la tutelle des majeurs les règles prescrites par les sections 2, 3 et 4 du chapitre II, au titre dixième du présent livre, pour la tutelle des mineurs, à l'exception toutefois de celles qui concernent l'éducation de l'enfant et, en outre, sous les modifications qui suivent* ».

susceptibles de s'inscrire dans la veine de l'opposition d'intérêts. Une recherche se fera à l'aune de la technique du renvoi. Il suffit, à cet égard, de rappeler, ici, l'article 115 du Code civil égyptien qui renvoie aux actes accomplis postérieurement, à la publicité du jugement d'ouverture de la mesure de curatelle pour une personne frappée d'interdiction pour cause d'imbécillité ou de prodigalité à l'article 111 qui régit les actes faits par le mineur pourvu de discernement. L'article 122 du Code civil koweïtien est plus explicite puisqu'il use *expressis verbis* du terme d'opposition d'intérêts. Il dispose qu'« à la demande de l'Autorité publique chargée des affaires des mineurs ou à la demande de toute personne intéressée, le tribunal peut désigner un tuteur particulier ». L'objectif, derrière cette désignation, est la tutelle sur le patrimoine du mineur, et ce, lorsque les circonstances le commandent. L'article 122 précise que, parmi ces circonstances, il y a opposition d'intérêts entre le mineur et son administrateur légal, entre les intérêts du mineur et l'épouse de son administrateur légal ou, enfin, entre les intérêts du mineur et les intérêts de son tuteur. Le Code civil koweïtien a donc le mérite de souligner, de façon explicite, la possibilité qu'une telle situation puisse se produire et, surtout, apporter la solution idoine : écarter le protecteur et laisser au tribunal le soin d'en désigner un autre. En effet, « tout l'intérêt du concept est d'éviter que la personne chargée de protéger le patrimoine ne soit tentée de gérer en fonction de ses propres intérêts plus qu'en fonction de ceux du majeur placé »²⁹⁵. Toutefois, nous relevons qu'aucun des trois droits ne va au-delà d'une expression générale ou de lignes de conduites générales. La loi du 5 mars 2007 a, par exemple, fourni les exemples précis où l'opposition d'intérêts est avérée²⁹⁶. La difficulté apparaît, toutefois, lorsqu'il s'agit de classer certaines situations qui sembleraient viser l'opposition d'intérêts, alors même qu'elles ne s'inscrivent pas de manière évidente dans cette opposition. Que penser et que faire de certaines situations ambivalentes, voire ambiguës, qui se présentent au protecteur ? Sur quelle base doit-il se décider, en sachant, qu'au bout du processus, il y a toujours le risque de voir sa responsabilité engagée ? Il est loisible de souligner que « le « protecteur » d'une personne vulnérable – au moins celui des majeurs protégés – doit rester continûment désintéressé dans la mise en œuvre des prérogatives que lui confèrent ses fonctions. La probité du protecteur ne signifie rien d'autre que l'exigence d'agir avec des œillères pour ne pas perdre de vue le point de mire : l'intérêt du majeur protégé, lui seul doit guider le protecteur dans l'exercice de sa charge »²⁹⁷. Mais, est-ce suffisant ? Ce qui est certain, c'est que, face à une notion ayant besoin d'être plus clairement définie, le juriste devra éviter

²⁹⁵ J.-M. PLAZY, « Les actes juridiques des majeurs protégés », *Op. cit.*, p. 559.

²⁹⁶ La personne protégée ne peut, par exemple, être l'employeur du tuteur ou du curateur. La personne chargée de la protection et la personne protégée ne peuvent occuper des positions différentes dans un même procès...

²⁹⁷ G. RAOUL-CORMEIL, « Le patrimoine de la personne protégée. Rapport introductif », *Op. cit.*, p. 59.

l'écueil de chercher, coûte que coûte, la certitude. C'est la raison pour laquelle nous souscrivons à l'idée du professeur Gilles Raoul-Cormeil qui tente de faire la lumière sur cette notion clair-obscur en avançant l'idée et l'expression de confusion d'intérêts. L'auteur souligne que « *l'émergence d'un intérêt étranger à celui de l'incapable qui se superpose à celui du protecteur dans l'accomplissement d'un acte juridique révèle un état de « confusion d'intérêts »*. Ne tenons-nous pas ici une terminologie plus précise et plus conforme au devoir de probité du protecteur, plus nette que celle d'opposition d'intérêts qui évoque l'atmosphère d'un contentieux que l'on ne retrouve pas toujours ? »²⁹⁸.

En France, la sanction encourue en cas d'opposition d'intérêts est la nullité relative. Une nullité qui reçoit les faveurs de la doctrine. C'est également une sanction similaire qui semble devoir s'appliquer dans les deux droits arabes.

131. CONCLUSION CHAPITRE II

Les trois droits étudiés visent un objectif commun concernant la protection du patrimoine tout en épousant des démarches assez différentes. Les deux droits arabes révèlent l'immixtion du droit musulman et de ses catégories dans le droit occidental s'agissant de la catégorisation des différents actes juridiques afférents au patrimoine. Le droit français, en dépit d'une transformation saluée par la doctrine et adoubée par les professionnels, en premier lieu les notaires, continue à souffrir d'une forme d'insécurité juridique. Le tracé entre les différents actes est susceptible de laisser advenir des frictions, voire des contradictions, génératrices de contentieux. Quant au régime juridique des sanctions, particulièrement celles prévues à la suite de la publicité de la mesure de protection, la philosophie est semblable dans les trois droits. Le trait saillant qui, cependant, sépare le droit arabe du droit français est l'usage plus intense de la nullité relative par ce dernier. Le droit arabe est plus tranchant. D'aucuns pourraient estimer que c'est un gage de sécurité. D'autres, au contraire, font le reproche, voire la critique, que cela nuit, en définitive, à la personne protégée, en l'éloignant d'un environnement extérieur plus réticent à contracter. Nous nous rangeons dans la seconde catégorie.

132. CONCLUSION TITRE I

En dépit des différences, tant substantielles que procédurales, prononcées et accentuées ici et là entre les trois droits, une réalité incontestable s'impose : les droits des incapacités étudiés

²⁹⁸ Ibid, p. 64.

partagent une identité commune qui se manifeste dans la préservation des intérêts de la personne vulnérable. Cette préservation se traduit par l'existence de régimes spécifiques et par un traitement singulier des affaires concernant la personne vulnérable. La convergence entre les trois droits n'est donc guère usurpée. Elle scintille et s'offre au juriste comme une forme d'évidence. La protection de la personne ne pouvait qu'emprunter les chemins tracés par les trois ordres juridiques. Cette évidence n'est toutefois pas le fruit du hasard. Elle puise sa force et sa légitimité dans une histoire ancienne qui a vu le droit arabe, égyptien en premier lieu, fonctionner avec les ressorts du mimétisme, celui du droit français essentiellement. C'est pourquoi, le juriste, tant arabe que français, n'est pas dépaysé lorsqu'il a à parcourir le code civil qui n'est pas le sien. Il y voit des dispositions qui lui sont familières. Cette familiarité l'accompagnera en amont de l'ouverture d'un régime de protection jusqu'à la sanction éventuelle résultant du non-respect d'un acte juridique prévu par le législateur.

TITRE II : Les divergences des droits

En dépit d'une philosophie commune entre le droit français et les deux droits arabes, le juriste saisit aisément les points de divergence existants. Ce fait est, disons-le d'emblée, la conséquence de la transformation et de l'évolution du droit français, entamée notamment depuis la réforme de 2007. Cette réforme a enrichi le droit français de deux nouvelles mesures de protection, totalement inexistantes dans les deux droits arabes : le mandat de protection future (2007) et l'habilitation familiale (2015). Cela a conduit à donner une portée plus large et plus complexe au principe de la subsidiarité (CHAPITRE 1). Ce principe ne trouve guère à s'appliquer dans les deux droits arabes. Le contraste est donc saisissant, puisqu'en droit français, ce principe revêt une importance fondamentale et occupe une place centrale. La divergence est donc de taille. Et cette divergence s'illustre, voire s'illumine davantage, lorsqu'il s'agit de mettre en exergue le second versant de la protection, celui de la personne. Cette protection constitue, aujourd'hui, l'*alpha* et l'*oméga* du droit français. Elle donne sens au droit des incapacités²⁹⁹. Elle a supplanté la protection du patrimoine. C'est que la protection de la personne dépasse et surclasse celle des biens. Cela est l'évidence même. Cela est toutefois la vérité d'aujourd'hui, pas celle, rappelons-le, de la loi précédente de 1968. Toutefois, aujourd'hui, la nature du droit français tranche substantiellement avec le droit antérieur et, donc, avec le droit arabe actuel. C'est que ce dernier est encore en retard par rapport à l'évolution produite (CHAPITRE II).

CHAPITRE I : L'éloignement des dispositifs

Le droit français des incapacités est animé par la philosophie que la personne doit pouvoir garder et jouir de sa capacité juridique, en dépit de sa vulnérabilité. La jurisprudence joue, à cet égard, un rôle considérable, malgré les insuffisances relevées par la doctrine. Placer une personne sous une mesure de protection ne doit jamais procéder par automaticité en présence même d'un certificat médical allant dans le sens de la nécessité d'une protection. Le droit français fonctionne avec la rationalité qui interdit d'ouvrir une mesure de protection *a priori*, notamment lorsque d'autres mécanismes permettent de répondre au besoin de la personne vulnérable. L'alinéa 1^{er} de l'article 428 du Code civil est fort explicite sur ce point. Le texte énonce que « *la mesure de protection judiciaire ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par la mise*

²⁹⁹ Voir J. HAUSER, « La vocation à la plénitude de la protection des majeurs », in J. Marie Plazy et G. Raoul-Cormeil, (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 369 et s.

en œuvre du mandat de protection future conclu par l'intéressé, par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429 ou, par une autre mesure de protection moins contraignante ». Cela s'illustre par la notion de l'insanité d'esprit dont les contours expliquent, dans une large mesure, les effets juridiques liés à la mesure de sauvegarde de justice (SECTION 1). L'éloignement apparaîtra manifeste, voire total, lorsqu'il s'agira d'exposer les deux nouvelles mesures de protection, que sont l'habilitation familiale et le mandat de protection future (SECTION 2).

SECTION I : Le principe de subsidiarité

Ce principe se manifeste par l'existence de la notion d'insanité d'esprit (PARAGRAPHE 1) et par les effets induits sur le patrimoine de la personne protégée par une mesure de sauvegarde de justice (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : La notion d'insanité d'esprit

133. Le principe. La protection ponctuelle ou occasionnelle est indépendante de l'ouverture ou non d'une mesure judiciaire au profit du majeur. Lorsque ce dernier est affecté par ce qu'on dénomme une 'insanité d'esprit', il en résulte une inaptitude à procéder à des actes juridiques valables. Cette conséquence est déduite du principe général contenu à l'article 414-1 C. civ. qui prévoit que « *pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit [...]* ». Ainsi, les actes passés sous l'empire du trouble mental sont annulables. Cette nullité des actes peut fort bien se cumuler avec un régime de protection judiciaire. Par ailleurs, cette nullité peut produire ses effets, même après la mort du majeur, et il va sans dire, de son vivant. Ce qui importe de relever ici, c'est qu'en dépit du trouble mental du majeur, sa responsabilité civile, née de la commission de délits, demeure engagée.

La personne atteinte d'un trouble mental et dépourvue de protection peut faire un acte juridique ou causer un dommage à autrui. La question de la validité de l'acte réalisé ou de la réparation du dommage causé se pose donc.

134. Le droit antérieur. En 1968, à défaut de solution spécifique, la protection du sujet était assurée par le droit commun. Le droit arabe s'inscrit totalement dans cette veine. La protection commence avec le prononcé du jugement d'incapacité. En amont, il n'y a pas de textes spécifiques qui prévoient une protection particulière. C'est donc le droit commun qui trouve à s'appliquer. Le droit français a, en revanche, introduit des nouveautés avec la notion d'insanité

d'esprit. Cette notion déborde celle de la démence contenue dans le Code Napoléon. Elle est plus grave que le vice du consentement.

La loi du 3 janvier 1968 avait distingué acte juridique et fait dommageable. Elle protégeait le malade mental contre ses actes juridiques irréflechis en édictant différentes incapacités. En revanche, cette loi écartait le fait que le malade mental pouvait échapper à sa responsabilité civile.

Cette distinction se retrouve à l'identique dans la loi du 5 mars 2007. Celle-ci s'est contentée de modifications formelles.

L'article 414, alinéa 2 du Code civil énonce que « *pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte* ». Cette protection se réalise indépendamment de l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire à l'égard du majeur. La protection contre le trouble mental est envisagée aux articles 414-1 à 414-3. Cela étant dit, l'interrogation est de savoir si celle-ci joue également au profit du majeur placé sous un régime de protection ?

La place des dispositions 414-1 et suivantes au sein du Code civil pourrait créer le doute. En effet, celles-ci prennent position dans une section intitulée « *Des dispositions indépendantes des mesures de protection* ». Il serait loisible, dès lors, de conclure à l'inapplicabilité de telles dispositions au profit du majeur déjà protégé par une mesure spécifique.

Toutefois, ni le droit positif, ni la jurisprudence ne vont dans ce sens. Sur le fondement du trouble mental, il est juridiquement possible de faire annuler un acte alors que son auteur est déjà placé sous protection juridique au moment de sa conclusion³⁰⁰.

La responsabilité civile du majeur est, en revanche, valable. L'article 414-3 du Code civil précise que « *celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation* ». Le majeur ne saurait, par conséquent, « *se cacher* » derrière son absence de discernement pour ne pas supporter sa responsabilité sur le plan civil. Cela est heureux dans une certaine manière, puisque cette responsabilité garantit, d'abord, une réparation aux tiers et, surtout, permet de ne pas couper totalement le majeur vulnérable de la scène juridique et, *in fine*, de la société. Ce régime de la responsabilité trouve, aujourd'hui, à s'appliquer aux déments, aux mineurs et aux enfants qui sont dépourvus de discernement. Le droit arabe va dans le même sens. La différence à rappeler toutefois réside

³⁰⁰ I. MARIA, Ch 333, p. 1389.

dans l'antériorité de l'inscription de cette solution dans le droit arabe par rapport au droit français. En effet, avant la réforme de 1968, l'aliéné n'était pas civilement responsable de ses délits. Les droits koweïtien et égyptien ont, en revanche, dès le départ, adopté cette solution dont l'origine est puisée dans les prescriptions musulmanes. La survenance du dommage se traduit en droit musulman, en effet, par une réparation, et ce, en la présence ou pas d'une faute. C'est un principe fondamental du droit musulman. L'enfant en bas âge privé de discernement, ainsi que l'aliéné sont donc totalement responsables³⁰¹. Le Code civil égyptien, édicté en 1948, rappelons-le, énonce, en son article 164, alinéa 2 qu'« *en cas de dommage causé par une personne privée de discernement, le juge pourra, si cette personne n'a pas de répondant ou si la victime ne peut pas obtenir réparation de celui-ci, condamner l'auteur du dommage à une indemnité équitable, en considération de la situation des parties* ». De même pour le Code civil koweïtien (1980) qui, en son article 227, alinéa 2, dispose que « *toute personne répond de ses actes illicites même si elle est privée de discernement* ». Le droit musulman est, par conséquent, à tendance objectiviste.

Pour prononcer la nullité de l'acte, il faut que les conditions légales soient remplies et que la preuve de l'insanité d'esprit soit apportée.

135. Trouble mental et dommage. L'existence du trouble mental est tributaire de l'appréciation des juges du fond. C'est une jurisprudence constante à cet égard. L'origine du trouble importe peu : il peut tout aussi bien s'agir d'un excès que d'une maladie. Selon un arrêt rendu en 1941 par la Cour de cassation (au sujet de l'article 901 du Code civil), l'insanité d'esprit « *comprend toutes les variétés d'affections mentales par l'effet desquelles l'intelligence de l'intéressé aurait été obnubilée ou sa faculté de discernement dérégulée* »³⁰². Peu importe également la durée de celle-ci. L'essentiel est que le trouble existe au moment précis où l'acte litigieux est passé. Le trouble se doit, toutefois, d'être d'une certaine gravité qui affecte effectivement l'expression de la volonté, qui engendre un discernement aboli.

Comme il s'agit de prouver un fait juridique, la preuve est, par conséquent, libre et peut être apportée par tout moyen. En général, ce sont les certificats médicaux qui tiennent le haut du pavé. L'acte peut, toutefois, s'il est complètement incohérent, par exemple, porter en lui-même cette preuve.

³⁰¹ H. SLIM, « La réception du droit français de la responsabilité délictuelle au Liban : Au-delà du Code civil mais grâce au Code civil », in *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Colloque CEDROMA 2004, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 279.

³⁰² Cass. Civ., 4 février 1941, D., 1941, 133.

136. Le titulaire de l'action en nullité. L'article 414 alinéa 2 du Code civil précise à qui appartient l'action en nullité. Lorsque le majeur est vivant, il n'y a qu'à lui que cette action appartient. Après son décès, les possibilités se restreignent « *en raison de la suspicion qu'il peut y avoir à l'égard d'héritiers soucieux de réintégrer un maximum d'avoirs dans le patrimoine du défunt. Aussi, l'acte litigieux ne peut-il être annulé pour insanité d'esprit que s'il porte en lui-même la preuve d'un trouble mental* »³⁰³.

Une situation particulière mérite d'être soulignée : celle de rechercher la preuve de l'existence de l'insanité d'esprit au moment où l'acte a été passé. Lorsque l'insanité d'esprit existe à la fois dans la période immédiatement antérieure et dans la période immédiatement postérieure à l'acte litigieux, la jurisprudence assouplit l'exigence en opérant un renversement de la charge de la preuve. Face à cette situation, c'est au défendeur d'établir l'existence d'un intervalle lucide au moment où l'acte a été passé.

Le titulaire de l'action du vivant de l'auteur de l'acte est explicitement précisé par le texte de l'article 414-2, al. 1^{er} du Code civil. C'est « *l'intéressé* » lui-même qui peut former l'action en nullité. Le tuteur et le curateur ne sont pas visés expressément par le texte. La question s'est posée, de savoir s'ils ont, en dépit du silence de la loi, la possibilité d'agir ? D'aucuns pensent que cela est possible. Il faut pour cela se reporter aux règles relatives aux pouvoirs du protecteur en matière d'action de nature patrimoniale. Les actions en justice relatives à un droit patrimonial sont soit des actes d'administration (tutelle), soit des actes de disposition (curatelle). Le fondement sera, ici, le décret du 22 décembre 2008. La conclusion en est que le tuteur peut intenter seul une telle action, tandis que le curateur doit assister son curatelaire.

Après avoir abordé, tout d'abord, la voie du droit commun permettant la nullité pour insanité d'esprit, il faut se pencher, dès à présent, sur le droit spécial de la protection qui permet d'envisager deux possibilités de remise en cause des actes : la rescision pour lésion et la réduction pour excès

A. L'action en rescision pour lésion

137. Le principe. « *Les actes [que la personne placée sous sauvegarde de justice] et les engagements qu'elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion* », énonce l'article 435, alinéa 2 du Code civil. Visant à la fois, les actes et les engagements, le texte de l'article se place sous la généralité. Il vise, dès lors, tout acte juridique,

³⁰³ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1391.

quel que soit sa source, sa nature, son objet ou sa cause. Le même alinéa précise que cette rescision pourrait intervenir pour les actes et les engagements « *alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1* », c'est-à-dire, en vertu du régime de l'insanité d'esprit. Contrairement à l'ancien article 491-2 de la loi du 3 janvier 1968 qui établissait une distinction entre l'action en rescision pour lésion et l'action en nullité pour insanité d'esprit, la loi de 2007 offre, à travers l'autonomie des actions, une option pour la victime. Elle devra choisir entre l'une des deux actions.

138. Délimitation de la notion. La lésion est un préjudice qui résulte de la différence, d'une inégalité de valeur entre les différentes prestations réciproques entre les cocontractants. Sauf rares exceptions, la lésion n'est pas de nature à remettre en cause un contrat. Celle-ci est possible, en plus, si elle atteint un certain seuil chiffré³⁰⁴. Ce dernier n'existe pas dans la situation où la personne est mise sous protection juridique. L'action en rescision pour lésion à l'égard du majeur se rapproche, en réalité, rappelle la doctrine, de celle du mineur, et ce, en vertu de l'article 1149, alinéa 1^{er} qui énonce que « *les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion* ». Néanmoins, la différence de cette action diffère entre le mineur et le majeur sur le montant de la lésion. A l'égard du mineur, peu importe son importance, elle est sanctionnée. A l'égard du majeur, c'est à l'appréciation des juges du fond qu'elle revient. Il leur appartient de déterminer, face à chaque situation, le sort qu'il convient de réserver à l'opération en cause. A cet égard, ils devront s'appuyer sur le texte de l'article 434, alinéa 3 qui énonce que « *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* ». C'est, dès lors, une « *appréciation subjective de la situation respective des deux contractants et la prise en compte de données morales* »³⁰⁵. Ce caractère moral provient du fait de sanctionner « *celui qui a obtenu un avantage indu en exploitant la faiblesse de son cocontractant* »³⁰⁶.

139. Titulaire de l'action. L'action en rescision pour lésion, à l'instar de l'action en nullité pour insanité d'esprit, n'appartient, suivant l'article 435, alinéa 3, « *qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers* ». La loi de 2007, contrairement à celle de 1968, a limité le

³⁰⁴ L'article 1674 du Code de procédure civile fixe le seuil à partir duquel, en matière de vente, une personne entièrement capable pourra obtenir rescision de l'opération intervenue. « *Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente* ».

³⁰⁵ B. TEYSSIE, *Droit des personnes*, 22^e édition, LexisNexis, 2020, p. 623.

³⁰⁶ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, Op. cit., p. 730.

nombre de personne pouvant intenter cette action³⁰⁷. Cette solution peut laisser assez dubitatif. En effet, le régime de sauvegarde de justice est, *a priori*, dépourvu, du moins en principe, de personnes qui seront en mesure de protéger de façon particulière le malade. Cependant, il importe de souligner l'existence de deux voies qui permettent, du vivant de la personne, de protéger les actes et les engagements passés. La première est la possibilité de demander l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle ce qui donnera, par la suite, au curateur ou au tuteur, le droit d'exercer les droits de la personne et, ainsi, agir, éventuellement, en nullité. La seconde se fonde sur le texte de l'article 437, alinéa 2 qui permet au juge de « *désigner un mandataire spécial* ». Ce dernier pourra agir en nullité à l'encontre d'un acte lésionnaire.

140. Le mécanisme de la confirmation. Une extinction anticipée du droit de l'action pourra être obtenue par voie de confirmation. Durant la période de sauvegarde, celle-ci est « *toutefois peu probable* »³⁰⁸. Du vivant de la personne, cette confirmation ne pourra provenir que d'elle seule, dans le cas où il y a une levée de la mesure de protection. Il n'y a qu'elle qui peut renoncer à cette nullité de protection. Cela pourrait se produire face à la situation où la personne aurait retrouvé ses facultés. Également, par le curateur, si la personne est soumise à une mesure de curatelle, ou par le tuteur, dans le cas d'une tutelle. Cela n'est toutefois possible qu'à condition d'obtenir les autorisations nécessaires du fait que la confirmation est un acte de disposition.

Le délai d'action est de cinq ans à compter de l'acte.

141. Le caractère non obligatoire de la rescision pour lésion. Le prononcé de la rescision n'est jamais obligatoire. Il ne constitue qu'une possibilité. Si en revanche, la rescision est prononcée, il y a une restitution des prestations réciproquement fournies. La rescision a un effet rétroactif. Il importe de souligner, ici, que, lorsque l'action en rescision réussit, elle ne peut nullement s'effacer par un versement supplémentaire effectué par le cocontractant. En effet, conformément au texte de l'article 1681 du Code civil, cette solution peut être envisagée. Ce dernier énonce que « *dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total* ». Mais « *ce texte ne saurait, en effet, trouver application lorsque la victime du déséquilibre constaté est un majeur protégé, aucune des dispositions gouvernant celui-ci ne suggérant une quelconque*

³⁰⁷ V. article 491-1, alinéa 4 de la loi du 3 janvier 1968. En revanche, la solution est identique dans les deux lois, dans la situation survenant après le décès de la personne. L'action obéit au droit commun. Elle ne peut être intentée que par les héritiers de la personne protégée.

³⁰⁸ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, Op. cit., p. 731.

extension »³⁰⁹. Sous l'empire de cet article, la lésion revêt un caractère objectif, alors que celle dont est victime la personne protégée est de nature subjective. Elle « *est la manifestation d'un vice du consentement, la perte subie prouvant que la personne protégée a commis une erreur ou a été victime d'un dol ou d'une violence. Il serait singulier que celui qui a abusé de la faiblesse de la personne protégée puisse éviter la nullité en régularisant objectivement la situation* »³¹⁰.

B. L'action pour réduction pour excès

142. La notion. L'acte excessif est différent de l'acte lésionnaire. Il n'y a pas ici de déséquilibre dans les prestations du contrat. Dans ce cas, « *le bien a été payé à son juste prix. Mais la dépense faite est inutile ou disproportionnée par rapport aux besoins et aux ressources du majeur* »³¹¹. L'action pour réduction pour excès est gouvernée par l'article 435, alinéa 2 du Code civil. Cette action partage énormément de points communs avec l'action en rescision pour lésion. Ainsi, des personnes susceptibles d'intenter l'action, le pouvoir discrétionnaire des juges du fond, la confirmation et le délai de prescription. En revanche, si la sanction de la rescision est la nullité totale, celle de la réduction est tout simplement la réduction ! C'est de la nullité partielle, en somme. L'objectif est de ramener l'opération excessive à des proportions en adéquation et compatibles aux besoins et à la situation pécuniaire de la personne protégée.

Il est vrai, que face à cette action en réduction pour excès, il est légitimement loisible de s'interroger sur la sécurité juridique qui doit prévaloir. En effet, le cocontractant n'a pas agi de mauvaise foi, d'autant que la publicité rudimentaire de la mesure de sauvegarde de justice n'aide guère dans l'appréhension globale de l'opération. Toutefois, c'est le choix du législateur qui privilégie la protection du « *sauvegardé* » contre des dépenses inutiles ou excessives, « *que la nécessité de préserver le crédit du majeur et d'assurer la sécurité des tiers* ».

143. Les prescription du droit arabe. Le droit arabe, tant égyptien que koweïtien, connaît ces deux actions. L'article 129 du Code civil égyptien dispose, à cet égard, que « *1- Si les obligations de l'un des contractants sont hors de toute proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec les obligations de l'autre contractant et s'il est établi que la partie lésée n'a conclu le contrat que par suite de l'exploitation par l'autre partie de sa légèreté notoire ou d'une passion effrénée, le juge peut, sur demande du contractant lésé, annuler le contrat ou*

³⁰⁹ B. TEYSSIE, *Droit des personnes*, 22^e édition, Op. cit., p. 623.

³¹⁰ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, Op. cit., p. 732.

³¹¹ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1443.

réduire les obligations de ce contractant ». L'article 159 du Code civil koweïtien va dans le même sens. L'article 163 du même code dispose que la lésion produite au détriment de la personne totalement ou partiellement incapable lui ouvre la possibilité de demander l'intervention du juge pour corriger le déséquilibre né de la relation contractuelle. Ainsi, « *l'admission de la révision judiciaire dans ces hypothèses écarte les droits proche-orientaux de la conception rigoureuse que fait le droit français de l'adage pacta sunt servanda. La doctrine arabe relève que l'atténuation de l'intangibilité contractuelle rime, en l'occurrence, avec les prescriptions musulmanes faisant de l'équilibre des prestations un principe fondamental du droit des contrats. Notons toutefois que les droits arabes ne conçoivent la révision que comme un remède exceptionnel pour préserver les valeurs de liberté et de sécurité. La force obligatoire demeure la règle de principe, alors que l'atteinte au contrat est l'exception* »³¹².

PARAGRAPHE 2 : Les effets de la gestion du patrimoine sous la sauvegarde de justice

144. La gestion du patrimoine sous la sauvegarde. Le majeur peut, par principe, gérer seul son patrimoine, lorsqu'il se trouve sous une mesure de protection de sauvegarde de justice. L'article 435, alinéa 1^{er} du Code civil reconnaît que la personne « *conserve l'exercice de ses droits* ». Afin de suppléer toutefois la carence de celle-ci, il est préférable en pratique qu'une autre personne gère ses biens. Diverses voies sont offertes pour réaliser cela. A travers le mécanisme de la représentation, deux solutions s'offrent : le mandat conventionnel et la gestion d'affaires.

145. Le rapprochement des droits. La tentation est grande de rapprocher la gestion qui s'opère sous la sauvegarde de justice à celle qui se réalise sous la mesure de l'assistance judiciaire en droit arabe. Les deux mesures sont, en effet, ressemblantes tant du point de vue de l'impact sur la capacité que des effets qu'elles produisent sur la gestion du patrimoine. La différence notable gît toutefois dans l'expression législative : explicite en droit français, implicite en droit arabe. En droit français, les dispositions relatives à la gestion du patrimoine expriment, de façon claire, les configurations éventuelles que pourrait emprunter l'organisation de la gestion. Il faudra, en revanche, un effort d'interprétation et de rapprochement des notions en droit arabe pour saisir l'organisation de la gestion du patrimoine. C'est dire que notre

³¹² H. AL-DABBAGH, « Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des États arabes du Moyen-Orient », *Op. cit.*, p. 422.

traitement de la question se réalise ici sous bénéfice d'inventaire. A cet égard, l'organisation du patrimoine d'une personne sous une mesure, peu incapacitante, pourrait épouser le cadre du mandat conventionnel (a), sinon, celui de la gestion d'affaires (b). En dernier lieu, il y a toujours la possibilité de faire intervenir le juge et d'aller vers une désignation judiciaire d'un représentant. Nous soulignerons, cependant et immédiatement, que l'intervention judiciaire est, en droit arabe, avec la mesure de l'assistance judiciaire, automatiquement prévue. C'est en effet, le juge qui soumet la personne à cette mesure d'assistance judiciaire. La différence d'avec le droit français, sous la mesure de la sauvegarde de justice, est donc fondamentale. Il n'empêche qu'en droit arabe le mandat conventionnel simple atteint rapidement ses limites. Afin de pouvoir aller au-delà et pouvoir réaliser certains actes, il est indispensable de désigner un représentant. Les trois droits se rejoignent sur ce point. Cela nous autorise et nous conforte dans notre analyse.

A. Le mandat conventionnel

146. Mandat de prévision. L'article 436, alinéa 2 C. civ. dispose que « *le mandat par lequel la personne protégée a chargé une autre personne de l'administration de ses biens continue à produire ses effets pendant la sauvegarde de justice* ». Ce texte est à rapprocher de l'ancien article 491-3 C. civ. de la loi du 3 janvier 1968. Ce dernier prévoyait que « *lorsqu'une personne, soit avant, soit après avoir été placée sous la sauvegarde de justice, a constitué un mandataire à l'effet d'administrer ses biens, ce mandat reçoit exécution* ». Mais, concomitamment à cette reconnaissance, le législateur a fait entrer le juge, à travers un contrôle de la révocation du mandat. Ceci, précisons-le, constitue une dérogation au principe libre de révocabilité du mandat, reconnu par l'article 2004 C. civ. Le texte de cet article est extrêmement clair. Il dispose que « *le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute* ». Cette dérogation se comprend aisément. Elle a pour objectif de protéger la personne contre elle-même, si pour des raisons non valables, elle envisageait de révoquer le mandat durant la période de sauvegarde de justice. Dans cette veine de la protection, l'article 491-3 C. civ. de la loi de 1968 disposait, de façon explicite, que « *dans tous les cas, le juge, soit d'office, soit à la requête de l'une des personnes qui aurait qualité pour demander l'ouverture d'une tutelle, peut prononcer la révocation du mandat* ». C'est pourquoi, aujourd'hui, l'article 436, alinéa 1^{er} est quasi identique à l'ancien article de 1968. Mais nous remarquons rapidement que le texte actuel

parle du mandat donné antérieurement au placement sous sauvegarde de justice. Il est possible de défendre l'hypothèse que le « sauvegardé » bénéficie totalement de la possibilité de donner ce mandat postérieurement au placement. Cette mesure de protection lui permet, en effet, de garder toute sa capacité juridique. Jacques Massip considère, au contraire, que « *pareille interprétation ne saurait, à vrai dire, prospérer* ». Par ailleurs, le texte actuel précise davantage le régime de la révocation. Contrairement à la loi ancienne de 1968, le mandant ne bénéficie plus de la possibilité de la révocation, et ce, même avec l'autorisation du juge. Il n'y a que ce dernier qui peut l'entreprendre. Le juge a également la possibilité de suspendre le contrat. Cet ajout est salué par la doctrine. Nous estimons, à juste titre, que « *la solution est appréciable, car elle permet une protection provisoire des intérêts du majeur (en permettant au juge qui ne connaît pas encore suffisamment la situation de protéger le mandant contre une éventuelle mauvaise gestion par le mandataire), sans engager l'avenir en laissant ouverte la possibilité de redonner effet au mandat* ». Les différences avec le droit antérieur se poursuivent sur le terrain des comptes du mandataire. Alors, que par le passé, le juge pouvait ordonner que les comptes lui soient remis, le texte actuel est silencieux sur ce point. Une doctrine autorisée estime que cette possibilité devrait être toujours valable.

147. Faux-semblants entre le droit français et le droit arabe. Il est loisible de faire état d'une physionomie assez identique, en droit arabe, avec la mesure de l'assistance judiciaire. La définition du mandat dans les deux codes civils est celle que nous retrouvons en droit français. En effet, l'article 1984 du Code civil français définit le mandat comme « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». Dans l'article 699 du Code civil égyptien, « *le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'engage à accomplir un acte juridique pour le compte du mandant* ». Enfin, pour l'article 698 du Code civil koweïtien : « *le mandat est un contrat par lequel le mandant donne le pouvoir au mandataire pour accomplir un acte juridique* ». La première remarque, qu'il faut souligner s'agissant des dispositions civiles du droit arabe, est l'absence de toute référence à la mesure de l'assistance judiciaire. Il n'est donc pas exclu qu'un doute légitime quant à la pertinence de rattacher le mécanisme du mandat au droit des incapacités surgisse. Si tel était le cas, il est évident que notre analyse serait contrainte. La viabilité, voire la fiabilité, seront suspectes. Plus que cela : les deux dispositions du droit arabe n'évoquent guère l'administration des biens de la personne. Il s'agit (seulement) de l'accomplissement d'actes juridiques. Evidemment, il ne fait pas de doute que cette gestion peut être subsumée sous le volet de l'acte juridique. Il n'empêche : le silence des deux législateurs ne signifie-t-il pas en réalité et, *in fine*, le rejet de

la solution reconnue par l'article 436 du Code civil français ? D'aucuns pourraient estimer que, si la volonté des deux législateurs était celle d'une reconnaissance de la possibilité de faire fonctionner le mandat sous une mesure de protection, le propos n'aurait guère été laissé dans l'implicite. Il est toujours possible de continuer à égrener les interrogations et de tenter d'y répondre en avançant des conjectures. Telle ne sera pas notre position. Notre argumentaire empruntera deux voies : celle du traitement judiciaire existant et celle de la comparaison des textes, en dépit de l'incomplétude normative du code civil arabe. Concernant, le traitement judiciaire existant, nous voulons, ici, informer le lecteur que, du fait de notre expérience professionnelle, l'utilisation du mandat en lien avec la mesure de l'assistance judiciaire est chose assez courante en Egypte. Attester de cette réalité passe par la comparaison des dispositions normatives en droit français et en droit égyptien. Le droit koweïtien n'est, en définitive, pas concerné par cette problématique. Car le législateur koweïtien a opéré un choix explicite quant au refus du fonctionnement d'un mandat lorsque la capacité du mandant est affectée. L'article 716 du Code civil dispose que « *le mandat prend fin par la conclusion de l'affaire ou à l'expiration du terme pour lequel il est donné, comme il prend fin également à la mort du mandant ou du mandataire ou lorsque l'un des deux perd sa capacité juridique* ». Le propos est dénué d'ambiguïté. Le mandat antérieurement donné à la prononciation du jugement prononçant l'ouverture d'une mesure de protection ne saurait produire aucun effet. Le droit koweïtien des incapacités et le mécanisme du mandat s'excluent. Cette interdiction est totalement absente du texte civil égyptien. L'article 714 du Code civil, identique à l'article 716 du Code koweïtien, ne contient aucune mention liée à la diminution de la capacité juridique. Le choix du législateur koweïtien est, par conséquent, un choix délibéré. Cela est d'autant plus évident qu'il a déjà été fait mention, auparavant, de l'antériorité du Code civil égyptien par rapport au Code koweïtien mais, aussi et surtout, vis-à-vis de l'un des inspireurs de ce code, le juriste Al Sanhouhy. La comparaison se poursuit, dès lors, avec le droit égyptien uniquement. A l'instar de l'article 2004 du Code civil français concernant la révocabilité du mandat, nous retrouvons la même philosophie normative avec l'article 715 du Code égyptien qui dispose, en son alinéa 1^{er}, que « *le mandant peut, à tout moment et nonobstant toute convention contraire, révoquer ou restreindre le mandat* ». Cette solution va à l'encontre de celle du droit actuel français. Ce dernier ne place la possibilité de la révocation du mandat qu'entre les mains du juge.

B. La gestion d'affaires

148. L'application subsidiaire. L'article 436, alinéa 2 C. civ., dispose qu'en l'absence de mandat, « *les règles de la gestion d'affaires sont applicables* ». Cela se produit lorsqu'un membre de la famille ou un tiers (personne ou établissement qui héberge le majeur), prend l'initiative d'assurer l'administration des biens du majeur protégé. Cette obligation est tributaire de la connaissance, à la fois, de l'urgence de la situation et du placement sous sauvegarde. Cette solution était envisagée, par le passé, à travers l'article 491-4, alinéa 2 de la loi du 3 janvier 1968. La différence, entre les deux textes, est que l'obligation, vis-à-vis de la personne qui héberge le majeur, était « *éventuelle* ». Avec le nouveau texte, la réserve a disparu. Cette obligation énoncée dans l'article 436, alinéa 2 C. civ. se heurtera à la publicité rudimentaire de la sauvegarde de justice. C'est pourquoi, il est évident que les personnes visées par cet article seront dans la nécessité de recourir au procureur de la République afin d'obtenir une copie de la déclaration médicale ou de la décision du juge des tutelles. La comparaison avec le droit égyptien est là également possible, en dépit des précautions nécessaires que nous devons prendre. D'abord, il n'est pas dit, dans le texte civil égyptien, que c'est l'absence du mandat qui peut ouvrir les portes de la gestion d'affaires. Cependant, il est possible d'inférer du caractère urgent inhérent au mécanisme de la gestion d'affaires que le Code civil égyptien vise bien la situation couverte par l'article 436 du Code civil français. Le silence législatif égyptien n'est donc pas un obstacle dirimant sur le chemin de la convergence normative. L'article 188 du Code égyptien dispose, en effet, qu'« *il y a gestion d'affaires lorsqu'une personne, sans y être obligée, assume sciemment la gestion d'une affaire urgente d'une autre personne pour le compte de celle-ci* ». L'autre différence est, toutefois, l'absence de l'obligation faite aux membres de la famille de faire les actes conservatoires que la gestion du patrimoine nécessite (art. 436, al. 3, C. civ.). En revanche, l'obligation d'aller au terme de la mission est reconnue par les deux droits. En effet, le texte de l'article 1372, alinéa 2 C. civ. dispose que « *lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire* ». Cette obligation se retrouve donc sous l'article 191 qui dispose que « *le gérant doit continuer le travail qu'il a commencé jusqu'à ce que le maître de l'affaire soit en mesure d'y procéder lui-même* ». Quant à la responsabilité engagée, les deux droits s'inscrivent dans la même veine. Il faut apporter « *tous les soins d'un bon père de famille* » pour reprendre le texte de l'article 1374 du Code civil français. L'article

192 du Code civil égyptien énonce, quant à lui, que « *le gérant doit apporter à la gestion la diligence d'un bon père de famille. Il répond de sa faute* ». Enfin, la convergence des dispositions se nourrit davantage lorsqu'il s'agit d'analyser les conditions au sein desquelles se déploie la désignation du représentant.

149. Le mandataire spécial. L'article 437, alinéa 2 C. civ. dispose que « *le juge peut désigner un mandataire spécial, dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles 445 et 448 à 451, à l'effet d'accomplir un ou plusieurs actes déterminés, même de disposition, rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée. Le mandataire peut, notamment, recevoir mission d'exercer les actions prévues à l'article 435* ». Cet article répond aux situations où le mandat conventionnel ou la gestion d'affaires sont insuffisants ou, par exemple, lorsque l'intérêt du majeur va à l'encontre du maintien du mandat conventionnel. L'article 437 prévoit, dès lors, que « *s'il y a lieu d'agir en dehors des cas définis à l'article 436 [ce qui vise le mandat conventionnel, la gestion d'affaires], tout intéressé peut en donner avis au juge* ». Nous relevons, ici, de façon claire, la subsidiarité du mandat spécial et, surtout, la nécessité d'agir pour le compte du majeur protégé. L'article 702 est travaillé par la même rationalité, celle permettant l'accomplissement d'actes déterminés et précis. Il dispose qu'« *1° en dehors des actes d'administration, un mandat spécial est nécessaire, notamment pour conclure une vente, constituer une hypothèque, faire une libéralité, une transaction, un aveu, un compromis, ainsi que pour déférer un serment ou défendre en justice. 2° Le mandat spécial pour une catégorie déterminée d'actes juridiques est valable, même si l'objet de l'acte n'est pas spécifié, sauf en ce qui concerne les actes à titre gratuit. 3° Le mandat spécial ne confère au mandataire que le pouvoir d'agir dans les affaires qui y sont spécifiées et leurs suites nécessaires selon la nature de l'affaire et l'usage* ». Quant au choix du mandataire, le législateur égyptien est muet sur ce point. Il n'est pas excessif de considérer qu'à la lumière du principe de la priorité familiale, le mandataire spécial est, tout d'abord, désigné au sein de la famille. En France, la situation ne souffre pas d'ambiguïté. Avec le passage de la loi de 1968 à 2007, la liberté du juge des tutelles s'est restreinte. Contrairement à l'article 491-5 C. civ. de la loi de 1968, l'article 437, alinéa 2 impose au juge, par un jeu de renvois, de se plier à la hiérarchie imposée par le législateur. La nomination du mandataire devra se réaliser suivant les règles applicables pour désigner le curateur ou le tuteur (art. 445, 448 à 451 C. civ.). Le respect de la hiérarchie, devant faire primer la famille à travers l'article 449 C. civ., s'impose par ailleurs. A défaut de désignation d'une personne de la famille ou de l'entourage, le juge devra nommer un

professionnel, un mandataire judiciaire à la protection des majeurs (art. 450 C. civ.).

150. La gestion du patrimoine sous la curatelle et la tutelle. La gestion du patrimoine sous la mesure de la curatelle et de la tutelle est différente de celle sous la mesure de sauvegarde de justice. Les règles diffèrent en fonction de la capacité reconnue au majeur protégé. Cette idée est totalement partagée par les trois droits. Toutefois, il convient de noter ici qu'en France, le régime a connu une évolution substantielle à travers plusieurs réformes. La philosophie centrale, qui anime les trois droits, est la mesure de l'autonomie dont pourrait jouir le majeur protégé. Une autonomie importante permettra au majeur vulnérable d'effectuer certains actes sans exiger l'intervention de la personne chargée de la protection. L'autorisation imposée sera celle du tribunal. En revanche, une autonomie réduite empêchera la conclusion de certains actes, voire un encadrement strict des conditions de réalisation de celui-ci. La comparaison entre le droit arabe et le droit français de la gestion du patrimoine révèle, à l'instar d'autres points déjà abordés, un décalage entre une vision stationnaire et une vision réformatrice. Notre propos ne se veut guère polémique. A cet égard, nous nous précipitons pour souligner l'absence de stigmatisation du droit arabe. Scientifiquement, au demeurant, cela ne signifie rien. Il ne s'agit guère, pour nous, de vanter les mérites de la réforme et d'accabler, du coup, un droit qui certes n'a pas connu d'évolutions substantielles. Le risque de l'ambivalence inhérent à toute réforme législative doit constamment attirer l'attention du juriste. Ainsi, il est sain, en droit comme ailleurs, d'éviter la tyrannie de la ligne droite. L'évolution du droit et, donc, sa transformation sont des nécessités. Le droit est un outil de régulation sociale. Son changement s'inscrit dans la normalité de celle de la société. La problématique afférente aux libéralités, en droit français, le prouve de façon éclatante. De restrictives sous la loi de 1968, les règles relatives aux libéralités ont connu une ouverture graduée et progressive. La reconnaissance de plus en plus accentuée et appuyée du législateur français vis-à-vis de l'autonomie de la personne protégée y a joué un rôle majeur et moteur. En droit arabe, cette reconnaissance n'est pour l'heure que résiduelle. Il ne fait pas de doute que l'heure viendra où des changements de cette nature se produiront sous le ciel juridique arabe. Étonnamment, sur certains points, néanmoins, le droit arabe est au diapason avec le droit français. La matière relative au testament est là pour nous le rappeler. S'il a fallu une évolution lente mais réelle du droit français pour que la personne protégée puisse tester seule et donc sans l'assistance ou la représentation du protecteur, le droit arabe offre, dès le départ, cette possibilité. L'exigence du droit français pour que cela se réalise est l'autorisation du conseil de famille (inexistant en droit arabe) ou du juge des tutelles. Cette autorisation est celle demandée par les deux législateurs égyptien et koweïtien.

Dans le cadre du régime de la tutelle, le tuteur est totalement déchargé de la gestion de son patrimoine. Cette gestion renvoie aux mêmes règles, qu'il s'agisse de mineurs ou de majeurs. Ces règles sont énoncées par les articles 496 et suivants du Code civil. L'article 496 C. civ. prévoit, à cet effet, que « *le tuteur représente la personne protégée dans les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine* ». Concernant précisément les majeurs, c'est l'article 474 C. civ. qui précise que « *la personne en tutelle est représentée dans les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine dans les conditions et selon les modalités prévues au titre XII* ». Cela dit, la représentation de la personne protégée permet de laisser une marge de manœuvre pour certains actes qui ne seront pas accomplis par le tuteur. L'article 473, alinéa 2 C. civ. permet au juge d'énumérer certains actes que la personne sous tutelle pourra accomplir seule ou avec l'assistance de son tuteur. Par conséquent, lorsque le magistrat permet à la personne protégée d'agir seule, le tuteur est dépourvu de tout pouvoir. Rappelons, par ailleurs, que le tuteur est également dépourvu de tout pouvoir à l'égard des actes strictement personnels³¹³.

Il importe de mettre en exergue, cependant, deux types d'actes figurant comme des actes particuliers : les libéralités et les actions en justice.

151. Les libéralités. En France, c'est un « *souffle de libéralisme* »³¹⁴ qui a atteint les règles relatives au testament de la personne protégée. Le résultat est aujourd'hui un allègement des contrôles auxquels est soumise la personne protégée. Cela s'inscrit dans la nouvelle philosophie de la loi qui se veut plus respectueuse de l'autonomie de la personne. Sous l'empire de la loi de 1968, « *le testament fait après ouverture de la tutelle [était nul de droit]* » (art. 504, alinéa 1 C. civ.). Cette impossibilité était telle qu'elle incluait même la période de l'intervalle lucide. Le tuteur pouvait, toutefois, faire son testament durant l'existence de la mesure, s'il avait obtenu l'autorisation du juge. En revanche, « *le testament antérieurement fait [devait rester] valable, à moins qu'il ne soit établi que, depuis l'ouverture de la tutelle, a disparu la cause qui a déterminé le testateur à disposer* » (alinéa 2). Cette solution garantissait, *in fine*, la révocabilité du testament. Ce dispositif a connu, par la suite, des changements avec la loi du 23 juin 2006. Le principe de nullité du testament effectué après l'ouverture de la mesure était maintenu. Cette loi a, par ailleurs, écarté le principe afférent et inhérent à la tutelle : la représentation du tuteur. Cela se comprend aisément au vu de la cause fort subjective du testament. En revanche, elle a institué l'obligation de l'assistance du tuteur, ce qui ne laisse pas d'interroger. Cette loi a conduit également à la substitution du conseil de famille au juge des tutelles. Si cette optique

³¹³ Les actes strictement personnels seront abordés par la suite.

³¹⁴ D. NOGUERO, « Le testament des majeurs protégés : une liberté encadrée », *Defrénois*, 2017, p. 17.

s'inscrit dans une reconnaissance de l'indispensable liberté devant être reconnue à la personne protégée, il n'en demeure pas moins vrai que cette solution comporte certains dangers. La cupidité de la famille constitue malheureusement une réalité maintes fois dénoncée. Enfin, l'alinéa 2 de l'article 504 issu de cette loi du 23 juin 2006 a reconnu la possibilité de révocation du testament fait avant comme après l'ouverture de la tutelle, et ce, au bénéfice du seul tuteur³¹⁵.

Avec la réforme du 5 mars 2007, le droit antérieur est maintenu avec quelques modifications. L'alinéa 2 de l'article 476 C. civ. prévoit que la personne protégée « *ne peut faire seule son testament après l'ouverture de la 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* ». Nous relevons la suppression de l'obligation de l'assistance du tuteur. La saisine du juge ne saurait déboucher sur l'examen du contenu du testament établi par la personne protégée. Le rôle du juge est cantonné à la vérification de la capacité d'expression et de la volonté de la personne protégée. Par ailleurs, le testament fait avant la mise en place de la mesure de tutelle est valable. La même réserve, quant à la cause ayant déterminé le testateur à disposer, demeure. Enfin, suivant l'alinéa 3 du texte, il est prévu que la personne « *peut seule révoquer le testament fait avant ou après l'ouverture de la tutelle* ». Face à cette dernière (et nouvelle) solution, la doctrine est dubitative. Il a été souligné, en effet, que « *la mise sous tutelle fait présumer l'absence de lucidité du majeur, si bien qu'il paraît quelque peu dangereux de lui laisser cette possibilité de révoquer seul un testament* ». Dès lors, cette doctrine estime qu'il serait « *plus prudent que le tuteur saisisse le juge lorsque le majeur manifestera la volonté d'opérer une telle révocation* »³¹⁶.

En droit arabe, le droit de tester est reconnu dès le départ. Point donc d'évolution ou de modification du code civil. Soulignons, ici, que cette reconnaissance, qui pourrait sembler étonnante, est la conséquence de l'intégration d'une solution issue du droit musulman. Le testament est, en droit musulman, profondément lié au droit de la famille, un droit qui, comme nous l'avons souligné à maintes reprises, fonctionne sous la rationalité islamique. Ainsi, l'article 116 alinéa 1^{er} du Code civil égyptien dispose que « *l'acte constitutif [du] testament consenti par une personne frappée d'interdiction pour prodigalité ou pour imbécillité est valable, si l'interdit y a été autorisé par le tribunal* ». L'article 102 du Code civil koweïtien

³¹⁵ L'article 504, alinéa 2 de la loi du 23 juin 2006 dispose que : « *Le testament antérieurement fait restera valable, à moins qu'il ne soit établi que, depuis l'ouverture de la tutelle, a disparu la cause qui a déterminé le testateur à disposer* ».

³¹⁶ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1474.

emprunte la même phraséologie. Les dispositions relatives à ces deux articles sont explicites. Point de nécessité de l'intervention du curateur pour y effectuer l'acte de testament. L'autorisation du tribunal constitue une condition suffisante. Il aurait été possible, à travers le mécanisme de renvoi utilisé par les deux codes, de mettre en exergue l'objectif derrière le contrôle du tribunal. Ce dernier chercherait évidemment à éviter que le testament n'engendre une condition défavorable à l'égard de la personne protégée. En effet, les actes accomplis par la personne prodigue ou frappée d'imbécillité reçoivent le traitement réservé aux actes accomplis par le mineur pourvu de discernement. De ce fait, si les actes sont profitables, le testament est *ipso facto* recevable. Si les actes sont préjudiciables, la sanction sera la nullité de droit. Si, en revanche, l'acte se situe entre le profit et le préjudice, le tribunal pourra, souverainement et à la lumière d'un certain nombre d'éléments, déterminer l'issue juridique. Toutefois, les dispositions relatives au testament, en droit arabe, soumettent cette validité à l'autorisation du tribunal. Cela signifie que la validation du testament est acquise *via* cette autorisation. Il n'y a donc pas lieu de faire jouer la règle gouvernant les actes accomplis par le mineur pourvu de discernement. Cela dit, l'absence de mention des personnes atteintes de démence ou d'infirmité mentale dans les deux codes arabes, s'agissant du testament, conduit à devoir en tirer la conclusion qui s'impose : l'interdiction pure et simple à ces personnes de tester. Cela rejoint totalement, au demeurant, la solution du droit français, d'avant la réforme.

SECTION 2 : L'innovation juridique française

Les deux dispositifs innovants en droit français sont, d'une part, le mandat de protection future (PARAGRAPHE 1) et, d'autre part, l'habilitation familiale (PARAGRAPHE 2). L'inexistence de telles mesures en droits égyptien et koweïtien impose une présentation descriptive à destination évidemment du lecteur arabe qui n'exclut aucunement un développement analytique sur la plus-value de ces deux mesures au droit français des incapacités. Cette étude consistera, en effet, non pas uniquement à brosser le portrait de l'innovation législative française mais à tenter de mesurer la pertinence quant à l'introduction, à l'avenir, de cette manière de protéger dans le droit arabe. Cette étude comparative vise, rappelons-le, à ouvrir des perspectives d'évolution et de transformation du droit arabe des incapacités.

PARAGRAPHE 1 Le mandat de protection future

152. L'avènement de la contractualisation. Lorsqu'il s'agit de présenter le mandat de protection future, la doctrine est dithyrambique. Les adjectifs pour caractériser cette mesure,

née en 2007, ne manquent pas : « *Innovation la plus remarquée* »³¹⁷, « *la plus spectaculaire et sans doute la plus riche de potentialités* »³¹⁸. Alors même qu'il n'avait pas encore fait formellement son entrée sur la scène juridique française, le mandat de protection future était mis au pinacle. L'enthousiasme des praticiens, en premier lieu des notaires, semblait débordant. Nous pouvions, à cet égard lire, dès 2006, sous la plume de certains notaires, que « *dans le cadre de plusieurs congrès, le notariat a depuis fort longtemps rappelé l'intérêt du mandat de protection future en tant qu'alternative spécifique de protection de la personne vulnérable. Depuis plusieurs années déjà, le mandat est évoqué avec constance dans le projet de réforme du droit des incapacités. A l'instar des législations étrangères précitées, il pourrait devenir la figure emblématique de l'autonomie de la volonté et du droit des personnes protégées* »³¹⁹. C'est pourquoi « *le mandat de protection future constitue sans nul doute l'innovation la plus marquante de la réforme de 2007* »³²⁰ et du coup « *certainement la mesure la plus médiatisée* »³²¹. Cela dit, en dépit des propos laudateurs, il y a eu des critiques, tant antérieures³²² à l'adoption de la mesure que postérieures à celle-ci. Parmi ces dernières, il est loisible de citer deux d'entre-elles : celles de Philippe Malaurie et de Dominique Fenouillet. Elles traduisent une 'croyance' mitigée quant à la capacité de cette nouvelle mesure à protéger réellement et convenablement la personne vulnérable. Le principal grief adressé à cette nouvelle mesure est, nous semble-t-il, d'être (ou de paraître) une protection de moyenne, voire de moindre qualité, que les mesures judiciaires. Le professeur Philippe Malaurie estime que le législateur français n'est pas allé au bout de la logique lors de la confection de cette mesure protectrice. Il s'est ainsi « *arrêté au milieu du parcours* »³²³. Le mandat de protection future est donc, aux yeux de l'éminent juriste, « *qu'une demi-protection* » qui ne confère « *qu'une protection insuffisante au mandant* ». Il met en lumière et en garde en soulignant qu'« *on protège ou on ne protège pas ; on ne protège pas à moitié. Or, dans le régime prévu par la loi, le mandant demeure capable, même après la mise en exécution du mandat, malgré l'altération de ses facultés médicalement constatée et estampillée par le greffe. Il est capable, mais d'une capacité diminuée, 'sauvegardée'. Le majeur qui s'était cru protégé par son mandat est en*

³¹⁷ J.-J. LEMOULAND, J.-M. PLAZY, « Majeurs protégés », *D.*, 2008, Pan., p. 315

³¹⁸ H. FULCHIRON, « Le notaire et l'exécution du mandat de protection future », *Defrénois*, 2009, art. 38883, pp. 178 à 184, spéc. n° 1.

³¹⁹ N. COUZIGOU-SUHAS, Y. LE LEVIER, « Le mandat de protection future », *Defrénois*, 2006, art. 3837, p. 633 et s.

³²⁰ I. MARIA, *Droit de la famille*, Op. cit., p. 650.

³²¹ D. FENOUILLET, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Defrénois*, 2009, n°2, p. 142 et s.

³²² V. spéc. D. NOGUERO, « Interrogation au sujet du mandat de protection future », *D.*, 2006, chron., p. 1133.

³²³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Op. cit., p. 368.

réalité mal protégé, d'une protection peu efficace et illusoire »³²⁴. Et c'est sur ce point de l'illusion de la protection que le professeur Dominique Fenouillet estime que le mandat de protection future est une « *technique peu convaincante* »³²⁵. Elle l'est parce que, d'après l'auteur, les volontés individuelles sont en incapacité de générer la protection opportune. La mise à l'écart du juge, inhérente au mandat de protection future, lui semble potentiellement créatrice d'insécurité juridique. Il faut, en effet, avant d'« *applaudir à une telle protection, vérifier que les volontés individuelles sont conformes à l'intérêt de la personne soi-disant protégée. Or, cette conformité est douteuse. La reconnaissance aux volontés individuelles du pouvoir d'organiser la protection à venir va de pair avec l'effacement du juge des tutelles. Et cet effacement n'est pas sans danger* »³²⁶. La présence du juge dans la 'fabrication' de la mesure protectrice est, par conséquent, nécessaire, voire indispensable. Il constitue une pièce maîtresse dans le droit des incapacités. Ainsi, « *le juge n'est pas « l'empêcheur de tourner en rond » ; il est le tiers impartial et désintéressé, qui apprécie les intérêts, veille à la liberté, sanctionne les obligations, assure la neutralité. Les volontés privées présentent-elles les mêmes garanties ? L'analyse révèle que non, si bien que le mandat de protection future s'avère n'être qu'une protection illusoire* »³²⁷.

153. L'apport des expériences étrangères. Toutefois, le mandat de protection future, malgré les critiques véhémentes, constitue incontestablement une avancée majeure dans le droit des incapacités. Une avancée et non pas une création *ex nihilo*. En effet, la sphère familiale et personnelle avait déjà fait l'expérience du mouvement de la contractualisation. Diverses lois antérieures à la réforme de 2007 avaient, en effet, introduit le mécanisme du contrat³²⁸ dans la régulation des rapports familiaux et personnels. Le mandat de protection future figure, dès lors, comme une création attendue, du moins, espérée et voulue. La surprise n'est donc pas le vocable adéquat pour caractériser l'arrivée de cette nouvelle mesure dans le droit français. Cela est d'autant vrai que l'ensemble de la doctrine est unanime à souligner la convergence de certains éléments qui ont favorisé, voire précipité, l'introduction de cette nouvelle mesure dans le droit français des incapacités. Il s'agit des expériences législatives étrangères ainsi que de l'influence des dispositions du droit supranational, tant communautaire qu'international sur le droit interne français. Le droit comparé a, ainsi, joué un rôle considérable, amenant le législateur français à se convaincre que le succès enregistré par ce qui est convenu de nommer un mandat de prévision

³²⁴ *Op. cit.*, p. 368.

³²⁵ D. FENOUILLET, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Op. cit.*, p. 142.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ V. I. MARIA, *Op. cit.*, p. 653.

sous d'autres cieux ne pouvait qu'avoir des résultats identiques dans l'Hexagone. Les exemples espagnol, allemand, brésilien et surtout québécois sont constamment cités à l'appui de l'idée que la création normative ne peut désormais se faire à l'abri de frontières étanches. Le nomadisme législatif a survécu. Le droit comparé laisse voir son pouvoir subversif³²⁹. S'agissant de la sphère supranationale, il faut mentionner la recommandation du Conseil de l'Europe, en date du 23 février 1999, et les dispositions de la Convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes.

154. L'objectif de la préservation de la capacité. Le principe central, issu de cette recommandation, est de ne pas verser directement, automatiquement et, surtout, systématiquement vers des mesures juridiques incapacitantes. La vulnérabilité de fait ne doit pas se muer en une incapacité juridique de façon systématique. La préservation de la capacité de la personne doit être constamment recherchée. Par ailleurs, les Etats membres ont été invités à réfléchir et, donc, à devoir intégrer, au sein de leurs cadres normatifs, des instruments permettant l'anticipation d'une incapacité future. De son côté, la Convention de la Haye a joué un rôle considérable dans la mise en place de mécanismes protecteurs pour les personnes vulnérables³³⁰. L'alinéa 1^{er} du premier article dispose que « *la présente Convention s'applique, dans les situations à caractère international, à la protection des adultes qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, ne sont pas en état de pourvoir à leurs intérêts* ». L'article 15, qui définit le mandat d'incapacité, énonce que « *l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation conférés par un adulte, soit par un accord, soit par un acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts, sont régies par la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'adulte au moment de l'accord ou de l'acte unilatéral [...]* ». L'article 16 précise la portée de l'article précédent en disposant que « *les pouvoirs de représentation prévus à l'article 15, lorsqu'ils ne sont pas exercés de manière à assurer suffisamment la protection de la personne ou des biens de l'adulte, peuvent être retirés ou modifiés par des mesures prises par une autorité*

³²⁹ H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, n° 3, p. 503 et s. Il serait évidemment possible de poursuivre l'analyse sur la fonction et la portée du droit comparé sur le droit français en élargissant le spectre de notre recherche et en nous intéressant aux visions assez diamétralement opposées, reconnaissons-le, de certains auteurs de la doctrine française. Voir à ce sujet, O. BEAUD, R. LIBCHABER, « Où va l'Université ? Les chemins de la liberté », *JPC G*, 2004, doct. 1264 et la réponse (cinglante, nous semble-t-il) de Ch. JAMIN, M. XIFARAS, « Retour sur la 'critique intellectuelle' des facultés de droit », *JPC G*, 2015, p. 154. Pour une vue générale sur les droits étrangers, se reporter aux différentes contributions, in G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg, I. Maria (dir.), *Protection des majeurs : Bilan et perspectives : De la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?* Op. cit., p. 227 et s.

³³⁰ M. REVILLARD, « La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat d'incapacité », in *Le droit international privé : esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 725 et s.

ayant compétence selon la Convention. Pour retirer ou modifier ces pouvoirs de représentation, la loi déterminée à l'article 15 doit être prise en considération dans la mesure du possible ».

155. Les prérogatives du mandant. L'alinéa 1^{er} de l'article 47 du Code civil dispose que *« toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts »*³³¹. Le mandat de protection future est, par conséquent, un contrat. Il *« apparaît comme la convention aux termes de laquelle le mandant confère au mandataire des pouvoirs plus ou moins étendus à l'effet de s'occuper de sa personne et de la gestion de ses biens, pour le cas où ses facultés viendraient à être altérées »*³³². De là, certaines exigences doivent être respectées. La situation du mandant est, tout d'abord, envisagée par le législateur. Si, en effet, ce dernier est sous curatelle, il ne pourra *« conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur »* (C. civ., art. 477, al. 2). La situation est différente pour un parent placé sous curatelle qui souhaite souscrire un tel mandat pour son enfant. La réponse du législateur est négative (C. civ., art. 477, al. 3). Nous relevons aisément que la possibilité de conclure un tel mandat est tributaire de la question de la capacité juridique reconnue à la personne. C'est pourquoi, la personne sous sauvegarde de justice est totalement en mesure de conclure seule un tel mandat, puisque sa capacité est maintenue. Il est donc parfaitement concevable d'articuler une mesure conventionnelle avec une mesure judiciaire. S'agissant du mandataire, il faut se reporter aux deux alinéas de l'article 480 du Code civil : *« 1° Le mandataire peut être toute personne physique choisie par le mandant ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles. 2° Le mandataire doit, pendant toute l'exécution du mandat, jouir de la capacité civile et remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires par l'article 395 et les deux derniers alinéas de l'article 445 du présent code »*³³³. Cela dit, il est possible, pour le mandant, de choisir plusieurs mandataires. Cependant, dans ce cas, le risque est *« de voir apparaître des difficultés quant à la répartition des pouvoirs. Dans une telle hypothèse, le juge des tutelles reprendrait alors son office, puisqu'il est chargé*

³³¹ Voir également, l'article 494-8, al. 2 du Code civil.

³³² N. COUZIGOU-SUHAS, Y. LE LEVIER, « Le mandat de protection future », *Op. cit.*.

³³³ Les deux derniers alinéas de l'article 445 du Code civil : *« Les membres des professions médicales et de la pharmacie ainsi que les auxiliaires médicaux ne peuvent exercer une charge curatéliaire ou tutéliaire à l'égard de leurs patients. Le fiduciaire désigné par le contrat de fiducie ne peut exercer une charge curatéliaire ou tutéliaire à l'égard du constituant ».*

de contrôler l'exécution du mandat en vertu de l'article 484 C. civ. »³³⁴. La doctrine attire l'attention, à cet égard, sur le bénéfice de désigner plusieurs mandataires. Ainsi, « *il est opportun d'anticiper le risque que le mandataire désigné soit décédé ou lui-même incapable le jour où le mandat de protection future sera mis en œuvre, en désignant un autre mandataire qui pourra intervenir en pareille situation. Autrement, le mandat de protection future risque de demeurer lettre morte faute de pouvoir être exercé par la personne qu'il désigne* »³³⁵. L'exigence d'un certificat médical est rappelée à l'article 481 : « *1° Le mandat prend effet lorsqu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts. Celui-ci en reçoit notification dans les conditions prévues par le Code de procédure civile. 2° A cette fin, le mandataire produit au greffe du tribunal judiciaire le mandat et un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste mentionnée à l'article 431 établissant que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425. Le greffier vise le mandat et date sa prise d'effet, puis le restitue au mandataire* ».

156. L'anticipation. Faire le choix du mandat de protection future traduit la volonté de la personne d'adopter la voie de l'anticipation. Le mandat « *permet d'appréhender des situations simples, mais il se révèle approprié à la gestion d'un patrimoine complexe, constitué de biens situés à l'étranger, de biens domestiques et de biens professionnels* »³³⁶. Les atouts et les bénéfices de la conclusion d'un tel mandat sont en réalité nombreux. Le mandant dispose d'une forte marge de liberté. Et pourtant, les résultats escomptés par le législateur n'ont pas vu le jour. L'engouement pour le mandat de protection future n'est guère advenu. L'explication pourrait épouser plusieurs raisons. L'une d'entre-elles emporte néanmoins notre conviction : manifestement, « *l'anticipation sur les jours mauvais n'est pas dans la culture du peuple latin – carpe diem – et les Français attendent de la loi – et de l'État – une protection lorsqu'ils entrent en grande vulnérabilité* »³³⁷. Différents rapports ont mis le doigt sur les insuffisances et les imperfections de ce nouvel outil législatif³³⁸. Ce mandat de protection future s'illustre et peut se manifester de deux manières : un mandat notarié ou un mandat sous seing privé.

Le mandat notarié est visé par les articles 489 à 491 du Code civil. L'alinéa 1^{er} de l'article 489 C. civ. dispose que « *lorsque le mandat est établi par acte authentique, il est reçu par un notaire choisi par le mandant. L'acceptation du mandataire est faite dans les mêmes formes* ». Ce type

³³⁴ I. MARIA, p. 654.

³³⁵ Ibid.

³³⁶ G. RAOUL-CORMEIL, *Op. cit.*, p. 34.

³³⁷ Ibid.

³³⁸ Voir les différents rapports précédemment analysés.

de mandat octroie, au mandataire, plus de pouvoirs qu'un tuteur sur les biens. L'autorisation du juge s'agissant des actes graves est toujours maintenue. La déjudiciarisation ne peut être totale. L'alinéa second précise les contours de la mise en œuvre du mandat : « *tant que le mandat n'a pas pris effet, le mandant peut le modifier dans les mêmes formes ou le révoquer en notifiant sa révocation au mandataire et au notaire et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant et au notaire* »³³⁹.

157. Les formes du mandat. Le mandat sous seing privé est abordé par les articles 492 à 494 du Code civil. L'alinéa 1^{er} de l'article 492 dispose que « *le mandat établi sous seing privé est daté et signé de la main du mandant. Il est soit contresigné par un avocat, soit établi selon un modèle défini par décret en Conseil d'Etat* ». A cet égard, « *il n'a pas, en revanche, à être écrit de la main du mandant si bien qu'il peut être dactylographié* »³⁴⁰. Quant au mandataire, son acceptation se traduit par l'apposition de sa signature (C. civ., art. 492, al. 2). Enfin, « *tant que le mandat n'a pas reçu exécution, le mandant peut le modifier ou le révoquer dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant* » (C. civ., art. 492, al. 3). S'agissant de l'opposabilité d'un tel mandat vis-à-vis des tiers, l'article 492-1 C. civ. renvoie au droit commun. A cet égard, la doctrine attire l'attention sur le fait que la renonciation du mandataire doit être notifiée exclusivement au mandant et non à l'avocat. Cela « *surprend* » et risque de créer une situation d'insécurité juridique. En effet, que « *se passera-t-il lorsque le mandant ne comprendra pas la portée de cette renonciation ? Le mandataire engagera-t-il sa responsabilité ?* »³⁴¹.

Afin d'activer le mandat et permettre au mandataire d'entamer son engagement, il lui est imposé de se présenter au greffe du tribunal muni de certains documents. Le greffier doit procéder au contrôle de ceux-ci et effectuer les vérifications indispensables. Parmi celles-ci, il y a la vérification de la capacité du mandant et du mandataire au contrat et, donc, la vérification, par exemple, du contreseing du curateur si le mandant est sous curatelle, la vérification du contreseing de l'avocat si c'est lui qui a établi le mandat, etc.³⁴². Il est important de souligner, à ce stade, que ce contrôle n'est guère un contrôle de fond. Il s'agit d'un contrôle formel. Le greffier n'a pas reçu compétence pour effectuer un contrôle approfondi sur le mandat conclu. En revanche, il a toute la possibilité, en cas de manquement (mandat pas assez clair, ou dispositions pas explicites, risquant de créer des zones d'ombres) de procéder à un signalement

³³⁹ La doctrine est assez foisonnante sur ce point.

³⁴⁰ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1489.

³⁴¹ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1492.

³⁴² Il faudra se reporter à l'article 1258 du Code civil.

au juge ou au procureur de la République. Dans le cas où, le mandataire délivre l'ensemble des pièces justificatives et que le contrôle laisse apparaître une régularité dans le suivi de la procédure, « *le greffier vise le mandat et date sa prise d'effet, puis le restitue au mandataire* » (C. civ., art. 481, al. 2). Le visa du greffe est l'acte de naissance effectif du mandat de protection future. Une naissance qui peut être troublée par « *tout intéressé [qui pourrait] saisir le juge des tutelles aux fins de contester la mise en œuvre du mandat ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution* » (C. civ., art. 484). L'effectivité de ce droit à la contestation est, en grande partie, tributaire de la publicité afférente au mandat de protection future. Une publicité inexistante au départ. Une lacune comblée par le législateur depuis lors, et ce, à la suite de nombreuses critiques, notamment de la part de la doctrine. La réponse n'est toutefois pas encore satisfaisante. Le texte prévoyant cette publicité n'a toujours pas reçu de décret d'application. Ce texte reste lettre morte. L'article 477-1 du Code civil dispose, en effet, que « *le mandat de protection future est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités et l'accès sont réglés par décret en Conseil d'Etat* ». En fait, la question de la publicité du mandat de protection future a été soumise à des analyses divergentes. Si la majorité des membres de la doctrine ainsi que les praticiens, particulièrement les notaires, estiment que l'absence de publicité est génératrice d'insécurité juridique, notamment vis-à-vis des tiers, d'autres avancent des arguments différents. Le premier d'entre-deux tient au fait du maintien de la capacité du mandant. Dès l'instant, où la capacité du mandant n'est pas affectée à l'instar du régime de la procuration, la publicité n'a aucun droit de cité. Le second argument est destiné à éviter l'engorgement des demandes au niveau du greffe en ce qui concerne les certificats attestant l'absence de mandat. Le premier argument renvoie à la question de l'étendue et de la portée de la volonté individuelle d'organiser et de déterminer les compétences et les limites du mandant et du mandataire. Les visions et les analyses peuvent se contredire sur ce point. Pour les uns, la volonté individuelle a juridiquement la capacité de réaliser une telle tâche ; pour les autres, la volonté individuelle est bridée et ne saurait dépasser certains seuils. L'intervention de la loi et, donc, celle du juge sont indispensables. Le mandat de protection future est un instrument imparfait, d'après l'analyse de Dominique Fenouillet. L'auteur affirme que « *donner aux volontés privées le pouvoir de déterminer l'étendue de la capacité qu'une personne doit conserver ainsi que les remèdes à apporter à l'altération des facultés personnelles présente a priori l'avantage de la souplesse et du libéralisme : le majeur est libre de dessiner sa protection, et l'on peut présumer que c'est lui qui la dessinera le mieux. [...]. Le majeur pourra choisir le domaine de la liberté contractuelle qu'il conserve, la personne la mieux à même de la protéger dans l'ordre personnel, celle dotée des meilleures capacités de gestion dans l'ordre patrimonial,*

en fonction de son patrimoine ; il pourra répartir la gestion de ses biens en fonction des compétences de tel ou tel, imposer l'accomplissement de telle ou telle obligation (verser telle somme à tel enfant, conserver tel bien, ...), etc. Le mandat serait ainsi la mesure la moins attentatoire à la vie privée et à la liberté civile qui puisse être »³⁴³. Mais l'auteur estime qu'une « telle présentation est discutable » et donc critiquable. Cette présentation « repose sur le mythe selon lequel volonté et intérêt coïncident : on présume que les choix volontaires du sujet seront conformes à ses intérêts. C'est oublier, d'abord, que l'on peut se tromper sur ses propres intérêts ». Outre l'erreur dans l'analyse, les intérêts de la personne sont susceptibles de changer au fil du temps. Cela risque de se matérialiser par la conclusion du mandat et par la date de sa prise d'effet. Ainsi, conclut l'auteur que « le « sur mesure contractuel » paraît ainsi moins protecteur que la « proportionnalité judiciaire ». Quant à la sécurité de la protection offerte par le mandat, elle est, elle aussi, en-deçà de celle qu'offrent les mesures judiciaires »³⁴⁴.

Nous mesurons, à cet égard, le lien puissant qui unit la question de la publicité à celle du maintien ou non de la capacité juridique du mandant. Il importe de souligner que, sur ce dernier aspect, il n'y a guère de consensus en doctrine. Le spectre est extrêmement large de ceux qui admettent une totale capacité au mandant à ceux qui lui dénie celle-ci. Nous nous rangeons à ceux qui croient au maintien d'une capacité totale du mandant. Le mandat est, tout d'abord, une représentation conventionnelle et non légale. L'article 1159 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve, dispose que « 1° L'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant. 2° La représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits ». Ensuite, tant l'esprit que la lettre de la loi vont dans le sens d'un maintien de l'exercice des droits du mandant. Le législateur renvoie, à cet égard, à l'article 478 du Code civil qui figure le droit commun du mandat. Cela signifie la volonté du législateur d'inscrire le mandat de protection future dans la catégorie des conventions permettant au mandant de poursuivre et effectuer les actes pour lesquels il mandate une autre personne. A cela s'ajoute l'article 488 du Code civil qui dispose que « les actes passés et les engagements contractés par une personne faisant l'objet d'un mandat de protection future mis à exécution, pendant la durée du mandat, peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès ». L'existence même de cet article constitue une preuve éclatante que le mandant jouit de la capacité d'exercer ses droits et, donc, de procéder à des actes juridiques. La

³⁴³ D. FENOUILLET, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Op. cit.*, p. 142 et s.

³⁴⁴ Ibid, p. 150.

circulaire de la Chancellerie du 9 février 2009 appuie et consacre cette interprétation. Nous pouvons y lire que « *le mandat de protection future ne constitue pas un régime d'incapacité : même après la mise en œuvre du mandat, le mandant ne perd pas sa capacité (sauf pour révoquer le mandat, ce qu'il ne peut faire lui-même). Il peut continuer à agir dans tous les actes de la vie civile, et notamment continuer à passer des actes graves sur son patrimoine. Le mandat de protection, comme toute procuration, met en présence deux personnes en mesure et en capacité d'agir sur le même périmètre patrimonial* »³⁴⁵.

158. La responsabilité du mandant. Symétriquement aux droits du mandant, il y a les devoirs qui continuent donc à peser sur lui et à engager, par conséquent, sa responsabilité. La première des obligations tient en l'exécution des engagements souscrits par le mandataire. L'article 1998 C. civ. en son alinéa 1^{er} dispose que « *le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné* ». Cet engagement est, cependant, circonscrit par le champ des pouvoirs conférés au mandataire (« *Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement* » (art. 1998, C. civ., al. 2)). C'est donc tout logiquement que le mandant est tenu de rembourser les avances et frais déboursés par le mandataire (C. civ., art. 1999). L'article 2000 du Code complète le tableau des obligations du mandant en disposant qu'il « *doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable* ». Il lui faudra, par ailleurs, aux termes de l'article 2001, payer les intérêts des avances faites par le mandataire (C. civ., art. 2001). Si plusieurs mandataires ont été désignés, ils sont solidaires dans l'exécution de ces obligations (C. civ., art. 2002).

159. Les pouvoirs du mandataire. Ceux-ci diffèrent suivant que le mandat est notarié ou sous seing privé. Si un tiers a des hésitations sur les pouvoirs que détient le mandataire, il devrait théoriquement pouvoir, depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, interroger le mandant sur ce point conformément au nouvel article 1158 C. civ. L'hypothèse paraît, toutefois, être d'école tant il serait surprenant qu'un tiers accorde sa confiance à un majeur dont les facultés l'empêchent d'exprimer juridiquement sa volonté. Lorsque le mandat est notarié, l'article 490 C. civ. donne, au mandataire, le pouvoir de faire tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation³⁴⁶. En d'autres termes, le

³⁴⁵ Circulaire de la Chancellerie, 9 fév. 2009.

³⁴⁶ L'alinéa 1^{er} de l'article 490 du Code civil dispose que « *Par dérogation à l'article 1988, le mandat, même conçu en termes généraux, inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation* ».

mandataire a la faculté de faire tant les actes d'administration que les actes de disposition. Il pourra notamment vendre les immeubles du mandant ou les hypothéquer, emprunter pour le compte du mandant ou conclure une transaction. Ses pouvoirs peuvent donc être considérables... La seule limite, expressément donnée dans les dispositions consacrées à cette institution, résulte de l'alinéa 2 de l'article 490 qui prévoit que « *le mandataire ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles* ». La clarté de ces dispositions n'empêche guère l'interrogation sur la destinée de certains actes. Que faire, par exemple, des actes interdits au tuteur ? La formulation de cet article 490 alinéa 2 (« *le mandataire ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles* ») instille le doute dans la mesure où certains actes à titre gratuit sont interdits au tuteur par l'article 509 C. civ. Puisque l'article 490 envisage l'acte de disposition à titre gratuit comme pouvant être effectué avec l'autorisation du juge, est-ce à dire que les actes de ce type interdits au tuteur sont ici accessibles au mandataire ? Si l'exégèse des textes conduit à répondre par l'affirmative, les travaux parlementaires semblent, au contraire, favoriser une transposition au mandataire de protection future de toutes les interdictions de l'article 509. Mais les difficultés ne s'arrêtent pas là lorsqu'il s'agit de faire application de l'article 490 C. civ. La doctrine recense beaucoup d'autres interrogations. Lorsque le mandat est sous seing privé, le mandataire ne peut faire que les actes d'administration (C. civ., art. 493, al. 1^{er}, qui renvoie aux actes que le tuteur peut faire sans autorisation). Si un acte de disposition s'avère nécessaire, le mandataire devra saisir le juge. Il en sera, par ailleurs, de même si le mandataire souhaite accomplir un acte d'administration non prévu par le mandat. Les pouvoirs du mandataire de protection future sont donc bien moindres lorsque le mandat n'est pas authentique, ce qui semble pour le moins cohérent dans la mesure où le contrôle de l'exécution du mandat est moins poussé dans ce cas. S'agissant des pouvoirs reconnus au mandataire en matière personnelle, il y a lieu de noter que la forme du mandat importe peu. La distinction entre ces deux types de mandat n'est pas opératoire. Le constat est le même, que le mandat soit notarié ou non : la liberté de fixer les pouvoirs du mandant est moindre en matière de protection de la personne. Doivent impérativement être respectés les articles 457-1 à 459-2 C. civ. Toute clause contraire serait réputée non écrite (C. civ., art. 479, al. 1^{er}). Il résulte, notamment, de ces dispositions que le mandataire ne peut être chargé de faire des actes dont la nature implique un consentement purement personnel (C. civ., art. 458) et qu'il doit respecter le choix du majeur protégé quant à sa résidence. L'article 479 alinéa 2 prévoit que le mandataire pourra exercer « *les missions que*

le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance ». Dans ce cas, le mandataire devra évidemment respecter les règles imposées par ces codes. Quant aux obligations pesant sur le mandataire, elles s'inscrivent dans une veine logique. Le mandataire a d'abord l'obligation d'exécuter personnellement le mandat (C. civ. art. 482, al. 1^{er}). Il peut toutefois se substituer à un tiers mais uniquement pour les actes de gestion du patrimoine et à titre spécial (C. civ., art. 482, al. 1^{er}). Les autres obligations du mandataire sont définies aux articles 486 et 487 C. civ. Il en résulte que le mandataire de protection future doit faire procéder à l'inventaire des biens en début de mesure quand il est chargé de l'administration de ceux-ci, inventaire dont il doit, en outre, assurer l'actualisation au cours du mandat (C. civ., art. 486, al. 1^{er}). Il doit également faire établir chaque année un compte de gestion (C. civ. art. 486, al. 2) et, à la fin du mandat et dans les cinq ans qui suivent, conserver l'inventaire et ses actualisations ainsi que les cinq derniers comptes de gestion et les pièces nécessaires pour continuer la gestion ou assurer la liquidation de la succession du mandant (C. civ., art. 487). La responsabilité du mandataire se détermine par référence au droit commun du mandat (C. civ., art. 424). L'alinéa 1^{er} dispose que *« le mandataire de protection future engage sa responsabilité pour l'exercice de son mandat dans les conditions prévues à l'article 1992 »*. Or, l'article 1992 C. civ. prévoit que le *« mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire »*. En d'autres termes, l'appréciation de la faute se fait moins rigoureusement à l'égard du mandataire gratuit qu'à l'égard de celui qui est rémunéré, ce qui peut paraître logique, celui qui rend service devant être traité moins sévèrement que celui qui reçoit une contrepartie. Pour le reste, s'appliquent les règles classiques du droit de la responsabilité. Le mandataire est donc tenu d'indemniser la victime pour l'intégralité du préjudice subi. Une dernière spécificité reste toutefois à envisager : dans le cas où le mandataire se substitue à un tiers dans l'exercice de sa mission, il doit répondre de la personne à qui il s'est substitué conformément à l'article 1994 C. civ. C'est, par ailleurs, le droit commun qui sera sollicité quant à la rémunération du mandataire. Il n'y a, en effet, aucune disposition consacrée à cette question. Or, il résulte de l'article 1986 C. civ. que le mandat est *« gratuit s'il n'y a convention contraire »*. Le principe se trouve évidemment réduit à une peau de chagrin lorsque le mandataire exerce cette fonction dans le cadre de sa profession, la mission ne pouvant être que rémunérée. Lorsque le mandat prévoit une rémunération, doivent être clairement indiqués le montant de celle-ci et ses modalités. S'agissant de la question épineuse de savoir qui doit contrôler l'exécution du mandat, il faut

établir la distinction entre les deux types de mandat. Si le mandat est notarié, l'article 491 C. civ. impose au notaire qui a établi l'acte de se charger du contrôle de l'exécution de celui-ci. Si le mandat a été souscrit sous seing privé, le modèle annexé au décret du 30 novembre 2007 prévoit la désignation de la personne chargée du contrôle. Tout intéressé est, en outre, invité à contrôler l'exécution du mandat en saisissant le juge des tutelles aux fins « *de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution* » (C. civ., art. 484). C'est, enfin, précisément, le juge des tutelles qui est, en dernier recours, celui qui contrôle la bonne exécution du mandat. Dans cette perspective, il peut intervenir pour régler toute difficulté née de l'application du mandat dès lors qu'il est saisi en ce sens. Il peut ainsi intervenir, par exemple, pour prononcer des injonctions contre le mandataire et le condamner à une amende civile comme le prévoit l'article 417. Il peut aussi intervenir pour substituer une mesure de protection judiciaire au mandat ou ouvrir une mesure de protection judiciaire complémentaire, confiée, le cas échéant, au mandataire de protection future ; il peut encore intervenir pour suspendre un mandat en cas de placement sous sauvegarde de justice (C. pr. civ., art. 1259-2) ou pour révoquer le mandat dans certaines conditions. Le juge des tutelles peut, ainsi, mettre fin au mandat quand l'exécution porte atteinte aux intérêts du mandant (C. civ., art. 483, 4°). Enfin, le juge peut autoriser le mandataire à faire un ou plusieurs actes non prévus par le mandat ou encore désigner un mandataire *ad hoc* pour les accomplir. Toute décision rendue par le juge est susceptible de recours par le mandant, le mandataire, la personne chargée du contrôle du mandat et la personne dont elle a modifié les droits ou charges (C. pr. civ., art. 1259-5). Ainsi, les occasions d'intervention du juge sont multiples. Celles-ci doivent, toutefois, demeurer exceptionnelles, le caractère contractuel de la mesure de protection imposant un rôle très subsidiaire du juge. Il n'en demeure pas moins que la subsidiarité n'emporte pas automatiquement la déjudiciarisation. L'intervention assez minimale du juge ne signifie nullement son effacement. Quant aux modalités du contrôle de l'exécution du mandat, c'est l'article 479, alinéa 3 du Code civil qui en parle. Celles-ci doivent être fixées par le mandat. Elles diffèrent quelque peu suivant que le mandat est notarié ou non. Les modalités de contrôle de l'exécution du mandat notarié sont fixées par l'article 491 C. civ. Toutefois, ce texte n'envisage ce contrôle qu'en matière de gestion du patrimoine, si bien qu'il faut distinguer suivant que le mandat est relatif à la gestion du patrimoine ou à la protection de la personne. Dans le premier cas, l'article 491 prévoit que le mandataire rend compte de sa gestion au notaire qui a établi le mandat en lui adressant les comptes et tout document utile. Le notaire doit, ainsi, bien s'assurer de la remise ponctuelle de ces pièces et, si cela n'est pas fait, il doit mettre en demeure le mandataire puis saisir le juge, sans quoi il engage sa responsabilité. Ce contrôle du notaire n'est pas un contrôle

minimal, celui-ci ne pouvant se contenter de recevoir les comptes et de les archiver. Il doit les examiner et les vérifier, puisque l'article 491 alinéa 2 lui impose de saisir le juge s'il remarque des irrégularités. La charge du professionnel variant en fonction de l'importance du patrimoine du majeur vulnérable, les honoraires de celui-ci varient suivant le même critère. Si le mandat est relatif à la protection de la personne, aucune disposition autre que l'article 479 ne prévoyant les modalités d'exercice du contrôle, il convient de s'en remettre au mandat et à lui seul. Nous pouvons nous demander, toutefois, quelle forme prendra, en pratique, un tel contrôle et quelle personne en sera chargée ? Les modalités de contrôle de l'exécution du mandat sous seing privé sont, quant à elles, fixées implicitement par l'article 494 C. civ. Ce texte prévoit, en effet, que le mandataire conserve l'inventaire des biens et ses actualisations éventuelles, ainsi que les cinq derniers comptes de gestion, les pièces justificatives et les pièces nécessaires à la continuation de la gestion. Cette obligation permet un contrôle sain de l'exécution du mandat. Enfin, avant d'aborder la question de l'extinction ou de la terminaison du mandat de protection future, il est impératif de s'intéresser à la question du conflit d'intérêts. A cet égard, il est à noter qu'avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, un texte du droit commun des contrats (C. civ., art. 1161) sanctionne, désormais, le conflit d'intérêts entre représentant et représenté par la nullité de l'acte. Le point important, qui mérite d'être mis en exergue, consiste en les risques afférents aux conflits possibles pouvant surgir entre différents mandats. Deux hypothèses peuvent être envisagées ici : d'une part, le conflit possible entre un mandat qui aurait été établi par des parents pour leur enfant et le mandat fait par l'enfant lui-même et, d'autre part, le conflit possible entre un mandat de protection future pour soi et d'anciennes procurations. La première hypothèse a donné lieu à des discussions au cours de débats parlementaires. Un amendement a alors été proposé afin de privilégier, dans un tel cas, le mandat de l'enfant. Celui-ci a, toutefois, été rejeté par crainte que l'enfant ne soit pas en mesure de bien appréhender ses besoins et qu'il soit sous l'influence de personnes peu scrupuleuses au moment de la rédaction dudit mandat. Aussi, rien n'est finalement prévu sur ce point dans la loi. Si un tel conflit venait néanmoins à se présenter, il nous paraîtrait nécessaire que le juge des tutelles soit saisi, soit pour faire annuler le mandat de l'enfant pour insanité d'esprit sur le fondement des articles 414-1 et 414-2 C. civ., soit pour faire révoquer le mandat sur le fondement des articles 483 et 484 du même code ; le juge sera ainsi à même de choisir le mandat qu'il lui paraît le plus opportun de maintenir, voire de préférer aux deux mandats rédigés, une mesure judiciaire. La seconde hypothèse n'est pas mieux résolue que la première par le législateur. En l'absence de précision législative, il semblerait donc que les procurations antérieures continuent à produire effet. Cela paraît

compréhensible tant que le mandat n'a pas pris effet ; au contraire, nous pouvons nous demander si la mise en application du mandat de protection future ne doit pas être interprétée comme une résiliation implicite des procurations antérieures données pour des actes concernés par le mandat. En effet, le droit commun du mandat autorise la révocation implicite de celui-ci (C. civ., art. 2004). Il serait, dès lors, sans doute possible d'interpréter la mise en œuvre du mandat de protection future comme une volonté de résilier implicitement les précédents mandats souscrits dans le même champ. En tout état de cause, rien n'étant très clair sur ce point dans les textes, il est plus prudent de prévoir ce qu'il adviendra des précédentes procurations dans le mandat. Est, par ailleurs, en ce sens, le modèle de mandat sous seing privé annexé au décret du 30 novembre 2007, puisque celui-ci spécifie que « *Le présent mandat annule tout mandat de protection future fait antérieurement une fois mis en œuvre, il mettra fin à toute procuration consentie à autrui, portant sur les événements du patrimoine du mandant visés dans le présent mandat* ».

160. La prise d'effet et la fin du mandat de protection future. La fin du mandat de protection future est gouvernée par certains articles du Code civil qui imposent de faire la part des choses entre un mandat exécuté ou pas et entre la cessation de plein droit et la cessation facultative.

L'article 483 C. civ. dispose que « *le mandat mis à exécution prend fin par : 1° Le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé constaté à la demande du mandant ou du mandataire, dans les formes prévues à l'article 481 ; 2° Le décès de la personne protégée ou son placement en curatelle ou en tutelle, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure ; 3° Le décès du mandataire, son placement sous une mesure de protection ou sa déconfiture* ». Toutefois, le mandat qui n'est pas mis à exécution 'appartient', dans ses effets, totalement au mandant. Ce dernier peut le modifier ou le révoquer, sans aucune difficulté, et ce, quelle qu'en soit la nature. A cet égard, il est utile de mentionner l'alinéa 2 de l'article 492 C. civ. qui dispose que « *tant que le mandat n'a pas reçu exécution, le mandant peut le modifier ou le révoquer dans les mêmes formes et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant* ». S'agissant du mandat notarié, il faut se reporter à l'alinéa 2 de l'article 489 C. civ. qui dispose que « *tant que le mandat n'a pas pris effet, le mandant peut le modifier dans les mêmes formes ou le révoquer en notifiant sa révocation au mandataire et au notaire et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant et au notaire* ». L'interprétation de ces textes ne devrait pas susciter de difficultés particulières. La situation est différente, en revanche, lorsque le mandat de protection future a reçu un début

d'exécution. Le principe semble fort simple : le mandat ayant pris effet devient *a priori* irrévocable. « Cette solution paraît de prime abord logique : le mandant n'étant plus en capacité de contracter, il ne peut plus révoquer son mandat établi alors qu'il bénéficiait de toutes ses facultés mentales. Elle peut apparaître toutefois quelque peu contradictoire avec l'idée que le mandant conserve sa capacité juridique et qu'il peut, à ce titre, faire des actes concurrents au mandataire qui pourraient s'analyser en révocation partielle »³⁴⁷. Il est, par conséquent, indispensable d'opérer la distinction entre les différentes causes de cessation.

Le premier élément contenu à l'article 483 C. civ. renvoie au rétablissement des facultés personnelles du mandant ou du bénéficiaire du mandat. Ce rétablissement passe par la production d'un certificat médical dressé par un médecin inscrit sur la liste du parquet. Ce certificat doit dater de moins de deux mois et émaner d'un médecin choisi sur la liste mentionnée à l'article 431 C. civ., saisi par le bénéficiaire du mandat, le mandant ou son mandataire (C. pr. civ., art. 1259, al. 1^{er}). A cet égard, « le bénéficiaire du mandat, le mandant ou le mandataire peuvent se présenter à tout moment au greffe du tribunal judiciaire pour faire constater la fin du mandat au vu de ce certificat ». (C. pr. civ., art. 1259, al. 2). Si les conditions sont remplies « le greffier mentionne sur le mandat que celui-ci prend fin à compter de la date de sa présentation au greffe, y appose son visa et le restitue au comparant avec le certificat produit ». (C. pr. civ., art. 1259, al. 4). « Dans ce cas, le bénéficiaire du mandat, le mandant ou le mandataire peut saisir le juge par requête. Celui-ci peut se prononcer sans débat et sa décision n'est pas susceptible d'appel. Si le juge estime les conditions requises remplies, le greffier procède, à la demande du bénéficiaire du mandat, du mandant ou du mandataire, conformément au troisième alinéa » (C. pr. civ., art. 1259, al. 5). Le mandant, le bénéficiaire du mandat ou le mandataire est informé, par le comparant, de la fin du mandat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. pr. civ., art. 1259-1). Le second élément qui met fin au mandat de protection future est le décès du mandant ou du bénéficiaire du mandat ou son placement sous curatelle ou sous tutelle (C. civ., art. 483, 2o). Cet article est important puisqu'il souligne la possibilité offerte au juge de maintenir le mandat en fonction lorsqu'il ouvre une mesure de curatelle ou de tutelle. Le troisième élément tient au décès du mandataire ou son placement sous protection ou sa déconfiture (C. civ., art. 483, al. 1^{er}, 3o). Dès l'instant

³⁴⁷ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1494.

où le texte ne précise pas quelle mesure précisément mettra fin au mandat de protection future, il est logique de présumer que, quelle que soit la mesure, le mandat prendra fin.

La suspension est toutefois envisagée par le législateur lorsque la mesure ouverte est une mesure de sauvegarde et de justice (C. civ., art. 483, al. 6).

L'article 483 permet, par ailleurs, d'opérer une cessation facultative du mandat mis à exécution : « 4° *Sa révocation prononcée par le juge des tutelles à la demande de tout intéressé, lorsqu'il s'avère que les conditions prévues par l'article 425 ne sont pas réunies, ou lorsque l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant* ». La première branche du texte mentionné vise essentiellement l'absence d'altération médicalement constatée des facultés personnelles du mandant. Cette hypothèse semble d'école. La contradiction, que semble recéler cette possibilité, est puissante. En effet, il est loisible de considérer que « *l'hypothèse devrait rester, à vrai dire, marginale puisque la mise en œuvre du mandat de protection future est subordonnée à la production au greffe d'un certificat dressé par un médecin agréé, datant de moins de deux mois au plus, attestant de l'altération des facultés personnelles du majeur* (C. pr. civ., art. 1258-1, al. 2). *Si bien que la cause de cessation du mandat ici envisagée semble recouper, à la vérité, la cessation de plein droit du mandat par l'effet du rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé. Elle fait également double emploi avec l'article 484 [...]* »³⁴⁸. La seconde branche du texte vise les atteintes possibles vis-à-vis des intérêts du mandant. « *Ce peut être le cas lorsque le mandataire désigné ne coopère pas avec le mandataire nommé dans le cadre d'une sauvegarde de justice et isole le mandant du reste de sa famille. C'est encore le cas lorsque le mandataire lui-même indique expressément vouloir exercer le mandat, alors que celui-ci ne semble plus dans l'intérêt du majeur* »³⁴⁹.

PARAGRAPHE 2 : L'habilitation familiale

161. La manifestation de la déjudiciarisation. Une nouvelle mesure de protection juridique. L'habilitation familiale est la mesure de protection juridique la plus récente puisqu'elle a été instaurée par les articles 10 à 15 de l'ordonnance du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille. Ces dispositions ont rapidement été modifiées à la suite des reproches substantiels dont elles ont fait l'objet.

³⁴⁸ N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, *Protection de la personne vulnérable*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2021-2022, n° 413-31.

³⁴⁹ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1496.

162. Le principe. L'habilitation familiale est un peu identique à la tutelle, puisqu'elle emporte une représentation de la personne en matière patrimoniale. En revanche, contrairement à la tutelle, l'habilitation familiale fonctionne sans l'intervention du juge, excepté uniquement pour son ouverture. L'habilitation familiale n'est aussi exercée que par les proches de la personne vulnérable. C'est ce qui ressort de manière limpide de l'article 494-1 du Code civil qui dispose que « *lorsqu'une personne est dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté, le juge des tutelles peut habiliter une ou plusieurs personnes choisies parmi ses ascendants ou descendants, frères et sœurs 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 à la représenter, à l'assister dans les conditions prévues à l'article 467 ou à passer un ou des actes en son nom dans les conditions et selon les modalités prévues à la présente section et à celles du titre XIII du livre III qui ne lui sont pas contraires, afin d'assurer la sauvegarde de ses intérêts* ». A la lecture de cet article, nous remarquons immédiatement que le professionnel en la figure du mandataire judiciaire à la protection des majeurs n'a aucune place dans ce dispositif. Ainsi, la mesure de l'habilitation familiale est définie comme le dispositif qui permettra « *aux familles qui sont en mesure de pourvoir, seules, aux intérêts de leur proche vulnérable d'assurer cette protection, sans se soumettre au formalisme des mesures de protection judiciaire. Il s'agit de donner effet aux accords intervenus au sein de la famille pour assurer la préservation des intérêts de l'un de ses membres* »³⁵⁰. L'intervention du juge dans la mise en place de la mesure de l'habilitation familiale revêt toutefois une extrême importance. Ce dernier doit s'assurer que la famille qui se présente de manière « *resserrée sur les proches du majeur à protéger* »³⁵¹ est « *sans histoire* »³⁵². Le juge est donc tenu « *de vérifier l'accord de la proche famille du majeur tout à la fois sur le principe et les modalités de l'habilitation familiale* »³⁵³. Cela ressort clairement à travers l'exigence posée par l'alinéa 2 de l'article 494-4 qui dispose que « *le juge s'assure de l'adhésion ou, à défaut, de l'absence d'opposition légitime à la mesure d'habilitation et au choix de la personne habilitée des proches mentionnés à l'article 494-1 qui entretiennent des liens étroits et stables avec la personne ou qui manifestent de l'intérêt à son égard et dont il connaît*

³⁵⁰ Rapport au Président de la République, JO, 16 oct. 2015, p. 19301.

³⁵¹ G. RAOUL-CORMEIL, « Mandat de protection future et habilitation familiale : réflexions en vue d'un conseil notarié », *LPA*, 07 oct. 2020, p. 16.

³⁵² S. MOISDON-CHATAIGNER, « L'extinction et le renouvellement de l'habilitation familiale », *Dr. fam*, 2016, dossier 47.

³⁵³ N. PETERKA, « Forces et faiblesses de l'habilitation familiale », *Defrénois*, n°7, 15 fév. 2018, p. 16.

l'existence au moment où il statue ». Il est loisible d'en résumer la philosophie en affirmant comme le professeur David Noguère que l'habilitation familiale « *exige la sérénité* »³⁵⁴. C'est pourquoi, il est incontestable que l'ensemble de la doctrine met en lumière que « *le consensus familial incarne une véritable condition de fond de l'ouverture de cette mesure de protection* »³⁵⁵. S'agissant des personnes autorisées à demander la mise en place de la mesure de l'habilitation familiale, il faut se reporter à l'article 494-3, al. 1^{er} qui dispose que « *la demande aux fins de désignation d'une personne habilitée peut être présentée au juge par la personne qu'il y a lieu de protéger, par l'une des personnes mentionnées à l'article 494-1 ou par le procureur de la République à la demande de l'une d'elles* ». D'où nous mesurons que la volonté du législateur est de permettre uniquement aux personnes qui veulent exercer la charge de cette mission de protection de pouvoir bénéficier du droit de solliciter le juge. De manière indirecte et épousant la logique de l'entente familiale, la mesure de l'habilitation familiale se présente en tant que dispositif simplifié s'agissant des obligations qui pèsent sur la personne habilitée. Ainsi, l'article 503 du Code civil qui vise le devoir d'inventaire du patrimoine de la personne vulnérable et qui s'applique autant à la tutelle qu'à la curatelle renforcée est exclu de l'habilitation familiale. La personne habilitée n'est donc pas obligée de dresser l'inventaire dans les premiers mois de la mesure. Pareil pour l'article 512 issue de la loi du 23 mars 2019 concernant le compte de gestion. De même, l'obligation des diligences accomplies par la personne chargée de la protection, visée par l'article 463 pour la tutelle et la curatelle et l'article 438 pour la sauvegarde de justice, ne trouve aucune application à l'égard de l'habilitation familiale. Dans l'univers de l'habilitation familiale, la classification des actes conservatoires, d'administration et de disposition est en effet abolie. Tous les actes de gestion du patrimoine peuvent être effectués par la personne habilitée sans devoir recourir à l'autorisation judiciaire. Toutefois, l'une des exceptions notables qui doit être mise en lumière est l'impossible aliénation du logement de la personne protégée. L'article 426 du Code civil trouve ici à s'appliquer comme dans toutes les autres mesures de protection. Par contre, l'article 427 visant la protection et l'intangibilité des comptes bancaires est écarté sous la mesure de l'habilitation familiale. L'exception de cette 'exception' à la règle qui prévaut pour les autres mesures est l'existence d'une décision contraire du juge (C. civ., art. 494-7). Et « *l'absence de contrôle judiciaire en amont de l'acte se prolonge en aval de ce dernier, par l'absence de contrôle judiciaire de l'utilisation par la personne habilitée des fonds de la personne protégée. Sur ce point,*

³⁵⁴ D. NOGUERO, « L'habilitation familiale exige la sérénité », [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet < URL : <https://www.agefi.fr/patrimoine/juridique/lhabilitation-familiale-exige-la-serenite>

³⁵⁵ N. PETERKA, « Forces et faiblesses de l'habilitation familiale », *Op. cit.*, p. 16.

l'habilitation familiale se démarque profondément de la tutelle, sous laquelle l'emploi des capitaux liquides et de l'excédent des revenus du majeur est strictement encadré»³⁵⁶. L'habilitation familiale pourrait laisser croire à un déficit de garantie pour la sauvegarde des intérêts patrimoniaux de la personne protégée. Si cela s'avère être un risque réel et certain, il n'est pas inutile de souligner ici 'l'inefficacité' du contrôle des comptes de gestion pour les autres mesures de protection. Une situation qui pour beaucoup doit conduire à la déjudiciarisation de ce contrôle³⁵⁷.

163. La communicabilité entre l'habilitation et les mesures judiciaires. La loi du 23 mars 2019 a introduit, suite à de nombreuses et multiples critiques doctrinales, des passerelles entre l'habilitation familiale et la tutelle et la curatelle. Désormais, la bascule entre les mesures est disponible pour le juge qui, au vu des circonstances et des conditions, est en mesure de procéder au changement opportun.

164. Le champ des actes valables. Le caractère consensuel et la sérénité, devant caractériser l'habilitation familiale, n'empêchent nullement la survenance de situations de conflits d'intérêts. A cet égard, le législateur dispose à l'article 494-6 alinéa 6 du Code civil 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* ». Il est néanmoins précisé qu'« *à titre exceptionnel et lorsque l'intérêt de [la personne] l'impose, le juge peut autoriser la personne habilitée à accomplir cet acte* ». Cette manière de purger le conflit, lorsqu'existe une opposition d'intérêts, laisse une partie de la doctrine dubitative. En effet, « *on peut s'étonner ici de la voie choisie par les rédacteurs de l'ordonnance pour le traitement du conflit d'intérêts. Pourquoi ne pas avoir laissé l'opportunité au juge des tutelles de désigner une personne habilitée ad hoc ou une personne subrogée, à l'image de ce qui est fait en matière de curatelle et de tutelle* » s'interroge Ingrid Maria³⁵⁸. Il nous semble, toutefois, qu'en comparaison avec le mandat de protection future, l'intervention du juge est plus poussée en matière d'habilitation familiale. Quant à la déjudiciarisation, elle l'est moins³⁵⁹. Il n'empêche que l'absence assez

³⁵⁶ N. PETERKA, « Forces et faiblesses de l'habilitation familiale », *Op. cit.*, p. 18.

³⁵⁷ Voir Cour des comptes, « La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante », *Rapp.* Sept. 2016.

³⁵⁸ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1432.

³⁵⁹ B. MALLET-BRICOUT, « L'habilitation familiale relancée, souplesse, individualisation et proportionnalité », *RTD civ.*, 2019, p. 414. Th. VERHEYDE, « Le rôle du juge dans la mesure d'habilitation familiale : un juge présent, absent puis potentiellement présent », *AJ fam.*, 2016, p. 188 ; « Le rôle du juge des tutelles dans l'habilitation familiale : de la lumière à l'éclipse ! », *Dr. Famille*, 2016, étude 42. Il est important, toutefois, de préciser, ici, que la différence de l'intervention judiciaire entre les deux mesures est valable, non pas dans la mise en œuvre de la mesure mais dans la formation de celle-ci : « *Si, lors de la formation, le rôle du juge diverge dans le mandat de protection future et l'habilitation familiale, lors de la mise en œuvre de ces outils de protection des personnes*

manifeste du juge s'illustre également dans le processus du déroulement de l'habilitation familiale. La personne habilitée n'est aucunement contrainte de rendre des comptes s'agissant de sa gestion du patrimoine. C'est, ici, l'ambivalence de la situation. Si, incontestablement, cela représente « *l'un des grands intérêts de cette mesure* »³⁶⁰, les risques inhérents à la fonction résiduelle du pouvoir judiciaire ne laissent pas d'inquiéter. La personne habilitée jouit, dès lors, d'une très grande marge de liberté. Cette marge pourrait, à l'instar de tout exercice du pouvoir, conduire à des abus et donc, *in fine*, être peu propice à la garantie des intérêts de la personne sous mesure de protection. C'est à travers l'article 494-10, alinéa 1^{er} C. civ. que le juge peut se manifester de nouveau sur la scène juridique de l'habilitation familiale. Le texte de l'article dispose que « *le juge statue à la demande de tout intéressé ou du procureur de la République sur les difficultés qui pourraient survenir dans la mise en œuvre du dispositif* ». C'est peu dire, que le contrôle et la surveillance qui doivent présider à la garantie des intérêts de la personne vulnérable semblent assez peu opérants³⁶¹. Cette appréhension se prolonge lorsqu'on se penche sur le régime de la responsabilité de la personne habilitée. Un régime, disons-le d'emblée, assez chétif et de peu de portée réelle. En effet, lorsque l'habilitation est exercée comme une représentation, c'est l'article 1992 du Code civil qui trouve à s'appliquer. La raison en est que l'habilitation familiale est exercée, par principe, à titre gratuit (C. civ., art. 494-1, al. 2). Le texte de l'article 1992 C. civ. dispose en son alinéa 2 que « *la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* ». Ainsi, c'est avec mansuétude que se fait l'appréciation des fautes de la personne habilitée. S'agissant d'une habilitation familiale exercée en mode assistance, la doctrine estime qu'il sera vraisemblable que le régime applicable sera celui de la curatelle et, partant, la responsabilité ne sera retenue qu'en cas de dol ou de faute lourde.

vulnérables, *l'intervention du juge est effacée dans les deux cas* », D. VILMAIN, « Habilitations familiales et mandat de protection future : regard critique du praticien sur la déjudiciarisation », in G. Raoul-Cormeil, M. Rebours, I. Maria (dir.), *Protection des majeurs : Bilan et perspectives. De la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?* LexisNexis, 2020, p. 337.

³⁶⁰ Le propos est identique à celui que défend la majorité de la doctrine.

³⁶¹ C'est ce qu'exprime Dorian Vilmain : « *dans le cadre de la protection des personnes vulnérables assurée par le mandat de protection future ou les habilitations familiales, l'intervention du pouvoir judiciaire semble réduite à sa fonction résiduelle, à savoir trancher le litige, à l'exception de sa participation active dans la formation de l'habilitation familiale. Le juge apparaît comme un gardien a posteriori de l'ordre public familial. Aujourd'hui, l'appréciation de l'ordre public familial a priori, c'est-à-dire au moment de la formation de la mesure de protection, reviendrait principalement à la famille ou aux professionnels du droit tels que l'avocat, le notaire. Mais appartient-il à ces professions juridiques, aux membres de la famille, d'endosser le rôle de gardien de l'ordre public familial ? Espérons que, par le jeu des flux et reflux des réformes, le pouvoir judiciaire puisse ainsi redevenir l'arbitre légitime des intérêts familiaux* », *Op. cit.*, p. 340.

165. L'irrégularité des actes. La sanction des actes irréguliers visés par l'article 494-9 C. civ. est intimement tributaire de la question du maintien ou non de la capacité de la personne habilitée. Suivant les termes de l'article 494-8 du Code civil, le principe de la conservation de la capacité juridique est acté. Il est dit 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* ».

Il est important, toutefois, avant d'exposer le régime juridique de la sanction des actes irréguliers, de souligner rapidement le sort des actes interdits.

L'exercice du pouvoir est ainsi tributaire de la nature de l'acte. Et précisément, le législateur a exclu la conclusion de certains actes. Par conséquent, aucune protection de la personne protégée ne peut se concevoir. C'est l'article 509 C. civ. de la loi de 2007 qui prévoit donc les actes interdits. La disposition liste cinq types d'actes.

De façon préalable, il est important de soulever et de noter la problématique que suscite cet article vis-à-vis de la curatelle. Il serait loisible de le considérer comme visant exclusivement la tutelle. Son inscription dans le Code civil pourrait le laisser penser de prime abord. En effet, l'article 509 se trouve placé dans un paragraphe consacré aux « *Actes que le tuteur ne peut accomplir* ». Ce paragraphe relève de la section intitulée « *Des actes du tuteur* » du titre XII du livre premier qui vise « *La gestion du patrimoine des mineurs et majeurs en tutelle* ». Le débat doctrinal s'agissant de cette problématique est ouvert. Nous considérons, quant à nous, que la disposition de l'article 509 est également applicable à la curatelle. Nous suivons en cela la position de la professeure Ingrid Maria qui avance, au soutien de sa position, un certain nombre d'arguments convaincants, à nos yeux. Si l'autrice souligne, dans un premier temps, que si l'application de cet article « *à la curatelle ne peut manquer d'interroger [puisqu'] il n'est pas aisé de se prononcer sur ce point d'autant que la ratio legis ne nous donne aucune indication là-dessus* », elle affirme, dans un deuxième temps, que « *si le traitement indifférencié des majeurs sous curatelle et des majeurs sous tutelle peut être critiqué au regard du renforcement de la gradation et de l'individualisation des mesures de protection voulu par le législateur, il ne nous semble guère possible de soutenir que ce texte ne concerne que les majeurs sous tutelle* »³⁶². Il n'en demeure pas moins vrai que la lisibilité et la lecture de cette disposition sont assez difficiles. Lorsque la trame normative est dépourvue de la clarté nécessaire, il est indéniable que la sécurité juridique sera affectée. Le texte de l'article 509 C. civ. prévoit que

³⁶² I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1465.

« le tuteur ne peut, même avec une autorisation : 1° Accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée sauf ce qui est dit à propos des donations, tels que la remise de dette, la renonciation gratuite à un droit acquis, la renonciation anticipée à l'action en réduction visée aux articles 929 à 930-5, la mainlevée d'hypothèque ou de sûreté sans paiement ou la constitution gratuite d'une servitude ou d'une sûreté pour garantir la dette d'un tiers ; 2° Acquérir d'un tiers un droit ou une créance que ce dernier détient contre la personne protégée ; 3° Exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la personne protégée ; 4° Acheter les biens de la personne protégée ainsi que les prendre à bail ou à ferme, sous réserve des dispositions de l'article 508 ; 5° Transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé ». Ainsi, comme tout texte normatif manquant de clarté, il faut se reporter à la jurisprudence afin d'espérer obtenir l'éclairage nécessaire. La moisson sur ce terrain demeure, toutefois, pour l'instant, peu fournie. L'ensemble des décisions rendues à ce jour sur la base de cet article ont trait à l'exercice du commerce. La jurisprudence ne semble pas stabilisée. Ce qui est certain, en revanche, c'est le caractère absolu de ces interdictions. Le juge des tutelles ne possède aucun pouvoir lui permettant de les autoriser.

166. La nullité comme sanction. La sanction de protection de la nullité d'abord. Une nullité de plein droit dit le texte de l'article 494-9 du Code civil. Rappelons que la nullité de plein droit, que d'aucuns considèrent comme une « *expression inélégante sinon maladroite* »³⁶³, s'impose au juge si les conditions visées par la loi sont réunies. C'est dire, ici, l'absence de marge d'appréciation du juge. Cette nullité de plein droit se retrouve en deux alinéas de l'article 494-9 C. civ. : l'alinéa 1^{er} et le cinquième. « *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* » (C. civ., art. 494-9, al. 1) et « *Si la personne habilitée accomplit seule, en cette qualité, un acte n'entrant pas dans le champ de l'habilitation qui lui a été délivrée ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice* » (C. civ., art. 494-9, al. 5)³⁶⁴. La nature de cette nullité est sévère. « *Peu importe que le tiers participant à cet acte soit de bonne foi, ignorant la mesure protectrice ou sa portée. La nullité est alors de droit* »³⁶⁵. L'amoindrissement de la sévérité de cette nullité de plein droit se

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ La sanction est identique pour la curatelle et la tutelle lorsqu'il y a dépassement des pouvoirs, que ce soit par la personne protégée ou par la personne chargée de la protection.

³⁶⁵ Op. cit.

retrouve lorsque l'habilitation familiale est accomplie en mode d'assistance et à condition que la personne protégée ait subi un préjudice. L'alinéa 2 de l'article 494-9 C. civ. dispose que « *l'acte ne peut être annulé* ».

Tout comme en matière de curatelle et de tutelle, il est possible de faire rétroagir la protection, les deux années précédant la mise en place d'une habilitation familiale étant considérées comme une sorte de période suspecte (C. civ. art. 494-9, al. 2). Ainsi, tout acte accompli par le majeur vulnérable durant cette période peut se voir réduit ou annulé conformément à l'article 464 C. civ.

L'action en nullité ou en réduction peut être engagée par la personne habilitée seule avec l'autorisation du juge des tutelles (C. civ., art. 494-9, al. 3) mais aussi par les héritiers de la personne bénéficiant d'une habilitation familiale (C. civ., art. 1152, al. 3). Le délai quinquennal de l'article 2224 C. civ., auquel renvoie l'article 494-9 alinéa 6, s'applique à l'action en nullité ou en réduction et la confirmation de l'acte nul est possible, conformément à la nature relative de la nullité encourue (C. civ., art. 1181 et 1182). Une autorisation du juge est toutefois nécessaire (C. civ., art. 494-9, al. 7).

167. La durée de l'habilitation familiale. Lorsque l'habilitation donnée est générale, l'article 494-6 alinéa 7 C. civ. prévoit une durée limitée à la mesure. Cette durée est, toutefois, beaucoup plus longue que celle fixée pour la curatelle et la tutelle puisqu'elle est de dix ans. Aussi comprend-on que le renouvellement de l'habilitation générale soit envisagé à des conditions plus strictes que le renouvellement de la curatelle et de la tutelle. Ainsi, un renouvellement d'une même durée ne peut être envisagé que si la requête est accompagnée d'un certificat médical circonstancié (C. civ., art. 494-6, al. 7). Si le renouvellement est prévu pour une durée plus longue, dans la limite toutefois de vingt ans, ce certificat médical circonstancié devra se doubler d'un avis médical de longue mesure comme en matière de tutelle et de curatelle et le juge devra rendre une décision spécialement motivée. Cessation décidée par le juge. Deux hypothèses permettent au juge de décider de mettre fin à l'habilitation. La première résulte de l'article 494-10 alinéa 2 C. civ. Selon ce texte, lors d'une instance visant à statuer sur les difficultés survenues dans la mise en œuvre du dispositif, le juge des tutelles peut décider, à tout moment, de mettre fin à l'habilitation après avoir toutefois entendu ou appelé la personne bénéficiaire de la mesure. La seconde est envisagée par l'article 494-11, 2° C. civ. C'est celle du jugement de mainlevée, à la demande d'une des personnes autorisées à demander la mise en place de la mesure ou de la personne protégée elle-même, et ce, depuis le 24 mars 2019,

lorsqu'il s'avère que les conditions de l'habilitation ne sont plus réunies « *ou lorsque l'exécution de l'habilitation familiale est de nature à porter atteinte aux intérêts de la personne protégée* ». Elles sont énumérées à l'article 494-11 C. civ. Nous en dénombrons quatre : – le décès du majeur protégé (conformément à l'article 418 C. civ.), – le placement de l'intéressé sous sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle, – l'absence de renouvellement à l'expiration du délai fixé, – l'accomplissement des actes pour lesquels l'habilitation a été délivrée.

168. CONCLUSION CHAPITRE I

La divergence entre le droit français et les deux droits arabes est le résultat d'une évolution et d'une transformation continue du premier par rapport à une stabilité qui confine dans une rigidité les seconds. Le droit arabe pose des catégories strictes à l'intérieur desquelles doit se résoudre la question de la protection de la personne vulnérable. Le droit français mise davantage sur une flexibilité et une circulation des normes au gré des situations. La vulnérabilité n'est pas, en effet, une donnée fixe et immuable. Elle évolue, s'améliore ou s'aggrave. La réponse législative arabe semble donc inadaptée et déphasée par rapport aux orientations actuelles de la médecine mentale. C'est la raison pour laquelle la divergence est assez prononcée. Cela étant dit, le système actuel français n'offre pas, par ailleurs, la réponse la plus opportune aux différentes incapacités. Les critiques de la doctrine sont assez nombreuses et récurrentes pour le prouver.

CHAPITRE II : La protection de la personne

Avant la réforme de 2007, la personne était en retrait. Sa protection n'était pas explicite. C'est exactement la situation qui caractérise aujourd'hui les deux droits arabes. En France, néanmoins, il y a désormais le fameux article 415 du Code civil qui pose en toutes lettres le principe fondamental du devoir et de l'exigence de la protection de la personne. La disposition dispose que « *la protection 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* ». Le maître mot est ici la dignité ! Ce concept à la fois précis et assez fuyant engendre à la réflexion des situations ambivalentes. Si aujourd'hui, la protection à la française est « *fondée sur la dignité* », il s'avère, qu'en même temps, que cette protection se voit « *renversée par la*

dignité »³⁶⁶. En effet, « en 2007, l'incapacité est jugée incompatible avec la dignité de l'homme, qui postule son autonomie. La protection ne doit plus être subie, elle doit être voulue, à minima acceptée. L'esprit a changé » souligne Laurence Gatti. Désormais, « ce n'est plus la limitation ou la restriction qui est considérée, compensée par l'incapacité mais ce qui reste, ce qui persiste et signe la personne, avec ses droits, sa volonté et ses préférences. Il ne s'agit plus d'agir pour le bien des personnes vulnérables, à leur place, mais de les soutenir dans les tâches du quotidien et dans leur participation à la vie en société. La tutelle a vécu »³⁶⁷. La pénétration de l'idée de la dignité dans l'ordre juridique des pays arabes sous étude ne s'est pas encore réalisée. Il faut dire que ces derniers échappent à l'influence, voire l'emprise des sources juridiques supranationales, à rebours de ce qui se passe en France. Toutefois, cette protection de la personne elle-même, au-delà de la protection du patrimoine pose un certain nombre de questionnements : si cette protection semble avoir la force de l'évidence avec elle, elle suscite cependant des interrogations sur sa portée et sur son organisation effective et concrète. Affirmer, en effet, la protection de la personne en la fondant sur le respect des droits fondamentaux et le principe de la dignité, c'est s'interroger immédiatement sur le champ de compétence et la marge de manœuvre laissés à la personne chargée de la protection. Reconnaître juridiquement à la personne vulnérable la possibilité d'effectuer plusieurs actes sans la représentation, voire l'assistance de l'organe protecteur, mérite une réflexion plus approfondie. Le peuple des majeurs protégés est divers et multiple³⁶⁸. Et cette diversité traduit en réalité une inégalité entre toutes les personnes vulnérables. Incontestablement, « les majeurs protégés sont loin d'être tous égaux dans les faits » souligne le professeur David Noguéro³⁶⁹. Ainsi, « malgré la générosité et les bons sentiments, il faut un minimum d'aptitude. Le saut à l'élastique n'est pas ouvert à tous, la hauteur du pont étant dissuasive pour le bond. Pour certaines personnes, l'indépendance sera un droit formel mais pas une réalité concrète. [...] En guise d'avertissement général, il faut penser que l'offre législative doit se confronter crûment à la pratique. Elle n'a de valeur dans sa mise en œuvre à des situations concrètes, ici plus qu'ailleurs peut-être. Les mesures de protection sont un art des faits »³⁷⁰.

³⁶⁶ L. GATTI, « La dignité en protection : où tout commence, où tout finit », *Revue juridique de l'USEK*, 19/2020, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet < URL : <https://laurence-gatti.fr/?p=548>

³⁶⁷ Op ; cit.

³⁶⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 2020, Op. cit.

³⁶⁹ D. NOGUERO, « La publicité des mesures de protection des majeurs (ouverture, vie et fin des mesures) », *Op. cit.*, p. 475.

³⁷⁰ Op. cit., p. 475

La protection de la personne ainsi exposée par le législateur français mais qui est encore dans les limbes du droit arabe conduit à prendre au sérieux l'idée de la vulnérabilité³⁷¹. Pour le droit arabe, elle permet néanmoins, à la lumière de l'expérience française, de voir s'il ne serait pas envisageable qu'à travers la méthode des petits pas, la jurisprudence ne comble les failles et les béances qui existent dans le corpus juridique positif.

L'ensemble des difficultés comme des apports de la protection réservée exclusivement à la personne, au-delà de son patrimoine, s'illustre à travers le régime juridique de la catégorie des actes personnels.

Disons-le d'emblée, le régime des actes personnel sous l'empire de la loi de 2007 est compliqué et assez difficile de compréhension. C'est que ce régime « *repose sur une distinction au critère incertain* »³⁷². D'un côté, l'article 458 C. civ. vise les actes dont « *la nature implique un consentement strictement personnel* » et, de l'autre, il y a les actes simplement personnels, visés par l'article suivant (art. 459). L'opposition entre les deux catégories est « *floue* ». En effet, « *elle veut traduire, au moyen de catégories juridiques nettes et d'une psychologie rudimentaire, les subtiles nuances qui distinguent l'inaptitude à exprimer sa volonté et la difficulté à prendre une décision* »³⁷³.

SECTION 1 : Les actes juridiques inhérents à la protection de la personne

La distinction posée par le législateur et acceptée par l'ensemble de la doctrine oppose les actes personnels (PARAGRAPHE 1) et les actes strictement personnels (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : Les actes personnels

Les actes personnels fonctionnent à l'aune d'un principe clair posé par un certain nombre d'articles (A). Des régimes spéciaux (B) viennent toutefois en atténuer la portée et complexifier l'articulation.

A. Le principe

169. L'apport de la loi de 2007. La notion de protection des personnes vulnérables a été reconstruite par la réforme de 2007 autour des droits personnels. Cette reconstruction est le

³⁷¹ G. RAOUL-CORMEIL, « La notion de personne vulnérable en droit civil », Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, [en ligne], 18/2020, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet < URL : <https://journals.openedition.org/crdf/6427>

³⁷² F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, Op. cit., p. 682.

³⁷³ Ph. MALAURIE, N. PETERKA, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Op. cit., p. 341.

résultat de toutes les corrections apportées à la loi du 3 janvier 1968. Ces corrections étaient, en réalité, le fruit d'une importante jurisprudence, d'une part, et de certains travaux doctrinaux, d'autre part. C'est la raison pour laquelle il est indispensable, afin de mieux saisir les importantes innovations nées de la loi du 5 mars 2007, de présenter, de façon cavalière, l'état du régime antérieur.

170. L'apport de la pratique. De façon globale, s'il est un point communément partagé par l'ensemble de la doctrine, c'est bien de souligner que la loi de 1968 était davantage destinée à la protection du patrimoine qu'à la protection de la personne *stricto sensu*. Cette loi était dépourvue d'un statut général en matière personnelle. Les difficultés engendrées dans la pratique ne pouvaient qu'être sérieuses. En effet, il semble difficile de vouloir primer la protection du patrimoine de la personne, à la personne elle-même. Au-delà de l'idée simple et évidente que le patrimoine est toujours et avant tout au service de la personne, il est aisé de souligner que la catégorie même des majeurs protégés allait faire advenir, sur la scène juridique, des questions afférentes directement à la personne elle-même : relations personnelles avec les tiers, choix de la résidence, mariage, divorce, etc. Les explications de cet état de fait sont à rechercher du côté du contexte politique de l'époque. C'est pourquoi, des solutions, face à de telles problématiques, ont été trouvées par la pratique, essentiellement dans les régimes de protection. En dépit de ce qu'a voulu le législateur de l'époque, la Cour de cassation a permis, à travers des interprétations ouvertes, d'adapter cahin-caha les textes en vigueur afin de répondre au mieux aux questions personnelles posées. Mais la jurisprudence ne peut se substituer au législateur. Toute interprétation permise par la lettre des textes de l'époque s'est révélée insuffisante. L'incapacité du majeur, avec tout ce que cela implique quant aux décisions personnelles et strictement personnelles, a fait ressortir l'indispensable aménagement du droit positif. Dans la même veine et en relation avec l'incapacité du majeur, il devenait, par ailleurs, indispensable de revoir le champ des pouvoirs des organes de protection. Ainsi, les critères 'objectifs' présidant à une prise de décision sur le terrain patrimonial ne pouvaient être transposables sur le terrain des questions personnelles. D'où, l'avènement de la théorie de la capacité naturelle, qui ne pouvait se résoudre à accepter, selon ses promoteurs, de voir autrui décider du sort de certains actes, intimement tributaires de la personnalité du sujet. Il était, par conséquent, nécessaire de prendre en considération la volonté propre du majeur. Une prise en considération néanmoins tributaire de l'appréciation souveraine des juges du fond.

L'architecture normative touchant aux questions personnelles n'était guère satisfaisante. D'aucuns ont mis en évidence l'éclatement du droit des majeurs protégés³⁷⁴. Il y avait, d'une part, des dispositions disparates réglant telle ou telle question, sans qu'il y ait une ligne directrice et une cohérence globale et, d'autre part, une distribution normative entre le Code civil et le Code de la santé publique, dont l'articulation était assez boiteuse.

C'est la raison pour laquelle « *il devenait urgent de reprendre la question, en essayant de poser des principes généraux permettant à la fois de prendre en compte **la volonté subjective du sujet et la protection objective de ses intérêts*** »³⁷⁵.

La loi du 5 mars 2007 a apporté, par conséquent, une protection véritable au majeur en mettant en lumière l'indispensable respect de sa liberté et la nécessité d'améliorer son autonomie. Les alinéas 2 et 3 de l'article 415 du Code civil l'expriment de façon dépourvue de toute ambiguïté : la « *protection 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* ». C'est dire que la protection ne doit pas se réaliser en l'absence du sujet sur la scène juridique mais, au contraire, en l'associant quant à la prise de décision des actes relatifs à sa personne. Cette démarche suppose que la personne soit dotée d'une certaine autonomie, qu'il faut s'attacher à favoriser dans la mesure du possible. Le majeur doit pouvoir exercer et jouir, à l'instar de toute personne, de ses libertés individuelles et de ses droits fondamentaux. Cependant, nous voyons immédiatement le lien qui se crée entre l'objectif escompté par le législateur et l'indispensable droit à l'information au profit de la personne protégée.

171. Le devoir d'information au profit du majeur protégé. L'effectivité de l'exercice de ses droits oblige la personne chargée de protéger le majeur vulnérable de l'informer sur un certain nombre de points. La personne protégée a droit, en effet, à « *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* ». La personne protégée ne saurait être traitée dès lors « *comme une chose dont on dispose* »³⁷⁶. A son égard, ce droit à l'information doit se réaliser « *selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de dispenser [à la personne chargée de la protection] en vertu de la loi* ». Ainsi, de l'article

³⁷⁴ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, Op. cit., p. 678 et s.

³⁷⁵ Op. cit., p. 679 (souligné dans le texte).

³⁷⁶ Ibid, p. 680.

457 C. civ. ressort une double obligation : l'information au profit de la personne protégée, et une information de la personne chargée de la protection par les tiers.

Quant à l'information de la personne protégée, cela se manifeste par la remise de documents et de notices rappelant les droits qui lui sont conférés par le législateur. Cet aspect est régi par diverses dispositions, notamment celles du décret du 31 décembre 2008 relatif aux modalités de participation des personnes protégées au financement de leur mesure de protection, ainsi que par le Code de l'action sociale et des familles (art. 471-6, D. 471-7 à 471-10, D. 311-0-1 et D. 311-0-2, D. 474-5 à D. 474-8). Cette remise n'est en réalité effectuée que par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs. L'interrogation qui persiste est celle de savoir ce que recouvre le texte qui précise « *selon des modalités adaptées à son état* ». Si la règle de bon sens se comprend aisément, il n'en demeure pas moins qu'elle est affectée par un flou qui empêche d'apprécier quel est véritablement le niveau d'information qui peut être délivrée à la personne protégée. C'est, en effet, à l'aune de ce niveau et de la qualité de l'information que la personne protégée pourra réellement exprimer ses choix.

Concernant le droit à l'information qui doit bénéficier à la personne chargée de la protection, il se comprend également sans grande difficulté. C'est en étant informée que la personne chargée de la mission de protéger pourra convenablement expliquer et expliciter la situation au majeur vulnérable. L'exemple de la curatelle est, de ce fait, parlant puisque le curateur est dans l'obligation d'accompagner et d'assister le curatelaire dans tous les stades d'une procédure civile ou pénale. A cet effet, l'article 463 C. civ. prévoit qu'à « *l'ouverture de la mesure ou, à défaut, ultérieurement, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué décide des conditions dans lesquelles le curateur ou le tuteur chargé d'une mission de protection de la personne rend compte des diligences qu'il accomplit à ce titre* ». Il est loisible d'avancer l'hypothèse que, dans les interstices de cette disposition du Code civil, le concept d'accompagnement trouve un terrain propice pour se manifester.

B. Les régimes spéciaux

172. Le labyrinthe législatif. Le principe réglant les actes personnels se trouve à l'article 459 C. civ. Ce texte permet de fixer l'étendue de l'autonomie reconnue au majeur. Sa rédaction remonte à la loi de 2007. Des modifications ultérieures sont intervenues avec la loi du 23 mars 2019.

Cet article énonce en son alinéa 1^{er} qu'« *hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet* ». Et lorsque l'état de la personne ne le permet pas, c'est l'alinéa 2 qui apporte les réponses : « *lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection* ». Ensuite, si le régime de l'assistance s'avère insuffisant, le législateur prévoit de passer au stade supérieur, à savoir la représentation. C'est toujours l'alinéa 2 qui entre en jeu, car il précise qu'« *au cas où cette assistance ne suffirait pas, il peut, le cas échéant après le prononcé d'une habilitation familiale ou l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser la personne chargée de cette habilitation ou de cette mesure à représenter l'intéressé, y compris pour les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle* ».

Les enseignements à tirer de ce texte sont multiples. Précisons d'emblée, toutefois, que la lecture de ce dernier n'est guère aisée. Le juriste risque de se perdre dans les méandres du principe et des exceptions, qui elles-mêmes ont droit à d'autres exceptions ! En effet, « *il a été plusieurs fois souligné que ce texte n'était pas des plus aisés à comprendre [...] Il semblerait qu'il faille le lire en cascade. Il pose d'abord, dans son premier alinéa, le principe d'autonomie de la personne protégée en matière d'actes personnels, puis prévoit des atténuations ou des exceptions à ce principe dans les alinéas suivants, chacun d'entre eux ne se comprenant qu'à la lecture de celui le précédant* »³⁷⁷.

Par conséquent, lorsque l'état de la personne, sous curatelle ou tutelle le permet, elle prendra seule ses décisions personnelles. Dès lors, pour la loi, ne pas pouvoir seul à ses intérêts patrimoniaux ne signifie pas nécessairement ne pas pouvoir consentir en matière personnelle. L'aptitude à pouvoir prendre « *une décision personnelle éclairée* » renseigne sur le fait que, pour le législateur, une mesure de curatelle ou de tutelle n'est pas spécifiquement dans cette situation incapacitante. D'où l'existence manifeste d'une dualité de critères quant à la capacité : ceux concernant l'aspect personnel et ceux valables pour la sphère patrimoniale !

Mais, lorsque la personne est dans l'incapacité de prendre « *une décision personnelle éclairée* », le législateur a prévu l'organisation d'une protection sous assistance, sinon, sous-

³⁷⁷ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1454.

représentation, si l'assistance s'avère insuffisante. L'alinéa 2 de l'article 459 C. civ. utilise, toutefois, le verbe « peut » ; cela signifie que le juge et le conseil de famille, s'il a été constitué, bénéficient d'une marge de manœuvre. Il est légitime de s'interroger sur cette possibilité accordée puisque, face à une situation témoignant de l'impossibilité pour la personne de prendre une décision personnelle éclairée, il est difficile de voir comment solutionner cette problématique. Par ailleurs, comment peut-on décider que la personne n'est pas en état de prendre une décision personnelle éclairée ? Précisément, en dehors d'une constatation médicale, comment peut-on accorder au juge ou au conseil de famille cette latitude ?

A propos de l'assistance accordée sur « *l'ensemble des actes relatifs à sa personne* », l'interrogation est également permise puisqu'en régime de curatelle, l'assistance se rattachant à la sphère patrimoniale vise uniquement les actes de disposition. Ensuite, puisque l'autorisation du juge ou du conseil de famille peut ne viser, d'après l'article 459 C. civ., que certains actes, il est permis de s'interroger sur le sort des actes non visés. L'expression « *portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle* » ne laisse pas aussi d'interroger.

Le cas du désaccord entre le majeur et la personne chargée de sa protection est réglé grâce au recours du juge, saisi d'office ou à leur demande, qui statuera. Le protecteur ne pourra, étant dépourvu d'une autorisation du juge ou du conseil de famille, « *prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne protégée* » (art. 459, alinéa 3 C. civ.). Cependant, dans le cas où la situation d'urgence est réservée, nous noterons, à ce stade, la difficulté à définir l'expression « *atteinte à l'intimité de la vie privée* ». Le texte de l'article 459 C. civ. évoque, à chaque fois, le caractère grave de l'atteinte, que ce soit, à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée. Que peut recouvrir une atteinte qui serait grave ? Les appréciations sont diverses et nombreuses.

Enfin, l'alinéa 3 de l'article 459 C. civ. 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* ». Au-delà de la définition des termes '*danger*' et '*strict nécessaire*', dont la jurisprudence se chargera, il est à relever le flou de cette disposition. En effet, cette règle « *est énigmatique dans son champ d'application et dans sa raison d'être* »³⁷⁸. Elle renvoie au comportement libre du majeur, mais à un

³⁷⁸ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Op. cit.*, p. 690.

comportement engendrant un danger à son égard. En réalité, le terme de comportement peut recouvrir de nombreuses et diverses situations. Ainsi, la généralité affectant ce texte est indéniable. En outre, la personne chargée de la protection, dans le cas d'un danger ou d'une urgence, agira seule, à condition d'en informer le juge ou le conseil de famille. Il est donc permis de s'interroger, précisément, sur ce qu'il adviendra ensuite ? Que fera le juge ou le conseil de famille ? Comment contrôler, à l'aune des dispositions prévues, la conduite de la personne chargée de la protection ?

PARAGRAPHE 2 : Les actes strictement personnels

Les actes strictement personnels sont difficiles à appréhender. La notion échappe à une définition univoque (A) en dépit des dispositions législatives en ce sens. D'où l'importance de clarifier le régime juridique (B).

A. La notion

173. Le principe. De tels actes sont visés par l'article 458, alinéa 1^{er} C. civ. qui prévoit 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* ». L'alinéa 2 poursuit en donnant une liste non limitative d'actes qui entrent dans la catégorie prévue par l'alinéa 1^{er}. Le texte précise : « *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'analyse de l'article 458 C. civ. fait ressortir le régime dérogatoire qui se réalise à travers la mise en place d'une interdiction manifestée par le terme « *jamais* ». Par conséquent, ni le curateur, ni le tuteur, ni le mandataire judiciaire ne peuvent se substituer au majeur pour l'exercice d'un acte afférent à la filiation. Il n'y a que le majeur qui peut les effectuer. Cela induit qu'il sera en mesure d'exprimer sa volonté. Si, en revanche, le majeur n'est pas en mesure d'effectuer seul ses actes, ni le juge ni le conseil de famille ne pourront instituer une assistance ou une représentation. Face à une telle situation, la conséquence est dépourvue d'ambiguïté : l'acte ne pourra être effectué. C'est pourquoi, « *ce système produit parfois des effets pervers, en faisant obstacle à un acte conforme à l'intérêt de la personne protégée* »³⁷⁹. C'est que « *la solution, qui se veut protectrice de l'autonomie du*

³⁷⁹ Ibid, p. 342.

sujet, abouti ainsi dans le second cas à une incapacité d'exercice irrémédiable, en quelque sorte en incapacité de jouissance »³⁸⁰. Par conséquent, si à la lecture du texte de l'article 458 C. civ., le juriste devine aisément ce qu'il adviendra lorsque le majeur sera en mesure d'effectuer seul ou pas l'acte, il demeure insatisfait lorsqu'il tente de saisir ce que recouvre véritablement les actes strictement personnels. En réalité, cette question sera tranchée, au cas par cas, par le juge. En revanche, le juriste ne peut que relever le peu d'éléments contenus dans le texte de l'article 458 C. civ. qui permettent de mieux cerner le contenu de tels actes. En effet, le texte évoque la « *nature* » qui implique un consentement strictement personnel. Que signifie exactement cette nature ? Comment pouvons-nous la caractériser ? Quels sont ses éléments constitutifs ? Ensuite, le texte renvoie au régime de l'acte en le définissant de manière tautologique : « *est strictement personnel celui qui ne peut être consenti que par le sujet* ». Disons-le : l'alinéa 1^{er} ne permet guère d'avancer substantiellement dans la compréhension. L'alinéa second (2) serait-il susceptible d'éclairer et d'apporter des pistes de compréhension ? Ce texte permet de connaître la nature des actes visés, qui sont la déclaration de naissance, la reconnaissance, le choix du nom ou le consentement au changement de nom de l'enfant, les actes d'autorité parentale en matière personnelle, le consentement à l'adoption de son enfant ou à sa propre adoption. Que pouvons-nous déduire de cette liste ? Ce qui en ressort, c'est « *qu'elle inclut des actes d'état civil ou emportant des conséquences d'état civil ou résultant d'éléments d'état civil* ». Par ailleurs, il est loisible d'observer « *que certains actes sont relatifs au majeur protégé lui-même mais que, pour l'essentiel, ils concernent l'enfant du majeur protégé* ». La conclusion est qu'« *autant d'éléments [...] pourront inspirer une qualification, mais ne suffisent à dessiner les critères de la catégorie* »³⁸¹. Néanmoins, d'aucuns soulignent que la réalisation des actes spécialement visés par l'alinéa 2 de l'article 458 C. civ. ne pose pas de difficultés insurmontables. Il n'empêche que la doctrine est unanime dans sa critique de ce système, spécialement quant aux conséquences fâcheuses que cette incapacité irrémédiable aura sur les actes dits strictement personnels.

Par ailleurs, le statut de ces derniers, visé par l'article 458 C. civ., est opérationnel « *sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi* ». Le régime n'est, dès lors, valable qu'en l'absence des solutions spéciales et donc dérogatoires. La réserve expresse contenue au premier alinéa de l'article 458 C. civ. impose, par conséquent, le respect des règles visées par les textes spéciaux. Parmi ces textes, il y a la question du mariage, du pacte civil de solidarité,

³⁸⁰ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, Op. cit., p. 685.

³⁸¹ Ibid, p. 687.

du divorce, du testament, etc. Il est important, dans ce cadre, d'interroger la portée exacte et pratique de l'article 458 C. civ.

B. Le régime juridique

174. L'articulation des espaces normatifs. Les articles 458 et 459 du Code civil dessinent le statut personnel primaire du majeur protégé. Toutefois, ce statut doit composer avec d'autres dispositions, éparses, contenues dans différents autres textes. C'est donc la question de l'articulation qui, inévitablement, se pose. Une articulation qui, soulignons-le, ne se réalise pas aisément tant les textes dérogatoires peuvent substantiellement s'éloigner des dispositions du droit civil. La récente crise sanitaire liée à la Covid 19 a révélé les difficultés nombreuses quant à la compréhension des textes, tant par les juges que par les médecins, et l'affleurement d'une problématique qui tend à mettre en exergue la tension, voire la contradiction, entre le droit individuel de la personne protégée et l'intérêt général, spécifiquement afférente au caractère obligatoire ou non de la vaccination.

De façon cavalière, nous aborderons, ici, la question de l'articulation entre l'article 459 C. civ. et le Code de la santé publique. Le Code de l'action sociale et des familles contient peu de dispositions qui, *a priori*, ne représentent pas un enjeu majeur pour notre recherche.

La solution devant prévaloir entre le Code civil et ces deux autres codes est délivrée par l'article 459-A C. civ. : « *l'application de la présente sous-section 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* ». Il importe, dès avant, de souligner deux points : le premier concerne le fait que l'ensemble des dispositions contenues dans le Code de la santé publique (CSP) vise la personne sous tutelle. Le curatelaire se verra, dès lors, appliqué le droit commun du droit civil. Le second élément à retenir est que si les dispositions du Code de la santé publique sont construites sur les mêmes structures civiles de protection des majeurs, la transposition n'est guère automatique. Les dérogations en sont même le principe. Mais « *la mesure de la dérogation* » n'est pas « *toujours si facile à saisir* »³⁸².

175. L'information à caractère médical. L'article L. 1111-2, alinéa 1^{er} CSP prévoit, de façon générale, que « *toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé* ». Concernant le majeur protégé, l'alinéa 5 précise que « *cette information est également délivrée à la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la*

³⁸² F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, Op. cit., p. 791.

personne ». Quant au droit au consentement aux soins, il faut relever d'abord le texte de l'article L.1111-4, alinéa 5 CSP 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 »*. La personne de confiance est visée par l'article L. 1111-6 CSP qui prévoit en son alinéa 1^{er} que *« toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Elle rend compte de la volonté de la personne. Son témoignage prévaut sur tout autre témoignage. Cette désignation est faite par écrit et cosignée par la personne désignée. Elle est révisable et révocable à tout moment »*. L'alinéa 2 précise, à cet égard, que *« si le patient le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions »*. Toutefois, dans le cas où le malade est apte à manifester sa volonté, alors *« l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité »* est manifeste à l'égard du médecin. Dans le cas où le tuteur oppose un refus quant au traitement alors que cela risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du titulaire, le médecin est, en vertu de l'article L.1111-4, alinéa 6 CSP, obligé de délivrer les soins indispensables.

176. Les dispositions afférentes au corps humain. A propos du statut du corps humain, il y a de nombreuses dispositions. Ainsi, *« aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut avoir lieu [...] sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation à la personne »* (art. L. 1241-2 CSP). Également, *« aucun prélèvement de sang ou de ses composants en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui ne peut avoir lieu sur [...] une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne »* (art. L. 1121-5 CSP). Toutefois, en vertu de l'article L. 1232-2 CSP, le prélèvement d'organes sur une personne décédée à des fins thérapeutiques ou scientifiques est autorisé. Il suppose, cependant, le consentement du tuteur. Concernant l'utilisation d'éléments et produits du corps humain à des fins autres que celle pour laquelle ils ont été prélevés, elle est autorisée, sauf opposition du tuteur lorsque le majeur est sous tutelle (art. L. 1211-2, alinéa 2 CSP). Quoi qu'il en soit, il est clair qu'il *« est difficile de recenser précisément et de façon exhaustive les dispositions de ce type, tant elles sont nombreuses et retiennent des solutions diverses, inspirées par de multiples considérations : préserver la santé du majeur protégé,*

*soutenir les progrès de la science, favoriser l'intérêt thérapeutique d'autrui, etc. ». Cela dit, ce foisonnement de solutions, répondant à des rationalités diverses et assez hétérogènes, ne laisse pas d'inquiéter. C'est qu'en effet, « le sens général de l'évolution semble bien être un élargissement constant du possible en la matière, la protection du majeur ayant tendance à s'effacer progressivement devant les autres intérêts en jeu. La recherche biomédicale est une excellente illustration de **ce glissement biomédical** »³⁸³.*

Ce glissement s'est opéré à travers la loi du 9 août 2004. C'est qu'avant cette loi, la recherche biomédicale sur un majeur protégé était interdite. Elle était cependant autorisée, à titre exceptionnel, entourée de l'obligation de respecter un certain nombre de conditions. Désormais, avec l'article L. 1121-8 CSP, cette recherche est admise. Le changement survenu est intervenu sur le terrain de l'évaluation devant être opérée. Auparavant, il fallait que la recherche ne présente aucun risque sérieux prévisible pour la santé de la personne. Aujourd'hui, c'est le principe de la proportionnalité du risque et du bénéfice qui trouve à s'appliquer. Mais « *cette balance entre l'intérêt privé du sujet et l'intérêt d'autrui peut s'expliquer lorsque le sujet lui-même y consent, autant elle devient problématique lorsqu'elle est appréciée par autrui. Or c'est malheureusement ce qui résulte du droit contemporain* »³⁸⁴. L'article L. 1122-2, alinéa 7 CSP prévoit, en effet, que la recherche effectuée sur une personne sous tutelle exige le consentement de son représentant légal, même si le tuteur doit recevoir une information « *adaptée à [sa] capacité de compréhension et sa consultation est prévue, lorsque son état le permet* ».

177. La question de la stérilisation. Concernant la stérilisation contraceptive, il y a d'abord le principe énoncé au sein de l'article L. 2123-1 CSP qui prévoit que « *la ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée [...] que si la personne majeure intéressée a exprimé une volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences* ». Afin de s'assurer de l'effectivité de cette condition, le législateur a posé un certain nombre de conditions. Nous y trouvons l'information que doit délivrer le médecin sur les risques médicaux encourus, l'obligation de remettre, par écrit, un dossier d'information et, surtout, que l'intervention ne puisse intervenir qu'après un délai de réflexion de quatre mois, à la suite de la première consultation médicale et accompagnée d'une confirmation écrite de la personne. L'article L. 2123-2 CSP introduit, toutefois, une exception importante à ce principe. Le texte indique que « *la ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive [...] ne peut être pratiquée sur une personne*

³⁸³ Ibid, p. 793 (souligné dans le texte).

³⁸⁴ Ibid, p. 794.

majeure dont l'altération des facultés mentales a justifié l'instauration d'une mesure de protection juridique que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. L'intervention doit être autorisée par le juge des tutelles saisi par la personne concernée ». Cette solution législative est entachée de certains défauts. Une partie de la doctrine la critique en y voyant une « *disposition effrayante* »³⁸⁵.

178. Le mariage du majeur protégé. Avant 1968, le prodigue ou le faible d'esprit étaient autorisés à se marier à la seule condition de manifester un consentement libre et conscient. La loi de 1968 a apporté un changement en affectant la capacité juridique du curatelaire. Ce dernier pouvait se marier, à condition d'obtenir le consentement du curateur, sinon « *celui du juge des tutelles* » (Art. 514 anc). Quant au mariage du tuteur, il n'était « *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* ». Par ailleurs, il est précisé à l'alinéa 3 du texte que « *l'avis du médecin traitant doit être requis* ». Il semble important de souligner (à l'aune de la situation prévalant désormais sous l'empire du droit positif actuel) que l'avis du médecin n'était pas uniquement cantonné à l'état de santé du majeur, mais devait porter, également, sur l'opportunité du mariage lui-même ! Concernant le contrat de mariage, et donc l'aspect patrimonial, l'article 1399 ancien C. civ. prévoyait que « *le majeur en tutelle ou en curatelle ne peut passer de conventions matrimoniales sans être assisté, dans le contrat, de ceux qui doivent consentir à son mariage* ». Nous relevons, ici, que, si cette solution est conforme au régime de la curatelle, elle ne l'est pas vraiment avec celui de la tutelle, car elle nécessite, quant à elle, la technique de la représentation. Cet article permettait, dès lors, de conférer une dose de capacité au tuteur. En l'absence de cette assistance obligatoire, « *l'annulation des conventions peut être poursuivie dans l'année du mariage, soit par l'incapable lui-même, soit par ceux dont le consentement était requis, soit par le tuteur ou le curateur* ».

Avec la réforme du 5 mars 2007, un changement a été opéré par rapport au majeur sous tutelle. La solution antérieure, pour ce dernier, reste identique. Il doit être autorisé à contracter mariage par le curateur et, à défaut, par le juge. En revanche, en ce qui concerne le majeur sous tutelle, il est autorisé par le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué. L'obligation d'auditionner les futurs conjoints demeure. L'avis du médecin n'est, en revanche, plus prévu par la loi.

³⁸⁵ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, Op. cit., p. 823.

Toutefois, le cas échéant, le juge ou le conseil de famille pouvaient recueillir « *l'avis de[s] parents et de l'entourage* ».

Afin de savoir s'il y avait atteinte excessive à la liberté du mariage et, par conséquent, évaluer la constitutionnalité du texte de l'article 460 C. civ., la Cour de cassation a renvoyé, le 12 avril 2012, au juge constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité. La Cour de cassation jugeait que cette question d'autorisation était une question importante « *en ce qu'elle fait valoir qu'en subordonnant le mariage du majeur sous curatelle à l'autorisation du curateur, ou à défaut à celle du juge des tutelles, le texte contesté porte une atteinte disproportionnée à l'exercice de la liberté du mariage, que la Constitution garantit* »³⁸⁶. Toutefois, il est apparu que l'article 460, alinéa 1^{er} C. civ. est conforme à la Constitution. En effet, le Conseil constitutionnel a jugé qu'« *eu égard aux obligations personnelles et patrimoniales qui en résultent, le mariage est 'un acte important de la vie civile' ; qu'en subordonnant le mariage d'une personne en curatelle à l'autorisation du curateur ou à défaut à celle du juge, le législateur n'a pas privé la liberté du mariage de garanties légales ; que les restrictions dont il a accompagné son exercice, afin de protéger les intérêts de la personne, n'ont pas porté à cette liberté une atteinte disproportionnée* »³⁸⁷. Par la suite, la Cour de cassation a aligné sa jurisprudence sur la solution dégagée par le Conseil constitutionnel. Et c'est à l'occasion d'un arrêt rendu en date du 5 décembre 2012 par la Haute juridiction que la Cour européenne des droits de l'homme a été saisie ; elle a rendu un arrêt en date du 25 octobre 2018. La CEDH estime que l'arrêt de la Cour de cassation n'a pas violé l'article 12 de la Convention EDH.

En dépit de la décision du Conseil constitutionnel et de l'arrêt de la CEDH, le législateur a procédé à la modification des textes relatifs au mariage des majeurs protégés à l'occasion de la loi du 23 mars 2019. Ainsi, le recours à une autorisation judiciaire est supprimé. Désormais, l'article 460 C. civ. prévoit seulement que « *la personne chargée de la mesure de protection est préalablement informée du projet de mariage du majeur qu'il assiste ou représente* ». Cette information préalable, le cas échéant, peut « *former opposition* » (art. 175 C. civ.). Cependant, si le mariage de la personne sous curatelle ou sous tutelle est dépourvu, aujourd'hui, de l'indispensable autorisation, la solution est différente quant à la conclusion d'une convention matrimoniale. Le majeur protégé est dans l'obligation d'être assisté « *dans le contrat, par son tuteur ou son curateur* » (art. 1399, alinéa 1^{er} C. civ.). Allant plus loin dans la volonté de

³⁸⁶ Civ. 1^{er}, QPC, 12 avr. 2012, n° 11-25.158.

³⁸⁷ DC n° 2012-260, QPC du 29 juin 2012.

protéger, l'alinéa 3 de ce texte reconnaît que « *la personne en charge de la mesure de protection peut saisir le juge pour être autorisée à conclure seule une convention matrimoniale, en vue de préserver les intérêts de la personne protégée* ». Néanmoins, il est légitime, ici, de s'interroger sur ce procédé législatif dont le but est de protéger le majeur... en prévoyant la possibilité de lui ôter un rôle à jouer sur la scène juridique !

179. Le divorce. La question relative au divorce est réglée par le droit du divorce. Là aussi, les lois de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice du 23 mars 2019 sont intervenues pour apporter des modifications substantielles. Désormais, c'est l'article 249 C. civ. modifié qui encadre le régime du divorce ; il prévoit 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* ». Il n'y a plus, dès lors, d'autorisation judiciaire à représenter le majeur sous tutelle. Disparaissent également la nécessité de l'avis médical et l'audition du majeur. En revanche, « *aucune demande en divorce par consentement mutuel ne peut être présentée* », indique l'alinéa 4 de l'article 249 C. civ. Cela se comprend aisément puisque, par définition, le majeur protégé présente une altération de ses facultés qui empêche l'expression de sa volonté. Par ailleurs, et de façon fort logique, la loi prévoit la désignation d'un tuteur ou d'un curateur *ad hoc* lorsque la tutelle ou la curatelle sont confiées au conjoint (art. 249-2 C. civ.). Enfin, anticipant une situation possible, le législateur a prévu, à l'alinéa 3 de l'article 249 C. civ., que « *si une demande de mesure de protection juridique est déposée ou en cours, la demande en divorce ne peut être examinée qu'après l'intervention du jugement se prononçant sur la mise en place d'une telle mesure de protection. Toutefois, le juge peut prendre les mesures provisoires prévues aux articles 254 et 255* ».

180. Le PACS. L'article 461 C. civ. précise que « *la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, signer la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité* ». Cette disposition est, par ailleurs, applicable lors de la modification de la convention (alinéa 2). Face au refus d'assistance du curateur, le majeur sous curatelle peut demander l'autorisation du juge. Ce dernier « *ne pourra avoir un droit de regard sur le contenu du contrat ainsi projeté mais devra uniquement vérifier que la personne protégée a la capacité de s'exprimer clairement sur ce projet et qu'elle le souhaite effectivement* »³⁸⁸. Solution

³⁸⁸ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1461.

identique en cas de modification de la convention. Cette assistance n'est, par contre, pas « *requisie 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* ». En revanche, l'assistance redevient obligatoire, lorsqu'il s'agit de procéder à la liquidation des droits et obligations résultant du PACS et à l'évaluation des créances entre partenaires (art. 461, alinéa 3 et 4 C. civ.). Enfin, sont réputés, en opposition d'intérêts avec le majeur sous curatelle, le curateur ou le conjoint du majeur. Ce dernier devra être assisté par un subrogé curateur, sinon, il faudra faire nommer un curateur *ah hoc*.

Le droit antérieur à la loi du 23 mars 2019 imposait au majeur sous tutelle, quant à la conclusion du PACS, « *l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, après audition des futurs partenaires et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage* ». Désormais, le traitement réservé au tuteur est identique à celui du curatelaire. C'est pourquoi le majeur sous tutelle doit être assisté de son tuteur lors de la signature de la convention. La situation est identique selon le texte de l'article 462 C. civ. qui prévoit qu' « *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* ». La modification de la convention initiale est soumise aux mêmes exigences. Concernant la rupture du PACS, c'est l'alinéa 3 de cette disposition qui prévoit les modalités en indiquant que « *la personne en tutelle peut rompre le pacte civil de solidarité par déclaration conjointe ou par décision unilatérale. La formalité de signification prévue au cinquième alinéa de l'article 515-7 est opérée à la diligence du tuteur. Lorsque l'initiative de la rupture émane de l'autre partenaire, cette signification est faite à la personne du tuteur* ». La loi offre au tuteur la liberté de rompre unilatéralement le pacte « *autorisé [dans ce cas] 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* » (alinéa 4). Par ailleurs, lorsque c'est l'autre partie du majeur sous tutelle qui est à l'initiative de la demande de rupture, la signification est faite à la personne du tuteur. Enfin, si le tuteur est le partenaire du majeur sous tutelle, il est réputé, par la loi, comme en curatelle, en conflit d'intérêts.

181. Le vote. Le droit de vote permet d'illustrer, de façon éclatante, la nouvelle philosophie qui travaille le droit français de la protection. Cette philosophie cherche à mettre au centre de la protection la personne elle-même. L'autonomie de celle-ci est, par conséquent, favorisée dans la mesure du possible. C'est pourquoi, si, sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968, le majeur sous tutelle ne pouvait voter, la réforme du 5 mars 2007 a inversé le principe. L'article L.5 du

Code électoral prévoyait (l'utilisation de l'imparfait s'explique, puisque ce principe a également été modifié) que « *lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée* ». Le juge avait dès lors le choix d'accorder ou de refuser ce droit à celle-ci. Les critiques à l'encontre de cette disposition ont été nombreuses. C'est la raison pour laquelle elle a été abrogée par la loi du 23 mars 2019. Dorénavant, le droit de vote est totalement reconnu au majeur protégé. L'article L.72-1 du Code électoral 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* ». Au vu de l'absence de représentation pour un droit exercé « personnellement », il est clair que le droit de vote s'insère aujourd'hui dans la catégorie des actes strictement personnels visés à l'article 458 C. civ. Afin de sécuriser davantage la possible effectivité de l'exercice de ce droit, le législateur a interdit la possibilité de recevoir une procuration pour le mandataire judiciaire à la protection ainsi qu'à divers professionnels visés aux n° 1, 2 et 3 de l'article L. 72-1 C. élect. Quid de l'influence des membres de la famille ? Seront-ils davantage vertueux que les professionnels ? Il est permis d'en douter. Manifestement, c'est le parti pris du législateur. La doctrine exprime son insatisfaction vis-à-vis d'un législateur qui n'assume pas d'aller au bout de sa logique. En effet, « *soit il fallait supprimer cette restriction en laissant toute latitude au majeur en tutelle pour délivrer une procuration, soit il fallait supprimer toute possibilité de donner procuration. L'impression d'inachevé est, en outre, renforcée par l'absence de disposition relative à l'éligibilité du tuteur. N'eut-il pas été logique de revoir son inéligibilité dès lors qu'il peut voter ?* »³⁸⁹.

SECTION 2 : La portée de la protection de la personne

182. L'asymétrie quant à l'évolution du droit de la protection en France et dans les deux pays arabes. La présentation des régimes de protection, au sein des trois ordres juridiques, est le premier pas vers la compréhension et la saisie du droit de la protection. A la lecture des dispositions afférentes à chaque régime juridique et à chaque système de droit, le juriste est en mesure d'opérer les distinctions nécessaires. Trouvons-nous davantage de convergences ou de divergences entre les trois systèmes ? La protection est-elle plus axée sur le patrimoine ou sur la personne ? La place et le rôle des organes de protection sont-ils à même de garantir une autonomie suffisante qui permettrait une expression réelle de la volonté de la personne protégée ou à protéger ? Si les interrogations sont certes nombreuses, il n'en demeure pas moins vrai que

³⁸⁹ I. MARIA, *Op. cit.*, p. 1462.

le tableau, dressé au paragraphe précédent, permet de dessiner les contours sommaires et l'architecture des trois ordres juridiques.

183. L'indispensable transformation du droit arabe. Il n'est pas excessif d'affirmer, à ce stade, que le juriste peut être frappé par le décalage assez substantiel entre, d'un côté, le droit français et, de l'autre, le droit arabe. Ce décalage se traduit par la manifestation d'un dynamisme et d'une constante évolution du droit de l'Hexagone et d'une structure figée et immuable du droit moyen-oriental. Ce décalage laisse voir, aussi, les déficiences du droit arabe, qui n'a pas su se détacher du dessin originel, le portant à protéger quasi exclusivement le patrimoine au détriment de la personne. Un droit, dès lors, en rupture avec les évolutions contemporaines de la normativité, exigeant, d'abord et avant tout, la protection et la sauvegarde de la dignité humaine. Un droit arabe qui, contrairement, au droit français, nécessite des modifications substantielles.

Cette analyse n'est pas affectée d'un important coefficient d'erreur. Elle décrit justement l'état de la situation du droit positif des deux pays arabes. A la question « *Qu'est-ce qu'être protégé ?* »³⁹⁰, le juriste comparatiste n'a pas de difficultés à établir un tableau mettant en exergue la piètre considération dans laquelle les deux droits civils arabes tiennent la personne. L'une des explications les plus évidentes, à cet état de fait, est sans conteste le « *vieillessement* » des deux codes civils arabes³⁹¹. Depuis l'avènement de ceux-ci, aucune modernisation substantielle n'a vu le jour.

Un changement est ainsi inévitable. Au demeurant, il y a, s'agissant de la question des modifications à introduire, un consensus général parmi l'ensemble des professionnels du droit des deux pays arabes.

³⁹⁰ G. RAOUL-CORMEIL, « Qu'est-ce qu'être protégé ? Regard d'un juriste », *Le sociographe*, 2015/2, n° 50, p. 11 et s.

³⁹¹ A l'occasion du Congrès international du Cinquantenaire du Code civil égyptien, il a été fait le constat du « *certain vieillissement* » du Code civil égyptien. Sa modernisation et son rajeunissement apparaissent, par conséquent, inévitables. Voir, *Dialogue de cultures et de législation : actes du congrès international du Cinquantenaire du Code civil égyptien (1948 – 1998)*, Le Caire, Direction générale de la Coopération internationale et culturelle, 1998. Le constat est évidemment identique pour le Code civil koweïtien. S'agissant du Koweït, comme de tous les autres États arabes, nous sommes face à ce que la doctrine a coutume d'appeler, l'exportation indirecte. L'exportation se fait, donc, par l'intermédiaire d'un État tiers. Le professeur Grimaldi le souligne : « *phénomène est patent au Moyen-Orient, où le Code civil égyptien de 1949, avec ce qu'il porte du Code civil français, a été reçu par quantité d'autres États : notamment par l'Irak (1951), la Libye (1953), le Qatar (1971) et l'Algérie (1975) – ce qui, pour ce dernier pays, est assez piquant, le modèle français que l'on voulait écarter étant récupéré, consciemment ou inconsciemment, au travers du modèle choisi* », (p. 90), M. GRIMALDI, « L'exportation du Code civil », *Pouvoirs*, 2003/4, n° 107, pp. 80 -96.

En revanche, ce qui serait erroné et contre-productif, nous semble-t-il, c'est l'accréditation de l'idée que le changement des deux codes civils arabes est indispensable, puisque la modernisation est une réalité inévitable. L'entreprise de la modernisation doit, *in fine*, s'imposer aux deux législateurs arabes. Ce constat ne fait aucun doute. Il est d'ailleurs unanimement approuvé. L'erreur à éviter est de considérer, en revanche, que la modernisation indispensable constituera un moment de rupture et de transformation radicale du tissu normatif arabe. La raison en est fort simple : les deux codes civils, égyptien et koweïtien, sont précisément l'œuvre d'une entreprise de modernisation entamée il y a quelques décennies. L'ordre juridique civiliste arabe n'est pas le prolongement d'un droit musulman classique. Il est beaucoup plus que cela. Il est même loisible d'affirmer qu'il est autre chose que cela.

Le droit civil, tant égyptien que koweïtien, est davantage alimenté par les dispositions du droit français, précisément par les dispositions du Code Napoléon, que par la normativité afférente au droit musulman. La production législative arabe est, par conséquent, à l'aune de ce constat, facile à faire évoluer. La rénovation se réalisera en faisant appel, de nouveau, aux normes et techniques de la source d'inspiration qu'est le droit français.

Présenté de la sorte, le schéma semble dépourvu de difficultés insurmontables. En effet, pourquoi ce qui a été entrepris hier ne pourrait se renouveler aujourd'hui ? Ainsi, le besoin pressant de modernisation des droits arabes, à la suite de la décolonisation, a été satisfait par un recours massif à de nombreuses législations européennes et, particulièrement, à la législation française. Le Code civil napoléonien représentait, à l'époque, l'apogée de l'art de la codification. Le droit égyptien d'abord, le droit koweïtien ensuite, ont épousé la configuration, tant esthétique que substantielle du droit français. Au-delà, des solutions de fond, les deux codes arabes ont respecté le modèle français, à la fois, dans la structure, la présentation des dispositions et dans la formulation des règles³⁹². Le mimétisme d'hier serait-il toujours valable pour faire éclore des solutions aujourd'hui ? D'aucuns pourraient adhérer sans réserve à cette entreprise, qui soulignons-le, n'a guère démerité.

Néanmoins, l'objection, et elle est de taille, nous semble-t-il, qui surgit, et qui pourrait mettre en échec, cette volonté de réitérer ce geste originel, est de remarquer immédiatement que le

³⁹² Cela a constitué une nouveauté fort notable, par rapport à la présentation de la doctrine islamique, qui prévalait à l'époque. Le professeur Bousquet a noté que l'une des caractéristiques essentielles de la mentalité arabe est son atomisme, son insouciance à rechercher des rapports généraux, une certaine indifférence à la synthèse, à l'ajustement des idées, des observations, des décisions, G.-H. BOUSQUET, *Le droit musulman*, Paris, Armand Colin, 1963, p.60

modèle d'inspiration, à savoir le droit civil français, est en phase de « *dépérissement* »³⁹³. L'adjectif assez surprenant, utilisé par le professeur Rémy Libchaber, devrait énergiquement attirer l'attention du juriste arabe et susciter davantage sa vigilance quant à la réitération du travail de codification menée lors des décennies antérieures. Est-il raisonnable de vouloir s'inspirer, voire s'appuyer, sur un corpus qui est en voie de dépérissement ? S'interroger de la sorte engendre immédiatement un besoin de circonscrire et de délimiter les termes de la discussion. Qu'est-ce d'abord le dépérissement qui affecte le droit civil ? L'auteur attire l'attention sur le nécessaire évitement de certains pièges. En premier lieu, la confusion largement répandue entre le droit civil et le Code civil : « *Il ne faut pas réduire le droit civil au Code civil, sous peine de nous livrer à un constat banal que tous les anniversaires du Code ont réitéré. Par rapport au modèle de 1804, les déperditions sont nombreuses, et des codes entiers se sont constitués à la marge du grand ancêtre - comme si la sève coulant de ses blessures était plus féconde que le tronc. Ce qui crée le sentiment d'un dépérissement progressif, qui donne lieu à ces déplorations rituelles. Pourtant, l'évolution du droit commercial, par exemple, a bien montré que le phénomène de la décodification n'équivalait pas à un épuisement de la matière elle-même ; elle s'est épanouie en dépit du déclin du Code qui lui était consacré, il est vrai mal conçu dès son origine. Pour s'intéresser aux évolutions du droit civil, il convient de s'abstraire des problèmes de la codification qui forment un objet d'étude en soi* »³⁹⁴.

Le constat que souhaite livrer le professeur Rémy Libchaber tient, en réalité, à ce qu'il a désigné lui-même, dans une autre production, en « *l'impossible rationalité de l'ordre juridique* »³⁹⁵. Une rationalité « *qui traduit un immense effort pour juguler la prolifération du droit, pour le*

³⁹³ R. LIBCHABER, « Le dépérissement du droit civil », in Fr. Audren et S. Barbou (dir), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique*, LGDJ, 2018, p. 243 et s.

³⁹⁴ Op. cit., p. 245. La seconde précaution à prendre, à laquelle nous invite l'auteur, est de ne point idéaliser le droit civil en défendant l'idée qu'il serait fait « *d'équité et de recherche du juste – sur le modèle du droit naturel antique* ». Cela serait (ou est ?) « *Une approche très flatteuse pour les civilistes, qui s'instituent spécialistes d'une conception forte de la justice, et détenteurs d'une expertise d'autant plus précieuse qu'elle leur serait propre. [...]* En toute rigueur, il n'y a pas de raison pour que le droit civil incarne cette recherche de justice de façon préférentielle, voire exclusive ». Enfin, la dernière précaution traduit une exigence méthodologique et, nous semble-t-il, un choix d'état psychologique. L'auteur invite ses collègues civilistes à « *se déprendre d'une mentalité obsidionale !* ». Il est impératif, en effet, de saisir et d'analyser l'évolution de la discipline « *sans devoir mêler nos pleurs à l'étude* ». Ainsi, « *les spécialistes ont des raisons d'être amers en constatant la dévalorisation progressive de leur matière* ». Il faut, néanmoins, la problématiser et mener des recherches, au-delà même du droit civil, pour espérer saisir les évolutions en cours. C'est dans cette veine que s'inscrit, nous semble-t-il, les réactions d'une grande partie des civilistes français vis-à-vis des implications (possibles) sur le droit civil de la Convention onusienne du droit des personnes handicapées (New York, 13 déc. 2006), en vigueur en France depuis le 20 avril 2010. La réaction des civilistes français face à cette Convention, ratifiée par la France, est de dénoncer en paraphrasant Maurice Hauriou : on nous change notre droit !

³⁹⁵ R. LIBCHABER, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2010, p. 504 et s.

canaliser dans d'étroites sources contrôlées par l'État»³⁹⁶. L'objectif inhérent à cette rationalité était de tenter de maîtriser les modes et sources de production du droit. Une rationalité, cependant perdue et inefficace, désormais, puisque l'auteur, le reconnaît et le déplore en mettant en lumière le passage irréversible de « *la tentation de l'ordre* », à « *l'acceptation du désordre* ». Des facteurs multiples se sont agrégés conduisant, *in fine*, à la mise en place d'un système dont la caractéristique principale est l'éparpillement des sources. L'interrogation demeure, toutefois, sur le fait de savoir si cet éparpillement était possible. Au-delà des conjectures passées, l'histoire apporte un démenti cinglant à ceux qui croyaient en la clôture des systèmes juridiques. Aujourd'hui, le doute n'est plus de mise. Il suffit d'évoquer le droit global pour s'en convaincre³⁹⁷. L'auteur admet qu'« *avec ce constat de faillite, c'est peut-être la vraie nature du système des sources qui se révèle : leur prolifération étant nécessairement inorganisée, il ne peut pas y avoir de système d'ensemble harmonieux. Le pluralisme normatif est une réalité irréductible, au moins pour l'heure : il n'est plus possible d'admettre la diversité des sources, tout en prétendant l'organiser et la juguler. C'est ce que révèle assez clairement l'état actuel du droit français, dont le désordre procède de diverses causes* »³⁹⁸. C'est précisément cette prolifération des sources, ainsi que la difficile cohabitation et articulation entre elles, qui engendrent des cartographies difficiles à décrypter. C'est ce qui conduit la doctrine française, s'agissant du droit de la protection des majeurs, à s'interroger sur le constant mouvement législatif de réforme. « *Comment, [interpelle le professeur Gilles Raoul-Cormeil] le législateur a-t-il pu améliorer la qualité du système juridique au point de forger 'les principes les plus favorables au bien commun' et cependant conduire les pouvoirs publics, moins de dix ans plus tard, à un devoir d'inventaire ?* »³⁹⁹. La réponse est délicate. Elle ne

³⁹⁶ R. LIBCHABER, *Op. cit.*, p. 508.

³⁹⁷ M. XIFARAS, « Après les théories générales de l'État : le Droit Global ? », *Jus Politicum*, n° 8, p. 1 et s., L'auteur écrit que « *les théories générales de l'État se sont données pour tâche de fonder l'État, de le constituer juridiquement et de limiter par le droit l'exercice de sa puissance. Ce projet est indissociablement celui de juristes savants s'employant à rationaliser l'État auquel ils appartiennent et celui de l'État se constituant en unité politique et substantielle juridiquement rationnelle, en s'attachant organiquement les services d'une communauté de légistes nationaux. Ces juristes savants ont ainsi conçu leur œuvre comme autant de contributions à la description, l'explication, et parfois l'amélioration du droit public positif de l'État national, la constitution française, la législation française, la jurisprudence du Conseil d'État. Ils étaient d'ailleurs en général statutairement associés à leur État national. En France, les TGE ont été écrites en français par des professeurs agrégés de droit public français, fonctionnaires de l'État français. Les TGE sont des théories politiquement et épistémologiquement stato-centristes* ». Les théories du droit global seraient le dépassement des TGE. Un dépassement d'une nature toute différente de celle que produit le droit international public. Dit autrement, le droit global n'est guère le prolongement du droit national. Il est d'une autre nature. D'où l'exigence de se munir, désormais, d'une méthodologie fort différente de ce que les juristes utilisent depuis des décennies, pour saisir une nouvelle discipline., B. FRYDMAN, « Penser le droit global », *Cahiers de la justice*, 2013/3, n° 3, p. 23 et s.

³⁹⁸ R. LIBCHABER, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », *Op. cit.*, p. 520.

³⁹⁹ G. RAOUL-CORMEIL, « La loi du 5 mars 2007, entre le passé et l'avenir de la protection juridique des majeurs », *Op. cit.*, p. 36.

saurait, en tout cas, recevoir une explication mono causale. Une multiplicité de facteurs est en cause. Ce qui doit, néanmoins, attirer l'attention et qui mérite d'être mis en exergue, c'est le constat qu'en dépit d'« *un système juridique perfectionné* », nous continuons à nous interroger si nous ne sommes pas réellement face à « *un système juridique dépassé ?* »⁴⁰⁰

C'est pourquoi, il est nécessaire, voire indispensable, de mettre en relation, sous un jour nouveau, la nature des relations qui pourraient survenir aujourd'hui, entre un droit arabe, cherchant une nouvelle modernisation, et un droit français, tentant de trouver un nouvel équilibre. Nous mesurons, immédiatement, la difficulté de l'analyse tant les termes du débat sont devenus difficiles à circonscrire.

Toutefois, pour mener cette discussion et établir ce que pourrait apporter, aujourd'hui, le droit comparé entre les trois systèmes sous-étude, il est nécessaire de dresser l'état des lieux du droit français, d'une part, et du droit arabe, d'autre part. Le juriste doit explorer les pistes qui permettraient, à nouveau, une rencontre, voire un dialogue, entre les trois ordres. Il est, par conséquent, impératif d'évaluer la situation telle qu'elle se présente désormais, et d'analyser, *in fine*, les concepts centraux, tels que l'imprégnation et la réception, normes qui ont irrigué la relation par le passé.

Nous dresserons, dans un premier temps, la modernisation des droits civils arabes (PARAGRAPHE 1). Cette modernisation s'est traduite par la 'fabrication' de deux codes, promulgués en 1948 pour l'Égypte et en 1980 pour le Koweït. Une modernisation possible et réussie du droit civil effectuée grâce à l'apport des techniques du droit comparé et au génie de certains juristes de l'époque. Nous verrons, dans un second temps, les changements opérés dans la trame normative française. Des changements réalisés à travers de grandes réformes... et de « *corrections incessantes* ». Ces dernières ont, tout de même, conduit à « *oblitér[er] la lisibilité* » de la législation⁴⁰¹ (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : La modernisation du droit civil égyptien et koweïtien

184. La codification du droit civil arabe. En 1950, les pouvoirs publics égyptiens ont estimé que le droit comparé engendrait un « *progrès de la science juridique et législative* »⁴⁰².

⁴⁰⁰ Ibid, les deux citations constituent, respectivement, les première (p. 37) et seconde partie (p.48) de l'article du professeur Gilles Raoul-Cormeil. Cette présentation générale, au colloque de Brest, a le mérite, nous semble-t-il, de traduire l'état d'esprit de l'ensemble des juristes spécialistes du droit de la protection des majeurs.

⁴⁰¹ G. RAOUL-CORMEIL, « La loi du 5 mars 2007, entre le passé et l'avenir de la protection juridique des majeurs », *Op. cit.*, p. 37

⁴⁰² Ministère de la Justice (Égypte), *Recueil des travaux préparatoires du Code civil égyptien (Al-Qanun al-madani : majmuatal-a'mal al- tahdiriyyah)* [en arabe], t. 1, Le Caire, Imprimerie Dar el-kitab al-arabi, 1950, p. 15.

Ce constat s'appuyait sur une réalité tangible et concrète. C'était celle de la promulgation du Code civil égyptien en 1948. Ce code porte la marque indélébile de deux grands noms du droit comparé : le professeur français, Édouard Lambert⁴⁰³ et son disciple, le professeur égyptien, Abdulrazak Sanhoury⁴⁰⁴. Ce code porte, également et surtout, la trace de la rationalité juridique civiliste française. En dépit de l'importance symbolique, stratégique et politique de celui-ci, il n'est pas la manifestation d'une *terra nullius* juridique. La réception du droit français par le droit égyptien n'a pas débuté avec cette œuvre, néanmoins majeure. La rencontre entre les deux droits remonte à bien plus loin. Cette rencontre est née de l'expérience des « *tribunaux*

⁴⁰³ (1866-1947) : Professeur essentiellement à l'Université de Lyon. Il a été envoyé en Egypte en 1906 et en 1907, afin de mettre en place un système basé sur les prescriptions du droit musulman. L'objectif était de contrer l'infiltration de la *commonlaw*. L'importance de ce professeur était telle qu'il avait dirigé l'École khédiviale de droit du Caire. Sur l'importance de cette école, voir B. BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes : mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Paris, Karthala, 1993. En 1921, il crée le premier Institut de droit comparé en France. Un Recueil d'études Édouard Lambert existe en trois volumes. Il est disponible sur Internet <URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k93859/fl.item>, [visité le 30/04/2024]. Voir O. MORETEAU, « L'influence internationale de l'œuvre d'Édouard Lambert », in *Dialogue de cultures et de législation : actes du congrès international du Cinquantenaire du Code civil égyptien (1948 – 1998)*, Le Caire, Direction générale de la Coopération internationale et culturelle, 1998, p. 62.

⁴⁰⁴ (1895-1971) : Brillant juriste égyptien, disciple préféré d'Édouard LAMBERT. L'éloge du Maître se manifestera dans l'introduction de la thèse intitulée : *Le Califat : son évolution vers une Société des nations orientales*, coll. 'Travaux du Séminaire oriental d'études juridiques et sociales', Paris, P. Geuthner, 1926. Édouard Lambert dira de Sanhoury qu'il a été « *l'un des meilleurs disciples que j'aie formés au cours de ma longue carrière d'éducateur : un disciple qui a déjà prouvé qu'il avait l'étoffe d'un maître* » (p. VI). La thèse sur le Califat était en réalité la seconde thèse préparée sous la direction du professeur Lambert. La première portait sur '*Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail et la jurisprudence anglaise*', soutenue à Lyon en 1925. À son retour en Egypte, il a occupé des postes, à la fois, académiques et politiques. Il a enseigné au Caire (1926-1934), a été doyen de la faculté de droit de Bagdad (1935-1937) et ministre de l'Éducation en Égypte (1942-1949) avant de présider le Conseil d'État égyptien (1949-1954). C'est sous sa direction que beaucoup de codes des pays arabes ont vu le jour. Les codes civils irakien, syrien et libyen lui sont attribuables. La constitution koweïtienne est également l'œuvre de Sanhoury. À la suite de ses activités politiques, il a été placé sous assignation à résidence par les autorités égyptiennes. Il avait, dès lors, interdiction de quitter le territoire égyptien. Mais c'est à la demande de l'émir du Koweït de l'époque, que Sanhoury a pu bénéficier d'une autorisation spéciale pour sortir du territoire, et ce, pour aider le jeune Émirat à se confectionner une constitution. Elle a été promulguée peu après l'indépendance en 1962. Sanhoury est l'auteur d'un traité de droit civil composé de 12 volumes dénommé *al-wassit* et qui totalise plus de 15 000 pages. Cet ouvrage est incontestablement une source majeure dans tous les pays arabes. Il ne fait aucun doute qu'actuellement, Sanhoury représente la figure la plus imminente des juristes arabes. Néanmoins, des critiques, assez virulentes, se font entendre, principalement par les partisans d'une application stricte du droit musulman. Ces derniers estiment que l'œuvre de ce juriste a dénaturé et défiguré le droit musulman, et ce, en important des institutions et des solutions en rupture, pensent-ils, avec ce que prévoit le droit musulman.

mixtes »⁴⁰⁵ et des « *Codes indigènes* »⁴⁰⁶. Les tribunaux mixtes appliquaient des codes qui étaient rédigés en langue française. Surtout, ils figuraient une « *condensation* » du code napoléonien⁴⁰⁷. Il est, toutefois, inexact de présenter le Code civil égyptien comme une copie aménagée du Code civil français. Les Travaux préparatoires du ministère de la Justice égyptien révèlent que l'inspiration s'est alimentée d'« *environ une vingtaine de codes* »⁴⁰⁸. Le recours au droit comparé était à son apogée. Il n'en demeure pas moins vrai que le Code civil égyptien est « *resté, dans sa structure et ses concepts fondamentaux, fidèle à la technique juridique française* »⁴⁰⁹. Une telle affirmation ne manque pas de laisser songeur sur les intentions initiales. Si celles-ci étaient, en effet, la modernisation des ordres juridiques, il n'était absolument pas question de faire table rase du passé. Bien au contraire. La modernisation devait se réaliser à travers un travail de renouvellement du droit musulman, qui devait se concrétiser *via* l'utilisation des techniques du droit comparé. C'est cette rénovation du droit musulman qui devait déboucher sur un nouveau corpus moderne et, surtout, respectueux des traditions et coutumes de la société en question. Nous savons, aujourd'hui, qu'il n'en a pas été le cas. Le

⁴⁰⁵ Les « *tribunaux mixtes* » s'inscrivaient dans le système connu sous le nom des Capitulations. Pour ce système, voir E. LOEWENFELD, « The Mixed Courts in Egypt as Part of the System of Capitulations after the Treaty of Montreux », in *Transactions of the Grotius Society*, vol. 26, Problems of Peace and War, Cambridge University Press, 1940, pp. 83-123. Ce système est né des accords conclus entre l'Égypte et les puissances européennes. Les juges siégeant au sein de ces tribunaux étaient européens (16 nationalités) ! La mission dévolue à ces tribunaux était de trancher des litiges de droit civil, commercial, maritime, pénal impliquant des personnes non égyptiennes ou un Égyptien et un étranger. A cause des malfaçons affectant ces codes, dont la rédaction a été hâtive, elle a conduit les juges à avoir recours à l'équité pour combler les lacunes. Cela était inconnu à l'époque. Ce réalisme juridique a fait dire au professeur Édouard LAMBERT, que ces tribunaux mixtes constituaient « *le meilleur champ d'expérimentation dont dispose la science de la législation comparée* » à l'époque. M. FATHY, 'Introduction', in Mahmoud Fathy (dir.), *La doctrine musulmane de l'abus des droits : étude d'histoire juridique et de droit comparé*, Paris, P. Geuthner, 1913, p. 34. Pour plus de détails, voir J. MAURY, « Rapport sur le Code civil français et son influence dans le bassin méditerranéen : l'Orient, l'Extrême-Orient », in *L'influence du Code civil dans le monde, Travaux de la semaine internationale de droit*, Paris, Pedone, 1954, p. 839. Les tribunaux mixtes avaient à leur disposition six codes. La rédaction de ces codes était l'œuvre d'un avocat français, Alexandre Maunoury.

⁴⁰⁶ Les Codes indigènes sont appliqués par les tribunaux nationaux à partir de 1883 entre Égyptiens en matière civile. Toutefois, le contenu de ceux-ci est très largement inspiré des codes mixtes et, par extension, du droit français ! Voir J. SCHACHT, « Problems of Modern Islamic Legislation », n° 12, 1960, p. 99 et s.

⁴⁰⁷ M. HOLYE, *Mixed courts of Egypt*, Londres, Boston, Graham & Trotman, 1991, p. 15 et s.

⁴⁰⁸ Ministère de la Justice (Égypte), *Recueil des travaux préparatoires du Code civil égyptien (Al-Qanun al-madani : majmu'atal-a'mal al-tahdiriyyah)* [en arabe], Op. cit., p. 15. Les codifications utilisées étaient qualifiées, par le législateur égyptien, de « *fine fleur* ». Cela est également souligné par le professeur Michel Grimaldi dans son article à la revue *Pouvoirs* (2003/4, n° 107), intitulé : « L'exportation du Code civil » : « *si l'on se tourne vers l'Égypte, on y constate que les Codes civils de la fin du XIX^e, Code mixte de 1875 et Code national de 1883, sont une imitation du modèle français, alors que le Code civil de 1949, bien que parfois présenté comme une copie du Code civil français, porte la marque d'autres Codes civils européens, allemand, suisse et italien* » (p.85)., Voir également, M. EL SAYED ARAFA, in *La Circulation du modèle juridique français, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIV, Journées franco-italiennes de 1993, Litec, 1999, Rapport sur l'Égypte, p. 233 sq., spéc. p. 241.

⁴⁰⁹ A. SANHOURY, *Traité de droit civil al-wassit* [en arabe], t. 1, Le Caire, dar al-nahda al-arabyia, 1964, p. 33-34. C'est précisément cette imprégnation très forte par le droit français qui conduit plusieurs voix, en Égypte, essentiellement, à récuser l'héritage de cet imminent juriste.

droit comparé a, essentiellement, servi à faire pénétrer le droit européen, romano-germanique, précisément, français dans le tissu social égyptien. Le droit musulman n'a pu connaître la rénovation escomptée et inscrite dans le 'cahier des charges 'de l'époque. La problématique a été résolue dans une certaine direction dans les années 50. Elle demeure, toutefois, quelques décennies plus tard, et donc, aujourd'hui, posée dans des termes quasi identiques. Sur quelles bases et avec quelles conceptions, la modernisation inexorable des droits civils égyptien et koweïtien se fera-t-elle ? Nous mesurons, à ce stade, les difficultés vivaces et les handicaps énormes qui jonchent encore la route de la modernisation législative arabe. Nous prenons surtout la mesure de l'énorme chantier que devra affronter le législateur arabe, qui ne pourra plus faire appel, comme cela a été le cas par le passé, aux solutions du droit français, précisément, à cause de l'instabilité de ce dernier. Cette situation permet, toutefois, d'éclairer, sous un nouveau jour, les multiples zones d'ombres qui traversent, actuellement, le droit civil des deux pays arabes et, précisément, le droit de la protection des majeurs. C'est que ce droit est intimement lié aux prescriptions religieuses, au sein des deux ordres juridiques. Par conséquent, la question de la relation, entre le droit civil arabe et le droit musulman, d'une part, et le droit français, d'autre part, à travers le droit comparé, est plus que jamais posée. En effet, dans un article paru en 1965 mais dont l'écho nous parvient encore aujourd'hui, l'éminent civiliste égyptien, Chafik Chehata, avait estimé que le droit des incapacités relève exclusivement, dans le droit civil égyptien, du droit musulman⁴¹⁰. Dans une analyse fouillée, l'auteur avait mis en évidence les « *infiltrations et les réminiscences* » du droit européen au sein de l'édifice nouvellement construit, à savoir le Code civil égyptien⁴¹¹. A côté de ce droit, venu d'ailleurs, l'auteur invite le lecteur à aller « *rencontrer à l'intérieur même de l'édifice toute une institution qui tire son origine du droit musulman, à l'exclusion du droit occidental : nous voulons [énonce l'auteur] parler de la théorie de l'incapacité* »⁴¹². D'où l'importance, à ce stade, de livrer, dans une analyse cursive et synthétique, le traitement 'juridique' appliqué au droit musulman. Il se pourrait que la modernisation du droit civil escomptée désormais ne puisse esquiver aussi aisément le corpus religieux, contrairement aux pratiques du passé. Cela étant dit, cette interrogation doit demeurer au stade de l'éventualité. Aucune certitude ne nous anime et nous serions bien en peine d'avancer quelques conjectures. Surtout, elle se situe bien

⁴¹⁰ Ch. CHEHATA, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », *Op. cit.*, p. 839 et s.

⁴¹¹ Ibid, p. 847.

⁴¹² Ibid. L'auteur précise que « *les textes intégrés dans le Code civil, au chapitre des personnes et au chapitre du contrat, n'ont point été puisés dans les systèmes juridiques occidentaux, qui constituent d'une manière générale la source historique du Code civil égyptien. Ils doivent le plus clair de leurs dispositions au système juridique musulman et ils viennent, ainsi, malgré leur origine particulière, s'intégrer dans le corps du droit civil égyptien* ».

au-delà du champ de notre recherche et fait appel à des connaissances dont nous sommes dépourvus. En revanche, il est impératif d'en brosser le portrait. L'objectif est de tenter d'apporter une réponse à la question de savoir si le droit comparé demeure pertinent dans l'entreprise de modernisation des droits arabes ? C'est dans ce sillage que s'inscrit notre recherche. Au-delà des aspects théoriques, il est nécessaire de mesurer les possibles réalisations concrètes. En effet, si le droit comparé n'a plus la capacité de fournir les outils adéquats, pour le présent et l'avenir, il est, par conséquent, tout à fait loisible de conclure que toute étude comparative s'inscrit dans la veine de l'histoire du droit. Ce n'est pas dans cette perspective que nous ancrons notre recherche. C'est pourquoi, il est indispensable de revenir, ne serait-ce que brièvement, sur l'état de la situation prévalant avant la codification égyptienne en 1948 afin d'éclairer, au mieux, les éléments en présence à l'époque. Les interrogations afférentes à la codification égyptienne sont les mêmes que celles qui ont accompagné la codification koweïtienne en 1980. Les questions non résolues en Egypte se sont posées de façon quasi identique au Koweït. C'est dire que le propos, à l'égard du système égyptien, est valable par extension au système koweïtien.

185. Statut et place du droit musulman. S'agissant du droit musulman, antérieurement aux codifications, il faut avouer immédiatement qu'une méfiance régnait au sein du milieu juridique de l'époque. Les juristes affirmaient que les règles et les institutions élaborées durant des siècles ne sont guère adaptées à la situation nouvelle. L'anachronisme du droit musulman ne pouvait, dès lors, répondre aux attentes immenses de ces pays nouvellement indépendants. La modernisation devait susciter un corpus juridique plus développé. C'est sur ce point que les méthodes divergent. Les uns estimaient qu'il était possible de rationaliser le droit musulman et donc d'en faire la référence législative. D'autres, en revanche, nourrissaient davantage de réticence, voire de scepticisme, en affirmant que le droit musulman n'était plus en mesure d'accompagner la modernisation et le renouveau des règles devant gouverner les relations sociales. Ce dernier courant s'appuyait sur une réalité historique, qui est celle de la fermeture de la porte de *l'idjtihad*, à savoir l'évolution des solutions doctrinales. En effet, après avoir été à son apogée, le droit doctrinal musulman, connu sous l'appellation *fiqh*, a commencé à stagner à partir du XI^{ème} siècle. Le *fiqh* constitue les solutions doctrinales et, donc, les interprétations des différentes écoles musulmanes. Mais à partir du XI^{ème} siècle, les hommes de foi, au lieu de poursuivre sur la voie de *l'idjtihad* (effort personnel de réflexion qui permet constamment la discussion, la critique et, donc, la possibilité d'apporter les modifications nécessaires), se sont résignés devant le *taqlid* qui se manifeste par un conformisme juridique. A partir de cet instant,

les avis religieux s'inscrivaient dans la tendance de l'imitation dans laquelle les docteurs en religion musulmane se limitaient à répéter et à commenter ce qui avait été dit et écrit par leurs prédécesseurs. Cette problématique demeure vivace aujourd'hui même et questionne toujours les législateurs arabes. Réformer le droit civil de l'Égypte et du Koweït, posera à l'avenir, comme hier, les mêmes interrogations. Le droit de la protection des majeurs est intimement lié à la personne, à son entourage. Le législateur arabe devra-t-il de nouveau s'inspirer du droit européen et, particulièrement, du droit français ou est-ce que les solutions du droit musulman s'imposeront-elles à lui, demain, beaucoup plus qu'hier ?

C'est que, par le passé, la méthode voulue était de puiser, tout d'abord et avant tout, dans l'arsenal législatif musulman, ensuite, et ensuite seulement, de s'inspirer des solutions du droit étranger. Dans les mélanges en l'honneur d'Édouard Lambert, Sanhoury a écrit que « *le fait de puiser nos règles juridiques dans le Droit musulman est certainement conforme à nos plus anciennes traditions juridiques et confirme cette vérité d'évidence que le droit n'est pas le résultat d'une création improvisée, mais le produit d'une lente évolution qui garde des liens étroits avec le passé* »⁴¹³. Conscient néanmoins du décalage des règles qu'offre le droit musulman avec l'entreprise de modernisation, l'auteur tient à préciser la méthodologie idoine devant servir de guide. Il écrit que « *le système islamique ne peut être remis en application pour les musulmans eux-mêmes, notamment dans certains de ses éléments économiques ou de statut réel, qu'après une évolution préalable qui l'adapte aux exigences de la civilisation moderne* »⁴¹⁴. C'est la raison impérieuse pour laquelle il estime qu'il faudra « *susciter une renaissance du droit islamique* »⁴¹⁵. Cette renaissance devra se traduire par un travail scientifique afin de permettre de dégager les principes et les solutions à même de réguler une société en quête de progrès et de modernisation. Ce travail scientifique aura pour but de faire éclore des principes « *aujourd'hui ensevelis sous la poussière de l'oubli, et de les libérer des liens routiniers dans lesquels les juristes de l'époque intermédiaire les avaient immuablement fixés* »⁴¹⁶. L'éminent juriste égyptien voulait faire appel au droit comparé pour dégager les

⁴¹³A. SANHOURY, « Le droit musulman comme élément de refonte du Code civil égyptien », in *Introduction à l'étude du droit comparé ; recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, vol. 2, Paris, Sirey et LGDJ, 1938, p. 621.

⁴¹⁴ Ibid, p. 578.

⁴¹⁵ Ibid, p. 571.

⁴¹⁶ A. SANHOURY, « Le droit musulman comme élément de refonte du Code civil égyptien », *Op. cit.*, p. 623. Dans ses archives personnelles, Sanhoury va jusqu'à proposer la mise en place d'un institut du *fiqh* comparé ayant pour vocation l'étude du droit musulman à la lumière du droit comparé en vue d'en extraire un droit moderne adapté aux problématiques liées à la vie contemporaine et aux besoins pratiques, N. AL-SANHOURY, T. AL-SHAWI (dir.), *Abd Al-Razzaq al-Sanhoury à travers ses archives personnelles* [en arabe], Le Caire, Al-Zahra Press, 1988, p. 226.

nouveaux principes du droit musulman. Le travail scientifique préconisé était immense. C'est pourquoi, conscient de l'immense tâche, l'auteur souligne que « *ce changement n'aurait lieu qu'après une évolution profonde du droit musulman qui se serait pénétré de l'esprit moderne* »⁴¹⁷. Il est important de souligner que d'autres grands noms du droit civil égyptien partageaient entièrement l'idée de Sanhoury. En 1962, dans un article publié à la Revue internationale de droit comparé, Chafik Chehata soulignait que « *le système juridique de l'avenir devra se construire, à la lumière du droit musulman, avec les données que fournit la science du droit comparé. C'est ainsi qu'il n'y aura pas de coupure ni entre le passé et l'avenir, ni entre le monde arabe et le monde moderne* »⁴¹⁸.

186. La place congrue de la charia dans les codes arabes. En dépit des vœux exprimés à l'époque, le résultat final a été l'adoption d'un Code en 1948, entré en vigueur le 15 octobre 1949, très peu islamisé. La plupart des auteurs relèvent d'ailleurs le caractère « *fantaisiste* » d'un code civil islamisé⁴¹⁹. Sanhoury a reconnu lui-même en 1962 qu'« *en réalité le nouveau Code civil égyptien est une représentation fidèle de la culture civiliste occidentale* »⁴²⁰. Cet aveu tardif vient valider, d'une certaine façon, les craintes des religieux au moment de la codification. Pour les docteurs en religion, appliquer le droit musulman n'était qu'un leurre traduit par un slogan vide. Parmi les réactions assez virulentes de l'époque, il est significatif de citer un des conseillers à la Cour de cassation, Hassan Al-Hudaybi. Durant les discussions qui ont eu lieu à la Commission du Code civil du Sénat, ce conseiller a déclaré : « *Je tiens à dire que j'ai une opinion arrêtée sur cette question dans son ensemble, et que cela ne concerne pas simplement le Code civil. Cette opinion, qui est mon intime conviction, ne changera pas, si Dieu me soutient. Je ne m'opposerai en aucune façon au Code civil et je ne dirai rien au sujet de son contenu car à mon avis, il n'y a pas lieu de le discuter. C'est pourquoi, je ne m'associerai pas à la discussion du projet de Code civil sur le fond. A mon avis, il doit être publié en l'état ; car*

⁴¹⁷A. SANHOURY, *Le Califat : son évolution vers une société des nations orientales*, coll. 'Travaux du Séminaire oriental d'études juridiques et sociales', Op. cit., note 10. Sanhoury était véritablement attaché à l'idée que le droit musulman pouvait apporter les solutions nécessaires. Dans un texte publié en 1962, qui constitue un véritable testament scientifique, il avait émis le vœu de voir un jour émerger un code civil arabe unifié qui serait entièrement tiré du droit musulman, « Le Code civil arabe », *Revue Al-Qada du Barreau irakien*, 1962, 7 [en arabe].

⁴¹⁸Ch. CHEHATA, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », *Op. cit.*, p. 840.

⁴¹⁹Sur l'impact controversé de la Charia sur le code, voir J. N. D. ANDERSON, « The Shari'a and Civil Law », (1954) 1 *The Islamic Quarterly* 27, pp. 29-46 ; N. J. COULSON, *Histoire du droit islamique*, Paris, PUF, 1995, p. 153 ; Y. L. DE BELLFONDS, « Le droit musulman et le Code civil égyptien », (1956) 4 *Annales juridiques, politiques, économiques et sociales, Revue de la faculté de droit d'Alger*. Et pour la doctrine arabe : H.- E ALAHWANI, H. ABDULRAHMAN, *Les fondements du droit* [en arabe], Le Caire, Éditions dar-aboul-majd, 1996, pp. 136-139, qui évoquent le désordre qu'un changement radical, par le retour soudain au *fiqh*, peut provoquer dans les affaires ainsi que dans la pensée juridique.

⁴²⁰A. SANHOURY, « Al-qanun al-madani al-arabi », in Articles et recherches du prof. Sanhoury, *Op. cit.*, pp. 475 et 493. (Souligné par nous).

je crois personnellement que, du moment qu'il ne repose pas sur le socle que j'ai indiqué et qui est celui vers lequel vont mes convictions religieuses, il m'importe peu de savoir s'il est fondé ou non en raison »⁴²¹. Il est évident, aujourd'hui, que nous pouvons « voir dans cette 'profession de foi' réitérée des rédacteurs un expédient visant à apaiser les mouvements religieux en vue de faciliter l'adoption du projet »⁴²².

La codification réalisée du droit civil égyptien a permis, non pas l'éclosion d'un magma de règles à travers une compilation de solutions puisées ici et là, mais un système ordonné. Ce dernier ne traduit pas une réception aveugle et une imitation qui confinerait à une pure reproduction d'un droit étranger. Le droit ainsi produit est véritablement un droit hybride. Les avis ne sont pas toutefois unanimes sur le fait que les codes produits sont des œuvres de types mineurs ou des œuvres substantielles. Nous partageons la position de ceux qui estiment que le Code civil égyptien, comme koweïtien, et bien d'autres, ne traduisent guère des codifications-complications. « Par l'éclectisme qui les caractérise, ces œuvres relèvent, croyons-nous, des codes de type réformateur qui ne se contentent pas d'un effort d'éclaircissement, de systématisation, mais ambitionnent de réformer le droit préexistant. Ils s'inscrivent dans une perspective commune généralement réformatrice. Leur rattachement à cette catégorie peut être justifié par le fait qu'ils caractérisent d'importantes mutations dans les systèmes juridiques des pays où ils sont intervenus. L'adoption des codes répondait au besoin d'une rationalisation différente de la vie économique et sociale », souligne, à juste titre, le professeur Harith Al-Dabbagh⁴²³.

PARAGRAPHE 2 : Le renouvellement du droit français et la pertinence de son modèle

187. Les transformations en continu du droit français. L'évolution constante du droit français de la protection des majeurs vulnérables ne laisse pas d'interroger⁴²⁴. La grande

⁴²¹ Ministère de la Justice (Égypte), *Recueil des travaux préparatoires du Code civil égyptien (Al-Qanun al-madani : majmuatal-a'mal al- tahdiriyyah)* [en arabe], Op. cit., pp. 48 et 49, voir W. SULAYMAN QALLADA, « L'aventure du Code civil égyptien », [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://books.openedition.org/cedej/388?lang=fr#ftn11>

⁴²² H. AL. DABBAGH, « Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des États du Moyen-Orient », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, Op. cit., p. 402. L'auteur souligne que « quant au droit musulman, sa place se révèle résiduelle. En effet, pour ne pas rebuter les courants traditionnels, il a été à maintes reprises répété lors des débats parlementaires que le recours aux sources exogènes était surtout d'ordre purement rédactionnel, formel, et que sur le fond, le projet était conforme au droit et à la jurisprudence égyptiens en vigueur, ainsi qu'au droit musulman ».

⁴²³ Ibid, p. 437.

⁴²⁴ Les interrogations sont celles essentiellement de la doctrine. Elles traduisent, nous semble-t-il, au mieux, un malaise, au pire, des inquiétudes. Les différentes recherches que nous avons pu consulter, au-delà du traitement purement technique, laissent apparaître cet état d'esprit.

réforme opérée par la loi du 5 mars 2007 n'a cessé de déboucher, au fil du temps, sur des modifications et des changements, tant procéduraux que substantiels, ici et là. Cette loi a été pourtant qualifiée, par le garde des Sceaux de l'époque, « *comme une des grandes lois du nouveau siècle* »⁴²⁵. A l'aune du droit antérieur et à l'analyse du contenu de cette loi, il est incontestable que le qualificatif n'est guère usurpé. Il y a, à cet égard, un accord unanime de la doctrine française pour estimer que la loi du 5 mars 2007 a profondément renouvelé la condition juridique des personnes majeures privées de leur pleine capacité juridique. Ce renouvellement suppose, par conséquent, une continuité et une rupture. La loi de 2007 est, en effet, la « *filie légitime* » de la loi du 3 janvier 1968, élaborée sous l'impulsion du Doyen Jean Carbonnier⁴²⁶ et qui, durant longtemps, a été considérée comme un « *modèle* » de législation⁴²⁷. Il y a un partage et une communauté de vue entre les deux lois. Celle de 2007, pourtant, va beaucoup plus loin dans le champ de la protection, puisqu'elle ne se contente plus de viser le patrimoine, comme celle de 1968, ainsi que le Code Napoléon de 1804, mais étend sa protection à la personne vulnérable elle-même. Comme l'a affirmé fort justement, le professeur Pierre Catala, « *la réforme est profonde, aussi bien là où elle remodèle ce qui a été conservé que là où elle innove* »⁴²⁸.

188. Le changement de la terminologie. L'innovation afférente à certains points demeure néanmoins sujette à caution. Le changement terminologique en témoigne. Depuis la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968, la forme tend à une forme d'humanisation. Le législateur bannit de son vocabulaire le terme d'incapable⁴²⁹ pour lui préférer celui de personne protégée. Il a opté, dès la réforme de 1968, pour le choix de « *mots courtois et apaisants* »⁴³⁰. Plus question de faire usage des termes employés par le Code Napoléon. C'est pourquoi, les mécanismes de

⁴²⁵ Garde des Sceaux.

⁴²⁶ Voir *Dictionnaire historique des juristes français*, (sous la dir.) de P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, Paris, PUF, 2007, entrée : Jean Carbonnier

⁴²⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Op. cit., p. 276, A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 11^e éd., LGDJ, p. 531.

⁴²⁸ P. CATALA, préf. A Th. Fossier, A. Bateur, A. Caron-Dégliise, M.-Ch. Dalle, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, *Curatelle, Tutelle, Accompagnements*, LexisNexis, coll. « Litec Professionnel », 2010, p. XI.

⁴²⁹ J. HAUSER, « Réflexion sur la protection de l'incapable », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 227 ; « Faut-il brûler le droit des incapacités ? Commentaires de futures décisions », *RTD civ.*, 1998, p. 656 ; « L'incapable et nous », *JCP N*, 1999, p. 863 ; « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. fam.*, 2007, chr. 14 - Th. FOSSIER, L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer, *Deffrénois* 2005, art. 38076, p. 3.

⁴³⁰ J. CARBONNIER, « Essais sur les lois », *Deffrénois*, 2^e éd., 1955, p.73.

l'interdit⁴³¹ et du conseil judiciaire⁴³² ont laissé la place à la trilogie : sauvegarde de justice, curatelle et tutelle. Une trilogie, toujours d'actualité, puisque toujours en vigueur, augmentée et enrichie par deux autres mesures de protection⁴³³. L'évolution est telle, que nous tendons à glisser subrepticement de personne protégée à celle de personne vulnérable et, enfin, en dernier lieu, à celle de personne accompagnée. Si le changement terminologique ne pose pas un véritable problème aux membres de la doctrine, des nuances se font, ici et là, toutefois entendre. Si d'aucuns, à l'instar du professeur Gilles Raoul-Cormeil, saluent pleinement la modification du vocable qui « *a abandonné la terminologie péjorative du Code Napoléon* »⁴³⁴, d'autres semblent plus circonspects. Le professeur David Noguéro en fait partie. Il rappelle que « *le vocable « incapacité » n'a pas toujours bonne réputation et a conduit à préférer souvent le substitut de la vulnérabilité* ». Il poursuit en soulignant qu'« *il est fréquemment suggéré ou ordonné de glisser vers un adoucissement voire un édulcorant. Par la langue employée, le législateur cherche à faire montre de psychologie pour ne pas heurter. On voudrait probablement que les termes choisis servent de thérapeutique et jettent un voile pudique sur des réalités crues. Les termes « incapable » ou « incapacité » sont chassés par le législateur contemporain, du moins lorsqu'il intervient spécifiquement pour les règles dédiées à ces personnes vulnérables* ». Enfin, il attire l'attention sur le fait qu'« *Il faut se garder d'accoler une valeur péjorative à ces différents vocables qui traduisent simplement une réalité technique et humaine. Il n'y a pas une opposition de la protection et de l'incapacité, bien au contraire. Au final, il faut protéger. Il ne faut pas saborder la protection pour une vaine querelle de mots mais, au contraire, l'encourager afin de traiter les maux qui perdurent. Et il faut toujours se résoudre à poser la question de protéger comment. C'est dans la mise en œuvre des incapacités qu'il faut se montrer fin psychologue afin de saisir la variété des profils et de personnaliser la protection dans le respect de chaque personne* »⁴³⁵. Quant à nous, nous partageons la

⁴³¹ L'interdiction judiciaire était réservée pour les cas les plus graves. Article 489 du Code 1804 : « *Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides* ». Dans ce cadre, l'aliéné était en tutelle, à l'image du mineur. Il était sous-représentation. C'est ce que nous retrouvons, d'ailleurs, dans les deux droits arabes, à l'exception du droit koweïtien, qui épousant la thèse du Doyen Demolombe, conduit à reconnaître les moments de lucidité de la personne atteinte de démence. Voir l'article 509 du Code Napoléon qui assimile l'interdit au mineur, pour sa personne et pour ses biens.

⁴³² Le conseil judiciaire est réservé au faible d'esprit et au prodigue. Ici, la personne était soumise à assistance.

⁴³³ D'abord, par la mesure du Mandat de protection future (art. 477 à 494, C. civ.). Cette mesure est considérée comme la principale innovation de la loi de 2007. C'est, du moins, la mesure que le législateur voudrait voir fleurir davantage et, certainement beaucoup plus que, les mesures judiciaires. Ensuite, la mesure de l'habilitation familiale, issue de l'ordonnance du 15 octobre 2015. Cette mesure, bien accueillie par la doctrine, doit faire face à l'accusation de la déjudiciarisation. L'analyse des deux mesures se fera ultérieurement.

⁴³⁴ G. RAOUL-CORMEIL, « Qu'est-ce qu'être protégé ? », *Op. cit.*, p. 12.

⁴³⁵ D. NOGUERO, « Vulnérabilité et aptitude », in *La vulnérabilité*, journées québécoises, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome LXVIII, 2008. Rappelons, ici, les termes exacts utilisés par le Doyen Carbonnier : « *Toute protection des aliénés, en un sens, les aliène, par cela seul qu'elle les suppose étrangers à*

conclusion de l'auteur qui avance que « *quelles que soient les raisons justifiées ou à la mode, l'incapacité demeure encore une expression parlante, commode, qui peut éviter de recourir à des périphrases* ». Nous signalerons, ici, que le droit arabe, sous étude, utilise exclusivement les termes d'incapable, d'incapacité et d'interdit.

Cette évolution terminologique, au-delà de la forme, témoigne de l'existence d'un changement de substance assez profond. Et ce changement est extrêmement intéressant à analyser, puisqu'il permet de saisir et de fixer les termes de la comparaison entre le droit français et les deux droits arabes. Les interrogations afférentes à cette dynamique législative sont nombreuses. Elles ne sauraient dès lors être exhaustives. L'objectif est uniquement de souligner l'ampleur de la tâche qui échoit, généralement, au juriste comparatiste. D'où, la nécessité de délimiter le périmètre de notre cadre comparatif.

Ainsi, est-ce que ce changement permanent est en mesure de permettre l'affleurement de points de rencontre entre les trois droits qui contribueront à une communication et une fertilisation opportunes ? Est-ce que ce changement préfigure-t-il l'avenir inéluctable du droit arabe, qui n'aura et ne pourra que parcourir, lui également, les différentes étapes déjà franchies par le droit français ? Ou, est-ce que ce changement pourrait-il alerter le législateur arabe sur les ambivalences d'une trop importante réforme, telle que celle qui s'est produite en France, avec la loi du 5 mars 2007 ? Ne serait-il pas préférable, voire souhaitable, de procéder par petites touches, que de vouloir tenter dans une forme d'illusion de tout remanier et donc de prendre le risque d'ouvrir la boîte de pandore, à la française ? Vouloir accorder, par exemple, le plus de liberté à la personne protégée, et ce, afin de satisfaire, l'exigence de sa volonté, ne risque-t-il pas de se muer en son contraire, et faire advenir, *in fine*, une situation « *désastreuse* », allant à l'encontre de l'intérêt de celle-ci ?

Il est loisible de multiplier les exemples. L'objectif n'est cependant pas opportun. Ce qui l'est, en revanche, c'est de mettre en exergue les différents points d'entrée qui permettront la discussion sur ce que pourrait apporter, aujourd'hui, une telle étude comparative.

C'est la raison pour laquelle il est impératif de s'arrêter sur la nature du changement qui affecte le droit français et de tenter de dévoiler les forces qui le travaillent. Deux causes majeures sont

l'univers raisonnable [...] sauvegarde, tutelle, curatelle – quelque précaution qu'on ait eue d'employer des mots courtois et apaisants, n'est-ce pas un statut du malade mental qui est évoqué, donc une mise à part des autres, une ségrégation par le droit ? », J. CARBONNIER, préface à J. Massip, *La réforme du droit des incapables majeurs*, Defrénois, 1968, p. 64.

à l'œuvre : la pression exercée par le droit international des droits de l'homme et l'influence incontestable du droit comparé.

189. L'influence du droit international. Introduire le droit international dans une analyse du droit interne, entraîne, de prime abord, à constater une réalité incontournable : le choix de décision quant à l'élaboration de la norme n'appartient plus de façon exclusive aux autorités nationales. Le droit interne est ainsi contraint de négocier avec les exigences du droit international, qui voit, au demeurant, son champ de compétences s'étendre de manière exponentielle. La globalisation qui n'est pas qu'économique, n'est pas un vain mot. Ainsi, la confection de la norme 'interne' qui se réalise sous le prisme du droit international signe la fin de l'autonomie du législateur. Une fin qui affecte la place et le rôle du parlement et, par conséquent, ceux de la loi. Le droit international des droits de l'homme précisément vient mettre un frein au volontarisme qui avait caractérisé le législateur. Ce dernier n'est plus totalement libre d'exprimer les choix exprimés à travers le processus démocratique. Le parlement et, donc, la loi, sont tributaires d'orientations substantielles, de grilles d'analyse et d'idéologies propres au droit international. La capacité normative de l'ordre interne se déploie sous la gouverne de l'ordre international⁴³⁶. C'est pourquoi, il est courant, voire banal, aujourd'hui, de souligner l'existence d'une forme de délégitimation de l'ordre interne à vouloir gouverner de façon solipsiste. A l'instar de quasiment tous les Etats, la France est ouverte sur le monde. Elle reçoit, voire subit, ainsi les influences extérieures. Surtout, elle doit intégrer un ensemble de normes confectionnées en dehors de ses frontières. C'est précisément la rencontre, voire le mélange, des normes internes *stricto sensu* et des normes provenant de la sphère internationale qui pose des difficultés de cohérence. D'où, l'insistance de beaucoup de juristes internistes quant au risque d'ébranlement affectant la rationalité du droit français. L'exemple de la *soft law* et les inquiétudes qu'elle charrie, pour les juristes internistes, est révélateur de la prise de conscience d'une pénétration irréversible de normes externes, sur lesquelles l'ordre interne n'a aucun pouvoir de maîtrise⁴³⁷.

⁴³⁶ Sur les rapports entre le droit international et le droit interne et les répercussions engendrées, voir, PARTIE II, TITRE I, Chapitre 1^{er}. Nous analyserons, de ce fait, ne serait-ce que cursivement, la place et le rôle de l'article 55 de la Constitution française. Cet article est extrêmement important à saisir quant à notre sujet, en dépit de la parcimonie des études qu'il reçoit de la part des juristes civilistes français. C'est cet article qui permet le déverrouillage de l'ordre interne et sa communication avec les ordres supra étatiques et, par conséquent, la pénétration des normes venues de l'extérieur.

⁴³⁷ Cela se manifestera de façon éclatante lorsqu'il s'agira d'aborder le glissement du droit français de la protection vers un droit de l'accompagnement. La majorité des juristes civilistes français s'interroge sur ce que recouvre ou, surtout, sur ce que pourrait recouvrir justement cette notion si fuyante de l'accompagnement. C'est précisément la difficulté inhérente à toutes les notions afférentes au droit souple. La définition ne se laisse pas capturer aisément, si cela est déjà possible. Ces difficultés de la délimitation de la normativité et des paliers de la normativité étaient,

La clôture de l'ordre juridique interne se révèle ainsi illusoire et non pertinente. Ce qui doit néanmoins retenir notre attention, c'est que le devenir du droit interne est aujourd'hui imbriqué à celui du droit international. Les changements que traverse le droit interne français doivent donc être analysés à l'aune de l'évolution du droit international. C'est pourquoi, il est impératif de saisir le contenu et la portée de certains principes fondateurs du droit international des droits de l'homme qui sont autant de facteurs d'inspiration pour le droit interne. Allons plus loin et disons-le d'emblée, des pans entiers du droit interne doivent, de plus en plus, leur validité et leur conformité aux normes internationales. La manifestation de la 'puissance' des normes et principes du droit européen et du droit international des droits de l'homme se fait de façon particulière à travers le mécanisme de la jurisprudence. Les méthodes utilisées et les interprétations suivies par les cours supranationales et, donc, par la suite, par les hautes cours nationales, aboutissent à des remises en cause sévères de l'ordre normatif interne. Le droit français de la protection des personnes majeures vulnérables satisfera aux exigences attendues lorsqu'il recevra la consécration et l'onction de la jurisprudence. C'est dire que l'élaboration de la norme, *stricto sensu*, n'est plus le critère suffisant pour juger et jauger la pertinence d'une réglementation. Il faudra la soumettre à l'analyse de la « tyrannie des juges supranationaux »⁴³⁸. Une tyrannie qui ferait que, quels que soient l'état et l'évolution du droit français de la protection des majeurs, l'écho, quant à sa qualité, serait toujours discutable, pour ne pas dire, critiquable et donc réformable. Nous devinons sans peine que, dans le sillage de cette veine, la réforme du droit français ne saurait connaître de limites. Le droit accuserait, ainsi et toujours, du retard par rapport à ce qu'il devrait être. De façon plus profonde et plus exigeante, ce qui est mis en cause ici, c'est le système de la règle de droit. Ce système semble, à la lumière de la jurisprudence, assez peu protecteur des droits des individus. Ce résultat déroutant et inquiétant est atteint par les méthodes d'interprétation utilisées par les hautes cours. Parmi celles-ci, il y a le contrôle de proportionnalité. « Cette méthode, de plus en plus utilisée, consiste à délaisser le syllogisme juridique, pourtant à la base de tout raisonnement, spécialement judiciaire – rechercher la règle de droit appropriée, eu égard aux faits de l'espèce,

par le passé, une interrogation liée à la discipline du droit international. Ce sont les internationalistes qui, de décennies en décennies, ont dû affronter cette redoutable question, et ce, afin de légitimer la discipline. Aujourd'hui, cela traverse l'ensemble des disciplines et semble affecter, plus particulièrement, le droit civil. Le professeur Gilles Raoul-Cormeil souligne, à juste titre, que « la notion d'accompagnement est invisible dans la lettre du Code civil, puisqu'elle ne transparaît pas dans la procédure de rédaction d'un acte juridique. Mais elle est essentielle à la mise en œuvre effective du droit strictement personnel par les personnes affaiblies ou fortement inadaptées. », G. RAOUL-CORMEIL, « Le patrimoine de la personne protégée. Rapport introductif », *Op. cit.*, p. 30.

⁴³⁸ P.-Y. GAUTIER, « Du nouveau gouvernement des juges », in *Mélanges en l'honneur de la professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p. 55 et s.

pour en tirer la solution – au profit d’une pesée des intérêts respectifs des justiciables ; celui qui paraît au juge, selon son sentiment et l’éclat des droits fondamentaux en présence, le plus lourd, l’emporte, alors même que la légalité syllogistique conduirait à la solution contraire »⁴³⁹. L’auteur poursuit en soulignant que « *refuser le syllogisme, c’est refuser l’application de la loi, l’écarter et forger une décision qui constituera la loi des plaideurs concernés* ». L’interrogation légitime et soudaine qui surgit est de se demander comment cela est-il possible qu’une juridiction fonctionne sans appliquer la loi qu’elle est pourtant censée interpréter ? Cela est possible. « *Grâce au droit supranational : droits fondamentaux, dans l’ordre du Conseil de l’Europe ; droit de l’Union européenne, dans l’autre ordre, c’est parfaitement licite* »⁴⁴⁰. Cette façon d’opérer brouille la vision classique d’une séparation des pouvoirs, puisque la figure du juge apparaît de plus en plus comme une autorité « *quasi-législative par la réécriture des lois au nom du contrôle de proportionnalité* »⁴⁴¹. Cette réalité traduit l’existence d’un gouvernement des juges. Ce gouvernement ignore la règle de droit et « *se fonde alors sur le sentiment du moment de ceux qui siègent et ont désormais ce pouvoir incroyable de mépriser la loi, pourtant votée par nos délégués* », affirme le professeur Pierre-Yves Gautier. C’est ce qui l’amène à attirer l’attention en disant que cela « *est une révolution normative, en même temps qu’une régression inédite dans notre histoire juridique* »⁴⁴².

La pénétration du droit international dans le tissu normatif interne est comme un « *coup de tonnerre dans un ciel clair* »⁴⁴³. Elle provoque des réajustements et des recompositions telles, que le paradigme dominant doit céder la place à une autre vision et à une autre lecture. Ainsi, en France, nous tendons à trouver un équilibre satisfaisant entre la protection de l’intérêt de la personne protégée et le respect de sa volonté et de ses préférences personnelles.

Face à une telle situation, que pouvons-nous mettre sous le vocable de ‘renouvellement’ de la condition juridique de la personne dont les facultés mentales ou corporelles sont altérées ? Si la règle de droit devient inopérante à cause d’une jurisprudence changeante, il est fort probable

⁴³⁹ Ibid, p. 57.

⁴⁴⁰ Ibid, p. 58.

⁴⁴¹ S. GUINCHARD, « L’instrumentalisation du contrôle de proportionnalité dans le débat sur la place de l’autorité judiciaire dans nos institutions », in *Mélanges B. Teyssié*, LexiNexis, 2019, p. 617.

⁴⁴² Ibid, p. 60. La Cour de cassation suit le même mouvement que les cours supranationales. Par « *surenchère et excès de zèle* », la Haute cour française brouille, à son tour, les pistes et fonctionne, désormais, avec la méthode de la balance des intérêts. Le juriste est désemparé face à de nombreuses décisions produites et s’interroge sur la rationalité qui a animé ladite Cour. La difficulté majeure, toutefois, demeure le fonctionnement des cours supranationales qui affectent celui des juridictions nationales, de droit ou de fait. Les juges des cours supranationales « *jonglent avec les méthodes d’interprétation du droit* » présentées « *comme impératives pour le juge national* », P.-Y. GAUTIER, « Du nouveau gouvernement des juges », note de bas de page, n° 15.

⁴⁴³ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L’abus dans les contrats*, Préf. R. Bout, LGDJ, coll. Bibl. dr. Privé, t. 337, n° 1.

que le sens même de l'évolution du droit de la protection devienne difficilement saisissable. Dans ce cas de figure, sur quelles bases devra-t-on opérer la comparaison entre le droit français et les deux droits arabes ? Si le devenir du législateur français est d'entériner, à travers l'édiction de règles générales, les orientations produites par la jurisprudence, il est clair que la comparaison se fera sur un terrain friable et peu propice à des enseignements à long terme. Le rôle que pourrait ainsi jouer le droit comparé serait hypothétique. Si c'est le cas, nous prendrons acte de ce fait et, nous concluons que les chances de communication entre les trois ordres juridiques ne pourraient qu'être fort minces. Ce qui est toutefois certain et dénué de toute ambiguïté, c'est l'apport du droit comparé au mouvement de réforme du droit français, en lien avec les droits qui sont culturellement proches de ce dernier. Ici, le droit comparé a joué et continue de jouer un rôle moteur et majeur.

190. L'influence du droit comparé. Il est d'abord incontestable de reconnaître que le renouvellement du droit français de la protection s'est opéré sous l'influence du mimétisme⁴⁴⁴. En effet, l'ensemble des grands pays qui sont proches culturellement de la France ont « *tous modifié leur droit de l'incapacité, surtout celui des majeurs, en essayant de mieux prendre en compte le particularisme de chaque majeur et en prévoyant la possibilité pour chacun d'organiser lui-même sa protection future lorsqu'il était capable* »⁴⁴⁵. L'exemple du Mandat de protection future est topique à cet égard. Ce qui nous intéresse, toutefois ici, c'est de mettre en exergue les répercussions qu'apporte le droit comparé sur le devenir du droit français et, *in fine*, sur la pertinence et la viabilité de notre recherche comparative. L'idée que nous voudrions esquisser, à ce stade, c'est de souligner qu'à la faveur du droit comparé, le droit français de l'incapacité ne présenterait plus de particularité, voire de singularité, en soi. Plus précisément, nous souhaiterions attirer l'attention sur l'aptitude du droit comparé à inscrire le droit français dans une veine qui serait identique et partagée par d'autres systèmes juridiques. Le mot d'ordre est, en réalité, l'indispensable convergence des droits. « *D'abord, parce qu'il apparaît que l'idée d'une différenciation substantielle des droits nationaux est en crise : dans un monde qui s'internationalise à marche forcée, tout conspire à la convergence législative des États, sinon parfois à l'unité des solutions* »⁴⁴⁶. Précisément, s'agissant des convergences portant sur l'aspect patrimonial entre le droit français et les deux droits arabes, la moisson est assez abondante. Les sanctions affectant les actes patrimoniaux sont, à titre d'exemple, révélatrices

⁴⁴⁴ Un mimétisme qui nous semble d'une nature plus différente que celui qui est à l'œuvre, généralement, entre les droits des pays puissants et celui des pays de moindre puissance.

⁴⁴⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Op. cit., p. 277.

⁴⁴⁶ R. LIBCHABER, « L'avenir d'un paradoxe », in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 525.

d'une conception commune entre les trois droits⁴⁴⁷. D'aucuns pourraient estimer que cela n'emporte pas beaucoup de conséquences du moment où le déploiement des points de convergence est cantonné à la sphère patrimoniale. En revanche, une convergence sur le terrain de la protection de la personne risquerait de dénaturer le droit arabe, en portant atteinte à la conception musulmane de la famille et des rapports individuels en son sein. En effet, et à titre d'exemple, en Egypte, *« aujourd'hui, toute réforme du droit de la famille qui ne serait pas basée sur l'invocation du droit musulman serait très difficile voire impossible à introduire. Sous l'effet de la réislamisation de la société, les différents acteurs politiques que sont l'Etat, les mouvements islamiques ou les partis politiques placent le débat public sur le terrain idéologique du religieux et avancent chacun leur interprétation des textes classiques »*⁴⁴⁸. Cette remarque est, au demeurant, valable pour le Koweït. Cette clôture de l'ordre juridique dans ces deux pays constituerait-elle un obstacle à une convergence avec le droit français sur le terrain *stricto sensu* de la protection de la personne protégée ? D'autant que c'est sur ce terrain-là, précisément, que notre regard se focalise davantage. La différence capitale qui sépare, en effet, aujourd'hui, le droit français des deux droits arabes sous étude, c'est bien la double protection, patrimoniale et personnelle du premier, contre une protection patrimoniale uniquement pour les seconds. C'est pourquoi, l'une des attentes escomptées de la présente étude comparative est de mesurer les potentialités et les possibilités que pourrait offrir le droit français aux droits arabes, quant à la protection de la personne, en plus de celle du patrimoine. Toutefois, au-delà des difficultés, cursivement esquissées, il importe de mettre en exergue, à ce stade, l'épuisement de la singularité normative française. L'épure du droit français de l'incapacité tendrait à se confondre plus ou moins aujourd'hui, et davantage demain, avec d'autres systèmes juridiques⁴⁴⁹. La raison est que la singularité est de moins en moins acceptée, voire acceptable.

⁴⁴⁷ Pour les sanctions des actes, voir PARTIE I, TITRE II, CHAPITRE 2.

⁴⁴⁸ N. BERNARD-MAUGIRON, « Le processus de réforme du droit de la famille et ses limites », *Op. cit.*, p. 81.

⁴⁴⁹ *Contra* : le professeur Jean-Jacques Lemouland estime que la singularité française n'a pas disparu et qu'elle se manifeste toujours à travers la notion et l'utilisation du vocable d'incapacité : « *Le droit des incapacités peut témoigner aussi de l'attachement du droit français à ses racines. Ne serait-ce qu'au travers du maintien de la notion même d'incapacité, éclipsée dans beaucoup de législations européennes par d'autres concepts apparemment moins péjoratifs mais incontestablement plus flous* », J.-J. LEMOULAND, « Quel apport du droit comparé au droit français des personnes et de la famille ? », in *Mélanges. J. Hauser*, LexisNexis Dalloz, 2012, pp. 329 à 349, spéc. p. 342. Une grande partie de la doctrine voit d'un bon œil les apports éventuels du droit comparé pour le droit français : « *Les récentes expériences de réforme réalisées ou de projets de réforme, dans les pays qui nous entourent tout comme outre-Atlantique, nous permettent de comparer les constructions propres à chaque culture juridique et de mieux saisir notre propre droit, voire d'y trouver une source d'inspiration pour des évolutions souhaitables* », G. RAOUL-CORMEIL, M. REBOURG, I. MARIA, « Autres regards sur les perspectives de réforme », in G. Raoul-Cormeil, M. Rebours, I. Maria (dir.), *Protection des majeurs : Bilan et perspectives. De la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?* LexisNexis, 2020, p. 222 et s. *Contra* : le professeur Rémy Libchaber fustige les résultats obtenus à travers l'utilisation du droit comparé : « *L'outil qui permet cette mise en accusation des démarches singulières, c'est le droit comparé, ou plutôt, l'incroyable faveurs qui le stimule. Longtemps, on y a vu l'effet d'une certaine curiosité juridique, portée à*

Quelle légitimité pourrait, en effet, autoriser un ordre juridique de sortir de la tendance dominante et d'adopter des solutions particulières ? Ainsi, « *face aux grands courants du progressisme, chacune est sommée de décliner ses titres à se maintenir, sauf à apparaître comme le cap avancé de la modernité. On retrouve là des idées qui remontent à l'Antiquité : puisque le feu brûle ici aussi bien qu'ailleurs, c'est qu'il n'y a qu'une seule nature. La même observation pousse aujourd'hui au dogme de la solution unique : ce qui est bon pour l'homme ne doit-il pas l'être sous toutes les latitudes, puisque ses besoins sont partout les mêmes ?* »⁴⁵⁰. Le mouvement de la convergence des droits et donc des solutions ne fait plus de doute désormais⁴⁵¹. Il n'en demeure pas moins vrai que nous pourrions ressentir toutefois de l'embarras lorsqu'il s'agit d'analyser des droits qui s'ancrent dans des bords culturels assez différents. En dépit des convergences, relevées ici et là, entre le droit français et les deux droits arabes, n'y aurait-il pas des limites infranchissables qui rendraient, au-delà d'un certain seuil, toute comparaison assez vaine ? Le facteur puissant des droits de l'homme qui participe à remodeler, en profondeur, le droit de la famille en Occident est de peu d'intensité sur le droit des pays musulmans. « *Pour qui observe aujourd'hui l'état du statut personnel de part et d'autre de la Méditerranée, il semble bien que le fossé entre les deux rives soit presque insurmontable. Deux modèles antinomiques du droit de la famille se font face et il paraît a priori difficile d'envisager un quelconque rapprochement des systèmes sur ce terrain* », affirme la professeure Léna Gannage⁴⁵². L'auteur poursuit en soulignant que « *si l'on devait résumer la nature des antagonismes qui séparent, en l'occurrence, les droits européens et les droits de tradition musulmane, il faudrait sans doute la situer dans le rapport contradictoire qu'ils*

*l'universalisme. Ce que les historiens tentaient de réaliser dans l'épaisseur du temps, les comparatistes le faisaient au présent en généralisant l'examen dans l'espace. Dans l'un et l'autre cas, l'inventaire conduisait plus à l'exaltation des singularités qu'à la reconstitution des logiques d'ensemble [...] L'activité n'était portée par aucune visée théorique qui dépassât si peu que ce soit le goût du neuf et de l'inattendu. [...] Mais le statut de l'activité a changé, en tentant de se constituer en discipline scientifique : il ne s'agit plus là d'une entreprise pittoresque, mais en quelque manière de la constitution de nouveaux manuels pour inquisiteurs ! Là où l'on chercha naguère à exalter et comprendre les différences législatives séparant des peuples plus proches, il n'est plus question aujourd'hui que de réclamer des comptes aux démarches singulières, D'où la généralisation de la comparaison, à tous les niveaux de la réflexion », R. LIBCHABER, « L'avenir d'un paradoxe », *Op. cit.*, p. 526. L'auteur explique la raison de sa critique : « *C'est le rôle de ces apports qui surprend : la plupart du temps, il ne s'agira plus que de se placer dans le sillage le plus commun, ce que l'on appelle le main stream - en un ou deux mots. De façon exceptionnelle, on envisagera de sortir du lot en sachant qu'il faudra assumer les risques d'une originalité, critiquée par ce trait qui aurait autrefois fait honneur. Ce comparatisme aboutit à scléroser la recherche d'une solution spécifique, considérée comme adaptée aux besoins de la nation. À la question traditionnelle du processus démocratique - dans quel système voulons-nous vivre ensemble ? -, nous en substituons une autre : avons-nous le droit de nous singulariser par des solutions qui n'existeraient que chez nous ?* » (p. 526).*

⁴⁵⁰ R. LIBCHABER, « L'avenir d'un paradoxe », *Op. cit.*, p. 526.

⁴⁵¹ Cette convergence mérite toutefois des nuances puisqu'il semble que, suivant la discipline étudiée, il demeure, parfois, de fortes différences. Il suffit d'évoquer le droit économique ou le droit social pour s'en convaincre aisément.

⁴⁵² L. GANNAGE, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *RCADI*, 2013, t. 357, p. 240.

entretiennent aux droits de l'homme »⁴⁵³. En dépit de toutes ces remarques, il ne fait pas de doute que la protection de la personne par les deux droits arabes ne pourra qu'advenir. Ainsi, chemine la normativité contemporaine, particulièrement, lorsque le droit des droits de l'homme n'est pas loin⁴⁵⁴. Mais, ce renouvellement inexorable pourrait ne pas puiser son inspiration dans le droit français. Toutefois, conjecture à part, il y a de très fortes probabilités pour que le droit arabe soit confronté, à l'avenir, à des difficultés et défis assez semblables que rencontre le droit français actuellement⁴⁵⁵. C'est pourquoi, il est indispensable de broser à grands traits la cartographie normative apportée par la loi du 5 mars 2007.

Incontestablement, cette loi du 5 mars 2007, en dépit des nombreux changements qu'elle a subis, demeure « la » réforme de la protection juridique des majeurs. C'est dire que les réformes subséquentes et postérieures ne représentent guère de nouvelles réglementations venant se substituer à la loi de 2007. Elles sont, au contraire, des prolongements et des enrichissements de celle-ci. Il n'en demeure pas moins vrai que les incessantes réformes interrogent quant à la stabilité des normes et à la sécurité des actes. Il faudra sans doute encore du temps pour mesurer la portée des changements intervenus, notamment, quant à la réception et la 'digestion' des dispositions de cette loi par le corps social. L'exemple du Mandat de protection future est patent à cet égard. Porter au pinacle par le législateur, son utilisation par les Français demeure négligeable.

Sur la forme, nous reprochons à cette loi, qui est caractéristique du type de réglementation contemporaine, son excès de détails, voire son « bavardage ». Entre le Code Napoléon de 1804

⁴⁵³ Op. cit. L'auteure indique que « Dans les pays de la rive nord de la Méditerranée, les droits fondamentaux ont pris d'assaut la cellule familiale européenne. Ils ont développé un modèle familial construit sur le bien-être individuel et la liberté presque illimitée de chacun des membres de la famille. Cette évolution est le fait, dans une large mesure, de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et de l'interprétation évolutive qu'elle propose des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Il en est résulté, en toute hypothèse, un pluralisme des modèles familiaux, puisque coexistent aujourd'hui en Europe des familles au profil très différent : légitimes, naturelles, monoparentales, homoparentales. La montée en puissance du relativisme a autorisé le règne de tous les possibles, elle a institué en quelque sorte la « famille à la carte [...] Dans les pays du sud de la Méditerranée, à l'inverse, [...] les droits de l'homme demeurent dans une large mesure absents de la sphère familiale [...] Au pluralisme des modèles familiaux en vigueur en Europe s'oppose ici l'hégémonie d'un modèle familial unique : celui de la famille légitime et patriarcale » (p. 241).

⁴⁵⁴ En effet, le droit des droits de l'homme joue un rôle non négligeable au sein des ordres juridiques arabes. La réception des normes internationales au sein des ordres internes ne pose pas de difficulté dirimante. La question qui demeure est de savoir quelles sont, en définitive, les répercussions de ces normes sur la régulation des comportements. Il n'empêche que, face à la puissance, certains osent dire la nuisance, notamment en pensant, à ce que d'aucuns dénomment la version un peu extrémiste des laudateurs des droits de l'homme, à savoir le droit de l'hommisme, V. A. PELLET, « Droits de l'hommisme et droit international », [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://www.crdh.fr/wp-content/uploads/droits-de-lhommisme-et-droit-international-1.pdf>> du droit des droits de l'homme, les législations des pays arabes, devront s'ajuster et donc se métamorphoser... à l'instar des législations occidentales.

⁴⁵⁵ La légitimité de notre recherche tient au fait que la codification arabe des deux pays sous étude se soit fortement inspirée du droit français. L'héritage d'hier pourrait-il connaître un avenir ?

et la loi Carbonnier de 1968 et celle de 2007, les dispositions afférentes au droit de l'incapacité ont connu une augmentation exponentielle⁴⁵⁶. Dans un propos critique, voire polémique, le professeur Philippe Malaurie affirme que la « *devise* [de cette loi de 2007] *pourrait être* : *'pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué'* ; le *bla-bla-bla législatif contemporain* »⁴⁵⁷. Au-delà du fait de l'adhésion ou non à cette critique, il n'est pas difficile de relever les raisons explicatives de cet état de fait. D'abord, « *à l'image des mœurs de 2007 qui ne sont plus ceux de 1968, la législation a changé* »⁴⁵⁸. La complexification des relations sociales au fil du temps impose au droit une prise en compte qui se traduit par une activité législative plus dense. La multiplication des dispositions devient inévitable. Ensuite, et en lien avec le précédent facteur, la prise en compte législative ne se contente plus de rester aux seuils des rapports sociaux. Elle y apporte un bouquet de détails qui, de façon ambivalente, créent les conditions d'une meilleure sécurité juridique et les conditions de son contraire. De nombreuses activités et faits sont désormais encadrés par le législateur alors que, par le passé, ils faisaient partie de ce que d'aucuns dénomment le « *non-droit* ». De façon explicite, le Conseiller Jacques Massip souligne que « *le législateur de 1968 n'avait pas estimé devoir consacrer à la protection de la personne des majeurs incapables des articles particuliers du Code civil, le régime qui leur était applicable ayant vocation à être défini par référence à d'autres normes de valeur, à d'autres normes de régulation sociale (les usages et les mœurs, les règles de morale ou de déontologie)* »⁴⁵⁹.

Cependant, à la lumière de ce premier élément, il est possible de mesurer l'ampleur de la tâche accomplie. Le résultat est un véritable succès. L'équilibre entre la novation et le « *souci du compromis* » a été trouvé⁴⁶⁰. « *Protéger sans diminuer* »⁴⁶¹ est le mot d'ordre de la réforme

⁴⁵⁶ Code Napoléon : 27 articles. Loi de 1968 : 47 articles. Loi de 2007 : 150 articles.

⁴⁵⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Op. cit., p. 276 ; A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Op. cit., p. 279. L'auteur précise que « *pour toutes sortes de raisons le langage législatif ne goûte plus le classicisme et la concision – il aime au contraire le rappel des grands principes surtout les plus évidents, en énonçant les idées qui plaisent à notre temps, mais sans portée normative : souvent du verbalisme, du bavardage et de l'emphase, selon une pratique courante dans la législation civile contemporaine* » (p. 277). Rappelons ici que « *quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête qu'une oreille distraite* », sanctionnait un rapport public du Conseil d'Etat dès 1991.

⁴⁵⁸ G. RAOUL-CORMEIL, « La loi du 5 mars 2007, entre le passé et l'avenir de la protection juridique des majeurs », Op. cit., p. 38.

⁴⁵⁹ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Op. cit., p. 201.

⁴⁶⁰ J. J. LEMOULAND, « Faut-il à nouveau réformer le droit des majeurs protégés ? », Op. cit., p. 69 et s.

⁴⁶¹ Th. FOSSIER, *L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer*, Op. cit., p. 3 à 34. Il faut rappeler, ici, le rôle majeur que joue la doctrine en France vis-à-vis du législateur. Voir, à titre d'exemple, sur la protection de la personne, inexistante dans les dispositions de 1968, ce que la doctrine a apporté, J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, Thèse, Univ. Bordeaux (1998), éd. La Mouette, 2001.

portée par un législateur qui a consulté différentes parties (professionnels, familles...) et qui a mis dix ans pour accoucher de ce texte.

Cette loi du 5 mars 2007 recèle ainsi de nombreux aspects positifs. Elle s'inscrit dans la veine des droits flexibles qui donnent la direction à prendre et permettent que des marges de manœuvre puissent être exploitées afin de s'adapter au mieux à la situation. L'interrogation afférente à la privation et à la diminution de la capacité demeure toutefois vivace. Elle vient interpellier le droit français et le questionner sur son aptitude à mieux protéger la personne. Mais c'est à ce niveau que le bât blesse ! Qu'entendre, en définitive, par protéger ? Qu'est-ce qu'être protégé ? Et donc, qui protège-t-on ? D'aucuns ont estimé que la législation française pouvait conduire à un certain abus avec des régimes restrictifs de capacité. Le Rapporteur de l'ONU, chargé du suivi de l'application de la Convention internationale protégeant les personnes handicapées, a produit une analyse sévère sur le droit français. Les recommandations émises conduiraient à une transformation substantielle, au point que la doctrine française craint un changement de paradigme⁴⁶².

191. CONCLUSION CHAPITRE II

La protection de la personne honore, aujourd'hui, le droit français et donne un véritable sens à la protection. Il est, en effet, incontestable qu'au-delà de la protection du patrimoine, qui est extrêmement importante, c'est la protection de la personne en elle-même qui constitue aujourd'hui le cap à atteindre. Malheureusement, ce cap est pour l'instant inconnu dans les deux droits arabes. Techniquement et du point de vue positiviste classique, le juriste aura tout le mal du monde à trouver des dispositions précises et explicites dans les deux codes civils arabes concernant la protection de la personne. Est-ce étonnant ? Sur le fil de l'histoire, cela n'est guère surprenant. Le droit français était lui aussi, dans un passé pas si lointain, identique au droit arabe actuel : il n'y avait que la protection du patrimoine. C'est pourquoi, il n'est pas hasardeux, ni risqué d'envisager qu'à l'avenir, pas si loin, par ailleurs, du moins, souhaitons-le, la protection

⁴⁶² *Rapport sur les droits des personnes handicapées*, A/HRC/40/54/Add.1. Ce rapport est établi sur la base de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 déc. 2006, Assemblée générale des Nations Unies. CIDPH ratifiée par la France. V. Loi n° 2009-1791 du 31 déc. 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées ; Décret n° 2010-356 du 1^{er} avril 2010 portant publication de la convention relative aux droits des personnes handicapées (ensemble un protocole facultatif), signée à New York le 30 mars 2007. - *Protection juridique des majeurs vulnérables*, Rapport du Défenseur des droits, sept. 2016. - *Contra* : Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs. Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, rapport sept. 2016, pp. 39-40. - Adde : F. VASSEUR-LAMBRY, « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme », *Dr. fam.*, févr. 2011, Étude 3.

de la personne fasse son entrée dans les deux codes civils arabes. Au-delà de la divergence qui existe aujourd'hui entre le droit français et les deux droits arabes, il est permis d'inférer une loi qui régit, depuis le départ, la fabrication de la norme juridique : c'est celle du besoin de la société qui se manifeste toujours avec l'écoulement du temps. Dans les pays arabes, ce besoin est latent. Il affleure. Il n'est toutefois pas encore arrivé à maturité afin qu'il soit transcrit par des règles juridiques formelles. La patine du temps fera son œuvre.

192. CONCLUSION TITRE II

La transformation du droit conduit toujours à épouser l'idée que le texte nouveau est meilleur que le précédent. Le juriste réserve souvent au texte nouveau un accueil enthousiaste et bienveillant. C'est que le nouveau charrie inconsciemment l'idée que le législateur a fait œuvre d'adaptation aux mécanismes régulateurs opportuns. En dépit des critiques, souvent acerbes de la doctrine sur quelques dispositions nouvelles, il ne fait aucun doute que la réforme opérée par le droit français en 2007 concernant la protection de la personne vulnérable a reçu les faveurs unanimes. Cette dynamique réformatrice qui s'est poursuivie avec l'élaboration d'un nouveau dispositif de protection qu'est l'habilitation familiale en 2015 est venue confirmer l'existence d'un satisfecit s'agissant de l'intervention du législateur français. Évidemment, du fait de l'absence de toute transformation et donc de toute modification du tissu normatif arabe concernant la protection, le débat doctrinal est inexistant. Il serait donc aisé d'opposer, d'un côté, un droit français en perpétuelle évolution et, de l'autre, des droits arabes figés et incapables de toute transformation. D'aucuns iront dans le sens de ce constat qui, reconnaissons-le, ne souffre pas d'infirmités dirimantes. Notre perspective est néanmoins différente. Nous avons souhaité nous inscrire dans une veine plus globale qui prend en considération, à la fois, le produit législatif, l'apport de la doctrine et les vicissitudes du temps. Et à l'aune de cet ensemble de critères, l'image qui s'est dessinée est uniquement un retard temporel du droit arabe par rapport au droit français. Le retard n'est pas un retard axiologique ou un retard qui serait inhérent à la structure normative du système juridique. Il est le produit de plusieurs facteurs, parmi lesquels, il est important de souligner l'absence de travaux de la doctrine. En France, celle-ci a joué et continue à jouer un rôle majeur et moteur dans la prise de conscience du législateur. C'est à partir de nombreux travaux, tant théoriques qu'en collaboration avec les professionnels, en premier lieu les notaires, que le législateur a été amené à introduire de nombreuses transformations.

193. CONCLUSION PARTIE I

Le droit de la protection de la personne vulnérable offre une fresque différente d'un droit à un autre. Il permet au juriste comparatiste de saisir les idées capitales que partagent des systèmes a priori éloignés les uns des autres. Soulignons-le de nouveau : la véritable séparation se niche entre le droit français, d'un côté, et les deux droits arabes, de l'autre. Si les objectifs de la protection sont très semblables entre les trois droits, il est incontestable de mettre en exergue que le droit français, avec la protection de la personne en elle-même, en plus de la protection du patrimoine, est aujourd'hui plus développé et conforme aux prescriptions des textes internationaux du droit des droits de l'homme que les deux droits arabes. Cela se traduit mécaniquement par un corps de règles beaucoup plus important en droit français qu'en droit arabe. Et c'est en toute logique que nous retrouvons une masse de jurisprudence plus ample en droit français qu'en droit arabe. Le travail de la doctrine ne pouvait *in fine* qu'être aussi plus dense. C'est peut-être le sentiment qui pourrait se dégager au terme de cette première partie. Ce sentiment traduit une réalité : celle d'une exposition du droit français beaucoup plus intense au contexte international que le droit arabe. C'est qu'en effet, la transformation du droit français est la conséquence d'une pénétration plus importante de la norme internationale dans le tissu normatif interne. C'est ce qui va apparaître de façon plus explicite dans la seconde partie.

PARTIE II : Vers le renouvellement du droit de la protection

TITRE I : Le devenir de la capacité juridique

194. Les termes du débat. Le droit de la protection des majeurs vulnérables est un droit dynamique. Les causes qui l'innervent sont multiples. L'une d'entre-elles est l'existence de la Convention des droits des personnes handicapées. Cette convention fait entrer la sphère normative dans le cadre des ordres juridiques nationaux. La communication entre les deux sphères conduit à interroger le droit domestique quant à sa conformité avec les prescriptions provenant de l'ordre international. Une interrogation qui porte précisément ici sur le traitement que réserve le droit international aux dispositions nationales (CHAPITRE II). C'est pourquoi, il est, au préalable, nécessaire d'analyser la manière dont s'opère la porosité des ordres juridiques (CHAPITRE I).

CHAPITRE I : La porosité des ordres juridiques

195. La question du renouvellement du droit. La question du renouvellement du droit de la protection des personnes majeures passe, aujourd'hui plus qu'hier, au sein de notre monde mondialisé, par la prise en compte des données provenant de l'ordre juridique international. Le système conventionnel international (SECTION 1) imprime une direction particulière à ce que doit être la protection de la personne. Une protection qui baigne tout entière dans la philosophie des droits de l'homme. Cette philosophie possède sa propre rationalité et fait preuve d'une extension formidable avec le passage du temps. Cela engendre des interrogations, voire des crispations et des critiques relatives à la conformité, *in fine* sur la norme domestique par rapport à la norme portée par les conventions internationales (SECTION 2).

SECTION 1 : Le système conventionnel international

Le système conventionnel international relatif à la protection du majeur se déploie dans deux directions : la Convention internationale de La Haye portant protection des adultes et la Convention de New York afférente aux droits des personnes handicapées (Paragraphe 1) et l'accompagnement procédural (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : Les conventions internationales

196. La sphère juridique internationale. Les deux conventions internationales concernant les personnes majeures vulnérables sont la Convention de La Haye (A) et, surtout, la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (B). Le paradoxe fait que c'est davantage la première convention qui devait plus intéresser les juristes spécialistes de cette discipline. Il n'en est rien. Les raisons sont nombreuses. Elles tiennent notamment au dynamisme qui caractérise la seconde grâce à l'existence d'un Comité qui suit la mise en œuvre de ce texte multilatéral au sein des États-parties.

A. La Convention de La Haye

197. Une convention visant uniquement le droit français. Le droit est toujours une réponse aux besoins éprouvés par une collectivité, quelle qu'en soit la taille⁴⁶³. L'existence de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes s'inscrit totalement dans cette veine. Cette convention a vu le jour pour répondre aux problématiques des situations de droit qui présentent des éléments d'extranéité relatif à des personnes présentant une altération ou une insuffisance de leurs facultés personnelles. Soulignons ici que les personnes visées par cette convention sont essentiellement des personnes âgées⁴⁶⁴ possédant un

⁴⁶³ Les interrogations relatives aux définitions du droit et donc à sa place et à son rôle dans la régulation d'une société sont nombreuses et anciennes et les réponses produites demeurent toujours assez précaires. Sur ce sujet, voir F. OST, *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2017, J. COMMAILLE, *A quoi nous sert le droit ?* Paris, Gallimard, 2015. De telles interrogations s'étendent au domaine de l'enseignement, et d'aucuns tentent, aujourd'hui et certainement plus qu'hier, de revoir la manière d'introduire au droit. Voir, sur ce sujet, *Introduire au droit. Regards critiques sur un enseignement*, M. ALTWEGG-BOUSSAC (sous la dir.), Institut francophone pour la justice et démocratie, 2021.

⁴⁶⁴ Ph. MALAURIE, « Le grand âge », in Philippe Malaurie, *Écrits d'une vie*, Paris, LGDJ, 2021, p. 737 et s. L'auteur n'était pas dupe de la place et du rôle du droit dans sa capacité à solutionner les difficultés complexes que rencontre inévitablement toute personne âgée. « Dans les réponses au défi de la vieillesse, le droit ne vient qu'en dernier lieu, car ce dont a surtout besoin le grand âge, ce sont des sentiments – d'affection, de compassion, de présence, de patience – ce sont aussi l'intelligence et les habitudes du cœur. La grande illusion – des Facultés de droit, du Parlement, du Gouvernement, de la Justice, de beaucoup d'hommes de loi – c'est de dire et de croire que le droit permet à lui seul d'assurer la paix, la sérénité et la vie heureuse aux personnes âgées. Une grande illusion devenue superstition. Il faut revenir à la vérité : le droit n'est qu'une petite chose à la surface de nous-mêmes. Mais il est un instrument social nécessaire, aussi absurde d'exalter que d'écarter », p. 744. Le Doyen Carbonnier également considérait que le droit est « une écume à la surface de la société ». Le droit qui est constamment guidé par la politique ne peut escamoter son indispensable modestie. La part qu'il occupe dans la régulation de la société est parfois très relative, au profit d'autres normativités. Voir J. CARBONNIER, *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 205. Il est loisible d'avancer ici l'hypothèse que la relativité de la part du droit dans la régulation des rapports sociaux est souvent masquée par la domination dans le travail intellectuel de la doctrine juridique française du positivisme. Un positivisme axé essentiellement, si ce n'est totalement, sur les moyens du droit, donc, sur les règles et les normes juridiques, et quasiment jamais sur les finalités attendues, voire escomptées. Dans une veine très critique, le professeur de droit public, Robert Charvin, l'exprime de cette manière : « Il faut être 'croyant' pour s'en remettre aux règles de droit et plus encore aux clauses des contrats pour promouvoir 'l'intérêt général', pour réguler 'équitablement' les rapports sociaux, tout en assurant la pleine 'liberté' des sujets ! Pourtant, qui célèbre les procédures, à défaut de

certain patrimoine. La nécessité de faire appel aux règles du droit international privé s'impose dès lors d'évidence. Ces règles devraient permettre de résoudre les questions afférentes à la gestion ou à la vente des biens qui appartiennent à ces personnes. La Convention de La Haye, qui représente en soi la preuve de « *l'importance de la coopération internationale pour la protection des adultes* », se donne comme objectif d'éviter les conflits potentiels entre les systèmes juridiques en matière de compétence, de loi applicable, et de faciliter la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection des adultes.

198. Les étapes de la négociation. La négociation de cette convention s'est trouvée facilitée par la révision d'une autre convention internationale, à savoir la Convention du 5 octobre 1961 relative à la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs. La voie adoptée était de solliciter les experts gouvernementaux ayant travaillé sur la première convention pour voir comment il serait possible d'adapter les solutions applicables aux mineurs aux personnes adultes, sachant que les problèmes techniques étaient assez semblables. La similitude des problématiques n'ouvre toutefois pas la voie à une similitude des solutions. C'est d'ailleurs sur ce constat que les discussions les plus importantes se sont focalisées entre les différents experts. Fallait-il adapter les normes applicables aux mineurs et les étendre aux majeurs ou fallait-il prendre acte de la singularité et de la spécificité de la situation de vulnérabilité touchant les majeurs et, par conséquent, donner naissance à des normes plus opportunes ? Concrètement, s'agissant des adultes, quelle autorité devait prévaloir pour solutionner les difficultés, voire les contentieux, à venir ? Est-ce la loi de la nationalité de la personne ou la loi de la résidence habituelle ? Que pourrait donc signifier une résidence habituelle ? Le choix s'est porté sur l'application du principe de la loi de la résidence habituelle. Cela se traduit, de façon extrêmement limpide, par les deux alinéas de l'article 5 qui disposent que « *1. Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'adulte sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens. 2. En cas de changement de la résidence habituelle de l'adulte dans un autre Etat contractant, sont compétentes les autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle* ». Ainsi, « *à l'égard d'une personne majeure étrangère résidant habituellement en*

*projets et de fins, mérite seul le qualificatif de 'Vrai' juriste. Peu importe si les normes sont instrumentalisées, si les contrats sont d'adhésion, et si le droit, comme les religions, faisant tous les métiers, bénéficie surtout aux plus habiles et aux plus puissants, qu'il s'agisse des pouvoirs privés ou des pouvoirs publics. A ces croyances bien établies, il est possible d'en préférer d'autres : par exemple, que le droit joue un rôle idéologique de première importance, formant les esprits de valeurs légitimatrices. Il est producteur de mythes faisant déraiper dans l'imaginaire et entraînant une perception illusoire des rapports politiques et sociaux », R. CHARVIN, « L'entreprise, 'Modèle universel' », in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles Martin*, Paris, Editions Frison-Roche, 2013, p. 591.*

France, le droit commun est l'application de la loi française par le juge français pour se prononcer sur la mise en œuvre et le fonctionnement d'un régime de protection. La loi de la résidence habituelle prime sur la loi de la nationalité qui, jusque-là, constituait la loi de rattachement, le dispositif offrant par ailleurs de nombreux mécanismes pour adapter cette règle à la situation concrète de la personne, si nécessaire, en tenant compte de ses liens avec un autre pays, de la localisation de ses biens et le cas échéant de l'urgence de la situation »⁴⁶⁵.

199. Le contenu. Sur la base de la loi du 28 juillet 2008, la ratification de la France a été réalisée en date du 18 septembre 2008⁴⁶⁶.

Ainsi, « à l'égard d'une personne majeure étrangère résidant habituellement en France, le droit commun est l'application de la loi française par le juge français pour se prononcer sur la mise en œuvre et le fonctionnement d'un régime de protection. La loi de la résidence habituelle prime sur la loi de la nationalité qui, jusque-là, constituait la loi de rattachement, le dispositif offrant par ailleurs de nombreux mécanismes pour adapter cette règle à la situation concrète de la personne, si nécessaire, en tenant compte de ses liens avec un autre pays, de la localisation de ses biens et le cas échéant de l'urgence de la situation ». La solution semble être de bon sens : la personne vulnérable sera mieux protégée par la loi de sa résidence, et non pas la loi de sa nationalité. Cela étant dit, il apparaît, à travers l'article 7, que la compétence des autorités de l'État national de la personne majeure n'est pas exclue, bien au contraire. Elle est admise en tant que concurrente à l'autorité de l'État de la résidence habituelle, mais son admission n'est que subsidiaire. La répartition des compétences est abordée, par ailleurs, par les articles 9 à 12 qui se trouvent sous le chapitre II de la Convention relatif à la question de la compétence. Aux termes de l'article 2, il est indiqué que la convention s'applique aux mesures relatives aux adultes qui ont atteint l'âge de 18 ans. La Convention a évité d'user du terme d'incapable. Outre les acceptions différentes de ce terme entre les multiples législations, il n'est pas hasardeux de considérer qu'il y a eu, parmi les auteurs de cette Convention, la volonté de ne pas stigmatiser les personnes vulnérables, sujets de la protection. Le vocable d'incapacité charrie avec lui une idée assez négative. Son effacement de la législation française, à la suite de la réforme de 1968, en témoigne. Le rapport explicatif du professeur Paul Lagarde qui accompagne cette convention éclaire la question relative à la vulnérabilité de l'adulte. Ainsi, la protection conférée par la convention vise « *les handicapés, moteurs ou mentaux, qui souffrent*

⁴⁶⁵ N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, 2021/2022, Op. cit., p. 32.

⁴⁶⁶ L. n° 2008-737, 28 juill. 2008 autorisant la ratification de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, *JO* 30 juill. 2008, p. 12202.

*d'une « insuffisance » de leurs facultés personnelles, ainsi que les personnes, le plus souvent âgées, souffrant d'une altération de ces mêmes facultés, notamment les personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer. Bien que la Commission n'ait pas souhaité le préciser dans le texte, pour ne pas l'alourdir inutilement, elle a admis que cette altération ou cette insuffisance pouvait être permanente ou temporaire, dès lors qu'elle rend nécessaire une mesure de protection »*⁴⁶⁷. A noter que la prodigalité qui a disparu du corpus législatif français, à la suite de la réforme opérée en 2007 et qui persiste de manière intacte dans les deux droits arabes, n'est nullement envisagée par celle-ci. Néanmoins, comme le souligne le professeur Lagarde, si la prodigalité n'est pas citée *expressis verbis* par le texte de la Convention, elle pourrait, « *jointe à d'autres éléments, être révélatrice d'une altération des facultés personnelles de l'adulte, appelant une mesure de protection au sens de la Convention* »⁴⁶⁸.

L'article 3 vise les mesures qui peuvent être prises pour protéger la personne adulte. En dépit du champ extrêmement large qu'entend couvrir le texte de l'article 3, l'objectif n'est guère exhaustif. C'est dire que la liste ainsi donnée est limitative et fait office d'exemple uniquement. « *Il faut enfin remarquer que le texte ne s'occupe de la protection des adultes que lorsque celle-ci donne lieu ou a donné lieu à des mesures de protection. La validité des actes passés par une personne dont les facultés personnelles sont altérées mais qui n'a pas fait l'objet d'une mesure de protection reste hors du champ de la Convention. Elle se trouve en effet à la lisière de la capacité et du consentement, donc, selon les ordres juridiques, du statut personnel et de celui des actes juridiques, que la future Convention n'entend pas réglementer* »⁴⁶⁹. L'interprétation large donnée à cette Convention par l'État français postule son caractère universel, octroyant, de ce fait, la possibilité, au juge français, d'appliquer les dispositions de ce traité à des ressortissants de pays non-signataires de celui-ci. A cet égard, il est important de souligner que la Convention est dépourvue d'une définition portant sur la notion de résidence habituelle. L'appréhension et la saisie de cette notion devront, dès lors, revenir aux États et, particulièrement, à l'appréciation de l'autorité judiciaire. Laisser toutefois aux autorités nationales le pouvoir de livrer des définitions de ce qu'est la résidence habituelle ne risquerait-il pas d'engendrer une insécurité juridique⁴⁷⁰ ? C'est justement cette insécurité juridique que

⁴⁶⁷ P. LAGARDE, Rapp. Explicatif, n° 164, disponible sur le site de la Conférence de la Haye de droit international privé, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://assets.hcch.net/docs/d058d41c-51fd-40cc-972b-7185fce8146d.pdf>

⁴⁶⁸ *Op. cit*

⁴⁶⁹ *Ibid*

⁴⁷⁰ Sur la notion de l'insécurité juridique, voir Gustavo CERQUEIRA, Hugues FULCHIRON, Nicolas NORD, (Sous dir.), *Insécurité juridique : l'émergence d'une notion ?* Paris, Société de législation comparée, 2020.

les auteurs de la Convention de La Haye ont voulu éviter en s'abstenant de donner une définition et donc de figer, en quelque sorte, la notion de résidence habituelle. En effet, « *toute définition dans une Convention déterminée de la résidence habituelle, que ce soit par des éléments qualitatifs ou quantitatifs, aurait l'inconvénient de remettre en cause l'interprétation donnée à cette expression dans les autres Conventions, très nombreuses, où elle est utilisée* »⁴⁷¹.

L'accueil enthousiaste réservé à cette Convention lors de son adoption ne s'est pas démenti. C'est ce qu'exprimait, il y a plus de deux décennies, le professeur Paul Lagarde : « *cette convention devrait rencontrer un accueil favorable, même de ceux qui manifestent volontiers quelque méfiance à l'endroit des conventions internationales. Elle répond à un besoin certain, ce qui est un premier atout ; sur le fond, elle évite tout dogmatisme et concilie autant qu'il est possible le besoin de protection et le respect de l'autonomie de l'adulte, en innovant même par la consécration du mandat d'inaptitude* »⁴⁷².

B. La Convention des Nations Unies relatives aux droits des personnes handicapées (CIDPH)

199. La Convention au cœur des débats. L'importance de cette Convention nécessite une présentation détaillée du dispositif (1) et la mise en exergue de la singularité quant aux acteurs participants à sa négociation. En effet, les organisations non gouvernementales afférentes aux questions du handicap ont tenu le premier rôle, effaçant sur des points essentiels la diplomatie étatique (2).

1. Présentation de la Convention des Nations Unies

200. Description. La Convention des Nations Unies relatives aux droits des personnes handicapées contient 50 articles. Elle est adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 1^{er} décembre 2006. L'alinéa 1^{er} de l'article 4 de la CIDPH dispose que « *la présente Convention entrera en vigueur le trentième jour suivant le dépôt du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion* ». La date a été celle du 3 mai 2008⁴⁷³. Cette convention n'est pas

⁴⁷¹ P. LAGARDE, Rapp. Explicatif, *Op. cit.*

⁴⁷² P. LAGARDE, « La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes », *Revue critique de droit international privé*, 89 (2), avril-juin 2000, p. 179.

⁴⁷³ Le Koweït a ratifié la Convention le 14 février 2013. L'Égypte l'a signée le 27 décembre 2007 et la ratification est intervenue le 14 mars 2008 pour une publication le 30 mars 2008. Par ailleurs, l'Union européenne (UE) est la première organisation intergouvernementale à y adhérer. L'UE est, par conséquent, devenue le 97^e État partie ; la CIDPH est entrée en vigueur au sein de l'Union le 22 janvier 2011. Pour une vue détaillée de la stratégie de l'UE vis-à-vis de la question du handicap et, précisément, à l'aune des dispositions de cette convention internationale, il faut se reporter à Commission européenne, *Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes*

une création *ex nihilo*. Elle s'appuie, en effet, sur bon nombre de principes et de normes importantes contenus dans des instruments internationaux précédents. La lecture du préambule en porte témoignage et une preuve éclatante que la trame normative du droit des droits de l'homme se densifie au fil du temps. La logique de la ligne droite en tant que principe explicatif d'élaboration du droit des droits de l'homme est patente. En effet, les instruments normatifs se combinent et se fortifient les uns les autres. L'article 1^{er} de la CIDPH renseigne sur son objet : « la présente Convention a pour objet de promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées et de promouvoir le respect de leur dignité intrinsèque ». La CIDPH reconnaît, aux personnes handicapées, qu'elle prend soin de définir, un ensemble fort important de droits. Simultanément, se dessine un catalogue tout aussi important d'obligations vis-à-vis des États parties. L'axe majeur et moteur de la CIDPH est de placer les droits et libertés des personnes handicapées sous la férule des principes de l'égalité de traitement et de la non-discrimination avec les personnes non handicapées. La portée de cette Convention est extrêmement ample. Pour l'instant, il est indéniable que cet instrument n'a pas encore produit la totalité de ses effets. Et, il n'est pas exagéré d'affirmer qu'il inquiète par l'éventuel chamboulement normatif qu'il risque d'engendrer au sein des ordres juridiques en lien avec ce dernier⁴⁷⁴. Cette inquiétude, diversement appréciée par ailleurs, est relative à la question de la conformité du droit interne ou du droit domestique avec le texte de la CIDPH. Une conformité qui conduirait à ce que la loi nationale subisse des infléchissements, voire opère un profond changement dans sa rationalité. Une conformité qui semblera conduire à une forme de dessaisissement d'une part de la souveraineté normative de l'État au profit de normes extérieures. Pourtant la conformité est inscrite dans le registre de l'instrument international, d'une part, et de la constitution de l'État, d'autre part, en ce sens, que la conformité ne saurait s'analyser comme une action non voulue. En ce qui concerne la CIDPH, la question posée n'est pas tellement, nous semble-t-il, liée à la conformité mais à sa portée. Aucun auteur ne repousse, voire ne refuse, la conformité du droit domestique à la CIDPH. En revanche, les discussions se focalisent sur le degré de modification et de transformation de la norme interne afin qu'elle puisse satisfaire à l'exigence de la conformité vis-à-vis de la CIDPH.

handicapées, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=fr&catId=1138>

⁴⁷⁴ Cette inquiétude relative à la question de la capacité juridique de la personne protégée se manifeste singulièrement parmi les membres de la doctrine, particulièrement en France. La problématique du maintien ou non de la capacité juridique est au cœur de ce titre.

201. Les engagement des États. Avec la loi n° 2009-1701 du 31 décembre 2009, la France a ratifié cette convention ainsi que son protocole facultatif le 18 février 2010. Le décret n° 2010-356 du 1^{er} avril 2010 est relatif à la publication de la convention relative aux droits des personnes handicapées (ensemble d'un protocole facultatif), signée à New York le 30 mars 2007. Le protocole facultatif a été signé à titre d'information par la France le 23 septembre 2008. A ce stade, il est intéressant d'indiquer le contenu de l'article premier de celui-ci : « 1. *Tout État Partie au présent Protocole (« État Partie ») reconnaît que le Comité des droits des personnes handicapées (« le Comité ») a compétence pour recevoir et examiner les communications présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent être victimes d'une violation par cet État Partie des dispositions de la Convention.* 2. *Le Comité ne reçoit aucune communication intéressant un État Partie à la Convention qui n'est pas partie au présent Protocole* ». Ainsi, le Comité vient au soutien de la Convention et lui permet d'avoir une portée plus ample, parce que celle-ci peut être mobilisée avec ce protocole directement par les particuliers. Le filtre étatique s'efface⁴⁷⁵. En effet, s'ils estiment que les droits promus et reconnus par la Convention ne sont pas respectés par l'État partie, les particuliers ou groupes de particuliers ont la possibilité, avec ce protocole facultatif, de saisir le Comité des droits des personnes handicapées. La condition à respecter est toutefois d'épuiser toutes les voies de recours interne. La logique veut que l'échelon supérieur, en l'occurrence ici, transnational, ne soit accessible qu'après que le demandeur ait utilisé toutes les possibilités judiciaires reconnues au sein de son État. D'où (peut-être) l'explication qui serait derrière la non-signature de ce protocole par le Koweït et l'Égypte, pourtant États parties de cette Convention.

202. L'appréhension des notions. Celle-ci, à l'instar de tous les instruments internationaux, apporte les définitions des termes importants qui la composent. La notion de handicap est évidemment l'une des plus primordiales. L'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la Convention dispose que « *par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres* »⁴⁷⁶. Nous relevons immédiatement le champ très large de cette

⁴⁷⁵ M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du conseil de l'Europe. Contribution à la théorie du contrôle international*, Paris, Pedone, 2010, 680 p. Ce contrôle international s'inscrit dans la veine du courant qui veut que les États rendent des comptes. Nous aborderons la question des redditions de compte avec la question de la gouvernance nationale dans la prochaine section du second chapitre de ce TITRE I.

⁴⁷⁶ Cette définition, issue d'un instrument multilatéral, impacte la définition produite par un espace régional, en l'occurrence, européen. Voir, à cet égard, M. E. BLAS-LOPER, F. BARON, « Quelques réflexions sur l'influence

définition. Un champ qui semble *a priori* pouvoir englober de multiples situations, voire toutes les situations. Evidemment, la catégorie des personnes majeures protégées au sein des trois droits étudiés se trouve subsumée sous la notion d'handicap portée par la Convention. Surtout, cette définition repose sur un lien de cause à effet, entre l'état de la personne visée et son interaction avec les multiples barrières, qui engendrent une situation discriminatoire et non respectueuse du principe d'égalité en comparaison avec ce qui est permis à une personne dépourvue de handicap. Le principal mérite de cette définition est de permettre une extension dynamique du champ de la convention. La conformité du droit interne devient, par conséquent, plus problématique. En effet, si la conformité du droit interne au droit international relève de la compétence de l'État partie⁴⁷⁷, la définition des termes est du ressort du Comité chargé de suivre la mise en œuvre de celle-ci. De cela résulte l'idée que la notion de handicap n'est pas abandonnée à un traitement purement étatique. L'autorité gardienne de la norme globale, qui est, en l'occurrence ici, la notion de handicap est le Comité des droits des personnes handicapées. C'est cette autorité qui 'fabrique' l'interprétation de la Convention⁴⁷⁸. Cette 'fabrication' passe par l'utilisation de la technique des notions autonomes⁴⁷⁹. Cette technique « *s'analyse comme une méthode de formation d'un droit commun, qui vient pallier l'imprécision des termes conventionnels et l'absence d'homogénéité des droits nationaux et permettre une définition uniforme des engagements étatiques* »⁴⁸⁰. L'objectif des notions autonomes est de soustraire, aux États parties à la Convention, la possibilité de fixer la qualification juridique des concepts importants, en l'occurrence ici, celui du handicap. Cela conduit à éviter la variation dans les qualifications juridiques, qui inévitablement ne seront pas

du droit international sur la définition du 'handicap' en droit de l'Union européenne », in *Le droit social en dialogue – Mélanges en l'honneur de Marie-Ange Moreau – Européanisation, mondialisation, croisements disciplinaires*, C. Marzo, E. Pataut, S. Robin-Olivier, P. Rodière, G. Trudeau, (sous dir.), Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 33 et s.

⁴⁷⁷ Sur l'application du droit international dans l'ordre juridique interne, se reporter à P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 16^e éd., p. 465 et s. (la littérature est extrêmement abondante sur ce point fondamental. Tous les ouvrages de la doctrine internationaliste française l'aborde).

⁴⁷⁸ Sur l'interprétation des conventions internationales, c'est la Convention de Vienne de 1969 qui sert de référence. Pour cette convention, voir O. CORTEN, P. KLEIN (sous dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités – Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006 (en trois volumes).

⁴⁷⁹ L. BURGORGUE-LARSEN (sous dir.), *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'homme – De l'ouverture au dialogue*, Paris, Pedone, 2017, 423 p., L. SERMET, « Le développement des méthodes d'interprétation et des méthodes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme par les juridictions supranationales », in *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales – Actes du colloque des 8 et 9 octobre 2015*, Joël Andriantsimbazovina, Laurence Burgorgue-Larsen, Sébastien Touzé, Paris, Pedone, 2016, p. 55 et s.

⁴⁸⁰ F. SUDRE, L. MILANO, B. PASTRE-BELDA, A. SCHAHMANECHE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 16^{ème} éd., 2023, p. 245. ; F. SUDRE, « Le recours aux notions autonomes », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 93-131 ; M. MALBLANC, *La technique des notions autonomes dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Université de Lyon, 2019, 748 p.

identiques d'un ordre juridique à un autre. C'est, par conséquent, l'uniformité de l'interprétation qui est recherchée et, *in fine*, l'efficacité afférente à la mise en œuvre de l'instrument supranational⁴⁸¹. En effet, « *l'interprétation 'autonome' permet alors de surmonter l'opposition du droit interne afin d'assurer l'applicabilité du droit garanti et d'éviter ainsi une 'fraude à la convention'* »⁴⁸². L'utilisation de l'interprétation autonome par le juge supranational ou par le Comité des droits des personnes handicapées renforce l'effectivité des dispositions de l'instrument international en question et aussi l'effectivité du droit garanti. En effet, « *la technique des notions autonomes emporte pour conséquence majeure d'étendre substantiellement le champ d'application des dispositions protectrices de la Convention et de provoquer une extension de l'ordre conventionnel* »⁴⁸³.

Ainsi, l'utilisation de la technique des notions autonomes conduit à devoir apprécier précisément la nature et la portée des obligations qui pèsent sur l'État partie à la Convention. Autrement dit, la question de la mise en œuvre de la Convention renvoie au degré d'implication de l'État quant au respect de ses engagements qui naissent des dispositions de cette dernière. Il est important de souligner qu'en dépit d'une réglementation domestique consacrée à la question de la protection du handicap que l'on retrouve dans les trois pays étudiés, la Convention constitue indubitablement une plus-value, parce qu'elle est porteuse d'aspects nouveaux. Sur de nombreux points, la protection voulue et dessinée par la Convention va au-delà des dispositions des droits internes. La mise en œuvre de la Convention permettra, dès lors, d'assurer une réelle effectivité à cette protection. Les articles 9 à 30 permettent de dresser un

⁴⁸¹ Le terme d'« efficacité » ne se trouve guère dans les index des ouvrages d'introduction au droit. Cela pourrait laisser perplexe, du fait que l'objectif final de l'existence même de la règle de droit est son efficacité, tendue dans son application et son effectivité.

⁴⁸² Op. Cit., p. 247. Le passage souligné est tiré du paragraphe 81 de l'affaire Engel. Dans l'espace juridique européen, la Commission fait appel également à la technique des notions autonomes. Dans une décision d'irrecevabilité contre l'Autriche en date du 2 octobre 1964, il est indiqué que « *La Commission tient à constater qu'il n'y a pas lieu de rechercher si le droit revendiqué constitue un 'droit civil' aux termes du droit autrichien ; qu'en effet, la notion de 'droits et contestations de caractère civil', employée à l'article 6, paragraphe 1 de la Convention, ne saurait être interprétée comme simple renvoi au droit interne de la Haute Partie Contractante mise en cause, mais qu'il s'agit, bien au contraire, d'une notion autonome qu'il faut interpréter indépendamment des droits internes des Hautes Parties Contractantes même si les principes généraux du droit interne des Hautes Parties Contractantes doivent nécessairement être pris en considération lors d'une telle interprétation* ».

⁴⁸³ Ibid, p. 248 (souligné par nous). Dans l'espace européen, certains auteurs vont jusqu'à considérer que les notions autonomes contribuent à renforcer l'intégration européenne : « *la notion autonome reste un instrument fondamental du renforcement normatif dans la mesure où elle augmente le champ d'application du droit de l'Union européenne et conforte le statut du juge comme 'maître des Traités'* », L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *Cahiers de droit européen*, 2013, n° 1, p. 69. Il est important de souligner que la technique des notions autonomes n'est guère l'apanage des juges européens. C'est une technique à laquelle a recours le juge supranational, également en Afrique, avec la Cour africaine des droits de l'homme et en Amérique latine, avec la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Pour une étude comparée sur les trois cours, voir L. BURGORGUE-LARSEN, *Les 3 cours régionales des droits de l'homme in context – La justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Pedone, 2020, 588 p.

catalogue de droits dont l'effectivité est tributaire d'une 'saine' mise en œuvre. Pour cela, il est indispensable qu'existe un processus d'appropriation de l'instrument conventionnel. Une appropriation qui signifie une adhésion réelle des pouvoirs publics à la vision portée par la Convention et une participation des personnes visées par celle-ci. Or, nous le verrons plus tard, cette appropriation entendue dans ses deux aspects (adhésion et participation) n'est guère satisfaisante⁴⁸⁴.

203. Les dispositions de la Convention. La Convention est axée sur deux principes centraux : la non-discrimination et l'égalité face aux personnes non-handicapées quant à la protection contre les discriminations. Cela ressort clairement du texte de l'article 5 de la CIDPH qui dispose que « *1. Les États Parties reconnaissent que toutes les personnes sont égales devant la loi et en vertu de celle-ci et ont droit sans discrimination à l'égale protection et à l'égal bénéfice de la loi. 2. Les États Parties interdisent toutes les discriminations fondées sur le handicap et garantissent aux personnes handicapées une égale et effective protection juridique contre toute discrimination, quel qu'en soit le fondement* ». L'article 2 consacré aux définitions renseigne sur ce qu'il faut entendre par la « *discrimination fondée sur le handicap* » toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a pour objet ou pour effet de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel, civil ou autres ». Prolongeant le principe de la non-discrimination fondée sur le handicap, l'alinéa 5 de l'article 5 dispose qu'« *afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés* ». Par 'aménagements raisonnables', il faut entendre « *les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales* » (article 5, alinéa 2). Nous mesurons sans peine l'importance de ce dernier principe qui, à l'instar de la non-discrimination, devra s'appliquer de façon transversale à tous les domaines visés par la Convention. Ce caractère

⁴⁸⁴ Une évaluation de l'impact des mesures envisagées sur la situation des personnes handicapées, au regard notamment des exigences de la Convention, n'est toujours pas atteinte. À titre d'exemple, l'étude d'impact du projet de loi d'orientation des mobilités, soumis à l'examen du Parlement en 2019 et dont certaines dispositions concernent directement les personnes handicapées, ne fait aucune référence à la Convention.

général du principe de l'aménagement raisonnable devra permettre de le distinguer d'une obligation particulière, assez proche néanmoins de ce dernier et qui est l'accessibilité. Visée à l'article 9 de la Convention, l'accessibilité renvoie à l'obligation faite à l'État partie de permettre « *l'accès à l'environnement physique, aux transports, à l'information et à la communication, y compris aux systèmes et technologies de l'information et de la communication, et aux autres équipements et services ouverts ou fournis au public, tant dans les zones urbaines que rurales* ». L'article 9 liste, à cet égard, les secteurs (bâtiment, transport, information...) sur lesquels les pouvoirs publics ont l'obligation d'identifier et d'éliminer les obstacles qui se dressent sur le chemin de l'accessibilité. C'est pourquoi, les deux notions de l'aménagement raisonnable et de l'accessibilité sont complémentaires.

L'article 12 relatif à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité est la disposition la plus illustre de la Convention, en ce sens où c'est la disposition qui focalise toutes les attentions, en apparaissant comme la clef de déverrouillage des ordres juridiques nationaux. Ce déverrouillage postule le maintien de la capacité juridique aux personnes bénéficiant d'une mesure de protection. L'article 12 de la Convention constituerait, à cet égard, l'arme contre le déni ou la négation de la personnalité et de la capacité juridiques de la personne protégée. Reconnaître la capacité juridique, c'est s'assurer que la personne protégée pourra jouir des multiples droits apportés et garantis par la Convention. Le lien entre le maintien de la capacité juridique et l'exercice des droits est, par conséquent, explicite. Ainsi, l'article 12 dispose que « 1. *Les États Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique. 2. 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. 3. Les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique* ». Déterminer ce que recouvre cet article conduit inévitablement à devoir s'interroger sur ce qu'est l'autonomie, l'aptitude et l'inaptitude, la vulnérabilité et, enfin, la sécurité juridique. Ces interrogations dessinent immédiatement la relation entre la personne protégée et son environnement. Celle-ci n'est pas Robinson Crusoe. Elle ne peut se mouvoir qu'au contact de Vendredi et dans le respect de l'exigence de la sécurité juridique⁴⁸⁵. L'article 12 introduit l'idée de l'effectivité du droit à l'exercice de la capacité juridique. Pour ce faire, l'obligation adressée aux États parties est de mettre en place des « *garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit*

⁴⁸⁵ D. DEFOE, *Robinson Crusoe*, Paris, Le livre de poche, 2003, 414 p.

international des droits de l'homme ». Et c'est précisément sur le point des garanties idoines que le bât blesse. D'autant que ces garanties doivent s'inscrire dans la veine des droits de l'homme, donc s'inscrire dans une dynamique qui trouve sa source ailleurs que dans la loi domestique. Cela met déjà en lumière une forme de dépossession de la capacité normative de l'État partie. Ce dernier est contraint de mettre en place des garanties sous la gouverne d'un droit, ou d'une idéologie, diront d'aucuns, qui se trouve en surplomb de la décision nationale 'souveraine'. Nous mesurons, dès lors, la portée extrêmement perturbatrice que pourrait produire une interprétation large et extensive de l'article 12 vis-à-vis des États parties à la Convention. Enfin, l'alinéa 5 de l'article 12 vise la question du patrimoine et, précisément, le droit des personnes handicapées à « *posséder des biens ou d'en hériter, de contrôler leurs finances et d'avoir accès aux mêmes conditions que les autres personnes aux prêts bancaires, hypothèques et autres formes de crédit financier* ». Ainsi, la personne handicapée ne doit nullement et « *arbitrairement* » être privée de ses biens. La portée de cette disposition heurte de front la philosophie du droit de la famille des deux pays arabes étudiés. Les biens de la personne protégée sont, en effet, suivant le droit de la famille arabe, sous le contrôle des proches. Un contrôle tellement poussé qui se dévoile, dans la pratique, presque comme une dépossession⁴⁸⁶.

L'article 13 vise l'accès à la justice. Le texte dispose que « *les États Parties assurent l'accès effectif des personnes handicapées à la justice, sur la base de l'égalité avec les autres, y compris par le biais d'aménagements procéduraux et d'aménagements en fonction de l'âge, afin de faciliter leur participation effective, directe ou indirecte, notamment en tant que témoins, à toutes les procédures judiciaires, y compris au stade de l'enquête et aux autres stades préliminaires* ». L'importance de cet article saute aux yeux. L'accès à la justice prolonge l'existence des droits subjectifs reconnus à l'individu. Sans cet accès, il est illusoire de considérer que la personne jouit réellement et véritablement de ses droits. La difficulté majeure, ici comme ailleurs, est non pas l'inexistence de ces aménagements procéduraux mais la non-effectivité quant à leur fonctionnement dans la pratique. Par ailleurs, il est important de rappeler que l'accès à la justice présente un coût. Ce dernier constitue souvent un obstacle dirimant pour la réalisation de la justice à l'égard de la personne dépourvue de moyens. Il faut, en effet, tout d'abord, avoir connaissance de ses droits, ce qui suppose pouvoir obtenir le renseignement adéquat et, ensuite, avoir la possibilité d'obtenir l'accompagnement nécessaire, notamment par

⁴⁸⁶ Par exemple, le contentieux relatif à la question du contrôle des biens de la personne handicapée et mise sous protection est fort important au Koweït.

un avocat. L'article 13 vient, à cet égard, préciser la manière de rendre l'accès effectif à la justice. Ainsi, les États parties doivent favoriser « *une formation appropriée des personnels concourant à l'administration de la justice, y compris les personnels de police et les personnels pénitentiaires* ». Le constat relatif à cet aspect au sein des trois pays étudiés révèle de grandes carences. Entre les dispositions de droit interne et la réalité de la pratique, il y a loin de la coupe aux lèvres.

La protection de l'intégrité de la personne est contenue dans le texte de l'article 17 qui dispose que « *toute personne handicapée a droit au respect de son intégrité physique et mentale sur la base de l'égalité avec les autres* ». Cet article renvoie à la question délicate du consentement de la personne handicapée quant aux actes médicaux. Il est complexe dans son appréhension. De manière cursive, il est loisible de souligner que si le texte n'évoque que la personne handicapée, il est à peine difficile de saisir que d'autres personnages sont également visés : la personne qui a la charge de la protection et, précisément, l'articulation des compétences dévolues à celle-ci et l'autonomie reconnue à la personne handicapée ; le juge et l'ampleur de son intervention ; et, enfin, le personnel médical. La configuration est, par conséquent, compliquée. La répartition des prérogatives est délicate. Toutefois, l'article 17 de la Convention participe davantage à la défense du principe d'autonomie de la personne protégée. Cela se traduit par l'idée que c'est toujours la personne qui, en état de prendre une décision éclairée s'agissant d'un acte médical, le fera sans avoir à obtenir les autorisations qui, par principe, sont indispensables. Soulignons ici que si le législateur français a introduit de nombreuses modifications à sa trame normative, allant vers le renforcement de l'autonomie de la personne protégée, les deux législateurs arabes sont à la traîne.

2. L'influence de la société civile internationale

204. Le rôle de premier plan de la société civile internationale. La Convention relative aux droits des personnes handicapées est un instrument conventionnel qui relève du droit international. Autrement dit, la Convention est un traité qui traduit l'expression des volontés concordantes émanant des sujets primaires du droit international, à savoir, les États⁴⁸⁷. Cette expression de la volonté est une donnée extrêmement importante au sein d'un droit qui érige le

⁴⁸⁷ L'article 2 paragraphe 1-a) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités donne la définition suivante du traité : « *Accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière* ». Pour l'interprétation de cet article, voir O. CORTEN, P. KLEIN, (ss dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités – Commentaire article par article*, Op. cit.

principe de l'égalité des Etats en un principe fondamental. Ainsi, « *le consensualisme qui domine tout le droit des traités réside d'abord dans l'idée que chacun des sujets qui s'engage le fait sur un strict pied d'égalité avec le ou les autres partenaires, dans la stricte mesure où il l'a librement voulu* »⁴⁸⁸. C'est pourquoi, « *un État ne peut, dans ses rapports conventionnels, être lié sans son consentement* », affirme la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif relatif aux réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide⁴⁸⁹. Outre ce rappel important, sur lequel, nous reviendrons ultérieurement, notamment lors de l'examen de la réaction doctrinale, vis-à-vis du travail interprétatif du Comité afférent à cette Convention, il importe de souligner un autre facteur qui inexorablement pourra permettre d'éclairer le débat. Il s'agit de la complexité de l'opération qui concourt à la formation de l'engagement conventionnel. Cette complexité traduit la manifestation d'une « *opération à procédure* », c'est-à-dire de la production d'un ensemble d'étapes encadré par des règles procédurales connues de tous les participants⁴⁹⁰.

La singularité qu'offre pourtant cette Convention est sa réalisation à travers une « *gouvernance expérimentale* »⁴⁹¹ se traduisant par un investissement extrêmement important de la société civile, particulièrement à travers la participation des organisations non gouvernementales spécialisées dans le domaine du handicap. C'est véritablement à l'initiative des ONG notamment à la suite de la « *Déclaration de Beijing* » des années 2000 que le processus devant conduire à la mise en place d'un texte contraignant pour les États a vu le jour⁴⁹². Le Comité *ad hoc*, institué par l'Assemblée générale de l'ONU⁴⁹³ pour évaluer la pertinence d'aller vers la

⁴⁸⁸ P.-M. DUPUY, Y. KERBAT, *Droit international public*, Op. cit., p. 308.

⁴⁸⁹ CIJ, Rec. 1951, p. 21.

⁴⁹⁰ Les règles visées ici relèvent de l'ordre du droit international et non du droit interne des États parties à la Convention.

⁴⁹¹ G. de BURCA, R. O. KEOHANE, C. SABEL, « New Modes of Pluralist Global Governance », *New York University Journal of International Law and Politics*, 2013, 45-1, pp.723-786 : « *In some ways the CRPD is similar to conventional international human rights treaties [...] However, a number of more unusual provisions and features of the CRPD add significantly to its experimentalist character. Examples of these novel provisions are : (i) the central role accorded to civil society organizations--in this case mainly disabled persons' organizations (DPOs), other NGOs, and national human rights institutions (NHRIs)--in all aspects of the Convention's drafting, implementation, decision making, monitoring, and operation* ». Les auteurs soulignent que « *a novel provision of the Convention, however, is that it mandates inclusion of persons with disabilities in the membership of the Committee of Experts.62 At the time of writing, 15 of the 18 members of the Committee are persons with disabilities.63 According to one *757 knowledgeable observer, the participation of persons with disabilities and civil society members in the Committee itself has significantly changed the culture of the Committee and its willingness to engage actively with civil society, as compared with other human rights treaty bodies* ».

⁴⁹² « *We, the leaders of Disabled Peoples' International, Inclusion International, Rehabilitation International, the World Blind Union, and the World Federation of the Deaf, as well as national non-governmental organizations (NGO's) of and for people with disabilities from all continents. We share the conviction, that the full inclusion of people with disabilities in society requires our solidarity in working towards an international convention that legally binds nations* ».

⁴⁹³ Sur l'Assemblée générale, voir A. PELLET, « Inutile Assemblée générale ? », *Pouvoirs*, 2004/2, n° 109, l'auteur souligne que « *C'est le cas de la fameuse « société civile internationale », qui, pour être largement*

rédaction d'un pareil texte, a réuni, lors de la constitution du groupe de travail, un certain nombre d'États parties et trente-six organisations non gouvernementales. Ces organisations, comme l'a souligné l'ensemble de la doctrine, ont parlé d'une seule voix. La réussite de ces dernières a été leur union au sein de ce qui est connu sous le nom de l'*International Disability Caucus*. *« Ce caucus s'est constitué autour d'une double exigence de représentation géographique et de représentation d'une diversité des handicaps. Des OPH provenant des différents continents y ont été invités, ainsi que des représentants de sept fédérations internationales dédiés à des handicaps spécifiques. Ce caucus a participé à l'internationalisation des revendications des ONG représentants les personnes handicapées. Différents acteurs présents qui s'y sont impliqués considèrent que le rassemblement de ces représentants de différentes régions du monde et de différents types de handicap a permis aux personnes handicapées de faire entendre leurs revendications et d'instaurer une véritable négociation avec les États-Parties »*⁴⁹⁴. Cela prouve la transformation du droit international et la nécessité pour le chercheur de devoir élargir son champ, à la fois, de compétences et donc d'analyse. Ainsi, *« le droit international n'est plus seulement le droit de la coopération entre États tel qu'il est né au XVIIe siècle et s'est développé jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Tout en gardant en apparence un cadre inchangé, il s'est profondément transformé pour s'adapter à une société internationale en mutation. [...] Le droit international se mêle de tout : des questions de paix et de sécurité, bien sûr, mais aussi de météorologie, d'alimentation, de pauvreté, de protection d'espèces menacées... Les États nationaux se voient dès lors délestés d'une part de leur compétence normative au profit des organisations internationales et autres cénacles de délibération. Il n'est donc pas surprenant que les acteurs non-étatiques soient désormais associés de près à la vie du droit international : puisqu'ils souhaitent influencer les processus normatifs - qui n'ont plus lieu dans des cadres nationaux ou dans le contenu, à tout le moins, est prédéterminé sur le plan international – et parce qu'ils sont aussi, bien souvent, les premiers destinataires et les premiers agents d'exécution du droit international »*⁴⁹⁵.

indéfinissable, n'en est pas moins devenue un nouvel acteur, bruyamment présent, des relations internationales. Il faudra trouver les voies et moyens de l'associer, d'une manière ou d'une autre, mais sans tenter de la « récupérer » et sans la circonscrire aux ONG reconnues par l'ECOSOC, à la stratégie de reconquête de l'Assemblée générale. Malgré les rêves souvent exprimés d'un « Parlement des peuples » qui pourrait parler d'égal à égal avec les États réunis en Assemblée générale, ce n'est pas de cela qu'il devrait s'agir car il n'est pas question de « singer » les formes de l'organisation étatique, qui ne sont pas adaptées à la gestion de la société globale, qui reste au surplus largement entre les mains des États souverains. Il vaudrait mieux imaginer des formes de dialogue inspirées des forums sociaux qui se multiplient, et/ou réfléchir aux possibilités d'utiliser les moyens modernes de communication interactive », p. 58 et s.

⁴⁹⁴ B. EYRAUD, A. BEAL, « Le processus d'ancrage territorial des droits humains : l'exemple de la Convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées », *Annales de géographie*, 2021, n° 737, p. 52.

⁴⁹⁵ E. DECAUX, O. DE FROUVILLE, *Droit international public*, Courbevoie, Lefebvre Dalloz, 13^e éd., 2023, p. 249.

Certains observateurs considèrent que les ONG font « *entendre la voix des individus et des populations dont le droit est bafoué* »⁴⁹⁶. La présence de ces ONG dans l'élaboration de cette Convention n'a pas attiré véritablement l'attention des juristes, notamment des civilistes. Quant aux internationalistes, d'aucuns soulignent néanmoins la fragilité qui affecte le mouvement, en expliquant que la société internationale est toujours une société d'États. C'est pourquoi, il est impératif d'avoir constamment à l'esprit une réalité bien plus présente que ce que l'on pourrait croire. Ainsi, « *si les ONG apparaissent très impliquées dans les relations internationales, il ne faut pas oublier que leur statut reste fragile : Un statut précaire. Le statut consultatif conféré à certaines ONG peut être retiré à tout moment par les États [...] ce sont des sujets de droit tolérés par les États, aux pouvoirs limités et qui restent, en tout état de cause, étroitement dépendants des gouvernements dans lesquels ils ont déposé leur statut* »⁴⁹⁷. Certains, à l'instar du professeur Julian Fernandez, considèrent qu'en définitive, l'âge d'or des ONG semble révolu. Les États ont pris conscience de leur rôle et appris comment les manipuler. A ce titre, l'auteur souligne que « *désormais la défiance domine et il faut de toute façon constater que les ONG se trouvent souvent dans une triple dépendance à l'égard des États : financière, opérationnelle et sécuritaire. Les ressources privées ou provenant d'organisations internationales ne suffisent pas toujours à faire vivre et se développer certaines ONG qui doivent solliciter des financements publics. Les États peuvent alors orienter leurs actions en ne finançant qu'un certain type de missions* »⁴⁹⁸. Cependant, la lecture que nous faisons de cette Convention doit constamment nous mener à nous rappeler les objectifs escomptés. « *One of the principal reasons for the elaboration of the CRPD was the need to increase the visibility of disabled people as subjects of human rights law. The process of negotiating its terms has itself made a significant contribution in this regard. It has raised awareness of the extent of the marginalization currently experienced by disabled people and of measures which States might adopt to reduce it. Disabled people and their organizations, insisting on "nothing about us without us," have played a lead role in this awareness-raising exercise. A representative of the U.N. Secretariat, speaking shortly before the AHC's Final Session, acknowledged the significance of their contribution in the following words: For the first time civil society, and particularly persons with disabilities, have taken such an active role in the drafting of an international convention, and they have used this opportunity to substantively contribute to every article. Their involvement was especially crucial in the early stages of the process, as*

⁴⁹⁶ N. RODLEY, « Le rôle d'une organisation non gouvernementale comme Amnesty international au sein des organisations intergouvernementales », in *Les ONG et le droit international*, p. 134.

⁴⁹⁷ Ph. BLACHER, K. NERI, *Droit des relations internationales*, Paris, LexisNexis, 2023, 8^e éd., p. 113.

⁴⁹⁸ J. FERNANDEZ, *Relations internationales*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2019, p. 149.

there was limited disability expertise among government representatives. Now, many government delegations include persons with disabilities, including representatives of Disabled Peoples' Organizations, and the expertise has spread among the Committee members »⁴⁹⁹.

205. Les ambiguïtés liées à la notion de la capacité juridique. Néanmoins, en dépit des analyses quant à la place et du rôle des ONG au sein de la société internationale, il est indéniable, en ce qui concerne le domaine du handicap, que l’empreinte de ces dernières est très importante. L’article 12 de la Convention portant sur la question de la capacité juridique laisse voir les tensions entre les États et cette société civile internationale. Le hiatus, qui avait prévalu entre les propositions des États et de l’ensemble des organisations non gouvernementales quant à la capacité juridique de la personne handicapée, préfigurait les difficultés à venir. *« Les premières contributions soumises par les États-Parties ne mentionnent pas la question de la capacité juridique. En revanche, les OPH proposent des articles mentionnant que la capacité juridique ne peut être restreinte pour des raisons de handicap et entendent ainsi contester aussi bien les mesures de « tutelle » que les mesures de ‘soins forcés’ »*⁵⁰⁰. La société civile a conduit à faire en sorte que les droits qui ne sont pas reconnus territorialement par les États soient tout de même respectés, à travers l’existence d’un instrument international, en l’occurrence ladite convention internationale. Ainsi, *« dans la production de ce droit international, se conjuguent à la fois des représentations des droits des États-nations, pour qui les législations internes sont la référence, et des représentations des groupes d’acteurs dont l’appartenance à un territoire est secondaire, se définissant par leur appartenance au groupe a-territorial de personnes handicapées. L’article 12 constitue l’exemple le plus emblématique de l’influence de la participation des personnes au processus d’élaboration d’une norme internationale, aussi bien en terme processuel, qu’en terme de « découplage » entre l’appartenance étatique et la référence aux « droits individuels ». La revendication des organisations de personnes handicapées apparaît ainsi comme un point de départ d’un mouvement en spirale, qui ne se constitue pas tant entre échelles territoriales (du*

⁴⁹⁹ A. LAWSON, « The United convention on the rights of persons with disabilities : new era or false dawn ? », in Symposium : The United convention on the rights of persons with disabilities, *Syracuse J. Int'l. L. & Com.* 563, p. 34. L’auteur souligne d’ailleurs que *« Indeed, given the importance of the role played by disability NGOs in its development, it would not be inaccurate to regard the CRPD as having been largely written by disabled people. Gerard Quinn’s description of it as a “declaration of independence for persons with disabilities throughout the world” is therefore fitting. Further, the involvement of disability organizations in this process has required them to co-operate with one another, to co-ordinate their activities and to increase their familiarity with the international human rights framework. This has undoubtedly resulted in an increased capacity to engage in the on-going effort of securing meaningful human rights for disabled people all over the world »*.

⁵⁰⁰ B. EYRAUD, A. BEAL, « Le processus d’ancrage territorial des droits humains : l’exemple de la Convention de l’ONU sur les droits des personnes handicapées », *Op. cit.*, p. 92.

local vers l'international), qu'entre une référence universalisante et une référence territorialisante aux droits. L'élaboration de la convention a dès lors servi de premier point d'ancrage permettant l'instauration d'un dialogue, moins dans une négociation politique entre les États-Parties, qu'entre les États-Parties et les organisations de personnes handicapées »⁵⁰¹.

Il est loisible de dire que l'action de la société civile a permis de faire advenir un droit nouveau, qui est celui du respect total de la capacité juridique de la personne handicapée. Ce respect vient heurter de front les conceptions normatives des États parties qui, en fonction du handicap, font moduler cette capacité, voire jusqu'à la réduire drastiquement dans certaines situations. C'est pourquoi, la mobilisation massive et active de la société civile a constitué le fondement d'une vision diamétralement opposée à celle qui prévalait (et qui prévaut toujours) au sein des différents ordres juridiques nationaux.

PARAGRAPHE 2 : Le cadre conventionnel dérivé

L'analyse de la Convention relative aux droits des personnes handicapées doit nécessairement relever l'existence du protocole facultatif (A) et le coefficient de puissance inhérent à l'effet direct (B)

A. Le protocole facultatif

206. L'innovation du protocole. L'article premier du Protocole facultatif dispose que « *tout État Partie au présent Protocole (« État Partie») reconnaît que le Comité des droits des personnes handicapées (« le Comité») a compétence pour recevoir et examiner les communications présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent être victimes d'une violation par cet État Partie des dispositions de la Convention* ». L'alinéa second précise toutefois que « *le Comité ne reçoit aucune communication intéressant un État Partie à la Convention qui n'est pas partie au présent Protocole* ». C'est pourquoi, s'agissant de ce Protocole, l'analyse sera faite exclusivement sur le cas français, puisque les deux pays arabes (Koweït et Egypte) n'ont pas ratifié cet instrument. L'article 2 pose les règles indispensables afin que la communication soit recevable. Parmi celles-ci, il y a lieu de noter l'obligation pour les particuliers ou groupes de particuliers d'épuiser les voies de recours internes. Cela participe de la subsidiarité. Les compétences dévolues au Comité *via* ce Protocole sont amples. En effet, suivant l'article 4, alinéa 1^{er}, il est reconnu qu'« *après réception d'une communication et avant*

⁵⁰¹ Op. cit.

de prendre une décision sur le fond, le Comité peut à tout moment soumettre à l'urgente attention de l'État Partie intéressé une demande tendant à ce qu'il prenne les mesures conservatoires nécessaires pour éviter qu'un dommage irréparable ne soit causé aux victimes de la violation présumée ». C'est ce qui s'est produit avec l'affaire Vincent Lambert⁵⁰². En effet, en s'appuyant sur le visa de l'article 4 du protocole facultatif, le Comité avait demandé à l'État français que des mesures provisoires soient prises afin que l'alimentation et l'hydratation de Vincent Lambert ne soient pas suspendues. La question posée lors de cette emblématique affaire devant la Cour de cassation concernait le caractère contraignant ou non des décisions prises par le Comité. A cet égard, il faut rappeler que la Cour de Paris avait estimé qu'« *en se dispensant d'exécuter les mesures provisoires demandées par le Comité, l'État a pris une mesure insusceptible de se rattacher à ses prérogatives puisqu'elle porte atteinte à l'exercice d'un droit dont la privation a des conséquences irréversibles en ce qu'elle a trait au droit à la vie, consacré par l'article 12 de la Convention EDH, qui constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme, et donc, dans celle des libertés individuelles* »⁵⁰³. La Cour de cassation a désavoué la Cour de Paris en affirmant « *qu'en statuant ainsi, d'une part, que le droit à la vie n'entre pas dans le champ de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, la décision, prise par l'État de ne pas déférer à la demande de mesures provisoires formulées par le CDPH ne portait pas atteinte à la liberté individuelle, d'autre part, qu'en l'état notamment des décisions rendues en dernier lieu par le juge des référés du Conseil d'État le 24 avril 2019 et par la Cour européenne des droits de l'homme le 30 avril 2019, cette décision était manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir lui appartenant, de sorte que les conditions de la voie de fait n'étaient pas réunies* »⁵⁰⁴. Ainsi, la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation semble ici caractérisée par la prudence⁵⁰⁵, puisque l'institution judiciaire ne se prononce que sur la voie de fait, en rattachant celle-ci à une atteinte à la liberté individuelle et non à une atteinte à la vie. Malheureusement, l'éclairage explicite de la Cour de cassation sur la problématique du caractère contraignant ou non des décisions du Comité des droits des personnes handicapées (CDPH) ne s'est pas produit. Tout au plus, il est possible d'inférer la position des hauts

⁵⁰² Sur cette affaire, voir Le Monde, *Affaire Vincent Lambert : tout comprendre en 8 dates*, 22 novembre 2018, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2018/11/22/comprendre-l-affaire-vincent-lambert-en-sept-dates_5386948_4355770.html

⁵⁰³ Paris, 20 mai 2019, RG n° 19 08858, JCP 2019. 1011, note F ; Vialla ; *Dr. fam.* 2019. Comm. 138, obs. J.-R. Binet.

⁵⁰⁴ Le Monde, *Affaire Vincent Lambert : tout comprendre en 8 dates*, du 22 novembre 2018 ; [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2018/11/22/comprendre-l-affaire-vincent-lambert-en-sept-dates_5386948_4355770.html

⁵⁰⁵ Sur la politique de la Cour de cassation, voir CHAPITRE II, TITRE I, PARTIE II.

magistrats à travers la note explicative de l'arrêt⁵⁰⁶. Ce qui ressort de celle-ci, c'est que les demandes émanant du Comité à destination des pouvoirs publics français sont dépourvues d'un encadrement textuel. La conséquence logique est donc qu'elles ne peuvent « *en aucun cas servir de fondement à une méconnaissance par l'État de ses obligations conventionnelles* »⁵⁰⁷. Telle est la situation pour l'instant des rapports entre l'État partie à la Convention des droits des personnes handicapées et les recommandations opérées par le Comité instituée par cette même convention. Cet équilibre ne saurait demeurer en l'état. La « *dynamique du système des traités de l'ONU en matière des droits de l'homme* » pousse en direction d'un infléchissement plus prononcé de la souveraineté étatique⁵⁰⁸. Autrement dit, à l'avenir, les demandes formulées par le Comité pourraient recevoir un accueil plus favorable et donc obtenir une meilleure effectivité. L'évolution ne viendrait pas, nous semble-t-il, de la transformation de la nature juridique du contenu des rapports élaborés par le Comité, où l'on pourrait basculer du caractère non contraignant au caractère contraignant, mais d'un déplacement du curseur quant à l'appréhension de la normativité. C'est donc qu'un changement de regard, sur ce qu'il est, sera possible ou pas pour l'État de l'admettre au sein de son ordre domestique. En dépit de la déploration ancienne et récurrente de la « *crise ou de l'effondrement du droit international* »⁵⁰⁹, et à l'encontre de tous les futurologues qui jouent les Cassandre, le « *sillon, bien plus que le sillage* » de la normativité internationale, voire globale, est en marche. Partageant le point de

⁵⁰⁶ Note explicative relative à l'arrêt n° 28 juin 2019 (consultable sur le site de la Cour de cassation : <https://www.courdecassation.fr/getattache/5fca6ae8d9a55e5540fef3e5/b6d13cfb28fac15c26fb842e0e5d14c1>)

⁵⁰⁷ Cour de cassation, Rapport du Président Chauvin, [visité le 30/04/2024] disponible sur Internet <URL : https://www.thaddeuspope.com/images/LAMBERT_20190624_rapport_19-17.330_ano.pdf

⁵⁰⁸ E. DECAUX, O. DE FROUVILLE (sous la dir.), *La dynamique du système des traités de l'ONU en matière des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2015.

⁵⁰⁹ A. PELLET, « Crise ou effondrement du droit international ? », *Le mot du Président* [de la Société française pour le droit international], 19 septembre 2018, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://www.sfdi.org/le-mot-de-rentree-du-president>. Le professeur Alain Pellet, qui est par ailleurs un grand praticien du droit international, notamment, en tant que conseil et avocat pour plusieurs États devant la Cour internationale de justice, estime que, malgré les vents contraires et les multiples secousses, voire les graves crises que traverse le droit international, les données ne doivent nullement conduire à une vision pessimiste. La notion même de crise n'est plus en mesure d'offrir au juriste la possibilité d'effectuer l'analyse opportune. Autrement dit, la multiplication des crises affectant le droit international n'est plus aujourd'hui une grille de lecture qui pourrait permettre de poser le bon diagnostic. Nous adhérons à cet égard au constat formulé par l'ancien Vice-Président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, cité d'ailleurs par le professeur Alain Pellet, qui affirme que « *notre époque semble marquer une double rupture : la crise n'est plus ponctuelle ou périodique, elle est devenue permanente ; elle ne nous éclaire plus sur le sens d'une évolution ; elle est devenue source d'indécision, de désordres et d'incertitudes quant à ses causes et ses effets, à son diagnostic et ses remèdes. Les crises ne s'inscrivent plus avec autant d'évidence qu'auparavant dans l'horizon d'un 'après-crise'. Cette double rupture tient sans doute à un ébranlement profond de notre conception du progrès et des identités individuelle et collective. Nous sommes aujourd'hui confrontés au vertige d'une crise sans fin, sans ordre et sans limite* », « Discours de clôture par Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État lors de la 12^{ème} conférence annuelle de la Société européenne de droit international (SEDI), qui s'est tenue à Riga en Lettonie du 8 au 10 septembre 2016 », [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Comment-le-droit-international-fonctionne-en-temps-de-crise>.

vue de certains auteurs, nous croyons également que le « confort » de la démarche assimilatrice de l'État quant aux normes qui lui viennent de l'extérieur sera remis en question⁵¹⁰.

En vertu de l'article 5 du Protocole facultatif, « le Comité transmet ses suggestions et recommandations éventuelles à l'État Partie intéressé et au pétitionnaire », après avoir examiné « à huis clos les communications qui lui sont adressées ». Le rapport élaboré par le Comité n'est pas exclusivement le fruit des échanges d'informations entre les individus ou groupes d'individus qui le saisissent et des réponses apportées par l'État partie. Le Comité est juridiquement en mesure de « charger un ou plusieurs de ses membres d'effectuer une enquête et de lui rendre compte sans tarder des résultats de celle-ci. Cette enquête peut, lorsque cela se justifie et avec l'accord de l'État Partie, comporter des visites sur le territoire de cet État ».

B. L'effet direct de la Convention

207. L'invocation de la Convention par les particuliers. L'effet direct de la Convention montre comment celle-ci prend appui sur les droits nationaux en les utilisant comme relais. Les personnes handicapées au sein des trois ordres juridiques peuvent les invoquer devant les juridictions saisies.

Les tensions qui ont vu le jour entre les États et les ONG auraient pu engendrer des difficultés quant à l'expansion de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Cette expansion se traduit évidemment par le système de la ratification. Or, cette dernière est facilitée par l'existence du mécanisme des réserves et des déclarations interprétatives. Ces deux 'outils' « ont pour objet de faciliter l'acceptation des instruments conventionnels multilatéraux et de favoriser l'extension de leur champ d'application sans pour autant porter atteinte à leur intégrité »⁵¹¹. Il serait assez surprenant de voir que des instruments portant sur la protection des droits de l'homme contiennent des réserves qui pourraient porter atteinte aux objectifs escomptés. Il faut, cependant, souligner, au contraire, l'apport extrêmement fécond des réserves au sein de la trame normative internationale afférente aux droits de l'homme. En effet, « ici peut-être plus encore qu'ailleurs, la réserve est un moindre mal : les traités relatifs aux droits de l'homme, par les procédures de contrôle qu'ils peuvent instituer, sont parmi ceux qui portent le plus atteinte à la souveraineté étatique ; seule la pratique des réserves, en autorisant les

⁵¹⁰ C'est ce que nous tenterons de mettre en lumière dans le chapitre suivant.

⁵¹¹ F. SUDRE, L. MILANO, B. PASTRE-BELDA, A. SCHAHMANECHE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Op. cit., p. 59. Voir l'avis consultatif de la Cour internationale de justice du 28 mai 1951 sur les réserves à la Convention sur le génocide, où elle note qu'il ne fallait pas sacrifier « à la veine recherche du nombre des participants les fins mêmes de la Convention », *Rec.*, 1951, p. 23.

Etats à préciser l'étendue de leurs obligations, rend possible une très large participation à ces traités, indispensable pour fonder l'autorité des principes qu'ils renferment »⁵¹². C'est pourquoi, il ne serait pas, nous semble-t-il, opportun de lire l'existence de la réserve comme une forme de dénaturation du traité. Au contraire, ce serait un mécanisme permettant la respiration du système. Ainsi, « *admettre la faculté d'émettre des réserves pour l'État partie, c'est un peu dire que si le cercle conventionnel était un restaurant, le traité serait une carte et non un menu. Personne n'oblige un consommateur à aller au restaurant mais s'il s'y rend, il doit opter pour le menu ou la carte. Seule cette dernière permet de choisir entre les différents articles proposés. Les réserves font nettement pencher le traité du côté de la carte : chaque État choisit les dispositions qui lui conviennent et écarte celles qui semblent indigestes (politiquement ou économiquement, s'entend). C'est avantageux du point de vue de l'utilisateur, mais cela a aussi un coût, des inconvénients. Tandis que la liberté et la souveraineté sont flattées par un système qui protège le volontarisme, l'usage généralisé des réserves conduit à de fâcheux résultats sur l'économie générale du traité ; le texte conventionnel risque de se trouver dépecé, vidé de son volume au point de manquer les buts en vue desquels il a été parfois longuement négocié et conclu. C'est là une caractéristique de la liberté : souvent avantageuse quand elle s'applique à l'usage que l'on en fait soi-même, elle se révèle fâcheuse dès lors qu'il s'agit de l'usage qu'en font les autres...* »⁵¹³. En parallèle des réserves, la pratique a vu la prolifération des déclarations interprétatives qui, *a priori*, n'ont d'objet que de préciser le sens souhaité par une partie à une disposition du traité. Soulignons que la distinction est difficile en pratique. La Commission européenne recherche les droits de l'homme, l'intention du gouvernement auteur d'une « *déclaration interprétative* » à la CEDH, et examine le contenu matériel de la déclaration pour déterminer si cette déclaration revêt ou non en réalité la nature d'une réserve. Et c'est ainsi, qu'à la faveur de difficultés linguistiques, certaines parties tentent d'échapper à la rigueur des dispositions des traités. En ce qui nous concerne, c'est le cas de l'article 12. « *The text approved by the AHC in August 2006 included a footnote to Article 12, according to which: in Arabic, Chinese and Russian, the term "legal*

⁵¹² Op. cit.

⁵¹³ D. ALLAND, *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, 10^{ème} éd., 2023, p. 126 (Souligné par nous). La Convention de Vienne sur le droit des traités définit la réserve, dans son article 2, & 1d, comme « *une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État [...] par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État* ». Cette définition est largement acceptée par « *la doctrine et la pratique internationale* » et « *à plusieurs reprises a été consacrée par la jurisprudence internationale* », voir Ph. GAUTIER, *Les conventions de Vienne sur le droit des traités – Commentaire article par article*, O. Corten, P. Klein, (ss dir.), Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 45 et s. L'auteur souligne que « *la définition reflète l'absence de formalisme dans ce domaine. Toute déclaration, quelle que soit sa dénomination, faite lors de la signature ou de l'expression du consentement à être lié par les dispositions du traité, peut-être constitutive d'une réserve* » (p. 69).

*capacity” refers to “legal capacity for rights,” rather than “legal capacity to act.” This note was inserted late in the process without the benefit of open discussion or consultation. Although its precise implications were unclear, it appeared to go beyond linguistic reconciliation and to have the potential to authorize a lower standard of human rights protection for disabled people in the countries affected. Its appearance caused serious concern to the IDC which regarded it as an unacceptable compromise the continued existence of which would render the new instrument a failure Following intense debate in the drafting group, agreement as to its deletion was finally achieved in the meeting of the reconvened AHC »⁵¹⁴. Dans la même veine, il est loisible de citer la tentative de Hamad Al Bayati, représentant permanent de l’Irak aux Nations Unies et président du groupe des Etats arabes lors de la négociation de cette Convention. En décembre 2006, il rédige une lettre au président du Comité *ad-hoc* pour signaler que, dans les vingt Etats qu’il représente, la capacité juridique de l’article 12 (2) renvoie à la capacité d’avoir des droits (la capacité de jouissance), et non à la capacité d’agir (la capacité d’exercice) et ce « conformément aux lois nationales et législations de ces États ». La lettre souligne que « [...] the aforementioned States are joining the consensus on the Convention, based on the understanding that legal capacity, mentioned in paragraph 2 of the Convention, entitled ‘Equal recognition before the law’ means the capacity of rights and not the capacity to act, in accordance with the national laws and legislation of these States »⁵¹⁵. Cette interprétation ne pouvait prospérer puisqu’elle faisait, *in fine*, primer la loi nationale sur les dispositions internationales. D’où nous voyons, les tentatives de certaines parties d’échapper aux obligations contenues dans certaines dispositions normatives. C’est le libéralisme afférent à la Convention de Vienne sur les traités qui permet, en réalité, l’existence de ces tentatives. Il faut toujours garder à l’esprit qu’aujourd’hui, les réserves sont très largement répandues. C’est pourquoi, « il serait vain d’en déplorer le phénomène », même « s’il convient d’attirer l’attention sur les problèmes particuliers et les dangers certains de dénaturation ou de débilitation que font courir les réserves à l’égard de certaines catégories de traités », parmi lesquels, ceux relatifs aux droits de l’homme⁵¹⁶. En effet, « l’utilisation fréquente par les États des réserves et déclarations aux Conventions internationales des droits de l’homme engendre à l’évidence un morcellement du régime conventionnel »⁵¹⁷. Il nous faudra relever toutefois, en ce qui concerne*

⁵¹⁴ A. LAWSON, « The United convention on the rights of persons with disabilities : new era or false dawn ? », Op. cit., p. 63.

⁵¹⁵ Lettre du 5 décembre 2006 de Hamad Al Bayati, A/AC. 265/2006/5, 7 décembre 2006.

⁵¹⁶ P. Marie DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Op. cit., p. 324.

⁵¹⁷ F. SUDRE, L. MILANO, B. PASTRE-BELDA, A. SCHAHMANECHE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, Op. cit., p. 62.

le domaine du handicap, l'existence d'une forme de tension entre le volontarisme de la puissance publique qui se manifeste par le choix d'aller vers la réserve et les 'exhortations et recommandations' du Comité onusien qui pousse vers l'effacement de ces réserves. En effet, le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, adopté par la Commission du droit international en 2011 (A/66/10/ Add. 1) propose la définition suivante de la réserve : « *l'expression 'réserve' s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou à cette organisation* »⁵¹⁸. L'État ne peut pas, dès lors, modifier, à travers ses réserves, la substance de certaines dispositions du traité mais peut modifier uniquement 'l'effet juridique' de ces dernières. C'est pourquoi, à cet égard, une partie de la doctrine, tant en France qu'au Koweït, avance l'idée qu'en dépit des critiques de la représentante onusienne sur l'incompatibilité du droit domestique avec l'article 12, il y a toujours la possibilité de trouver les voies d'une conformité opportune.

SECTION 2 L'interprétation de l'article 12 par le Comité

La procéduralisation de l'effectivité de la Convention s'illustre par la présence d'un Comité des droits des personnes handicapées (A) et par l'existence d'un suivi et d'un contrôle des législations nationales (B) permettant de donner un effet direct aux dispositions conventionnelles.

PARAGRAPHE 1 : Le Comité des droits des personnes handicapées

A. Présentation du Comité

208. L'institutionnalisation de la Convention. L'objectif du Comité des droits des personnes handicapées est d'établir un mécanisme de suivi (1) envers les États parties afin de vérifier et surveiller la manière dont les dispositions de la Convention sont prises en charge au sein des ordres juridiques internes. L'analyse du Comité de certaines dispositions de la Convention débouche sur l'élaboration d'observations générales à destination des États parties

⁵¹⁸ Cela prouve les tensions qui existent entre ce que certains juristes internationalistes appellent l'institutionnel (représenté ici par le Comité relatif aux droits des personnes handicapées) et le relationnel (traduisant le volontarisme de chaque souveraineté).

(2). L'important ici est de bien saisir la nature juridique de telles observations. Un décloisonnement de l'approche est indispensable pour faire le bon diagnostic.

- Le Mécanisme de suivi

209. L'évaluation en continu des législations nationales. L'importance de la Convention relative aux droits des personnes handicapées s'illustre, par ailleurs, et pourront-nous dire essentiellement, par l'existence d'un comité chargé de suivre la mise en œuvre et l'application de celle-ci au sein des ordres juridiques des États parties. L'influence de la Convention ne peut, dès lors, faiblir puisque le Comité qu'elle a institué insuffle une dynamique constante quant à l'objectif afférent à l'effectivité des dispositions de cette dernière. Avec ce Comité, c'est toute l'idée du suivi du respect des droits des personnes handicapées qui s'impose avec force.

210. L'institutionnalisation du Comité est indiquée par l'article 35 de la Convention. Aujourd'hui, après soixante ratifications et adhésions à la Convention, celui-ci est composé de dix-huit membres. L'alinéa 3 de l'article 35 dispose que « *les membres du Comité siègent à titre personnel et sont des personnalités d'une haute autorité morale et justifiant d'une compétence et d'une expérience reconnues dans le domaine auquel s'applique la présente Convention* ». L'alinéa 4 traduit une exigence que nous retrouvons de manière constante et quasiment inchangée dans la formulation même des différents textes multilatéraux, à savoir l'exigence d'une forme d'égalité quant à la représentation des membres constituant le Comité. Il est ainsi indiqué que « *les membres du Comité sont élus par les États Parties, compte tenu des principes de répartition géographique équitable, de représentation des différentes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques, de représentation équilibrée des sexes et de participation d'experts handicapés* »⁵¹⁹. Il est loisible d'affirmer que ce texte est le produit du principe de l'égalité souveraine des États. Tout l'ordre juridique international, rappelons-le, est construit sur cette cohérence, à savoir qu'en dépit de la disparité de puissance, les États sont égaux en droits dans la sphère internationale. La répartition géographique équitable qui vise néanmoins l'atteinte et la réalisation d'un objectif, à savoir la mise en place entre les différentes parties d'une balance égale, n'est pas réellement satisfaisante. L'équité recherchée est affaiblie, voire escamotée, par le principe du réel qui impose l'inégalité de fait des États. En effet, la norme juridique ne saurait corriger par elle-même les différences de niveau de développement, de superficie, de population, de l'expérience internationale et, précisément, de l'expérience au

⁵¹⁹ Les divers textes internationaux sont travaillés avec la même rationalité.

sein des instances internationales, etc...⁵²⁰ Ainsi, « *l'égalité des armes* » entre les États est une donnée cruciale et tangible dont il faut souligner le caractère à la fois permanent et persistant. La composition du Comité des droits des personnes handicapées, à l'instar des autres instances onusiennes, ne peut qu'en être affectée. La représentation des grandes puissances, au détriment des pays du Tiers-monde, pourrait orienter la compréhension et l'interprétation de la Convention dans une direction voulue qui n'est pas ou qui ne pourrait pas être englobante pour toutes les parties. Les juristes internationalistes avancent souvent le concept d'« *affinités culturelles* » lorsqu'il s'agit d'étudier la composition des organes multilatéraux. Evidemment, il ne sert à rien de vouloir chercher à stabiliser par une définition ce que recouvre ce concept d'« *affinités culturelles* ». Les définitions sont multiples et variées. Cela témoigne de la flexibilité du concept et de son caractère fuyant. Sans vouloir forcer le trait, qu'il nous soit permis d'avancer l'hypothèse que les affinités culturelles des pays développés, notamment les États-Unis et les pays européens, ne correspondent pas exactement à celles des pays du Tiers-monde et, particulièrement, à celles des pays arabes. Nous considérons pour notre part, ici, que les affinités culturelles englobent les affinités juridiques, idéologiques, religieuses, etc. L'interprétation des dispositions de la Convention ne pourra échapper au prisme 'culturel' des membres⁵²¹ du Comité. Nous ne nous hasardons pas à suggérer ici que les pays du Tiers-monde seront inexorablement lésés par une interprétation orientée. Notre propos est simplement de souligner que le manque de savoir-faire et l'inexpérience jouent défavorablement dans la 'fabrication' de la norme globale relative aux droits des personnes handicapées. Ce constat se vérifie depuis fort longtemps dans de nombreux fora internationaux. La sphère relative au handicap ne pourra échapper, par miracle, à cette loi qui régit les relations internationales⁵²². La durée de l'élection des membres est de quatre ans. A l'instar de beaucoup d'instances internationales, le principe pour la réélection pour une fois est admis textuellement (art. 35. 5). Il est important de mettre en lumière le fait que le Comité jouit de la possibilité d'adopter un « *règlement intérieur* ». Cette reconnaissance est d'abord une réalité banale.

⁵²⁰ La dénonciation de l'impuissance du droit a souvent émané des juristes critiques. Il faut avouer que la doctrine dominante est, nous semble-t-il, assez satisfaite de l'ordonnancement juridique. Le positivisme, en dépit des critiques qu'il suscite depuis longtemps, semble encore avoir un bel avenir.

⁵²¹ B. ZUPANCIC, *Sur la Cour européenne des droits de l'homme – Rétrospective d'un initié* (1998 – 2016), Paris, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2018, 438 p., Jean-Paul COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme – Dus juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2017.

⁵²² Il est également possible d'ajouter, à ce constat, le déséquilibre entre les hommes et les femmes, membres des instances internationales. Les autrices, professeures de droit, soulignent, dans des publications de plus en plus nombreuses, la place encore minoritaire de la femme au sein des milieux académiques et, évidemment, au sein des instances dirigeantes, qu'elles soient nationales ou internationales.

B. L'examen des rapports produits par les États membres.

L'objectif du Comité est d'examiner les rapports présentés par les États parties. En effet, en vertu de l'article 35 de la Convention, « *1. Chaque État Partie présente au Comité, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, un rapport détaillé sur les mesures qu'il a prises pour s'acquitter de ses obligations en vertu de la présente Convention et sur les progrès accomplis à cet égard, dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État Partie intéressé* ». Des « *rapports complémentaires* » seront présentés « *au moins tous les quatre ans, et tous autres rapports demandés par le Comité* ». De nombreuses analyses émanant particulièrement de la doctrine internationaliste s'intéressent depuis longtemps à la nature juridique de tels rapports et, notamment, à leur portée. Cependant, de telles interrogations ne sont plus exclusivement l'apanage des juristes internationalistes mais atteignent de plus en plus la doctrine interniste. C'est qu'il n'est plus possible désormais, au moment de l'interconnexion, de l'imbrication et de l'interdépendance des ordres juridiques, de se focaliser sur un aspect unique de la problématique. Le juriste de droit interne, et le civiliste particulièrement, est invité, voire '*contraint*', de s'ouvrir aux normes externes et donc obligé de réfléchir aux rationalités extérieures qui viennent, parfois, compléter ou désorienter l'ordre juridique interne. Il n'est pas interdit d'affirmer que tous les juristes, quelle qu'en soit la discipline, doivent aujourd'hui se mouvoir au sein de la globalisation juridique. Et ce cadre nouveau inscrit toute réflexion dans la problématique des rapports entre les ordres juridiques et les rapports systémiques⁵²³. A cet égard, le professeur Jean-Bernard AUBY souligne que « *ce qui spécifie la mécanique de la globalisation juridique se situe peut-être moins dans la formation des normes, leur contenu, leurs effets, que dans les processus de leur transmission, de leur circulation, de leur intrusion dans les systèmes juridiques* »⁵²⁴. Ainsi, le civiliste est contraint de saisir, lui aussi, la nature juridique des rapports émanant des instances internationales, en l'occurrence ici, le Comité des droits des personnes handicapées. La question de la conformité du droit interne vis-à-vis de la Convention en dépend. Allons plus loin : la question du renouvellement qui nous occupe à ce stade est tributaire du contenu et de la portée de la norme domestique. Si cette assertion ne pose guère de difficultés, il n'en va pas de même de la question sur la manière dont se fera le renouvellement de cette norme. Si, par le passé, l'intervention du législateur témoignant du volontarisme politique suffisait, il semblerait qu'il en soit différemment aujourd'hui. Le renouvellement de la norme pourrait, certes, se

⁵²³ B. BONNET, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016.

⁵²⁴ J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 2020.

produire, mais *via* un cheminement plus complexe, davantage sinueux. La méthode de la ligne droite semble exclue. Le renouvellement de la norme domestique devra se réaliser aujourd'hui à l'aune de ce qu'apporte (impose ?) la norme globale, traduite ici, en ce qui nous concerne, par le texte de la Convention. Nous mesurons la complexité de la tâche et, corrélativement, la difficulté de la présenter. Ce qui est, en revanche, certain, c'est que l'existence même de ce Comité et l'objectif d'examiner les rapports des États parties témoignent de l'institutionnalisation des relations internationales⁵²⁵. En vertu de l'article 36 de la Convention, « *chaque rapport est examiné par le Comité, qui formule les suggestions et recommandations d'ordre général sur le rapport qu'il estime appropriées et qui les transmet à l'État Partie intéressé. Cet État Partie peut communiquer en réponse au Comité toutes informations qu'il juge utiles. Le Comité peut demander aux États Parties tous renseignements complémentaires relatifs à l'application de la présente Convention* »⁵²⁶. Ce texte traduit, de manière patente, l'idée du suivi du respect des dispositions de cette Convention par les États parties. Le texte utilise le verbe formuler. L'idée de contrainte et d'obligation est, par conséquent, inexistante. Une inexistence pourtant formelle. En effet, il ne faut pas s'arrêter à la rédaction textuelle. En droit international, les termes utilisés sont susceptibles de recevoir plusieurs significations et, surtout, peuvent être porteurs de sens allant à l'encontre de la définition originelle⁵²⁷. Toutefois, ce qui doit nous interpeller et retenir notre attention à ce stade, c'est de nous interroger sur ce qu'apporte la production de ces « *suggestions et recommandations d'ordre général* » par le Comité. Quelle est la plus-value escomptée pour la Convention et pour les États parties ? Quel est le lien qui s'instaure entre de telles suggestions et recommandations et la question du renouvellement de la norme ? Plus précisément, est-il possible d'avancer l'idée que l'évolution et la transformation de la question afférente à la capacité juridique se réaliseront à l'aune de la rationalité voulue et promue par le Comité ? Nous mesurons aisément ici que le principe de souveraineté est susceptible de faire face à un certain infléchissement. La question de la capacité juridique de la personne handicapée et de la personne protégée doit *a priori* relever des choix de chaque législateur. Avec la Convention et le Comité, cet *a priori* risque de céder, telle une digue qui deviendrait fragile face à des assauts multiples et répétés. C'est que l'examen des rapports des États parties par le Comité, rappelons-le, se caractérise par la périodicité. La

⁵²⁵ E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013.

⁵²⁶ Pour l'analyse des rapports des trois États sous étude émanant de ce Comité, voir SECTION 2 du présent Chapitre.

⁵²⁷ Sur ce point, A. PELLET, « Contre la tyrannie de la ligne droite – Aspects de la formation des normes en droit international de l'économie et du développement », in *Thesaurus Acroasium*, vol. XIX, 1992, pp. 287-355 (Cours à l'Institut de droit international public et des relations internationales de Thessalonique, 1988).

récurrence de la mise en cause de la norme nationale est, ainsi, un élément extrêmement important à souligner. D'où la nécessité de cerner cursivement en quoi consiste juridiquement cet examen et, par conséquent, de tenter de saisir ce qu'il induirait dans la trame normative des États parties.

211. Le Comité en tant qu'instance de surveillance des législations nationales. L'examen des rapports par le Comité constitue une modalité de surveillance de la mise en œuvre des dispositions de la Convention par les États parties. L'usage du terme de 'suivi' pourrait surprendre. Il n'y a pas, en effet, de définition juridique rigoureuse concernant ce dernier. La doctrine est assez parcimonieuse dans son utilisation, nous semble-t-il⁵²⁸. Un certain flou entoure dès lors ce terme. Néanmoins, nous constatons qu'à chaque fois que le terme de suivi est utilisé, l'idée de contrôle est suggérée. Et c'est dans cette relation que nous faisons également, quant à nous, appel au terme de suivi. Par l'examen des rapports effectués par le Comité, nous souhaitons, à travers l'usage de ce terme, mettre en lumière l'existence d'un contrôle du Comité sur le droit domestique des États parties. S'il est explicitement exclu que ce contrôle soit de nature juridictionnelle, l'interrogation est légitime vis-à-vis d'un contrôle qui pourrait être de nature politique. Or, comme nous le verrons, le contrôle opéré par le Comité relatif aux droits des personnes handicapées n'est ni d'ordre politique, ni de nature juridictionnelle.

Le suivi mis en place par le Comité n'est pas d'ordre politique puisque les membres qui siègent ne représentent pas leurs États respectifs mais siègent « *à titre personnel* » indique l'article 35 de la Convention. Par ailleurs, et comme souligné précédemment, l'élection d'un membre est tributaire de sa jouissance d'une « *haute autorité morale* » ainsi que « *d'une compétence et d'une expérience reconnues dans le domaine* » visé par la Convention (art. 35)⁵²⁹. Il est loisible,

⁵²⁸ Nous ne retrouvons pas le terme de 'suivi' aux index des ouvrages portant sur le droit des droits de l'homme. A titre illustratif, l'ouvrage important sur le Droit européen et international des droits de l'homme du professeur Frédéric Sudre (16^e édition) n'en comporte pas, F. SUDRE, L. MILANO, B. PASTRE-BELDA, A. SCHAHMANECHE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Op. cit.

⁵²⁹ En exemple d'un mécanisme de suivi de nature politique, nous citerons le 'mécanisme africain d'évaluation par les pairs'. Celui-ci est consécutif à la création du NEPAD (Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique). Le NEPAD est né en juillet 2001. Il constitue l'un des programmes phare de l'Union africaine (UA). En 2018, le NEPAD change de nom et devient l'Agence de développement de l'UA. Le 'mécanisme africain d'évaluation par les pairs' a vu le jour le 9 mars 2003. Ce mécanisme vise à encourager « *l'adoption de lois, de politiques, de normes et de pratiques appropriées pouvant mener à la stabilité politique, à une forte croissance économique, à un développement durable et à une intégration économique accélérée aux niveaux sous-régional et continental* ». Le Président Mohammed Bedjaoui (ancien juge et Président de la Cour internationale de justice) souligne que ce 'Mécanisme' « *repose sur l'adhésion volontaire du pays en vue de subir un 'examen' complet, mais uniquement de la part des autres États Membres ayant accepté eux-mêmes de se soumettre à cet exercice. Son objectif n'est pas de sanctionner le pays examiné, mais de l'aider à améliorer ses performances en matière de gouvernance [...]. Il n'est assorti d'aucune mesure punitive ou corrective. Il s'agit davantage d'une conjugaison de la pression amiable des Pairs et de la volonté du pays examiné à tirer profit des conseils et*

par la suite, de considérer que le produit de ce suivi et de ce contrôle débouche sur des normes non obligatoires, à savoir les « *suggestions et les recommandations* » et, donc, sur des normes de droit souple, de la *soft law*. Il est évident qu'il n'y a nulle part au sein de la Convention mention du caractère obligatoire de telles suggestions et recommandations. La juridicité de telles normes ne peut dès lors que susciter des interrogations et conduire à un schéma de pensée positiviste, schéma habituel pour le civiliste qui ne prête pas grande attention à cette forme de normativité. Si tel était le cas, il est évident que la question relative à la capacité juridique de la personne protégée ne trouvera aucun appui de la part des normes produites par le Comité. L'absence de l'obligatorité de ces normes les rend inaptes à générer une dynamique de transformation de la réglementation nationale. Or, ici, il faut redoubler de vigilance et souligner que, si les normes produites par le Comité ne sont pas revêtues du caractère obligatoire, il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent être contraignantes. La différence entre l'obligatoire et le contraignant est primordiale. Elle emporte des conséquences importantes. Le juriste interniste est rattrapé, aujourd'hui, par l'envahissement des normes de *soft law* au sein d'un tissu normatif, dont il croyait, à tort ou à raison, qu'il en était épargné. En effet, « *la problématique de la soft law a été de longue date ignorée par le droit interne qui n'en voyait guère l'utilité, à moins que ce ne soit la résurgence d'un principe immuable selon lequel tout ce que l'on considère comme incapable de comprendre serait nécessairement absurde* »⁵³⁰. Nous aborderons, par la suite, cette importante question⁵³¹.

212. La recherche de l'effectivité de la Convention. Par ailleurs, il faut, à la lecture des dispositions de la Convention et notamment celle des articles 35 à 38, saisir que le suivi en question n'est guère travaillé par une rationalité punitive à l'égard des États parties. Le suivi dont il s'agit vise à satisfaire la promotion pour une application effective de la Convention (art. 38) à travers une approche basée sur le renforcement des capacités nationales des États (art. 37) et la possibilité d'apporter les « *conseils ou l'assistance techniques* » opportuns (art. 36), et ce, afin de développer la logique de la coopération internationale (art. 39). Ce cadre, ainsi tracé, pourrait enfermer l'analyste, voire l'induire en erreur, en laissant croire qu'un suivi déboucherait nécessairement sur un contrôle dépourvu de contraintes. Or, « *le juriste est*

recommandations émis par ces mêmes Pairs », M. BEDJAOUI, « Le Mécanisme africain d'évaluation par les Pairs », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit*, Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1140 (Souligné par nous).

⁵³⁰ J.-M. SOREL, « L'indifférence de la doctrine interne à la discipline internationale, et réciproquement : Orgueil et préjugés ? », in *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, Pascale Deumier et Jean-Marc Sorel (dir.), Paris, LGDJ, 2018, p. 13 et s.

⁵³¹ Voir PARTIE II, TITRE I, CHAPITRE 2, SECTION 1, PARAGRAPHE 1.

naturellement porté à croire que l'efficacité des mécanismes de contrôle est proportionnelle au degré de contrainte qui leur est inhérent. Cette opinion conduit à exalter les modes autoritaires d'application du droit, et plus particulièrement le contrôle juridictionnel. A l'inverse, elle pourrait conduire à nourrir une certaine indifférence à l'égard du suivi »⁵³². Cette croyance, disons-le immédiatement, est davantage celle du juriste interniste, habitué à la figure tutélaire de l'État. Le juriste internationaliste est suffisamment averti du fait que « les États répugnent à accepter l'autorité d'une instance dotée du pouvoir de les traiter avec fermeté. Pour preuve, le contrôle juridictionnel constitue une figure d'exception sur la scène internationale car les États hésitent à se soumettre à une juridiction internationale qui rendrait des décisions auxquelles ils seraient contraints de se plier en raison de l'autorité de la chose jugée dont elles sont revêtues »⁵³³. L'examen des rapports des États parties ne vise pas, par conséquent, l'objectif d'un contrôle de légalité, caractérisant davantage le contrôle juridictionnel, mais plutôt un examen en termes de « non-respect » des dispositions de la Convention. C'est pourquoi, « par opposition au contrôle juridictionnel qui adopte une approche exclusivement juridique, le suivi n'exclut pas la prise en compte de considérations extra-juridiques liées notamment à la capacité et à la volonté des sujets surveillés. Il ne s'astreint pas à l'approche legaliste attachée aux syllogismes juridiques. Les organes de suivi ne s'intéressent pas à la simple

⁵³² M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe – Contribution à la théorie du contrôle international*, Op. cit., p. 604.

⁵³³ Op. cit., p. 605. La doctrine internationaliste met constamment en lumière la difficulté d'apprivoiser la souveraineté ombrageuse de l'État, notamment celle des grandes puissances. Dans un colloque organisé par la Société française de droit international, l'ancien Président de la Cour internationale de justice, Mohammed Bedjaoui, a tenu un propos extrêmement clair et explicite sur les bénéfices à avoir d'une multiplication des juridictions internationales sur la scène internationale. Un souhait de la multiplication des organes juridictionnels, puisque, pour l'instant, c'est plutôt l'extrême rareté. D'où l'importance de mécanismes, tels que le suivi du respect des normes d'une convention internationale. Donc, à défaut de juridictionnalisation, l'ordre juridique international fonctionne sur le mode du contrôle *via* le mécanisme de suivi ; mais ce mécanisme engendre des transformations dans le tissu du droit interne. Le juriste interniste et, particulièrement le civiliste, doit en être parfaitement conscient, au risque de produire des analyses en déphasage de ce qui se produit dans la réalité. Écoutons le Président Bedajoui : « Combien au total l'ordre juridictionnel international draine-t-il d'affaires annuellement, au regard du volume incommensurable, on pourrait dire quasi-infini, des contentieux qui échappent au quotidien de par le monde à toute juridiction, toutes catégories confondues ? Si l'on pouvait tenir compte de l'immense tumulte de notre planète, de la masse des conflits de toutes sortes, des contradictions d'intérêts à petite et grande échelle, de la vision qui saisisait le temps et l'espace comme dimensions essentielles, des galaxies innombrables et diversifiées de l'univers des échanges de toutes natures entre les hommes, on pourrait alors prendre conscience avec un certain vertige de tout de ce qui échappe à la compétence des juridictions internationales. L'infiniment grand des activités de l'homme ne cède que l'infiniment petit comme pâture aux tribunaux internationaux [...]. Tous les contentieux qui trouvent, dans le monde, un for, ne représentent qu'un dérisoire et insignifiant epsilon au regard de tout de ce qui échappe à la compétence de ces fora pourtant multipliés apparemment » (p. 538). L'auteur qui est très favorable à la multiplication des juridictions internationales conclut en mettant en exergue que « la tendance anarchique perçue dans un développement des juridictions internationales sans plan directeur établi, ne doit pas être vue trop négativement. Toutes ces percées juridictionnelles ne sont que de petits butins de guerre gagnés dans et sur l'immense jungle sans fin, aujourd'hui plus expansée que jamais, des relations internationales » (p. 544), Mohammed BEDJAOUI, « La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du droit des gens », in *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, Paris, Pedone, 2001, p. 529 et s.

correspondance entre un comportement étatique et une norme de référence, mais recourent à un rapport distendu entre le fait et le doit qui vise à déterminer si un comportement donné est en accord avec la finalité et l'esprit de la norme »⁵³⁴. En réalité, le suivi du respect de la Convention des droits des personnes handicapées ne va pas produire une interprétation qui va primer totalement sur celle de l'État partie. Il n'empêche qu'il y a évidemment une tension entre les deux pôles, génératrice d'incertitude⁵³⁵. C'est pourquoi, le devenir de la question du renouvellement de la norme relative à la capacité juridique de la personne protégée demeure ouvert. Pour l'heure, il est difficile de dessiner la figure définitive de ce que sera la configuration stabilisée de la capacité juridique de la personne protégée. C'est la raison pour laquelle notre analyse, loin d'être prospective, est cantonnée à décrire et tenter de mesurer les dynamiques à l'œuvre entre l'ordre juridique international et les ordres internes.

PARAGRAPHE 2 : Observations générales à destination des États parties

213. La qualification juridique des observations. *« La présente Observation générale est une interprétation de l'article 12 fondée sur les principes généraux de la Convention énoncés à l'article 3 »*⁵³⁶. Produite par le Comité des droits des personnes handicapées, cette observation a, à la fois, cristallisé et focalisé toute l'attention des différents acteurs en lien avec la question du handicap et suscité le plus grand nombre de critiques. Bien que les orientations fournies fassent « *autorité* » sur les dispositions de la Convention, il est institutionnellement admis que les observations générales émises par le Comité ont, simplement, « *pour but d'aider les États parties à remplir leurs obligations* »⁵³⁷. Les observations générales s'inscrivent donc dans une optique d'éclaircissement au profit des États parties et ne possèdent « *pas de caractère juridiquement contraignant* ». En définitive, les observations générales sont traitées comme de simples « *indications* » qui doivent permettre aux États parties de saisir « *le sens à donner aux dispositions de la Convention* »⁵³⁸. Il n'empêche qu'au-delà de la question décisive relative à la nature juridique du rapport produit par le Comité, le contenu de l'observation générale portant sur l'article 12 est suffisamment dense pour créer un climat de suspicion vis-à-vis de l'interprétation de l'État partie.

⁵³⁴ M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du conseil de l'Europe. Contribution à la théorie du contrôle international*, 2010, Op. cit., p. 610.

⁵³⁵ L'analyse de cette tension et le traitement juridique qu'elle subit seront exposés plus tard.

⁵³⁶ 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, n° 15, p. 1.

⁵³⁷ Op. cit.

⁵³⁸ Défenseurs des droits - République française, Rapport du défenseur des droits, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://juridique.defenseurdesdroits.fr/>>

214. Le constat de l'incompatibilité entre l'article 12 et les législations nationales. Ainsi, le Comité est extrêmement clair dès le départ de son observation quant à l'inadéquation entre l'article 12 de la Convention et les diverses réglementations nationales passées au crible dans son analyse. Il est dit qu'« *au vu des rapports initiaux des différents États parties qu'il a examinés à ce jour, le Comité constate l'existence d'un malentendu général en ce qui concerne la portée exacte des obligations des États parties au titre de l'article 12 de la Convention. En effet, il n'a généralement pas été compris que la conception du handicap axée sur les droits de l'homme suppose le passage d'un système de prise de décisions substitutive à un système de prise de décisions assistée* » (point n° 4). Le Comité précise plus loin que « *depuis toujours, les personnes handicapées sont privées de leur droit à la capacité juridique dans de nombreux domaines de manière discriminatoire dans le cadre de systèmes de prise de décisions substitutive comme la tutelle, la curatelle et les lois relatives à la santé mentale qui permettent le traitement forcé* ». Ce constat s'applique parfaitement aux trois législations étudiées. Les deux législations arabes, davantage. Et c'est pourquoi, le Comité estime que « *ces pratiques doivent être abolies afin que les personnes handicapées retrouvent une pleine capacité juridique, sur la base de l'égalité avec les autres* » (point n° 7). Nous relevons, ici, l'usage de l'impératif par le Comité. Si l'observation générale relève de la *soft law*, la recommandation en question épouse davantage les habits de la *hard law*⁵³⁹. Le Comité ajoute que « *dans la plupart des rapports d'États parties que le Comité a examinés à ce jour, on constate un amalgame entre les notions de capacité mentale et de capacité juridique, de sorte que, lorsque la capacité de décider d'une personne est jugée déficiente, souvent en raison d'un handicap cognitif ou psychosocial, sa capacité juridique de prendre une décision particulière lui est retirée. Cette décision est prise sur la seule base du diagnostic de handicap (approche fondée sur le statut), ou lorsqu'une personne prend une décision dont on considère les conséquences comme dommageables (approche fondée sur le résultat), ou encore lorsque la capacité de décider d'une personne est jugée déficiente (approche fonctionnelle). Dans tous ces cas de figure, le handicap d'une personne et/ou son aptitude à décider sont considérés comme un motif légitime pour la priver de sa capacité juridique et limiter sa personnalité juridique. L'article 12 n'autorise pas ce déni discriminatoire de la capacité juridique ; il exige qu'un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique soit fourni* » (point n° 13, souligné par nous). La lecture de ce dernier passage plonge le juriste dans la complexité des relations qui

⁵³⁹ Sur ces distinctions, voir TITRE I, CHAPITRE II, SECTION 1.

se nouent entre l'intérieur et l'extérieur de l'espace dominé par la souveraineté de l'État⁵⁴⁰. Ce dernier jouit d'une compétence nationale et, en l'occurrence, d'une compétence juridique sur le territoire qui est le sien. En droit international, cela se traduit par le texte de la fameuse résolution 2625 (XXV) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1970 portant Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies. Il est dit que « *chaque État a le droit de choisir et de développer librement son système politique, social, économique et culturel* », et nous ajouterons, juridique. Ainsi, « *la vision classique de l'ordre international renvoie à l'image d'États forteresses, solidement protégés des aléas extérieurs, ce qui explique que les rapports du droit international et du droit interne aient quelquefois été pensés en termes de dualisme et même en termes de monisme avec primauté du droit interne* »⁵⁴¹. La configuration des rapports entre le droit international et le droit interne a toutefois changé de physionomie. La perméabilisation des systèmes juridiques conduit à l'effacement totale de l'idée d'une étanchéité du droit interne par rapport aux normes provenant de l'extérieur. Ainsi, l'impératif utilisé par le Comité des droits des personnes handicapées envers les États parties doit être pris au sérieux. Toute la question est de mesurer la portée de la pénétration de la norme externe (représentée ici par le rapport du Comité) au sein de l'ordre juridique domestique. Le Comité estime à cet égard qu'« *au regard du droit international des droits de l'homme, nul ne peut être privé du droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique, ni voir ce droit limité en aucune circonstance* » (point n° 5). Le Comité poursuit sa démonstration en s'appuyant sur un texte de portée universelle en affirmant que « *ce principe est renforcé par le paragraphe 2 de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui n'autorise aucune dérogation à ce droit, même en cas de danger public* »⁵⁴². Dans cette veine, le Comité souligne avec force que « *la capacité juridique est indispensable à l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels. Elle revêt une importance toute particulière pour les personnes concernées en matière de santé, d'éducation et d'emploi. (Dans de nombreux cas, le déni de la capacité juridique aux personnes handicapées a eu pour conséquence la privation de*

⁵⁴⁰ La souveraineté de l'État demeure une question majeure, tant pour les juristes que pour les non-juristes. Parmi une littérature abondante, voir *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechot, Paris, Pedone, 2008 ; *Transformations et résilience de l'État – Entre mondialisation et intégration*, in *Libre amicorum en hommage à Jean-Denis Mouton*, Paris, Pedone, 2020 ; *Souveraineté, sécurité et droits de la personne*, *Liber amicorum en l'honneur du professeur Mohamed Bennouna*, Paris, Pedone, 2023 ; P. DARDOT, Ch. LAVAL, *Dominer. Enquête sur la souveraineté de l'État en Occident*, Paris, La Découverte, Coll. Sciences humaines, 2020.

⁵⁴¹ M. M. SALAH, *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, PUF, 2002, p. 32.

⁵⁴² E. DECAUX, O. DE FROUVILLE, *La dynamique du système des traités de l'ONU en matière de droits de l'homme*, Op. cit.

nombreux droits fondamentaux, notamment le droit de vote, le droit de se marier et de fonder une famille, les droits en matière de procréation, les droits parentaux, le droit de consentir aux relations intimes et aux traitements médicaux et le droit à la liberté.) » (Point n° 8). Nous relevons, à ce stade, que le Comité, dont la compétence est strictement délimitée par le texte de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, fait référence, en général, au droit des droits de l'homme et à certains instruments particuliers, en l'occurrence aux deux pactes des Nations Unies de 1966⁵⁴³. Cela ancre le propos du Comité dans une trame déjà bien installée, celle du droit international des droits de l'homme. Et cela renforce à la fois la position interprétative du Comité et laisse voir la dynamique qui singularise désormais cette discipline. Le professeur Olivier De Frouville le note très justement : *« au moment des négociations des premiers traités, la solution du 'comité' pouvait apparaître comme un compromis regrettable : il aurait été préférable d'instituer immédiatement des juridictions, comme cela se fit d'ailleurs ultérieurement sur le plan régional. Rétrospectivement, le 'concept comité' s'est avéré particulièrement fécond. C'est que l'on n'a peut-être pas vu, à l'époque, que l'élément clé dans ce domaine était l'indépendance : l'essentiel était de faire en sorte que ces organes ne soient plus au service des États, afin qu'ils puissent se mettre au service du texte dont il leur a été donné de contrôler l'application. A partir de là, la 'dynamique institutionnelle' pouvait jouer à plein : toute institution tend en effet à préserver dans son être et à augmenter sans cesse son emprise sur la réalité »*⁵⁴⁴. La dynamique institutionnelle déborde, par ailleurs, le simple organe, en l'occurrence ici le Comité relatif aux droits des personnes handicapées pour s'élargir à l'ensemble des instances de l'ordre juridique international. A titre d'exemple sur l'approche décroisée que crée la dynamique institutionnelle, il est loisible de rappeler le paragraphe 66 de l'arrêt Diallo de la Cour internationale de justice de 2010. La Cour mondiale fait référence à l'interprétation opérée par le Comité des droits de l'homme. Elle fait sienne cette interprétation, alors qu'aucun texte ne l'y invite. Il est dit : *« Bien que la Cour ne soit aucunement tenue, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de conformer sa propre interprétation du pacte à celle du Comité, elle estime devoir accorder une grande considération*

⁵⁴³ L. HENNEBEL, « Les Pactes comme instruments de socialisation des États parties », in *Le système de protection des droits de l'homme des Nations unies - Présent et avenir*, O. De Frouville (sous la dir.), Paris, Pedone, 2018, p. 29 et s.

⁵⁴⁴ O. DE FROUVILLE, « Conclusions générales », in Emmanuel Decaux et Olivier De Frouville, *La dynamique du système des traités de l'ONU en matière de droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2015, p. 206. L'auteur poursuit en soulignant que *« les comités ont fait de leurs traités un 'instrument vivant', non seulement parce qu'évolutif, adaptable, changeant, rendant les réformes législatives qui, dans nos démocraties, sont le quotidien des parlements, mais aussi parce que profondément ancrés dans la réalité, par l'intermédiaire d'un échange constant, d'un 'dialogue' continu entre les interprètes du droit et les 'sujets' du droit. A travers leurs fonctions d'examen périodique des rapports et des communications individuelles, les comités ont en effet abordé les droits de l'homme non comme des principes abstraits, mais comme des problèmes de la vie de tous les jours »*.

à l'interprétation accordée par cet organe indépendant, spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité. Il en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international : il en va aussi de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les États tenus au respect des obligations conventionnelles »⁵⁴⁵.

215. La lecture interprétative du Comité. La substantifique moelle de l'observation du Comité tient à l'idée de l'indispensable égalité entre les personnes handicapées et les personnes dépourvues de handicap. La traduction juridique opérée par le Comité de cette égalité se manifeste par : le maintien de la capacité juridique (&) et, donc, par l'élimination des mesures substitutives et de toute approche fondée sur la rationalité de l'intérêt de la personne handicapée (&&).

A. Le maintien de la capacité juridique

216. La portée du constat du Comité. Le Comité constate une situation d'amalgame entre la capacité mentale et la capacité juridique. Il alerte, dès lors, les États parties sur cette confusion, fâcheuse au demeurant, qui engendre des situations de réduction, parfois drastique de la capacité juridique pour la personne handicapée et, donc, sous mesure de protection. Le Comité écrit que « *lorsque la capacité de décider d'une personne est jugée déficiente, souvent en raison d'un handicap cognitif ou psychosocial, sa capacité juridique de prendre une décision particulière lui est retirée* »⁵⁴⁶. Les conséquences de cette situation se traduisent par le fait que les personnes « *souffrant de handicaps cognitifs ou psychosociaux [...] ont été, et sont encore les plus touchées, et de manière disproportionnée, par les régimes de prise de décisions substitutive et le déni de leur capacité juridique* »⁵⁴⁷. Le propos du Comité est en conformité avec la vision défendue par les organisations non gouvernementales. En effet, la première version du texte de ce qu'allait devenir l'article 12 par la suite était la suivante : « *Toutes les personnes ont le droit d'être reconnues où qu'elles soient comme une personne devant la loi avec une pleine capacité juridique. Ce droit ne doit pas être limité ou restreint pour des raisons de handicap ou de déficience* »⁵⁴⁸. La limitation ou la restriction de ce droit est la conséquence

⁵⁴⁵ Cour internationale de justice, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639.

⁵⁴⁶ 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, n° 15, p. 4.

⁵⁴⁷ *Ibid*, n° 9, p. 3.

⁵⁴⁸ Cité par B. EYRAUD, A. BEAL, « Le processus d'ancrage territorial des droits humains : l'exemple de la Convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées », *Op. cit.*, p. 92.

d'une évaluation de la capacité mentale de la personne qui impacte et affecte la capacité juridique. C'est ce que condamne et dénonce le Comité qui estime que l'approche fonctionnelle, tant suivie par les États parties, est inappropriée. En effet, cette évaluation souligne le Comité « *est appliquée de manière discriminatoire aux personnes handicapées et elle présume que l'on peut évaluer avec exactitude le fonctionnement de l'esprit humain* »⁵⁴⁹. Le hiatus entre la vision du Comité et celle des États parties est certain, puisque ces derniers ont affirmé, lors de la négociation, la nécessité de restreindre ou de réduire la capacité juridique de la personne, lorsque la situation l'exige, et ce, suivant les dispositions normatives qui sont les leurs. Les propositions des États, s'agissant de la formulation à retenir quant à l'article régissant la capacité juridique, ont été nombreuses et multiples. Le point fondamental à retenir est la volonté unanime des États à pouvoir retirer ou restreindre la capacité juridique de la personne concernée. La proposition du Canada semblait à l'époque faire consensus : « *seule une autorité compétente, indépendante et impartiale soumise aux standards et procédures établis par la loi, peut déterminer qu'un adulte n'a plus toute sa capacité juridique* ».

217. Les approches étatiques face à la société civile internationale. Mais le ralliement des États à la proposition canadienne n'a guère été couronné de succès, puisque les organisations non gouvernementales, qui ont pesé de tout leur poids dans la négociation de cet instrument multilatéral, ont refusé le maintien des mesures substitutives et, donc, l'existence de mécanismes juridiques pouvant conduire à impacter la capacité juridique. En définitive, c'est la formulation des organisations non gouvernementales qui a triomphé. Un triomphe, toutefois, modéré dans ses effets juridiques, par l'existence même de nombreuses réserves de la part des États parties. C'est dans cette veine que le Comité, dans son observation générale n° 1, condamne toute législation qui ferait du « *handicap d'une personne et/ou son aptitude à décider* » un motif légitime pour la priver de sa capacité juridique⁵⁵⁰. « *La capacité légale est la coquille qui introduit la personne dans la voie ordinaire. Elle permet à la personne de sculpter son propre univers légal* » affirme Gérard Quinn. Cette capacité a été déniée aux personnes portant des handicaps. Et, « *c'est ce que l'article 12 vient faire disparaître en démolissant les barrières que les droits des incapacités faisaient perdurer* »⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ 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, n° 15, p. 4.

⁵⁵⁰ 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, n° 15, p. 4.

⁵⁵¹ G. QUINN, « Une interprétation controversée. La personne et ses capacités : quelques perspectives sur le changement de paradigme de l'article 12 », *Polémiques*, 2018, p. 24.

B. Les mesures substitutives de volonté et intérêt supérieur de la personne

218. La déconstruction du prisme de l'intérêt supérieur. Le maintien de la capacité juridique doit déboucher nécessairement sur un changement dans la prise en considération de la personne handicapée et, en ce qui nous concerne, de la personne sous une mesure de protection. Toutefois, immédiatement, l'interrogation qui surgit est de savoir de quelle mesure de protection devons-nous parler ? Quelle en est sa nature, sa portée ? Il est clair que, pour le Comité, les mesures substitutives de volonté doivent sortir du cadre normatif. Et dans cette veine, que l'idée que la personne protégée n'est pas en mesure de savoir quel est son intérêt est une idée à bannir. Dans sa note numéro 27, le Comité souligne que « *les régimes de prise de décisions substitutive peuvent prendre différentes formes, notamment la tutelle, l'interdiction judiciaire et la curatelle* ». Le droit français, ainsi que les droits koweïtien et égyptien, tombent sous cette catégorie⁵⁵². En dépit de la diversité de ces régimes et donc des trois droits sous étude, le Comité souligne que « *ces régimes présentent cependant certaines caractéristiques communes : ils peuvent être définis comme des systèmes dans lesquels i) la capacité juridique est retirée à une personne, même si ce n'est que pour une seule décision ; ii) un tiers chargé de prendre les décisions à la place de la personne concernée peut être désigné par quelqu'un d'autre que celle-ci, le cas échéant contre sa volonté ; et iii) toute décision prise par ce tiers est fondée sur ce que l'on considère comme « l'intérêt supérieur » objectif de la personne concernée, et non sur sa volonté et ses préférences* »⁵⁵³. Il ressort de ce passage que la volonté de la personne protégée est l'alpha et l'oméga du paradigme défendu par le Comité, puisque porté par la Convention. Nous comprenons, quant à nous, que si le droit français est susceptible de trouver un terrain d'entente avec les observations du Comité, le droit koweïtien et le droit égyptien risquent de paraître comme totalement incompatibles avec l'article 12. En effet, le passage nous informe que le mécanisme de la représentation n'est pas *ab initio* interdit. Il l'est lorsque la volonté de la personne n'est pas respectée. Le mandat de protection future en droit français est, par conséquent, compatible avec l'article 12. En droit arabe, aucun régime n'est construit sur la volonté de la personne protégée. Cependant, il serait inexact de considérer que les mesures de représentation légales et judiciaires sont, à la lumière de l'interprétation de l'article 12 par le Comité, interdites totalement. L'interdiction intervient lorsque la volonté de la personne protégée est niée, et ce, lorsque le législateur estime que l'intérêt supérieur de cette

⁵⁵² Voir la première partie de cette recherche.

⁵⁵³ 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, n° 27, p. 7.

dernière lui échappe. C'est pourquoi, le Comité affirme que « *l'obligation incombant aux États parties de remplacer les régimes de prise de décisions substitutive par des régimes de prise de décisions assistée nécessite à la fois la suppression des premiers et la mise en place des seconds. Élaborer des régimes de prise de décisions assistée tout en maintenant en parallèle des régimes de prise de décisions substitutive n'est pas suffisant pour se conformer à l'article 12 de la Convention* »⁵⁵⁴. La doctrine analyse, dès lors, la capacité légale comme « *un bouclier [qui] aide les personnes à repousser les décisions prises contre elles, ou pour elles par des parties tierces* ». Il semble que « *ce que nous pouvions faire contre la volonté d'une personne en situation de handicap était trop large jusqu'à maintenant, probablement à cause d'un présupposé que les personnes n'étaient pas tant des sujets que des objets avec lesquels on peut intervenir avec une certaine marge de manœuvre. Ce n'est plus possible grâce à la Convention. Le potentiel libérateur de l'article 12 est dans sa promesse d'ouvrir des zones d'affirmation de choix pour les personnes en situation de handicap* »⁵⁵⁵. Le thème de la liberté qui se fonde sur l'égalité revient de manière massive dans les écrits doctrinaux. Ainsi, « *one of the principal reasons for the elaboration of the CRPD was the need to increase the visibility of disabled people as subjects of human rights law. The process of negotiating its terms has itself made a significant contribution in this regard. It has raised awareness of the extent of the marginalization currently experienced by disabled people and of measures which States might adopt to reduce it. Disabled people and their organizations, insisting on "nothing about us without us," have played a lead role in this awareness-raising exercise* »⁵⁵⁶. Le Comité précise d'ailleurs, dans sa note numéro 29, que l'intérêt supérieur de la personne handicapée et donc protégée ne doit plus être l'étalon à l'aune duquel l'on opère. Il est dit que les mesures de prise de décision assistée « *doivent être fondées sur la volonté et les préférences de la personne, et non sur ce qui est perçu comme répondant objectivement à son intérêt supérieur* ». Cela devrait emporter des conséquences extrêmement amples et profondes. Cela interroge la doctrine sur la faisabilité de telles recommandations. L'autonomie ne peut, en effet, être uniquement proclamée. Elle doit pouvoir être vécue.

⁵⁵⁴ Op. cit., n° 28, p. 7.

⁵⁵⁵ G. QUINN, Op. cit., p. 26.

⁵⁵⁶ A. LAWSON, « The United convention on the rights of persons with disabilities : new era or false dawn ? », Op. cit., p. 40.

219. CONCLUSION CHAPITRE I

Le droit interne des trois pays est irrigué, depuis leur ratification à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, par une source supplémentaire et complémentaire de la normativité. L'ordre juridique international afférent à la question du handicap apporte une vision singulière qui tranche assez considérablement avec les choix domestiques. L'influence importante, pour ne pas dire décisive, de la société civile internationale, spécialisée dans la question du handicap dans la négociation de cet instrument multilatéral, permet de mesurer la complexité de notre monde juridique, désormais global⁵⁵⁷.

CHAPITRE II : Le traitement juridique de la conformité

220. L'affirmation du droit international. L'intrusion du droit international dans les trois ordres juridiques contribue à mettre à nu les incohérences et les contradictions existantes. L'analyse opérée par le Comité onusien des trois droits le prouve de manière éloquente (SECTION 1). Cela nous impose de devoir faire l'analyse *in fine* des rapports entre la sphère juridique internationale et les droits nationaux et mesurer la capacité du droit international à apporter les transformations opportunes (SECTION 2).

⁵⁵⁷ M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », in *Déterminismes et complexités : du physique à l'éthique*, P. Bourguin, D. Chavalarias, C. Cohen-Boulakia, (SS dir.), Paris, La Découverte, 2008, p. 349 et s. L'auteur souligne que « *De même que se brouillent, dans le champ juridique, les visions qui se traduiraient par des couples antagoniques comme monisme/dualisme en droit international public, ou unilatéralisme/multilatéralisme en droit international privé. À tel point que les pauvres mots du langage juridique ordinaire – des mots pourtant si commodes comme ordre ou système, hiérarchie ou autonomie – peinent à traduire une réalité, globalisée mais fragmentée, et des processus, parfois contradictoires et toujours évolutifs. Pour saisir ce qui apparaît aujourd'hui comme la grande complexité juridique du monde, il faudrait pouvoir revenir aux temps plus imaginatifs de la « concorde discordante* ». À mesure que le droit s'internationalise, sous la double influence, parfois complémentaire et parfois contradictoire, de l'universalisation des droits de l'homme et de la globalisation économique, le concept d'Ordre juridique ne suffit plus à l'étude des phénomènes liés aux diverses formes d'intégration juridique, à la fois normative, juridictionnelle et institutionnelle, qui se développent simultanément à l'échelle régionale (par exemple avec la construction européenne) et mondiale (Organisation internationale du travail (OIT), Organisation des Nations Unies (ONU), Organisation mondiale du commerce (OMC), etc.) »

SECTION 1. L'analyse juridico-politique du Comité

Nous aborderons, dans un premier temps, la situation des trois droits (PARAGRAPHE 1) et, dans un second temps, les réactions face à la lecture réalisées par le Comité (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : Les droits nationaux

Il est indispensable, afin de saisir le propos et surtout les critiques du Comité envers le droit français, de présenter, tout d'abord, le contenu du droit national (A) et, ensuite, le contenu du rapport onusien (B).

A. Le droit français du handicap

221. La conception juridique française. Il est, croyons-nous, différentes manières d'analyser le Rapport des Nations Unies afférent aux droits des personnes handicapées relatif à la situation qui prévaut en France. Parmi les manières qui s'offrent au juriste, il est loisible d'adopter une approche dialectique et de mettre en exergue les points de convergence entre la réglementation française et les dispositions conventionnelles, d'une part, et les points de divergence, d'autre part, pour déboucher, *in fine*, sur une conclusion prévisible, qu'est l'indispensable 'alignement' du droit domestique sur le droit international. La configuration même du Rapport établi en 2019 par la Rapporteuse spéciale, Catalina Devandas-Aguilar, s'y prête. Au fil des pages, la substance balance entre le satisfecit et la critique, avant que le Rapport ne s'achève, comme il se doit, par des conclusions et des recommandations.

Il est possible de préférer un autre angle d'analyse permettant de restituer, avec davantage de fidélité, l'objectif escompté par le Comité des droits des personnes handicapées. En effet, ce qui importe à ce stade, c'est de saisir l'axe central sur lequel s'est construit le Rapport des Nations Unies. Quelle est, en définitive, la rationalité qui anime ce Rapport et, par conséquent, quel message la Rapporteuse entend-elle livrer ?

De manière probablement approximative, voire excessive, il est permis d'avancer l'idée que ce qui est en jeu, c'est la philosophie axiologique à travers laquelle la question du handicap doit se formuler et se traiter. Pour le Comité, cette philosophie doit pouvoir permettre d'appréhender la question du handicap exclusivement à travers une approche fondée sur les droits de l'homme (2). Manifestement, ce n'est pas cette approche qui est au fondement du droit français relatif au handicap. La présentation du corpus domestique français est ainsi nécessaire (1). Il y a, par

conséquent, une divergence quant au regard porté sur les personnes handicapées. L'inspiration du texte international et des textes nationaux n'est pas commune. Juridiquement, cependant, la France est liée par les dispositions du texte international. La question de la mise en conformité est donc posée.

1. Loi 11 du février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées

222. Une loi renouvelée. Cette loi fait suite à la loi d'orientation en faveur des personnes handicapées n° 75-534 du 30 juin 1975⁵⁵⁸. Au-delà de la simplification apportée, elle a surtout posé « *un certain nombre de principes fondant et structurant une politique nouvelle en faveur de ces personnes* »⁵⁵⁹. Cette loi, unanimement considérée comme un grand texte, a « *procédé à une vaste réforme dont l'idée maîtresse est qu'il faut partir d'une définition des besoins de la personne handicapée pour déterminer l'aide à lui apporter* »⁵⁶⁰. L'article L. 114 du Code de l'action sociale et des familles (article 1^{er} de la loi du 11 février 2005) dispose que constitue un handicap « *toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans un environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant* ». Cette loi organise le droit à la compensation du handicap qui se manifeste par le versement de prestations spécifiques⁵⁶¹. Il est symptomatique de constater que le traitement doctrinal juridique du handicap tend à disséquer, ordonner et présenter les nombreux régimes afférents aux prestations prévues par la loi. Ainsi, la vulnérabilité de la personne handicapée apparaît sous le prisme d'une faiblesse, certes en soi, mais aussi dans le rapport vis-à-vis des autres. La compensation de cette faiblesse semble cheminer à travers des aides versées par les pouvoirs publics. Le Comité des droits des personnes handicapées axe son analyse et opère sa lecture de la situation non pas d'abord en prenant en compte le lien avec autrui mais en se focalisant sur l'individu. Le but escompté est que ce dernier puisse réellement et effectivement exercer ses droits et faire admettre et reconnaître les prérogatives que lui apporte la normativité afférente à la fondamentalisation du

⁵⁵⁸ Cette loi avait mis en place un véritable statut de la personne handicapée.

⁵⁵⁹ M. BORGETTO, « La loi du 11 février 2005. Une avancée décisive pour les personnes handicapées », Editions Presses de l'EHESP, Hors collection, 2010, p. 127, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : file:///C:/Users/BUNICE/Desktop/EHESP_CHAST_2010_01_0127.pdf

⁵⁶⁰ R. PELLET, A. SKZRYERBAK, *Droit de la protection sociale*, 1^{ère} édition, Paris, PUF, Thémis droit, 2017, p. 530.

⁵⁶¹ Pour une vue d'ensemble sur les prestations prévues, voir P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, 10^e éd., Paris, LexisNexis, 2021, p. 496 et s.

droit. Aller jusqu'au bout de cette logique pourrait conduire à admettre que toute protection sur la personne vulnérable serait inacceptable. Déployant, de manière extensive, son champ d'application, le principe de la non-discrimination, couplé à une certaine idée de l'égalité entre les individus, pourrait conduire à admettre que la protection est une sanction, puisque protéger nécessite inexorablement une intervention dans la vie du protégé. Mais le protégé ne vit pas seul comme un nomade. Il est en interaction avec les autres. Et c'est précisément sur la capacité de la personne à déployer son autonomie que le droit international entend se séparer des lectures domestiques des États parties.

2. L'analyse du rapport onusien

223. Un texte accusateur. L'examen de la situation prévalant en France par le Comité des droits des personnes handicapées s'est réalisé en deux fois. Le premier examen s'est déroulé du 3 au 13 octobre 2017, à la suite de la visite de Catalina Devandas-Aguilar. Le second s'est produit en 2021 à la suite de la visite de Jonas Ruskus.

Le second examen n'a pas encore découché sur la production d'un rapport en bonne et due forme. Il n'empêche que la synthèse offerte par le communiqué de presse, diffusé en date du 21 août 2021, permet de saisir la quintessence du texte qui sera élaboré dans l'avenir. En revanche, le premier examen s'est soldé par la rédaction d'un rapport de 22 pages. Ce rapport met en lumière « *les progrès réalisés* » par la France et « *les lacunes et les domaines dans lesquels des améliorations doivent être apportées* »⁵⁶². La lecture de ce Rapport et la synthèse effectuée lors du second examen tendent à montrer que les critiques adressées par le Comité envers la France s'inscrivent dans la même veine, à savoir la non-conformité du droit français relatif à la question du handicap avec le modèle prôné par la Convention internationale, un modèle qui est basé sur les droits de l'homme. C'est pourquoi, c'est essentiellement le document du premier examen qui nous servira de base textuelle à l'analyse *supra*.

224. Des interprétations axiologiquement divergentes. Le point fondamental qui nous semble devoir être mis en exergue est l'absence de partage de la vision portant sur la question du handicap entre la France et le Comité. Ainsi, « *la Rapporteuse spéciale constate que la France n'a pas pris pleinement en considération le changement de modèle introduit par la*

⁵⁶² Rapport 2019 de l'ONU sur les droits des personnes handicapées, 5 mars 2019, A/HRL/40/54/Add.1 (22 pp.). Pour une très courte présentation de la biographie de Madame Catalina Devandas-Aguilar, voir Nations Unies, *Catalina Devandas Aguilar, ancienne Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées*, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://www.ohchr.org/fr/special-procedures/sr-disability/catalina-devandas-aguilar-former-special-rapporteur-rights-persons-disabilities-2014-i-12-2020>>

Convention ». Cette conclusion n'est pas consécutive à une analyse exclusivement juridique. Elle est aussi le produit d'une expérience sur le terrain. En effet, il ressort de cette dernière que « *la plupart des autorités publiques qu'elle a rencontrées se réfèrent directement aux dispositions de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 et n'avaient pas une bonne connaissance des nouveautés apportées par la Convention* ». C'est pourquoi, « *la Rapporteuse spéciale encourage le Gouvernement à faire en sorte que toutes les politiques publiques, y compris celles qui portent expressément sur le handicap, abordent le handicap selon une approche fondée sur les droits de l'homme et visent à supprimer les obstacles qui entravent la participation pleine et effective des personnes handicapées sur la base de l'égalité avec les autres. Elle l'invite instamment à sensibiliser tous les représentants de l'État, les fonctionnaires, les prestataires de services et les acteurs de la société civile, à renforcer leurs connaissances et leurs compétences concernant l'application du paragraphe 1 de l'article 4 et l'article 8 de la Convention, et à mener une vaste campagne de promotion de la Convention et de la prise en compte du handicap selon une approche fondée sur les droits de l'homme* » (Point 20). Il va de soi que ce constat pourrait prêter le flanc à la critique et la doctrine française civiliste ne s'est d'ailleurs guère interdit de s'adonner à un tel exercice. Tout est discutable. Il n'en demeure pas moins vrai qu'une petite poignée d'années par la suite, à la faveur d'un second examen de la situation française, le Comité réitère quasiment le même constat. Les griefs précédemment établis se font de nouveau jour ! « *Le modèle du handicap basé sur les droits de l'homme n'a pas été intégré dans la législation ni la réglementation nationale française* », regrette M. Jonas Ruskus, rapporteur du Comité pour l'examen du rapport de la France en 2022. Manifestement, le modèle porté par la Convention ne se retrouve pas dans les mesures prises par la France, et en premier lieu, dans sa réglementation. Par ailleurs, les autres stratégies liées au handicap, telle que la feuille de route pour la santé mentale et la psychiatrie (2018), se réfèrent encore au modèle médical du handicap, alors qu'il est reconnu comme étant discriminatoire. Enfin, le rapporteur constate que le modèle du handicap axé sur les droits de l'homme « *n'est [pas] devenu partie intégrante de la conscience politique et professionnelle* ». La violation de l'article 12 de la Convention est ainsi toujours d'actualité, puisque plus de 700 000 personnes en France restent privées de leur capacité juridique sur la base de leur handicap, et donc privées de leurs droits humains⁵⁶³.

225. L'indifférence des acteurs français du handicap à la Convention. Si l'analyse de l'épineuse problématique relative au maintien ou non de la capacité juridique de la personne

⁵⁶³ Le chiffre est livré par le rapporteur Jonas Ruskus.

handicapée et, en ce qui nous concerne, de la personne sous une mesure juridique de protection nécessite d'amples discussions, qui seront menées ultérieurement, il est indispensable de souligner, à ce stade, la pertinence du constat porté par le rapport relatif à l'ignorance, voire au désintérêt des différents acteurs français liés à la question du handicap à la CDPH. Disons-le en un mot : la galaxie des divers protagonistes français intervenant dans le champ du handicap avait pour (unique ?) boussole la loi de février 2005. Il est symptomatique de rappeler, ici, qu'aucune référence à la CIDPH n'a été faite par la loi du 5 mars 2007, dont le vote s'est produit trois mois à peine après l'adoption de la Convention de l'ONU ! Les personnes concernées par la question de la personnalité juridique de la personne protégée ou malade et qui se trouvent dès lors en lien direct avec l'article 12 de la Convention ignoraient totalement cet instrument international⁵⁶⁴. En 2012, « *le livre Blanc de la protection juridique ne mentionne même pas l'existence de la CIDPH* »⁵⁶⁵.

« *De fait, si l'article 12 est connu de quelques acteurs qui sont amenés à faire de la veille juridique ou informationnelle, il n'est pas mobilisé par les acteurs de la protection juridique des majeurs. La littérature professionnelle spécialisée, aussi bien dans les domaines de la psychiatrie, du droit, que de l'action sociale, n'avait alors publié aucun article sur cette controverse. Ainsi, au mitan des années 2010, l'approche du handicap par les droits humains est encore fortement ignorée : par les politiques publiques du handicap, qui s'approprient la Convention au prisme de la loi de 2005, comme par d'autres acteurs, visés par la Convention, mais qui n'y portent pas attention. L'action publique l'ignore, les veilles dans les ministères ne faisant certainement pas l'objet de relais, mais les professionnels les plus directement concernés l'ignorent également* »⁵⁶⁶. Certains auteurs font justement remarquer que le retard d'une durée de quatre années pris par la France pour l'envoi de son rapport (2016 au lieu de 2012) au Comité, est symptomatique et révélateur de la difficulté qu'éprouve l'État à s'approprier une approche du handicap par les droits de l'homme. La lecture et la saisie de la question du handicap en France se sont faites à travers le prisme de la loi de 2005. Or, aux yeux du Comité, le modèle du handicap porté par cette loi n'est pas opportun. La normativité française est travaillée par la logique du médical qui, du fait de sa nature discriminatoire, doit cesser. Nous mesurons, ainsi, le décalage important entre deux approches quant à la lecture qui doit présider à la question du handicap. Le point afférent à la capacité juridique est celui qui

⁵⁶⁴ B. EYRAUD, « Adopter une approche du handicap par les droits humains ? La domestication en spirale de la Convention internationale sur les droits des personnes handicapées en France », *Droit et société*, 2023/1, n° 113, pp. 55 à 71.

⁵⁶⁵ Op. cit., p. 63.

⁵⁶⁶ Ibid, p. 65. (Souligné par nous).

focalise la plus grande attention, puisqu'il exprime, de la manière la plus claire, le schisme entre le choix opéré par le législateur français, notamment avec la loi du 5 mars 2007 et, évidemment, toutes les autres lois consécutives et correctrices, et le positionnement du Comité. Pour ce dernier, « *en France, un très grand nombre de personnes handicapées ont été privées de leur capacité juridique ou bénéficient d'une capacité juridique limitée* » (Point 60). La rapporteuse avance, à l'appui de ce sévère constat, les chiffres des personnes placées sous des mesures de curatelle et de tutelle. Dans une forme orientée de la description du droit français des personnes majeures protégées, elle souligne que « *les personnes sous tutelle ne sont plus habilitées à exercer leurs droits et ne peuvent accomplir d'actes civils sans être représentées par leur tuteur. Les personnes sous curatelle restent quant à elles habilitées à exercer la plupart de leurs droits mais doivent bénéficier de l'assistance ou de l'autorisation d'une tierce personne pour accomplir certains actes civils* ». Le Rapport prend, toutefois, acte de l'existence des autres mesures de protection qu'offre le droit français (la sauvegarde de justice, le mandat de protection future, la mesure d'accompagnement social personnalisé et la mesure d'accompagnement judiciaire) et qui, par leur faible restriction envers la capacité juridique de la personne, « *constituent une alternative aux régimes de tutelle* ». Le bât blesse toutefois dans la marginalité de leur mise en œuvre. A cet égard, d'aucuns ont mis en lumière la problématique afférente à l'application du droit, en l'occurrence de la loi du 5 mars 2007. Cela est incontestable. En revanche, le Comité des droits des personnes handicapées ne vise pas à remédier à cette lacune, en adressant des recommandations et en prodiguant des conseils envers les pouvoirs publics français afin de rendre la réglementation effective. C'est une tout autre perspective, d'aucuns diront radicale, dont il s'agit. En effet, le Comité aspire à implémenter le modèle du handicap porté par la Convention au sein de l'ordre juridique français. Pour ce faire, il affirme qu'« *en réalité, loin d'être protégées, les personnes sous tutelle en France sont privées de leurs droits et exposées à la maltraitance et au risque d'être placées en institution* ». A l'image de l'épée de Damoclès, la conclusion ne saurait souffrir d'ambiguïtés : « *la France doit revoir d'urgence sa législation en vue de supprimer les régimes de prise de décisions substitutive et de garantir l'accès de toutes les personnes handicapées à des systèmes de prise de décisions accompagnée, quel que soit le niveau d'aide dont ces personnes pourraient avoir besoin pour prendre des décisions éclairées* ». Pour le Comité, c'est uniquement de cette manière que la France se conformera à l'obligation contenue à l'article 12 de la Convention. Agir conformément aux dispositions de la Convention devra conduire à 'éliminer' le régime de la tutelle du corpus normatif interne. D'aucuns y voient, non pas une demande d'évolution, mais bel et bien l'exigence de l'instauration d'une révolution. La rapporteuse croit devoir

souligner qu'en plus de la question juridique, c'est également la question de l'appréhension et de la compréhension du handicap qui devra être réglée. « *En effet, les juges et les avocats ne bénéficient pas de cours de formation adéquats en la matière et, à l'image des familles et de la population en général, ne sont pas suffisamment sensibilisés aux questions qui se posent* ».

B. Les droits arabes

Nous présenterons, dans un premier temps, le droit koweïtien, qui a reçu l'observation du Comité onusien (A) et, ensuite, le droit égyptien (B), qui n'a pas fait l'objet, pour l'instant, d'un rapport de la part du Comité.

Le droit koweïtien

226. Une loi moderne. Au niveau national, le cadre normatif sur les droits des personnes handicapées repose principalement sur la loi n° 8/2010 relative aux droits des personnes handicapées⁵⁶⁷. Cette loi qui contient 72 articles témoigne de la préoccupation du Koweït quant aux questions concernant le handicap. Cette loi offre un catalogue de mesures diverses afférentes à la protection sociale, à la santé, à l'emploi et à l'éducation. Son axe majeur est quasiment proche de celui de la loi française : l'approche médicale est prépondérante, pour ne pas dire, exclusive. Le législateur part du constat que « *la personne handicapée est toute personne souffrant d'affections permanentes, totales ou partielles entraînant un déficit de ses capacités physiques, mentales ou sensorielles qui peuvent l'empêcher d'assurer les activités nécessaires de sa vie ou de participer d'une manière complète et efficace au sein de la société sur un pied d'égalité avec les autres* » (art. 1^{er}). La précision de cette définition ne saurait cacher son insuffisance. D'autres pathologies, comme les déficiences développementales ou les handicaps psychosociaux, ne sont pas visées par la disposition de l'article premier. Et pourtant, ces pathologies affectent la santé de la personne et engendrent des difficultés sérieuses. Le champ limité de cet article a, d'ailleurs, conduit, au premier constat du Comité des droits des personnes handicapées lors de son examen du rapport koweïtien, à affirmer l'absence de conformité du droit domestique avec les dispositions de la Convention internationale. Par ailleurs, le Comité fait grief au législateur koweïtien quant aux personnes visées par cette loi. En effet, celle-ci ne concerne pas la totalité des personnes vivant au Koweït. Elle s'adresse exclusivement « *aux handicapés koweïtiens, ainsi qu'aux enfants issu d'une mère koweïtienne et d'un père non koweïtien* » (art. 2). Le Comité y décèle, ici, une discrimination dont il

⁵⁶⁷ Cette loi a été publiée au Journal Officiel numéro 964.

demande, à juste titre, sa suppression. L'article 4 qui figure comme seul article du chapitre deux de la loi dispose qu'« *en prenant en considération les besoins particuliers des personnes handicapées ainsi que les dispositions nécessaires pour les faciliter, le gouvernement propose des prestations intégrées, régulières et ininterrompues aux personnes handicapées et ce à égalité avec les autres personnes s'agissant des services* ». Il énumère sept prestations, parmi lesquelles, à titre d'exemple, celle relative à la réadaptation professionnelle, au travail et à l'emploi.

227. Une loi dépourvue de l'idée de la capacité juridique. La capacité juridique n'est toutefois pas mentionnée par cette loi. Nous pourrions, à travers les termes de l'article 5, en inférer l'existence. Ce dernier dispose que « *le gouvernement prend toutes les mesures administratives efficaces et fournit les équipements nécessaires pour garantir aux personnes handicapées la jouissance de leurs droits civils et politiques* ». Toutefois, si les droits civils et politiques ne sont pas étrangers à la notion de capacité juridique, ils ne peuvent en constituer le fondement. En effet, même si la loi koweïtienne, le Comité des Nations Unies l'a clairement reconnu, met en place un cadre ambitieux qui reconnaît, de manière explicite, le handicap et apporte, à travers un bloc riche et diversifié, des prestations (formation, emploi, participation à la vie sociale) pour combler le déficit, la question de la capacité juridique demeure entièrement posée. Ainsi, à l'instar de la loi française de 2005, la loi koweïtienne de 2010, qui crée à son tour un droit à la compensation, semble en deçà des exigences de la Convention internationale relative aux personnes handicapées.

228. La Commission en tant qu'outil de suivi de l'application de la loi. L'effectivité et le suivi de l'application de cette loi a conduit à la création d'un organisme chargé des affaires des personnes handicapées, appelé Commission. Cet organisme est doté de la personnalité juridique (art. 47). L'article 48 expose les nombreuses et diverses prérogatives qui lui sont reconnues. De manière schématique, la Commission doit approuver la politique générale de prise en charge des personnes handicapées et suivre les rapports relatifs à la mise en œuvre de la loi ainsi qu'à son évolution (a). Elle doit par ailleurs établir les standards permettant de déterminer les besoins fondamentaux afférents aux soins et à la réadaptation des personnes handicapées (b). Être une force de proposition de lois relatives aux soins et à la réadaptation des personnes handicapées (h). En prenant en compte le critère du handicap, la Commission aura à garantir l'égalité des chances et la non-discrimination en matière de droits. Elle s'appuiera, par ailleurs, sur les

expériences des autres pays dans les domaines relatifs à la prise en charge des personnes handicapées, et relatifs à la garantie de leurs droits (O)⁵⁶⁸.

229. Vers une co-définition du handicap. La loi koweïtienne relative aux droits des personnes handicapées constitue une avancée majeure dans la sphère du droit des droits de l'homme. L'étendue et l'ampleur des prestations reconnues et proposées par la loi sont à saluer. Néanmoins, il demeure de nombreux aspects qui méritent de profondes modifications. La lecture du rapport du Comité des droits des personnes handicapées sur la situation au Koweït nous convainc aisément. Cela étant dit, avant d'aborder le contenu de ce rapport et de mettre en lumière les déficiences, voire les défaillances de la réglementation koweïtienne, qu'il nous soit loisible de souligner ici qu'à l'instar de la situation française, l'évaluation produite par le Comité ne pourrait traduire une vérité incontestable et un jugement sans appel. Nous croyons que la vérité (et, peut-être, faudrait-il user du pluriel) se niche entre les deux visions, celle de l'État et celle de l'organisation internationale. Il est évidemment possible de présenter la situation autrement, en soulignant que la vérité est le coproduit des deux visions en présence. Le résultat, ainsi produit, est que la notion du handicap est, pour l'instant, appréhendée sous le prisme d'une définition globale, partielle et évolutive. C'est exactement le même processus que celui que nous rencontrons quant à la définition de la 'chose publique' et de l'intérêt général dans la globalisation juridique. En effet, « *dans les mécanismes mêmes de la globalisation juridique, se glissent ici et là des éléments de définition des valeurs caractéristiques de la chose publique* ». Et pourtant, le réflexe premier est de considérer que la définition de la chose publique relève strictement de la compétence des pouvoirs publics nationaux. Toutefois, l'évolution du monde et du droit en particulier conduit à ce que « *la définition des impératifs [de la chose publique et de l'intérêt général] correspondants cesse un jour d'être laissée aux États - qui en tirent une trop facile échappatoire – pour être contrôlée par les autorités gardiennes de la norme globale* »⁵⁶⁹. La définition étatique, qui était quasi-exclusive dans le monde de « *l'avant du post-Westphalie* » comme l'affirme Mikhaïl Xifaras, s'en trouve affectée⁵⁷⁰. Cela contraint donc les États à une « *sorte d'effort d'élucidation de leurs considérations d'intérêt public, alors que, souvent, ces considérations sont retenues dans le*

⁵⁶⁸ Cet article renvoyant aux expériences étrangères est évidemment fort intéressant pour nous. Dans une perspective strictement juridique, il pourra enrichir l'analyse comparative du droit koweïtien avec les autres droits.

⁵⁶⁹ J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Op. cit., p. 171.

⁵⁷⁰ M. XIFARAS, « Après les théories générales de l'État : le droit global ? », *Jus Politicum*, n° 8, p. 9, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : [file:///C:/Users/BUNICE/Desktop/pdf_JP8-Xifaras%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/BUNICE/Desktop/pdf_JP8-Xifaras%20(1).pdf)>

*droit comme la trace d'une postulation politique sur laquelle il n'a pas grand-chose à dire, sauf, parfois, à laisser les juges s'accommoder du flou qui les affecte »*⁵⁷¹.

230. L'évaluation de la réglementation koweïtienne. Le rapport du Comité des droits des personnes handicapées sur la situation prévalant au Koweït pose de nombreux diagnostics identiques à ceux précédemment évoqués concernant la situation française. Ce qui est frappant pour l'analyste, c'est de saisir que l'archétype koweïtien de la personne handicapée passe impérativement par le modèle médical. En effet, *« lors de sa visite, la Rapporteuse spéciale a constaté la prédominance du modèle médical du handicap, les personnes handicapées continuant d'être considérées comme des « patients » ayant besoin de soins et donc considérés comme ni autonomes ni capables de gérer leurs propres affaires. Cette approche se reflète clairement dans la loi n° 8/2010 et dans le type de prestations et services offerts aux personnes handicapées. En particulier, les personnes ayant la paralysie cérébrale sévère, les déficiences intellectuelles ou psychosociales sont perçues comme étant incapables d'apporter une quelconque contribution à la communauté ou de participer à des activités sur un pied d'égalité avec les autres. De plus, les perceptions largement répandues selon lesquelles les personnes handicapées incapables de travailler renforcent les stéréotypes et perpétuent leur prétendue dépendance vis-à-vis des aidants naturels en éliminant toute attente d'entrée sur le marché du travail »*. (Point 25). Cela engendre, par conséquent, l'existence d'une capacité juridique fortement diminuée, pour ne pas dire, totalement anéantie, dans certaines situations. Et cela seulement, lorsque loi n° 8/2010 est susceptible de s'appliquer. Il s'avère, en effet, que son champ d'application est assez restreint. Le modèle médical sur lequel est bâti cette législation conduit à certaines exclusions. C'est, par conséquent, une double peine, à la fois d'être une personne handicapée (aux yeux de la Convention, mais pas aux yeux de la loi) et de ne pas pouvoir prétendre bénéficier du droit à la compensation ! Ainsi, *« le Rapporteur spécial a noté qu'en tant que personnes souffrant de handicaps psychosociaux ou souffrant d'un problème de santé mentale elles ne sont pas considérées comme des personnes handicapées en vertu de la loi n° 8/2010 (art. 1), elles ne peuvent pas obtenir de certificat d'invalidité. C'est discriminatoire, non seulement parce qu'elles ne peuvent pas accéder à la gamme de prestations d'invalidité disponibles dans le cadre de la protection sociale sauf si elles sont identifiées comme des personnes ayant une déficience intellectuelle dans le cadre du handicap évaluation, mais aussi parce qu'elles sont « soignées » selon une approche médicale sous la responsabilité du ministère de la Santé »*. (Point 51). La discrimination basée sur les critères

⁵⁷¹ J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Op. cit., p. 172.

médicaux n'est pas exclusive. Elle se double d'une exclusion qui trouve son fondement dans le droit de la nationalité. En effet, « *le Rapporteur spécial a noté de fortes disparités et discriminations en ce qui concerne la jouissance des droits des personnes handicapées entre ressortissants koweïtiens et non koweïtiens. Par exemple, la loi n° 8/2010 ne s'applique pas aux citoyens non koweïtiens à moins que la mère soit koweïtienne, ou à la discrétion de l'autorité publique pour les affaires handicapées, malgré le fait que ce groupe représente 70 pour cent de la population* ». (Point 26). Le constat relatif à la capacité juridique, à l'instar de ce qui s'est dit au rapport s'agissant de la France, est explicite : « *le Rapporteur spécial a noté avec préoccupation que l'article 107 du Code civil restreint la capacité juridique des personnes handicapées et nomme un tuteur, appelé assistance judiciaire, à ceux qui « souffrent d'une grave incapacité physique, en particulier s'ils sont sourds-muets, sourds et aveugles, ou aveugles et muets* ». Par ailleurs, l'article 109 dispose que « *si une personne ne peut, en raison de son état physique ou de sa maladie, conclure une vente même avec assistance judiciaire, le tribunal peut permettre à l'assistant de justice de la conclure unilatéralement, en son nom, si l'absence de conclusion menacerait les intérêts de la personne* ». De même, elle a été informée que les personnes aveugles doivent être accompagnées d'un tiers pour témoigner lorsqu'elles effectuent certaines transactions commerciales, comme l'ouverture d'un compte bancaire, ce qui limite la capacité de ces personnes à agir seules. Parmi ses compétences, le ministère de la Justice est chargé de « *la réception et la gestion des legs qui reviennent aux mineurs koweïtiens et aux incapables, en s'occupant de leurs affaires conformément aux dispositions de la loi* » (Point 65). C'est ce qui conduit le Rapporteur spécial à souligner que « *loin d'être protégées, les personnes placées sous ce régime sont privées de la capacité juridique d'exercer leurs droits et risquent d'être victimes d'abus et de ségrégation. Au Koweït, ce sont normalement les proches et la famille élargie qui représentent les intérêts des personnes handicapées, la personne elle-même n'ayant que peu ou pas de voix dans les décisions qui la concernent* ». Par conséquent, le Koweït est contraint de « *revoir toute sa législation afin d'éliminer le régime de tutelle* » (Point 65). Cela devra donc passer par le retrait de la déclaration interprétative de l'article 12 (2) de la Convention qui stipule que c'est le droit koweïtien qui gouverne les conditions relatives à l'exercice de la capacité juridique. C'est donc une invitation à se soumettre à la vision globale portée par l'instance internationale. La vision souveraine de l'État ne devrait plus avoir cours. Elle est entachée, suivant le Comité, de maints vices, particulièrement, de discrimination et d'absence d'autonomie de la personne handicapée et donc de la personne majeure protégée. Le rapport affirme, de manière limpide, que l'État du Koweït devra « *mener une révision complète de la législation pour abolir ou abroger toutes les lois et réglementations qui*

restreignent directement ou indirectement la capacité juridique des personnes handicapées et/ou permettent une prise de décision substitutive, y compris celles mentionnées dans la loi n° 8/2010, ainsi que dans le Code civil, le Code pénal et d'autres législations nationales » (Point 85 (c)) (souligné par nous). Dès lors, nous mesurons l'ampleur de la modification demandée par le Comité au législateur. Une telle modification nécessitera un travail d'harmonisation entre différentes disciplines juridiques. Surtout, cette modification devra affronter la redoutable question des valeurs que porte l'ordre juridique koweïtien⁵⁷². Il faudra, à l'instar de la France, que le Koweït fonde son approche du handicap sur les droits de l'homme. Il n'en demeure pas moins, que ce qui est demandé par le Comité est, nous semble-t-il, davantage qu'une approche évolutive. C'est une approche totalement transformative qui est réclamée. Au-delà, de la technique juridique et du volontarisme politique, cette approche nécessitera, ici comme ailleurs, une appropriation culturelle de la norme des droits de l'homme. Mais au Koweït, à l'instar de beaucoup de pays, il y a un hiatus entre l'engagement solennel en termes juridiques pour le respect des droits de l'homme et la mise en œuvre réelle et concrète. En un mot, entre le dire et le faire, il y a loin de la coupe aux lèvres.

Le droit égyptien

Il faut mentionner, dès l'abord, que le Comité des droits des personnes handicapées n'a pas livré, à ce jour, son rapport s'agissant de l'Egypte. C'est pourquoi, notre analyse se fera en nous appuyant, tout d'abord, sur la description de la loi nationale et, ensuite, sur la substance du rapport adressé par l'État égyptien au Comité en 2020.

231. Une loi récente. La réglementation égyptienne relative aux droits des personnes handicapées est représentée par la loi n° 10 de 2018, promulguée le 19 février 2018. Elle est constituée de 58 articles. A la lecture de cette loi, le juriste reconnaît la tonalité qu'entonne les lois française et koweïtienne : une loi qui figure un droit de la compensation et qui, à l'instar des deux autres lois, tente, à travers la reconnaissance de certains droits et la mise en place de certains mécanismes, de lutter contre la discrimination et d'affirmer l'égalité entre les individus. Ainsi, l'article 1^{er} dispose que *« cette loi vise à protéger les droits des personnes handicapées, à garantir leur pleine jouissance de tous les droits de l'homme et libertés fondamentales sur un pied d'égalité avec les autres, à renforcer leur dignité, à les intégrer dans la société et à leur garantir une vie décente »*. La personne handicapée est définie de la sorte par l'article 2 : *« toute*

⁵⁷² Voir, *Intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif*, Journées italiennes, Tome LXVII / 2017, Travaux de l'Association Henri Capitant, Bruxelles, Bruylant, 2018, 828 p.

personne présentant une déficience ou un défaut, total ou partiel, qu'il soit physique, mental, intellectuel ou sensoriel, si ce défaut ou cette déficience est stable, qui l'empêche - face à divers obstacles - de participer pleinement et efficacement à la société avec un pied d'égalité ». La rationalité médicale est totale. L'État égyptien avance lui-même la différence d'approche qu'il a avec la Convention internationale. En effet, la loi estime que l'existence du handicap est tributaire d'obstacles. Lutter contre le handicap doit, dès lors, passer par la suppression de ces obstacles. Le rapport souligne, à cet égard, que « la Convention concernant la définition d'une personne handicapée a pris le critère du « long terme » et l'a considéré comme l'un des éléments de sa définition de la personne handicapée. Le terme de personne handicapée, et la loi égyptienne l'a accepté en stipulant que la déficience et le défaut total ou partiel doivent être stables, et la Convention internationale a considéré la notion de « suppression des diverses barrières » comme l'un des éléments de la définition. Toutefois, la loi égyptienne adopte le concept de « suppression de divers obstacles » pour souligner qu'il n'existe pas de barrières prohibitives, mais plutôt des obstacles qui peuvent être surmontés pour la participation d'une personne handicapée » (Point 14).

232. Une loi perfectible. Rappelons-ici les similitudes qui existent entre le droit égyptien et le droit koweïtien s'agissant de la protection des majeurs vulnérables. C'est pourquoi, il ne serait pas hasardeux de croire que la loi égyptienne rencontrerait les mêmes griefs de la part du Comité concernant sa rationalité médicale. La capacité juridique de la personne tend à diminuer assez drastiquement, lorsque celle-ci est sous une mesure de protection. Ainsi, le juriste ne peut qu'être circonspect face à l'article 3 dédié à la définition des termes utilisés par la loi lorsqu'il lit que par « autonomisation » il faut entendre « *éliminer les obstacles, faciliter et offrir des opportunités à une personne handicapée pour développer ses aptitudes et ses capacités à obtenir ses droits, à assumer ses responsabilités, à participer à la planification et à la prise de décision dans ses affaires et à apporter sa contribution au développement de la société* ». Participer à la prise de décision dans ses affaires pourrait suggérer la reconnaissance d'une autonomie qui serait basée sur une approche en termes de droits de l'homme, et donc, conforme à la Convention internationale. L'analyse des dispositions relatives à la protection des majeurs, en droit égyptien, a, cependant, révélé que l'autonomie est toute relative, puisque l'axiologie de la réglementation est travaillée par l'existence de mesures substitutives, en premier lieu, la tutelle. Le Comité des droits saura, croyons-nous, relever cette contradiction importante. Pourtant, l'article 4 de la loi n°10 de 2018 dispose en son point 4 que l'État s'engage à garantir les droits des personnes handicapées qui sont « *stipulés dans la Convention relative aux droits*

des personnes handicapées et dans d'autres chartes internationales pertinentes en vigueur en Égypte, et ne pas entreprendre aucune action ou pratique contraire aux dispositions de ces chartes ». Le point 5 vient renforcer l'idée d'une autonomie de la personne en disposant que l'État doit « *respecter leur [des personnes handicapées] liberté d'exercer leurs propres choix et leur volonté indépendante* ». La reconnaissance de l'obligation de conformité est explicite. Sa mise en œuvre concrète a encore du chemin à parcourir...

L'approche égyptienne quant à la question de la capacité juridique est classique et emprunte les mêmes sentiers que ceux de la France et du Koweït. S'agissant de l'article 12 de la Convention, il est dit, en effet, dans le rapport que « *les citoyens sont égaux devant la loi. Ils sont égaux en droits, libertés et devoirs publics, sans aucune discrimination entre eux fondée sur le handicap* ». Les auteurs du rapport invoquent l'article 53 de la Constitution : « *les citoyens sont égaux devant la loi, ils ont les mêmes droits et devoirs, sans discriminations fondées sur la religion, la croyance, le sexe, l'origine, la race, la couleur, la langue, le handicap, la classe sociale, l'appartenance politique ou géographique, ou toute autre raison* ». Nous croyons que le Comité des droits des personnes handicapées ne pourra, à la lumière même de cet article, tolérer l'existence de certains articles du Code civil qui organisent la protection de la personne majeure.

Rappelons, à ce stade, que l'article (44) du Code civil stipule que toute personne, ayant atteint l'âge de la majorité, jouissant de ses facultés mentales et n'ayant pas fait l'objet d'une interdiction, a la pleine capacité d'exercer ses droits civils, et l'âge de la majorité est vingt et une années grégoriennes complètes. L'article (45) stipule que quiconque a perdu son pouvoir discrétionnaire en raison de son jeune âge, de la démence ou de la folie n'est pas éligible à l'exercice de ses droits civils, et quiconque n'a pas atteint l'âge de sept ans est considéré comme ayant perdu le jugement de la loi qui stipule que quiconque a atteint l'âge de discernement mais n'a pas atteint l'âge adulte et quiconque a atteint l'âge de la majorité et est insensé ou négligent sera frappé d'incapacité conformément à ce que stipule la loi ; en outre, l'article 47 stipule que les personnes frappées d'incapacité, selon le cas, sont soumises aux dispositions de la tutelle, dans les conditions et conformément aux règles établies par la loi. Le rapport tente de mettre en exergue que l'aspect patrimonial de la personne vulnérable sous protection est respecté par la loi. Il est écrit que « *la loi égyptienne reconnaît que toutes les personnes handicapées ont la capacité juridique qui leur confère le droit à l'héritage, au testament, au transfert de richesse et à la propriété. Nous constatons que toutes les personnes atteintes d'un handicap moteur, visuel et auditif, y compris celles souffrant de troubles mentaux ne sont pas dépourvues de leur*

capacité juridique. Les personnes handicapées possèdent et héritent de leurs héritiers. Cependant, la loi exige, dans des cas particuliers, la nomination d'un assistant judiciaire. Il en ressort clairement que le handicap n'est pas un motif, quel que soit son type, de privation du transfert de richesse, de testament ou d'héritage, conformément à la loi égyptienne et aux lois régissant le statut personnel » (Point 125). Nous retrouvons, par ailleurs, les éléments habituels, tels ceux afférents à la vie autonome et à l'intégration au sein de la société. « L'État garantit aux citoyens le droit à un logement adéquat, sûr et sain, de manière à préserver la dignité humaine et à réaliser la justice sociale ». L'article 25 de la loi n° 10 de 2018 stipule que les mesures et modalités de vie nécessaires doivent être prises pour assurer l'intégration des personnes handicapées et leur pleine participation à la société et prend en compte la forme et le degré du handicap. A cet égard, ces personnes « bénéficient d'une assistance mensuelle conformément aux dispositions de la loi n° 137 de 2010 sur la sécurité sociale ». Enfin, l'État égyptien porte une attention particulière sur ce que l'on pourrait considérer comme la question relative aux soins médicaux sans consentement. Le paragraphe numéro 212 annonce que « l'article (48) de la loi criminalise la castration, la stérilisation ou l'avortement illégal des personnes handicapées, ou l'incitation à le faire, et prévoit la peine d'emprisonnement. De même, une personne handicapée a le droit absolu d'avoir autant d'enfants qu'elle le souhaite, sans restriction en nombre ni justification, car aucune loi ne l'interdit, sauf conformément aux procédures médicales établies pour préserver la santé de la mère ».

233. En attendant le rapport du Comité... Enfin, *last but not least*, l'État égyptien croit devoir préciser que la préparation de ce rapport, qui traduit pourtant un engagement obligatoire, s'inscrit dans les dispositions de la Convention internationale dans une forme de quête pour renforcer les droits des personnes handicapées et, par conséquent, dans le droit des personnes majeures placées sous des mesures de protection juridiques. En effet, « le gouvernement égyptien estime qu'il soumet le présent rapport au Comité international des droits des personnes handicapées non seulement dans le cadre de son engagement à soumettre des rapports initiaux et périodiques, mais aussi sur la base du fait que le Comité n'est pas non seulement un organisme de suivi, mais aussi un organisme auxiliaire dans le renforcement des efforts déployés en faveur des personnes handicapées.

Nous attendons avec le plus grand sérieux sa vision et celle de ses experts, qui conduiront à l'élaboration et à l'amélioration des futurs plans de promotion des personnes handicapées, pour atteindre les objectifs fondamentaux de la Convention, à savoir l'égalité absolue, l'autonomisation et l'intégration des personnes handicapées dans tous les secteurs de la société,

en leur assurant une vie décente, en renforçant leur dignité, en répondant à leurs besoins et en créant un environnement leur permettant de vivre normalement, comme les personnes normales, en fonction de leurs capacités et de leur degré de handicap » (Point 340).

PARAGRAPHE 2 : Les réactions face à la lecture du Comité onusien

234. Les controverses consécutives aux rapports du Comité. L'observation générale n° 1 produite par le Comité relatif aux droits des personnes handicapées a suscité des réactions en France (A) mais aucune, d'après nos recherches au sein deux pays arabes. C'est la raison pour laquelle, nous ne sommes pas en mesure de faire état de quelle que réaction qui soit. La réaction française est substantiellement plus ample, tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif que celles des deux autres pays étudiés. L'explication n'est guère difficile à saisir : la France a modifié la structure normative afférente à la protection des majeurs vulnérables et pouvait *a priori* apparaître comme étant un 'bon élève' vis-à-vis du système conventionnel multilatéral relatif à la question du handicap. Par ailleurs, les réactions doctrinales, certes tardives, sont venues alimenter un débat qui n'a pour l'instant pas trouvé d'issue claire. Les réactions provenant des deux États sous étude se limitent, pour le moment, à des réponses officielles, assez classiques. Ici comme ailleurs, nous notons une absence significative, pour ne pas dire totale, de la doctrine universitaire.

A. Les réactions en droit français

Nous proposons, pour une présentation claire et instructive, d'aborder, dans un premier temps, les réactions officielles (1) et, dans un second temps, les réactions doctrinales (2).

1. Les réactions officielles

Il est loisible de faire état, tout d'abord, de la réaction du Défenseur des droits (a) et, ensuite, d'analyser le Rapport Caron-Déglise (b).

a) La position du Défenseur des droits

235. Une réaction de faible intensité. Il est important, avant d'aborder la position du Défenseur des droits, de mettre en lumière la position des autorités françaises quant à l'idée portée par le Comité concernant le changement de paradigme dans la prise en charge de la protection de la personne handicapée. La position de la France est, ici, celle qui s'affirme au moment même où l'observation générale n° 1 n'était qu'au stade du projet. La France souligne

son attachement aux mesures substitutives de volonté, comme la tutelle, en estimant que le changement de paradigme voulu par l'instance onusienne « *pourrait conduire à l'absence de toute mesure de protection juridique pour les personnes qui ne sont plus en état d'agir elles-mêmes* »⁵⁷³. L'Etat français explique « *qu'il est impérieusement nécessaire que sa législation prévoit un mécanisme de prise de décision substitutive assorti de garanties appropriées et effectives pour éviter toute forme d'abus, afin de répondre aux nécessités de protection de l'ensemble des personnes vulnérables, qu'elles puissent être considérées comme des personnes handicapées ou non au sens de la Convention* »⁵⁷⁴. La France défend son droit en y exposant le principe de la graduation des mesures. Cette graduation permet l'existence de sphères d'autonomie, et ce, en fonction de la mesure, même s'il s'agit de la tutelle.

236. La relation singulière du Défenseur des droits. La position du Défenseur des droits est extrêmement importante. Tout d'abord parce qu'il a été désigné par le Gouvernement français comme le mécanisme indépendant chargé du suivi de l'application de la Convention internationale concernant les personnes handicapées⁵⁷⁵. « *Il assure, à ce titre, au sein d'un dispositif national de suivi, une mission de protection, de promotion et de suivi de l'application de la Convention* ». Parmi ses autres missions, il est loisible de citer le fait que le Défenseur des droits doit « *faire évoluer l'interprétation du droit par les juridictions à la lumière des principes inscrits dans la CIDPH à l'occasion, notamment, des observations présentées devant les tribunaux ; d'émettre des recommandations à l'égard des pouvoirs publics pour modifier, abroger ou abolir les lois, règlements, pratiques qui seraient sources de discriminations envers les personnes handicapées* »⁵⁷⁶. Enfin, en tant que mécanisme indépendant, le Défenseur des droits a vocation à élaborer un rapport alternatif destiné à éclairer le Comité des droits de l'ONU

⁵⁷³ Commentaire de la France sur le projet d'observation générale du Comité des droits des personnes handicapées relatif à l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, p. 3, [visité le 30/04/2024], disponible sur <URL : https://www.ohchr.org/documents/HRBodies/CRPD/GC/France-DGC_Art12.doc

⁵⁷⁴ Ibid, p. 4.

⁵⁷⁵ Le Défenseur des droits est une autorité administrative indépendante qui a été créée en 2011. L'article 71-1 de la Constitution lui reconnaît cinq missions différentes, mais néanmoins, complémentaires. Globalement, le Défenseur des droits a, pour objectif, de défendre les personnes dont les droits ne sont pas respectés et de permettre d'aller vers l'égalité du traitement pour tous.

⁵⁷⁶ Défenseur des droits, Protection juridique des majeurs vulnérables, Rapport, sept. 2016, p. 8. Voir, à propos de ce rapport, I. MARIA, « L'aspect subversif des droits de l'homme en cause dans le domaine de la protection juridique », *Dr. fam.* 2016, n° 11, comm. 238. L'auteure souligne que ledit rapport « *est riche de propositions* ». Surtout, « *le texte pouvait laisser craindre, de prime abord, des suggestions subversives au regard du référent adopté (la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, spécialement son article 12)* ». Néanmoins, il semble qu'en définitive, « *les propositions du Défenseur des droits demeurent toutefois pondérées : tout en prenant acte de cette incompatibilité de notre droit avec cette convention internationale, le rapport suggère des modifications qui s'inscrivent dans le droit issu de la réforme du 5 mars 2007. Le Défenseur ne manque par ailleurs pas de souligner, à demi-mot toutefois, que ce n'est finalement pas tant le droit tel qu'issu de cette réforme qui est à revoir que les pratiques* », p. 66.

sur la mise en œuvre de la CIDPH par la France, concernant notamment la conformité de la législation et de pratiques avec l'article 12 de la Convention relative à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité.

237. Un constat de non-conformité. Dans le rapport de septembre 2016, le Défenseur des droits rappelle les engagements internationaux de la France en matière de protection juridique des majeurs vulnérables.

Il fait le constat que les droits fondamentaux des majeurs protégés sont insuffisamment reconnus et suggère des évolutions du régime français de protection des majeurs vulnérables. De prime abord, le Défenseur veut déminer le terrain en soulignant que « *les observations générales du Comité, bien que très éclairantes sur le sens à donner aux stipulations de la Convention, sont dénuées de tout caractère contraignant et ne peuvent avoir pour effet d'étendre la portée des obligations prévues par la CIDPH. Par conséquent, la portée des stipulations de l'article 12 de la CIDPH doit s'analyser en cohérence avec les autres textes internationaux et notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques* »⁵⁷⁷. Le rapport se divise en quatre parties. Disons-le dès l'abord : le Défenseur des droits partage l'idée centrale apportée par le Comité quant au changement de paradigme dans la protection. Néanmoins, la lecture attentive de ce document révèle une forme de balance entre le ralliement et une forme de distance prise vis-à-vis de la position du Comité que d'aucuns considèrent comme radicale, pour n'être pas réaliste. Ainsi, « *le principe de non-discrimination en droit international des droits de l'homme ne semble pas a priori interdire la mise en place d'un mécanisme ayant pour effet de limiter l'exercice des droits dès lors que la mesure de limitation repose sur des motifs objectifs et raisonnables. Le Défenseur des droits considère néanmoins que, conformément à la CIDPH, le recours à un tel mécanisme ne saurait s'entendre qu'à titre exceptionnel, c'est-à-dire dans les cas où la personne est dans l'incapacité totale d'exprimer sa volonté ou ses préférences et à défaut de pouvoir mettre en place d'autres formes d'accompagnement adapté pour répondre à ses besoins. Lorsqu'un tel dispositif de représentation s'avère indispensable à la protection de la personne ou de ses biens, il doit alors s'exercer dans le respect d'une interprétation optimale de la volonté et des préférences de la personne* »⁵⁷⁸. En réalité, la teneur du propos du Défenseur des droits demeure polie. Elle ne tranche pas par une vigueur singulière. Il n'y a pas eu d'orage dans le ciel juridique français relatif à la protection des personnes vulnérables. « *On le*

⁵⁷⁷ Défenseur des droits, Protection juridique des majeurs vulnérables, Rapport, sept. 2016, p. 16.

⁵⁷⁸ Ibid.

voit donc, souligne la professeure Ingrid Maria, *le Défenseur des droits propose de faire du neuf avec du vieux sans tout bouleverser. L'argumentaire convainc : nous ne sommes pas allés jusqu'au bout de la logique législative retenue en 2007* ». L'avantage indéniable d'une pareille position est que « *de telles modifications permettraient, en outre, de montrer au Comité des droits des personnes handicapées que la France est disposée à adapter son droit pour se mettre en conformité avec ses exhortations sans pour autant que tout notre système de protection juridique s'en trouve bouleversé* »⁵⁷⁹. Depuis ce rapport, qui semble avoir définitivement donné le sens et l'orientation souhaités, la philosophie du Défenseur des droits est demeurée inchangée. Pour preuve, l'avis n° 19-01 du 10 janvier 2019, le Défenseur plaide pour la reconnaissance de la capacité juridique de la personne protégée. Le Défenseur des droits s'inscrit dans la ligne défendue par le Rapport Caron-Déglise qui avance l'idée d'une présomption de la capacité juridique, sauf preuve contraire. Sa restriction demeure possible, mais à titre exceptionnel.

b) Le Rapport Caron-Déglise

238. La recommandation à la création d'une mesure de soutien unique. Le présent rapport a été présidé par Madame Caron-Déglise, avocate générale à la Cour de cassation. Elle avait présidé un groupe de travail interprofessionnel et pluridisciplinaire dont l'objectif était de dresser un bilan de la réforme de la protection des majeurs et de proposer des pistes de réformes. La publication du rapport s'est faite en 2018.

Ce dernier propose de revenir sur l'entrée de la personne vulnérable dans la mesure de protection par l'amélioration de l'évaluation de sa perte d'autonomie.

Le rapport a permis de « *remettre à plat l'architecture des régimes de protection* »⁵⁸⁰. Il y a eu plusieurs constats, parmi lesquels, la faiblesse quantitative des auditions menées dans le cadre de l'instruction de la requête. La participation de la personne est censée pourtant être au cœur du dispositif élaboré avec la réforme de 2007. Madame Caron-Déglise écrit à cet égard « *qu'il est désormais temps d'instaurer un dispositif législatif consacrant effectivement le principe de*

⁵⁷⁹ I. MARIA, « L'aspect subversif des droits de l'homme en cause dans le domaine de la protection juridique », *Op. cit.*

⁵⁸⁰ N. BELLOUBET, « Assises nationales de la protection juridique des majeurs », 8 nov. 2017, Lettre de mission N. Belloubet, A. Buzyn et S. Cluzel, in, A. Caron-Déglise, *L'évolution de la protection juridique des personnes, Rapport de mission interministérielle*, sept. 2018.

*la capacité juridique de la personne et se donnant les moyens de soutenir l'exercice de ses droits en favorisant l'expression de sa volonté et de ses préférences »*⁵⁸¹.

La perte d'autonomie doit être combattue par la correction de certains outils, comme l'évaluation médicale, qui selon le rapport s'avère insuffisante. D'où la proposition pour aller vers une évaluation pluridisciplinaire. Le rapport souhaite développer les mesures d'anticipation. Il est vrai, et cela a été déjà relevé l'insuccès de ces dispositifs en France. Les chiffres produits par le ministère de la Justice révèlent que ce sont les personnes extrêmement âgées qui ont eu recours à de tels dispositifs. L'anticipation perd énormément de la fonction escomptée. Apparaît par ailleurs comme étant important pour le maintien de la capacité juridique et donc la protection des droits de la personne fragile, le renforcement d'un droit à l'information. C'est dans cette veine que le rapport a souhaité ajouter à l'article 414 que « *la capacité du majeur est présumée jusqu'à preuve contraire. Elle peut, à titre exceptionnel et sur décision spécialement motivée du juge, être partiellement restreinte dans les conditions prévues au présent titre* ». La proposition est puissante. En effet, « *il s'agit, au-delà d'une simple présomption, d'affirmer une règle de fond consacrant le principe de la capacité juridique de la personne protégée, sous réserve de la décision contraire, exceptionnelle et spécialement motivée du juge restreignant cette capacité* »⁵⁸².

L'axe central du rapport demeure toutefois la suggestion de mettre en place une mesure unique de protection judiciaire. Cela emportera évidemment l'abrogation de la tutelle et de la curatelle. La mesure instituée dite mesure de sauvegarde des droits signera une forme de rupture avec le triptyque apporté par le Doyen Carbonnier avec la loi du 3 janvier 1968.

2. Les réactions doctrinales

239. La diversité des réactions doctrinales. Ici comme ailleurs, et sur des sujets de première importance, la doctrine n'est jamais unanime. Il y a, en effet, les positions accueillantes aux critiques portées par le Comité onusien et celles qui leur sont assez hostiles.

240. Le ralliement tempéré à la position du Comité. Il importe, en premier lieu, de rappeler, comme le fait le professeur Benoît Eryaud, l'existence d'une forme de déni de la France vis-à-vis de la Convention. En effet, « *comparativement à d'autres pays la France semble s'être longtemps désintéressée de la CIDPH, au regret des représentants locaux des*

⁵⁸¹ A. CARON-DEGLISE, rapp. préc.

⁵⁸² N. PETERKA, « Réflexions sur la création d'une mesure unique de protection à la française », in *Mélanges en l'honneur de la professeure Annick Batteur - Regards humanistes sur le droit*, Paris, LGDJ, 2021, p. 453.

droits humains du handicap. Elle n'a notamment pas prêté attention pendant longtemps à la controverse autour du changement de paradigme préconisé par l'article 12 de la convention. Pour le gouvernement français, la convention a d'abord été interprétée comme relevant de la même représentation des droits humains que celle véhiculée par la loi du 5 février 2005 »⁵⁸³. Dit autrement, la France se croyait en avance sur le texte de la Convention. Le retard de la France vis-à-vis de l'appropriation de la CIDPH va encore être une nouvelle fois constaté et critiqué, particulièrement par le CFHE, concernant la production par l'État français du rapport de suivi. Il sera publié en 2016, près de six ans après la ratification, largement au-delà des deux ans préconisés par le Comité des droits.

Parmi les voix qui se rallient à l'analyse du Comité, nous trouvons le professeur Hugues Fulchiron qui souligne qu'il « *conviendrait donc de changer de paradigme : abandonner le paradigme de l'intérêt supérieur de la personne vulnérable au nom duquel des décisions peuvent être prises par les personnes chargées de sa protection sans que l'intéressé y soit associé, pour adopter celui du respect de la volonté et des préférences de la personne* »⁵⁸⁴. D'autres estiment qu'il faut « *repenser la protection des majeurs protégés au regard de la Convention* » et, par conséquent, prendre au sérieux la vision apportée par cette dernière⁵⁸⁵. L'auteur souligne que « *les difficultés que soulève la CDPH pour le droit français et pour nombre de systèmes juridiques étrangers ne doivent pas être sous estimées. Cependant, sa dénonciation, c'est-à-dire le désengagement de la France de ses obligations découlant du traité, n'est pas une solution souhaitable et constituerait un véritable recul pour les droits de l'homme* »⁵⁸⁶.

241. La réaction offensive. La critique du paradigme porté par le Comité relatif aux droits des personnes handicapées a parfois été sévère. Le professeur David Noguéro est, nous semble-t-il, celui qui s'est le plus illustré au sein de la doctrine dans un travail de 'déconstruction' de la vision défendue par le Comité. Le titre de son article, paru à la Revue de droit sanitaire et sociale en 2016, est symptomatique d'un profond malaise : « *Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes*

⁵⁸³ B. EYRAUD, A. BEAL, « Le processus d'ancrage territorial des droits humains : l'exemple de la Convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées », *Op. cit.*, p. 100.

⁵⁸⁴ H. FULCHIRON, « L'accompagnement des personnes majeures vulnérables, entre nécessité juridique et exigence éthique », *Dr. fam.*, mars 2017, Étude 17, p. 16.

⁵⁸⁵ M. BAUDEL, « Repenser la protection des majeurs protégés au regard de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », *Dr. Fam.*, avril 2018, Étude 4.

⁵⁸⁶ *Op. cit.*

handicapées »⁵⁸⁷. Ce titre est un plaidoyer en lui-même. Il est fort explicite et il a, dès lors, le mérite de la franchise. L’auteur souligne, dès l’abord, que le fait d’« *insister pour présenter les régimes protecteurs comme un mal, une contrainte, une atteinte à la liberté, c’est-à-dire de façon trop négative, conduit peut-être, d’un point de vue psychologique, à tout le moins, à faire fuir ceux qui devraient pourtant en bénéficier à leur avantage, et à créer un climat de suspicion autour de ces mesures souvent indispensables pour une protection efficace, qui est leur finalité première. D’autres tentent de nuancer, de façons diverses, en défendant qu’il convient de protéger sans diminuer. Néanmoins, un objectif à atteindre, si possible, ne doit pas masquer la réalité des obstacles et des impossibilités, qui doit être admise, si l’on veut prendre réellement soin des personnes qui ne sont pas tout à fait normales ou ordinaires, si l’on préfère. Il ne s’agit absolument pas d’un jugement de valeur mais d’un constat objectif que l’édulcoration du vocabulaire ne saurait gommer, ni les dérives de la bien-pensance des droits de l’homme* »⁵⁸⁸. L’auteur se veut réaliste. Et comment ne pas l’être au sein d’un système qui est bâti sur l’autonomie de la volonté du sujet. Cette autonomie postule mécaniquement l’existence inexorable du principe de l’égalité des personnes. Ainsi, « *la faiblesse que traduit la vulnérabilité prend sa signification non en soi, mais dans le rapport avec autrui. N’oublions pas que le droit gère les relations des personnes. Le mouvement des droits fondamentaux, qui n’est pas sans lien avec une forme d’individualisme, axe prioritairement sa réflexion sur l’individu. L’objectif est souvent de permettre l’effectivité de ses droits et la reconnaissance de prérogatives, de droits subjectifs ou libertés* »⁵⁸⁹. Le professeur Jean Hauser, également, a fustigé ce paradigme en soulignant cette « *entreprise euphémistique* », qui confine au « *politiquement correct* ». Il y voit, dans ce paradigme, l’une des « *grandes idées à la mode qui confinent souvent au conformisme intellectuel* »⁵⁹⁰.

242. Les inquiétudes soulevées. Les civilistes français, spécialistes du droit de la protection des majeurs, sont bien conscients des difficultés qui affectent la liberté individuelle. Le professeur Gilles Raoul-Cormeil est explicite à ce sujet : « *l’institution d’un régime de protection peut être analysée et vécue comme une atteinte aux libertés fondamentales. Le doyen Carbonnier en avait conscience et s’en était ouvert dans ses mémoires de légiste. La loi du 5 mars 2007 sort du non-dit et affirme très haut que la « protection est instaurée et assurée*

⁵⁸⁷ D. NOGUERO, « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », *Op. cit.*, p. 964.

⁵⁸⁸ *Op. cit.*, p. 965.

⁵⁸⁹ D. NOGUERO, « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », *RDSS*, 2016, p. 966.

⁵⁹⁰ J. HAUSER, « Majeurs protégés : difficile équilibre entre volonté et protection », *RTD civ.* 2017, 356.

*dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Le souffle des droits de l'homme sur la législation de 2007 doit maintenant guider la pratique du droit des majeurs protégés. Inspirés par cet idéal, les juges des tutelles et les auxiliaires de justice doivent s'efforcer de trouver les points d'équilibre entre la préservation de la dignité humaine et le respect des incapacités contractuelles. Concrètement, des espaces d'autonomie doivent être aménagés dans la vie personnelle des majeurs protégés et dans l'accomplissement d'actes patrimoniaux »*⁵⁹¹. L'interprétation donnée par le Comité onusien à l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées et donc la mise en cause sévère portée au droit français ont suscité une forme d'indignation des auteurs civilistes. On y dénonce l'inadmissibilité de la lecture faite par le Comité et les interprétations déformantes.⁵⁹² Le professeur David Noguéro affirme que *« l'article 12 de la Convention s'intitule Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. On y retrouve déjà les travers de notre époque qui ne se veut pas conservatrice mais moderniste et progressiste. Comme si les mots clamés changeaient en eux-mêmes, de façon fondamentale, les choses ! Le discours n'est pas l'action, loin s'en faut. Demandez à une personne handicapée si elle ne préférerait pas, terre-à-terre, une accessibilité dans le métro parisien par un ascenseur, plutôt que des marches et des marches vers les cimes des beaux principes. Surtout, pour mieux parvenir à un objectif idéal - du monde des idées -, on travestit la réalité par des affirmations qu'il ne sera ensuite plus possible de remettre en cause par la discussion et la réflexion. Ces affirmations sont pourtant des dogmes, expression d'une idéologie que l'on transforme en vérité naturelle pour chercher à influencer le réel, sans néanmoins se préoccuper toujours d'une réalisation effective sous l'affichage proclamé »*⁵⁹³. Ce qui ressort de l'analyse de cet auteur, c'est qu'à suivre le chemin tracé par le Comité onusien, il ne sera plus possible de réaliser la protection de la personne par une mesure juridique, qui sera inévitablement considérée comme inappropriée, voire invasive. Dès l'instant où le principe d'égalité entre toutes les personnes, handicapées ou non, est postulé et doit déployer la totalité de ses effets, nous pourrions arriver à la situation d'un interdit de protégé, en dépit du besoin indispensable. Cela reviendrait à mettre sur la scène, pour certains auteurs, exclusivement la personne handicapée, sans l'intervention d'une tierce personne. Il est loisible d'avancer l'hypothèse que l'interprétation de certains auteurs pourrait sembler confondre une mesure substitutive de volonté à la technique de la

⁵⁹¹ G. RAOUL-CORMEIL, « Le patrimoine de la personne protégée. Rapport introductif », in J.-Marie Plazy et G. Raoul-Cormeil, (ss. Dir.), *Op. cit.*, p. 24.

⁵⁹² D. NOGUERO, « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », *Op. cit.*, p. 965.

⁵⁹³ *Op. cit.*, p. 966.

représentation, c'est-à-dire, confondre le prime de l'intérêt avec celui de la volonté et des préférences. Dit autrement, certains auteurs pourraient avoir imputé une lecture particulière de l'article 12 de la Convention internationale au Comité onusien, alors même que ce dernier n'est pas sur cette position. La position du Comité ne serait, dès lors, pas l'affirmation d'une autonomie sans limite, d'une autonomie illimitée, en somme. L'intérêt de la personne est reconnu à condition qu'il soit conditionné par la prise complète de sa volonté et de ses préférences. Il ne nous semble pas exister entre les deux concepts d'antinomies *ab initio*. Nous sommes évidemment conscients que l'autonomie ne peut se réaliser que dans le respect de la sécurité juridique et, par conséquent, que dans le rapport aux autres. Les magistrats, confrontés à la complexité de la relation du fait avec l'application du droit (interne et international), vont plus loin que l'idée de la conformité et suggèrent, en réalité, une modification nouvelle du droit français. « *Une manière de sortir de la difficulté liée à la compatibilité ou non de notre mesure de tutelle au regard de l'article 12 de la Convention, serait peut-être de modifier notre législation pour passer à une mesure de protection unique, la curatelle, avec possibilité pour le juge, à l'intérieur de celle-ci et seulement par exceptions, de prévoir des « fenêtres » de représentation, comme cela existe déjà avec : – la curatelle renforcée de l'article 472 du Code civil ; – la possibilité de donner au curateur par exception un pouvoir de représentation lorsque le refus du majeur sous curatelle de consentir à un acte compromet gravement ses intérêts (art. 469, al. 2) ; – la possibilité de prévoir une représentation pour les actes à caractère personnel, même en curatelle (art. 459, al. 2) »*⁵⁹⁴.

Nous mesurons, à ce stade, les multiples et diverses difficultés liées au nécessaire équilibre qu'il faudra trouver au sein de l'ordre juridique français... un équilibre dont nous pensions qu'il avait été instauré avec la loi de 2007. Mais, peut-être qu'il « *faut en tout cas s'y résoudre : la profusion actuelle des sources du droit est sans remède, l'ordre juridique français est condamné à tolérer une dose importante de désordre, qui ne pourra se réduire qu'avec le développement de techniques de convergence encore inconnues. Si elles viennent à exister, elles seront le produit d'une idéologie juridique nouvelle, tandis que le désordre actuel reflète davantage l'état de base d'un droit inorganisé, où chaque intervenant, jusqu'au plus modeste, tire dans son sens pour maximiser son influence normative. Parce que nos sociétés sont complexes, il n'est plus possible qu'une pensée centrale en organise la régulation d'ensemble.*

⁵⁹⁴ E. PEQUEUR, A. CARON-DEGLISE, Th. VERHEYDE, « Regards de juges sur la loi française et la CIDPH », *Polémiques*, 2018, p. 79.

*D'où l'inévitable multiplication des foyers juridiques locaux qui tendent à prendre leur autonomie en allant au bout du pouvoir qui leur a été consenti, ou qu'ils se sont octroyés »*⁵⁹⁵.

SECTION 2 : État des lieux

243. Bilan. Le droit de la protection des personnes vulnérables est, à l'instar de tous les droits, ouvert à la transformation, modification et, par conséquent, amélioration. La banalité de ce constat pourrait faire encourir, à notre propos, une forme d'insignifiance. En effet, souligner que la norme juridique fonctionne sous la loi du changement n'est guère novateur. Ce qui l'est, en revanche, c'est de s'interroger sur le contenu du changement et, donc, sur les acteurs de ce changement. La difficulté est aujourd'hui de saisir les forces motrices et majeures qui sont derrière l'évolution des systèmes de droit. L'usage du pluriel, quant aux multiples forces à l'œuvre, renseigne sur la nécessaire prise en compte de la rationalité du pluralisme normatif. Ainsi, aujourd'hui, le juriste est confronté à la redoutable question de la prolifération des normes et, par conséquent, à l'indispensable logique de la canalisation du droit par la puissance publique. Disons-le d'emblée : si par le passé, l'État était en totale capacité de juguler les différentes sources de normes, qui n'étaient, par ailleurs, pas nombreuses, il est désormais incapable de faire face à une marée, voire à un tsunami, de règles, provenant, essentiellement, de la sphère internationale, particulièrement, de la sphère afférente aux droits de l'homme. L'analyse de la pénétration de la Convention relative aux droits des personnes handicapées au sein des trois ordres juridiques engendre une lecture nouvelle des rapports entre les systèmes juridiques. Le droit national semble coexister avec le droit international à condition, toutefois, que la rationalité de ce dernier s'impose. Cela induit un effacement, voire une altération, de la norme domestique. C'est ce que d'aucuns analysent comme la fin de l'autonomie du législateur et, par conséquent, de l'épuisement du volontarisme. La loi votée ne traduit dès lors plus le choix du Parlement ; un parlement qui n'a plus la maîtrise du contenu de la loi. Celle-ci est aujourd'hui au service d'une idéologie qui la surplombe, qui est celle des droits fondamentaux et du droit des droits de l'homme. Cette réalité existe dans les trois États étudiés. L'ampleur et la portée de ce phénomène varient évidemment entre chaque État. L'exemple français est emblématique de cette évolution. Cette dernière a placé le parlement sous la tutelle du Conseil constitutionnel et, donc, sous la houlette de l'idéologie des droits de l'homme. Le Koweït et

⁵⁹⁵ R. LIBCHABER, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », in, *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2010, p. 527.

l’Egypte, en dépit des différences, ici et là, empruntent le même cheminement parcouru par la France. Il n’est pas interdit de conjecturer et de considérer que le résultat escompté par les deux États est déjà sous nos yeux. Il est loisible d’appliquer, à ces deux États, « *la formule provocatrice* » du Conseil constitutionnel français : « *la loi n’exprime la volonté générale que dans le cadre de la constitution* »⁵⁹⁶. Avec les nuances nécessaires, il est possible, à l’égard des trois droits, d’affirmer que le développement et l’expansion du droit international sont en train de faire advenir un ébranlement important, voire majeur, des ordres juridiques internes. L’exemple du droit français est ici aussi valable pour les deux autres droits. « *L’archétype moniste cède face à l’évidence du pluralisme, qui présente la double séduction de l’internationalisme et de la modernité. Chacune des sources tirant dans son sens pour aller au bout de ses possibilités d’expression, leurs produits se révèlent impossibles à organiser. L’idée de domestication du droit par l’État succombe* »⁵⁹⁷. L’existence de la Convention relative aux droits des personnes handicapées conduit à faire que les dispositions de cet instrument multilatéral s’invitent à la table des droits nationaux. Ce dernier est contraint, non pas simplement, à lui faire de la place. Il y a plus : il est contraint de se conformer à la substance des dispositions extérieures. Cela devra, d’ores et déjà, alerter le juriste sur le manque de consistance, voire de pertinence, quant à l’analyse stato-centrée des normes qui composent l’ordre juridique auquel il appartient. Cet ordre juridique domestique n’est plus seul aux commandes. L’analyse de l’encadrement juridique de la question du handicap ne peut, aujourd’hui, se faire en France exclusivement par le prisme de la loi de 2008. Le juriste est obligé d’intégrer l’interprétation délivrée par le Comité onusien. Le professeur Benoît Eryaud souligne, à cet égard, le manque d’implication de la délégation française lors de la discussion portant sur cette Convention. Alors, que cette dernière se singularise par la présence d’une société civile extrêmement importante, « *contrairement aux délégations d’autres États, celle de la France n’intègre aucun membre de la société civile* ». Ainsi, « *le processus d’élaboration de la Convention ne semble pas non plus vraiment intéresser les spécialistes des droits de l’homme du ministère des Affaires étrangères (MAE), l’ambassadeur des « droits de l’homme » du MAE constatant qu’aucune des directions du ministère n’a porté attention à la CIDPH. De manière significative, les associations signataires de ce communiqué relèvent toutes d’organisations à vocation transnationale ; aucune association ou fédération française n’est alors directement impliquée. L’implication dans les travaux préparatoires à la Convention se fait ainsi de manière spécialisée et disparate par des acteurs « spécialistes » de l’international.*

⁵⁹⁶ Cons. const., 23 août 1985, décision n° 85-197 DC, considérant n°27.

⁵⁹⁷ R. LIBCHABER, « L’impossible rationalité de l’ordre juridique », *Op. cit.*, p. 515.

*Les acteurs provenant plutôt du monde des droits de l'homme regrettent une position assez franco-centrée des acteurs français du handicap, ceux-ci ne semblant pas, dans un premier temps, saisir les spécificités de l'approche défendue par cette convention internationale »*⁵⁹⁸. Le fait de devoir prendre en considération l'interprétation du Comité onusien vient de l'importance des dispositions constitutionnelles au sein des trois droits, qui reconnaissent une supériorité aux traités internationaux sur la loi domestique.

Le paradoxe avec de telles dispositions qui explicitent la supériorité du droit international par rapport au droit interne devait être un facteur de cohérence. Le résultat obtenu est une délégitimation de la capacité normative de l'ordre interne. C'est que « *le point de vue du droit international est d'une particulière netteté : l'acte international doit prévaloir sur l'acte interne* »⁵⁹⁹. En effet, « *c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que [...] les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité* »⁶⁰⁰. Il faut, toutefois, éviter tout malentendu quant à la véritable nature de la relation qui s'instaure entre le droit international et le droit interne. Le terme de 'primauté' et l'expression de 'hiérarchie des normes', utilisés de facto lorsqu'il s'agit de décrire la relation entre les deux ordres, doivent être restitués dans le cadre adéquat au sein duquel ils se déploient. C'est pourquoi, « *les auteurs contemporains sont de plus en plus nombreux à constater que les constructions doctrinales passées ne permettent pas d'éclaircir la relation entre l'État et le droit international. Ils jugent curieux, voire choquant, de considérer l'État comme un obstacle au déploiement du droit international, mais aussi d'assimiler ce dernier à un outil de destruction de la souveraineté et de l'État* »⁶⁰¹. Du point de vue du droit international, le rang de l'acte interne au sein de l'ordonnement des actes internes est indifférent et le principe de primauté du droit international s'applique à l'ensemble du droit interne et, par conséquent, aussi aux dispositions de rang constitutionnel : « *Un État ne peut, vis-à-vis d'un autre État se prévaloir de dispositions constitutionnelles de ce dernier [...] et inversement, un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traits en vigueur* »⁶⁰². Pour réfléchir de façon efficace (c'est-à-dire en rendant compte du mieux possible de la façon dont les choses s'ordonnent dans la réalité et non

⁵⁹⁸ B. EYRAUD, A. BEAL, « Le processus d'ancrage territorial des droits humains : l'exemple de la Convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées », *Op. cit.*, pp. 60 et s.

⁵⁹⁹ D. ALLAND, *Manuel de droit international*, *Op. cit.*, p. 242.

⁶⁰⁰ CPIJ, 31 juillet. 1930, Question des 'communautés' gréco-bulgares, Sér. B, n° 17, Rec., p. 32.

⁶⁰¹ D. ALLAND, *Manuel de droit international*, *Op. cit.*, p. 243.

⁶⁰² CPIJ, avis du 4 février 1932, Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, Sér. A/B, n° 44, Rec., p. 24.

exclusivement dans les textes) sur ce qui conditionne le destin des règles internationales dans le for étatique, il importe de se libérer des vues axées sur des rapports hiérarchisés entre les ordres juridiques interne et international, de se libérer, pour tout dire, d'un héritage kelsenien que le temps a fini par transformer en une pesante série de dogmes. Pourtant, si les façons de voir et de présenter les choses peuvent évoluer pour qui en ressent la nécessité, il faut bien constater les obstacles qu'oppose la langue du droit positif à ce changement de perspective. Si nous acceptons de passer au-dessus du vocabulaire le plus courant et de considérer que le principe de primauté n'a pas besoin de la hiérarchie pour être compris, la relation entre le droit international et le droit interne (français en l'occurrence) peut être expliquée d'une façon plus satisfaisante. Il suffit pour cela d'admettre que, dans les rapports entre le droit international et le droit interne, la primauté est une question d'applicabilité et non de hiérarchie. Le juriste français, comme le juriste arabe, pourrait, à la lumière de cette perspective, trouver une grille d'analyse réconfortante. En effet, nous suivons la professeure Ingrid Maria lorsqu'elle souligne que *« la lecture de l'article 12 de la Convention ne met nullement mal à l'aise le juriste français. En effet, celui-ci y retrouve des notions qu'il connaît et applique. La notion de personnalité juridique, d'abord, aptitude à être sujet de droits que le droit français reconnaît à tout être humain et même à certaines entités nommées les personnes morales. L'article 12 parle ensuite de la capacité juridique exigeant, dans son §2, que les États parties reconnaissent que les personnes handicapées en jouissent dans tous les domaines. Là encore, le juriste français n'est pas déstabilisé. Au contraire, il croit même reconnaître ici une notion qu'il maîtrise bien : celle de capacité de jouissance. En effet, en usant du verbe « jouir », le texte renvoie le juriste français à la capacité de jouissance. Or, les personnes handicapées, même placées sous un régime de protection juridique, jouissent bien de leurs droits ; en revanche, elles ne peuvent parfois pas les exercer par elles-mêmes. Autrement dit, elles ont la capacité de jouissance mais pas nécessairement la capacité d'exercice »*⁶⁰³. La position du juriste civiliste est aujourd'hui assez délicate, puisqu'il est obligé de s'ouvrir à la discipline du droit international, une discipline qu'il ne fréquente pas souvent. Comme le note le professeur Jean-Bernard Auby, *« jusqu'à maintenant, il existait un certain rapport stéréotypique entre le droit international et le droit interne, qui voyait le premier comme placé dans une sorte d'état d'enfance, d'immaturité, dans l'attente de son accès au statut plein de système juridique, que le droit interne était censé incarner »*⁶⁰⁴. C'est que la clarté qui séparait jadis le droit domestique du

⁶⁰³ I. MARIA, « Jouir et/ou exercer ses droits en situation de vulnérabilité : les concepts civilistes revisités à la lumière de la Convention », *Polémiques*, 2018, p. 66 et s.

⁶⁰⁴ J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Op. cit., p. 183.

droit international s'est, dans un premier temps, estompée et, aujourd'hui, elle tend à se réduire de manière importante. Il y a, en effet, une évolution extrêmement profonde et substantielle qui s'est produite depuis un certain temps, dans la relation entre les deux ordres. C'est que les normes internationales s'intéressent de plus en plus aux questions qui relevaient, par le passé, du droit interne. Et avec l'idéologie des droits de l'homme, qui trouve avec les conseils constitutionnels un relais puissant, nous arrivons à ce que les valeurs partagées dans les deux sphères coïncident, voire deviennent semblables. Le domaine des droits fondamentaux conduit à « *une négation de la théorie des deux sphères sur laquelle s'est édifié le droit international classique* »⁶⁰⁵. Le raisonnement qui part du droit interne et tente de mesurer l'écart qu'il y a entre ce dernier et les prescriptions venant de l'ordre international est-il encore pertinent ? En effet, « *lorsqu'un tribunal interne applique l'article 6 & 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, applique-t-il du droit international ? Du droit interne ? On ne peut plus le dire* »⁶⁰⁶. Cela étant dit, nous suivons sans peine le professeur Paul Appelbaum lorsqu'il affirme que « *Certes, nous devons soutenir les principes de non-discrimination, d'égal accès à la justice et d'aménagements raisonnables que le document apporte. Mais nous devons également affirmer dans le même temps que les personnes ayant des handicaps graves ont un droit à être protégées des conséquences de leur situation. Des solutions telles que l'accompagnement à la prise de décision, qui réduit au minimum le recours à des personnes de substitution, associées à des protections procédurales rigoureuses, seraient plus à même de garantir les droits des personnes ayant un handicap que le fait de laisser une grande partie d'entre elles sans défense au nom de l'autonomie* »⁶⁰⁷. L'interrogation majeure qui accompagne les écrits de la doctrine se situe au niveau de la réalité de l'autonomie. Si elle est uniquement proclamée comme le soutient la doctrine de la part du Comité onusien, elle ne saurait prospérer. Nous nous interrogeons, en effet, sur le fait pour une personne hors d'état de manifester une quelconque volonté quant à la réalité de son autonomie. Le mieux est l'ennemi du bien, dit-on. Cela pourrait s'appliquer à la position défendue par le Comité. Si nous suivons, en effet, les recommandations et les exhortations de ce dernier, il y a fort à parier que le majeur protégé pourrait se retrouver dans une situation désavantageuse, puisqu'il ne pourrait guère exercer les droits, qui lui sont pourtant reconnus. D'aucuns critiquent la position du Comité en soulignant que la liberté dont

⁶⁰⁵ F. SUDRE, L. MILANO, B. PASTRE-BELDA, A. SCHAHMANECHE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Op. cit., p. 43

⁶⁰⁶ J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Op. cit., p. 183. (Souligné par nous).

⁶⁰⁷ P. APPELBAUM, « Il y a toutes sortes de droits : les problèmes posés par l'article 12 et son interprétation », *Polémiques*, 2018, p. 51.

il s'agit est éculée et complètement déphasée. La problématique qui persiste est toutefois celle de l'appropriation de la vision qu'apporte la Convention internationale. Cette appropriation difficile traduit l'existence de cadre de pensées ancrées dans des pratiques étatiques tenaces. Si la France avait estimé (et estime manifestement toujours) que cette Convention n'apporte pas d'éléments novateurs par rapport à la législation nationale, les pays arabes n'ont véritablement jamais mis au pinacle les droits de l'homme. Il en ressort une distanciation qui se manifeste, d'un côté, par un sentiment de supériorité dans un pays qui se revendique comme étant le pays des droits de l'homme et, de l'autre, par une indifférence non assumée. Le paradigme de la CIDPH serait, dès lors, un dogme qui manifesterait l'existence d'une bien-pensance internationaliste, voire d'un droit de l'hommiste, pour reprendre l'expression du professeur Alain Pellet. Dans un article célèbre, l'auteur affirme qu'il « *ne croit nullement que la percée des droits de l'homme dans le droit international remette en cause le principe de souveraineté, qui me semble demeurer (si on la définit correctement) un puissant facteur organisateur de la société internationale et une explication, toujours éclairante, des phénomènes juridiques internationaux. Même si l'on se montre, aujourd'hui, plus prudent que jadis sur ce point, certains spécialistes des droits de l'homme, emportés par leur enthousiasme, se hasardent, sinon à annoncer la mort de la souveraineté, du moins à prophétiser son "érosion". C'est peut-être aller un peu vite en besogne, et je crois qu'il est prématuré d'envoyer les faire-part. D'abord parce que les droits de l'homme sont certes une grande et belle chose, mais ils ne sont pas tout, et, pour le reste, l'essentiel du reste, le droit international demeure fait du heurt des souverainetés. Mais ensuite et surtout parce que, même dans le domaine des droits de l'homme, la souveraineté a, pour le moins, de "beaux restes"* »⁶⁰⁸. Le droit arabe semble toutefois devoir affronter les critiques du Comité onusien du fait du manque de mesures fondées sur la volonté de la personne majeure protégée. Les dispositions discriminatoires semblent être plus denses en droits koweïtien et égyptien qu'en droit français. Il manque le volet de la volonté et les préférences de la personne dans la trame normative du droit arabe. Les mesures de représentation semblent *a priori* ne pas être en cause. La lecture à travers l'optique de l'intérêt de la personne pourrait demeurer en droit civil. Toutefois, la difficulté majeure est que cette lecture est dépourvue de l'âme voulue par le Comité qui milite pour qu'il y ait davantage d'expression de la volonté de la personne. Les principes d'égalité et de non-discrimination conduisent, en effet, à imposer une lecture particulière de la protection. Cette dernière pourrait

⁶⁰⁸ A. PELLET, « Droits de l'hommisme et droit international », *Droits fondamentaux*, 2001, n° 1, p. 178.

garder dans ses flancs le système de la représentation, à condition de lui adjoindre ce qui est décrit comme étant de l'accompagnement.

244. CONCLUSION CHAPITRE II

La pénétration des normes internationales au sein des ordres juridiques nationaux conduit à la découverte, aujourd'hui, beaucoup plus qu'hier, de situations auxquelles le juriste civiliste n'avait pas l'habitude de prêter attention. La surprise est que, désormais, il constate une perte considérable de la capacité normative du droit interne à se donner les choix qu'il souhaite. Le parlement, siège de la volonté populaire, est dépassé, pour ne pas dire, ignoré. La Convention relative aux droits des personnes handicapées produit des chambardements au sein des droits domestiques, au point que l'équilibre n'est plus assuré. Le droit interne est aujourd'hui contraint de composer fortement avec des prescriptions qui viennent d'un ordre juridique qui, manifestement, le domine.

245. CONCLUSION TITRE I

La question du handicap est, aujourd'hui, au sein des trois droits, prise en charge à travers le principe du pluralisme. Ce pluralisme engendre une forme de dislocation des droits domestiques. Quelle synthèse pourrait, dès lors, aujourd'hui, effectuer le juriste lorsqu'il analyse le droit de la protection ? La cohérence intrinsèque des droits est en train de perdre considérablement de sa consistance. Les contradictions deviennent, de la sorte, criantes et menaçantes. La présence de la norme constitutionnelle, censée injecter de la cohérence et maintenir une étanchéité sur certains domaines de l'ordre juridique interne, a, au contraire, permis d'arriver au résultat inverse. L'État est sommé d'inscrire son action et, par conséquent, son droit dans le mouvement global, qui est, aujourd'hui, totalement dominé par l'idéologie des droits de l'homme. La France en paie le prix avec des déséquilibres juridiques dans l'appréhension de plusieurs domaines de société. Le Koweït et l'Égypte, à l'instar de quasiment tous les pays arabes, ont également adopté le concept et la forme des constitutions, *« considérées comme nécessaires à l'instauration d'un État moderne »*. Et cela va inmanquablement produire les mêmes résultats que ceux qui se sont produits en France. En effet, *« même si pour certains, une telle adhésion aux principes de l'État moderne était purement tactique et mue par des contingences politiques, l'acceptation du principe même de l'existence d'une norme suprême constitutionnelle liant tous les acteurs du jeu politique a*

contribué à renforcer le statut des constitutions au sein des processus de transition postrévolutionnaires »⁶⁰⁹.

TITRE II : La conciliation entre l'autonomie et la protection

246. A la recherche de l'équilibre idoine. Le droit de la protection de la personne majeure est un droit dynamique. Travaillé par l'essor des droits fondamentaux, notamment en ce qui concerne la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, il ne saurait demeurer statique. Il est 'condamné' à devoir modifier ses prescriptions et ses dispositions pour se conformer aux standards dominants. Il s'avère, toutefois, que la conformité espérée ou imposée ne va pas de soi. Elle réclame des changements substantiels dans la trame normative domestique. Les législateurs ne sont pas enclins à se laisser déposséder des choix opportuns quant à la manière d'opérer les mesures de protection, et donc d'organiser les modes de protection. Les résistances apparaissent clairement lorsqu'il s'agit de se pencher sur l'effet statutaire de la mesure sur la protection de la personne handicapée (CHAPITRE I). Les pressions qui s'exercent tant sur le droit français que sur les droits koweïtien et égyptien sont réelles. En dépit des différences observées, il ne fait aucun doute que le pouvoir législatif, au sein des trois pays, n'est plus en mesure de décider 'souverainement' des choix axiologiques afférents à la protection. Cela conduit à s'interroger, de manière renouvelée, sur l'étendue et la pertinence de la sécurité juridique qui doit prévaloir entre la personne protégée et les tiers (CHAPITRE II).

CHAPITRE I : L'effet statutaire de la mesure sur la protection de la personne handicapée

247. L'affleurement d'une conception nouvelle de la protection. L'interrogation posée dans la relation entre l'intérêt de la personne et son indispensable autonomie (SECTION 1) n'est qu'au début du chemin. Les discussions sont certes nombreuses mais pas encore déterminantes. C'est que l'équilibre escompté s'éloigne à chaque fois que l'on croit l'avoir atteint. Tel un mirage, il semble qu'il est assez insaisissable. C'est que les contradictions entre les deux notions sont assez importantes, du moins lorsqu'on invoque les interprétations du Comité des droits. La solution serait en l'adoption d'une nouvelle approche qui serait celle de l'accompagnement (SECTION 2). Une approche qui demeure, toutefois, pour l'instant, assez

⁶⁰⁹ N. BERNARD-MAUGIRON, *Droit contemporain des pays arabes*, Paris, SIREY, 2023, p. 16.

vaporeuse et difficilement catégorisable juridiquement. Les incertitudes qui l'entourent n'empêchent néanmoins pas le charme qu'elle qu'exerce.

SECTION 1 : L'interpénétration entre intérêt et autonomie

248. Le choix délicat du fondement de la protection. Poser la question du renouvellement de la protection du majeur induit l'idée de mouvement. Cela signifie que le stade actuel de la réglementation ne saurait demeurer tel quel. Il est appelé à évoluer et donc à subir des modifications. Par conséquent, les critères qui fondent l'action de la protection, aujourd'hui, seront différents de ceux de demain. C'est ce qui est pourrait se produire avec le paradigme de l'intérêt (PARAGRAPHE 1) et celui de la volonté et des préférences (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : La difficile saisie de la notion d'intérêt

249. Les tentatives d'appréhension de la notion d'intérêt. L'occurrence du terme d'intérêt se retrouve tant en droit français qu'en droits koweïtien et égyptien. L'évidence, quant à son utilisation par le législateur, est telle qu'une interrogation à son propos ne va guère de soi. Le juriste semble a priori savoir ce que ce terme désigne. C'est pourquoi ce dernier fait figure d'idée-force, d'idée principielle qui, à l'instar d'autres idées, semble s'imposer par la seule force de son existence. Or, une analyse serrée, pointue et profonde conduit à immédiatement mesurer l'ampleur de la difficulté quant à la délimitation de ce que recouvre la notion d'intérêt (A). Les nombreuses facettes, qu'offre en réalité cette notion, conduisent à s'interroger sur les critères utilisés par les législateurs pour fixer les contours d'une notion fuyante (B).

A. Essai de définition

250. L'étape définitionnelle. Le terme d'intérêt ne se laisse pas saisir aisément. Le définir se révèle être une entreprise hardie, pour ne pas dire hasardeuse⁶¹⁰. En effet, « *ce qui frappe d'emblée, c'est la pluralité des sens de l'intérêt et son caractère particulièrement évolutif dans le temps et selon les contextes* »⁶¹¹. La polysémie le caractérise. A cela, il faut ajouter que le sens de l'intérêt diffère en fonction de la nature de la protection, personnelle ou patrimoniale.

⁶¹⁰ Sur la notion d'intérêt, v. not. : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 14^e éd., Paris, PUF, 2020, pp. 566 et s. ; V. BARBE, C. GUILLERMINET, S. MAUCLAIR (dir.), *La notion d'intérêt(s) en droit*, Paris, IFJD, 2020. Il n'est pas inutile de noter que le dictionnaire de droit international public, préparé sous la direction du professeur Jean Salmon (Bruylant, 2001), ne contient pas d'entrée pour le terme d'intérêt.

⁶¹¹ K. LEFEUVRE, S. MOISDON-CHATAIGNER, « Que faut-il retenir ? », (SS. Dir.), *Protéger les personnes vulnérables. L'intérêt de la personne protégée*, Collection, Regards croisés, Rennes, Presses de l'EHESP, 2017, p. 81.

Il est évidemment loisible de discuter finement et, donc, profondément la séparation qui prévaut entre les deux acceptions de l'intérêt lorsqu'il s'applique à la personne ou à son patrimoine. Cela nous intéresse au premier chef, puisque la différence majeure entre le droit français et les deux droits arabes tient, précisément, à cette séparation afférente à la nature de la protection. Rappelons, à cet effet, que le droit arabe ne vise que la protection du patrimoine, alors que le droit français, à la suite de la réforme de 2007, est plus global, en protégeant à la fois le patrimoine et la personne vulnérable.

251. Une interprétation différenciée. La difficulté relative à la notion d'intérêt est l'ambivalence qu'elle emporte dans les droits internes et dans l'interprétation du Comité onusien en ce qui concerne les droits des personnes handicapées. En effet, si l'intérêt du majeur protégé est au cœur des trois droits étudiés, il se retrouve sous le feu des critiques du Comité onusien. C'est que la notion d'intérêt est intimement liée au paradigme des décisions substitutives. Un paradigme totalement et farouchement rejeté par le Comité des droits. Aux yeux de ce dernier, ce paradigme devra être supplanté totalement par le paradigme de la volonté et des préférences des personnes⁶¹². Nous pouvons lire, en effet, que « *le principe de l'intérêt supérieur n'est pas une garantie conforme à l'article 12 s'agissant d'adultes. [...] Toutes les formes d'accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique, y compris les formes d'accompagnement plus soutenues, doivent être fondées sur la volonté et les préférences de la personne, et non sur ce qui est perçu comme répondant objectivement à son intérêt supérieur* »⁶¹³. Ainsi, l'accompagnement, dont l'analyse se fera ultérieurement, a toutes les faveurs du Comité des droits. Est-ce la panacée ? Le débat est difficile et, surtout, il ne fait que commencer. Le renouvellement de la question de la protection devra-t-il désormais impérativement passer à travers la notion d'accompagnement ? Ce qui est déjà certain et évident, c'est que la volonté du Comité des droits de délaisser, voire de bannir, la notion d'intérêt mettra en difficulté davantage le droit koweïtien et le droit égyptien que le droit français. Ce dernier a, en effet, réalisé sa mue avec, tout d'abord, la grande réforme du 5 mars 2007 et, ensuite, les réformes ultérieures. Les deux droits arabes demeurent, quant à eux, assez figés dans un cadre légal poussiéreux. Les standards de la protection de la personne adulte au sein des deux droits arabes sont, rappelons-le, ceux qui sont appliqués aux mineurs. En effet, le Comité des droits « *marque une claire distinction entre l'accompagnement et la protection des personnes adultes, et celle des enfants, rompant avec une vieille tradition civiliste estimant que*

⁶¹² Pour l'analyse, voir PARTIE II, TITRE I.

⁶¹³ Comité des droits.

les dispositions prévues pour la protection des mineurs devaient s'appliquer à celles des majeurs, au risque d'un sentiment de minoration et de stigmatisation profondément ressenties par les personnes concernées »⁶¹⁴. Le renouvellement des deux droits arabes nécessitera un changement de regard sur ce qu'est la vulnérabilité et, précisément, la vulnérabilité de la personne adulte. La tâche ne sera guère aisée, croyons-nous. Les mentalités semblent pour l'instant encore ancrées dans des schèmes anciens et classiques. La personne est protégée parce qu'elle est dans l'incapacité d'exercer une quelconque autonomie. Et précisément, « la notion d'intérêt de la personne est plus complexe à cerner chez les adultes puisque le principe cardinal les concernant est l'autonomie de la volonté et la pleine capacité civile, qui empêchent toute intrusion extérieure, sauf exceptions encadrées »⁶¹⁵. En dépit des difficultés à cerner précisément la notion d'intérêt, qui pose, à cet égard, la problématique du ou des critères d'évaluation, il est loisible, à la suite des diverses recherches doctrinales, d'en brosser sommairement le portrait. L'intérêt dont il est question doit se réaliser à travers « la reconnaissance des principes de la recherche systématique du consentement éclairé, du respect des choix et de la participation de la personne »⁶¹⁶. Nous comprenons que l'appréhension de la notion d'intérêt ne peut véritablement se faire sur le mode de l'approche abstraite. La prise en compte de la subjectivité de la personne est, par conséquent, capitale. La difficulté dirimante en droit arabe est que cette approche subjective n'a pas d'assise procédurale. Nous avons pu mesurer, précédemment, combien les règles procédurales tenant à l'audition de la personne vulnérable, à la prise en considération de ses préférences, de ses sentiments, faisaient cruellement défaut en droit koweïtien et en droit égyptien. Le juge n'est pas obligé par le cadre légal à devoir saisir l'intérêt de la personne, telle qu'elle l'exprime elle-même⁶¹⁷.

⁶¹⁴ B. EYRAUD, « L'intérêt dans la Convention internationale de l'ONU pour les droits des personnes handicapées », in K. Lefevre, S. Moïsdon-Chataigner, (SS. Dir.), *Protéger les personnes vulnérables. L'intérêt de la personne protégée*, Collection, Regards croisés, Rennes, Presses de l'EHESP, 2017, p. 279. Pour rappel : « l'acte accompli par la personne frappée d'interdiction pour cause d'imbécillité ou de prodigalité, postérieurement à la transcription de la sentence d'interdiction, sera régi par les dispositions qui régissent les actes consentis par le mineur pourvu de discernement » (art. 115 Code civil égyptien). Cet article se lit à l'aune de l'article 111 qui est consacré aux mineurs : « 1) les actes accomplis par le mineur pourvu de discernement relativement à son patrimoine sont valables lorsqu'ils sont purement profitables, et nuls s'ils lui sont purement préjudiciables. 2) Quant aux actes qui peuvent être aussi bien profitables que préjudiciables au mineur, ils sont annulables si cela est dans l'intérêt de ce dernier ». La situation est identique quant au droit koweïtien.

⁶¹⁵ A. CARON-DEGLISE, « Postface », in K. Lefevre, S. Moïsdon-Chataigner, (SS. Dir.), *Protéger les personnes vulnérables. L'intérêt de la personne protégée*, Op. cit., p. 292.

⁶¹⁶ P. 82.

⁶¹⁷ P.-O. DANINO, « L'intérêt saisi par le juge », in K. Lefevre, S. Moïsdon-Chataigner, (SS. Dir.), *Protéger les personnes vulnérables. L'intérêt de la personne protégée*, Collection, Regards croisés, Rennes, Presses de l'EHESP, 2017, pp. 97 et s.

B. La multiplicité des critères

252. La pluralité des fondements. Les difficultés relatives à la définition de la notion d'intérêt obligent à poursuivre son appréhension par d'autres voies. Il est incontestable, en effet, d'« éviter l'écueil majeur d'une expression de la volonté bafouée, véritable 'prise illégale d'intérêt' en droit des personnes »⁶¹⁸. Cela est davantage conforme à un droit de la protection de la personne qu'à un droit de la protection du patrimoine. Nous avons pu relever, en effet, que les deux droits arabes sous étude faisaient peu de cas quant à l'individualisation de la mesure de protection. La conséquence est l'absence de la personne du cœur du dispositif judiciaire. La place réservée à cette dernière s'est révélée inconsistante, pour ne pas dire, inexistante. Le droit à la capacité juridique pour lequel milite le Comité onusien ne correspond pas, pour l'instant, à la configuration normative du Koweït et de l'Égypte. S'agissant du Koweït, le Comité des droits souligne que « la loi ne fait pas référence aux droits civils et politiques fondamentaux, tels que les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, la participation politique, la capacité juridique et l'égalité de reconnaissance devant la loi »⁶¹⁹. Ce constat peut être appliqué à la législation égyptienne, sans aucune difficulté. Il n'est pas excessif, au regard des standards relatifs aux droits fondamentaux communément admis aujourd'hui, d'affirmer que les deux droits arabes font preuve d'une certaine immaturité. L'intérêt dont il s'agit n'est pas véritablement celui de la personne protégée, mais bel et bien celui de sa famille, voire des cocontractants. Evidemment, le propos pourra encourir le risque d'une conclusion hâtive, voire incorrecte. Il n'empêche que l'analyse de certaines dispositions, comme celles relatives aux revenus de la personne interdite, confirme notre analyse. Nous avons pu relever, dans la partie précédente de notre recherche, la marge extrêmement faible laissée à la personne protégée. Il est vrai que la protection du patrimoine est plus sévère que celle de la personne. C'est pourquoi, le pouvoir d'intervention du protecteur en droit arabe est très ample. Il n'est pas excessif de dire qu'elle fait preuve de démesure. La mise à distance de la volonté de la personne protégée au nom de son intérêt semble contre-productive. Ce jugement pourrait sembler injuste si nous devions rappeler que les textes, dont il est question, sont anciens et que, du coup, la philosophie qui les irrigue était tout à fait convenable à l'époque⁶²⁰. Le souci

⁶¹⁸ K. LEFEUVRE, « L'intérêt et le droit sanitaire, social et médico-social », in K. Lefevre, S. Moisdon-Chataigner, (SS. Dir.), *Protéger les personnes vulnérables. L'intérêt de la personne protégée*, Collection, Regards croisés, Rennes, Presses de l'EHESP, 2017, p. 67.

⁶¹⁹ Comité KOWEIT, n° 16 « *By way of example, the Law does not refer to core civil and political rights, such as the rights to life, liberty and security of the person, political participation, legal capacity and equal recognition before the law* ».

⁶²⁰ Certains internationalistes (critiques) soulignent que la place des droits de l'homme était, avant les années 60, subsidiaire, pour ne pas dire inexistante, dans les manuels de droit. La raison est que les pays européens étaient

majeur est qu'en dépit d'une jurisprudence, assez peu connue d'ailleurs, puisque mal diffusée, la lettre de la loi civile organisant le droit des incapacités demeure vivace. C'est dire que l'adaptation indispensable ne s'est pas véritablement réalisée. Cela dit, nous croyons que l'effort jurisprudentiel, aussi important soit-il, ne pourra, à lui seul, combler les lacunes béantes et dépasser les contradictions importantes qui traversent le droit arabe des incapacités. La comparaison d'avec le droit français pourrait laisser croire que les équilibres sont aisément atteints et que l'intérêt de la personne protégée est savamment pesé. Si le hiatus qui prévaut avec l'état du droit arabe peut le laisser croire, il n'en est rien en vérité. En effet, tout d'abord, « *l'essor de la philosophie des droits de l'homme qui a pénétré jusqu'au cœur de la législation civile n'empêche cependant pas le législateur et la jurisprudence d'élever des bornes à la liberté individuelle du majeur protégé* »⁶²¹. Ensuite, les assauts dirigés contre le libéralisme des droits de l'homme en France par une grande partie de la classe politique laisseraient craindre une régression quant aux apports venant du droit supranational⁶²².

253. L'ambiguïté des droits de l'homme dans les pays arabes. La place et le rôle des droits de l'homme dans les deux pays arabes semblent offrir moins de garanties que ce qui prévaut en France. Le préambule de la Constitution égyptienne de 2014 souligne, quant à lui, que : « *Nous rédigeons une Constitution qui ouvre devant nous la voie de l'avenir et est conforme à la Déclaration universelle des droits de l'Homme, à la rédaction de laquelle nous avons participé et que nous avons approuvée* ». Bien que cette constitution consacre, pour la première fois, la valeur du droit international des droits de l'homme, le seul texte qu'elle mentionne

encore des pays colonialistes et que, donc, la question des droits de l'homme n'était guère au cœur du sujet, voire qu'elle était une question dont il fallait absolument taire la manifestation. Cela signifie que l'analyse des textes anciens (en dépit du fait qu'ils demeurent toujours d'actualité comme les textes des codes civils égyptien et koweïtien) doit se faire à l'aune du contexte de leur rédaction. Un contexte où la norme des droits de l'homme était absente. En revanche, il serait erroné de considérer que le maintien des textes en l'état, aujourd'hui, signifie la permanence d'une non prise en compte du droit des droits de l'homme. Dans un article assez ancien (*L'État de droit dans le monde arabe*), le professeur Ahmed Mahiou souligne qu'en « *conclusion, le débat sur l'État de droit et les revendications généralisées en matière de droits de l'homme conduisent incontestablement à une imprégnation progressive et irréversible des ordres juridiques nationaux par l'ordre juridique international, celui-ci étant étendu dans son sens le plus large, c'est-à-dire non seulement comme système de normes positives mais aussi comme vision juridique du monde. Il en résulte une quête de standards universels encouragée par l'effondrement des systèmes juridiques socialistes et l'avènement d'une sorte de société civile internationale qui accroissent la brèche ouverte dans la souveraineté exclusive de l'État* », A. MAHIOU, *L'État de droit dans le monde arabe*, art. préc., CNRS Editions, 1997, p. 29.

⁶²¹ G. RAOUL-CORMEIL, « Rapport introductif », *Op. cit.*, p. 27.

⁶²² En dépit de l'essor formidable du droit des droits de l'homme, il se pourrait qu'on enregistre des régressions assez importantes. Cela pourrait sembler assez improbable. Et pourtant, l'exemple de la France est symptomatique et fort éloquent quant à la réalisation de cette possibilité. La Convention européenne des droits de l'homme a été élaborée, en grande partie, par des juristes français. La France est légitimement connue dans le monde pour être la terre d'accueil des droits de l'homme par excellence. Mais que devons-nous conclure lorsqu'en 2023, la France procède à l'expulsion d'une personne en passant outre une décision de la CEDH qui pourtant l'avait interdite ! Voir *Le Monde* 1 décembre 2023.

explicitement est donc la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui n'a pas la force obligatoire d'une convention, même si une partie de la doctrine lui reconnaît valeur coutumière. L'article 93 de cette constitution dispose, ensuite, que l'État égyptien est engagé par les accords, pactes et conventions internationales des droits de l'homme qu'il a ratifiés et qui ont, dès leur ratification, « *force de loi* ». De même, selon l'article 151, les traités ont force de loi après leur publication. L'alinéa 1^{er} de l'article 70 de la constitution koweïtienne s'inscrit dans la même veine. Il dispose que « *l'Émir conclut des traités par décret et les communique immédiatement à l'Assemblée nationale avec le rapport approprié. Un traité a force de la loi après qu'il soit signé, ratifié et publié dans la gazette officielle* ».

Dans tous ces textes, les conventions internationales n'ont que « force de loi » ce qui signifie qu'en cas de contradiction entre une loi et un traité, le texte postérieur l'emportera même s'il s'agit d'une loi contraire à un traité ratifié antérieurement. L'Égypte a toutefois adopté, en août 2021, une loi (n° 137) qui amende la loi (n° 48 de 1979) sur la Haute Cour constitutionnelle en autorisant le Premier ministre à renvoyer à cette Haute Cour les décisions prises par les organismes internationaux ou les jugements rendus par des tribunaux étrangers pour qu'elle examine leur conformité à la Constitution. La loi autorise la Cour à ne pas tenir compte de ceux qu'elle jugerait contraires à la Constitution. Une telle disposition pourrait permettre à l'Égypte d'invoquer son droit interne pour échapper à ses obligations internationales.

Le constat que nous pouvons et devons formuler consiste à dire que la question afférente à l'intérêt de la personne protégée ne saurait se réduire à une 'simple' question de hiérarchie de normes. La question est plus profonde et plus complexe. La question a trait, de manière évidente, aux valeurs que véhiculent à la fois la sphère internationale et les valeurs inhérentes à chaque collectivité. C'est dire que, peut-être, la question ne saurait trouver une solution pérenne une fois pour toutes. Il est probable que la question de l'intérêt de la personne protégée soit constamment mise à l'épreuve. Et le sera, croyons-nous, puisque la norme juridique ne pourrait stabiliser les tiraillements, voire les tensions engendrées entre les deux sphères, internationale et nationale. Cela semble d'autant plus vrai que l'interpénétration des normes dont il s'agit met en cause des valeurs et, donc, des philosophies et des idéologies, qui parfois, auront du mal à cohabiter sous le même toit de l'ordre juridique. En effet, « *le droit n'est rien d'autre que le mode d'expression par lequel une collectivité énonce l'organisation dont elle s'est dotée. Il est un langage qui rend compte d'un fonctionnement, bien davantage qu'il ne*

désigne les choix qui se sont incarnés dans ce fonctionnement »⁶²³. Le terme de ‘paradigme’ utilisé par le Comité des droits à propos des mesures substitutives et de la volonté et des préférences des personnes exprime, nous semble-t-il, l’idée qu’il s’agit bel et bien de valeurs, plus que de norme juridique. « *Admettons-le* », nous invite le professeur Rémy Libchaber à considérer que « *le droit est un contenant plus qu’un contenu ; un mode d’expression et non pas les valeurs fondamentales qu’il permet d’exprimer. Il n’est pas assimilable à l’activité d’organisation elle-même, puisqu’il ne s’agit pour lui que d’exprimer, de formaliser des choix sociaux. En quoi il est absurde d’estimer, comme le font parfois les juristes, que le droit interdit ou impose tel ou tel choix fondamental* »⁶²⁴. Ainsi, La finalité de l’accompagnement éthique est de prendre une décision en dépassant un accompagnement substitutif. Il s’agit d’éviter que, d’une manière volontaire ou compassionnelle, ou encore pour gagner du temps, les tiers protecteurs fassent à la place de la personne protégée, souvent pour bien faire, mais au risque de l’oublier. L’accompagnement social a beaucoup évolué sur ce point depuis quelques décennies. Les règles juridiques posées par le législateur permettent de développer un accompagnement éthique pour sortir d’une appréciation binaire des capacités de la personne.

PARAGRAPHE 2 : Paradigme de la volonté et des préférences

254. Le risque de la non-réalisation. Adopter le paradigme de la volonté et des préférences comme le recommande, voire l’impose, le Comité des droits, nécessite immanquablement de revoir l’ensemble du dispositif, en premier lieu, et de revoir les relations qui prévalent entre le protégé et son entourage, en second lieu. L’importance de la priorité familiale dans le processus de la protection, voire de l’accompagnement à l’avenir de la personne vulnérable, conduit à se focaliser, non pas simplement sur la famille, chose déjà étudiée auparavant, mais sur l’ensemble des obstacles que celle-ci génère et produit. Pour ce faire, l’on abordera la situation qui prévaut au sein des deux pays arabes (A) et ensuite celle qui commande les solutions en droit français (B).

A. La configuration affectant les deux droits arabes

255. La manifestation de certaines difficultés substantielles. La manifestation de la volonté du majeur protégé est tributaire des acteurs chargés de la protection. L’étendue de cette

⁶²³ R. LIBCHABER, *L’ordre juridique et le discours du droit - Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Op. cit., p. 142.

⁶²⁴ R. LIBCHABER, *L’ordre juridique et le discours du droit - Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Op. cit., p. 142 et s.

manifestation se fait en fonction des pouvoirs reconnus aux protecteurs. Au vu de l'importance du principe de la priorité familiale, analysé antérieurement, nous focaliserons notre attention sur la cellule familiale afin de mesurer le potentiel handicapant ou facilitateur quant à l'expression de la volonté et des préférences de la personne vulnérable. La légitimité de la famille est évidente. Le consensus relatif à cette donnée ne fait aucun doute. Les limites afférentes, toutefois, à l'intervention de la famille vis-à-vis de la personne protégée doivent être mises en lumière. La conformité des législations nationales aux dispositions de la Convention relative aux droits des handicapés, précisément en son article 12, est en jeu. Le principe axiologique du fondement du droit arabe de la famille, qui réserve la primauté au père, figure tutélaire, concentrant un pouvoir exorbitant, ne joue pas en faveur de l'expression de la volonté de la personne protégée

266. L'axiologie culturelle affectant le droit arabe. Ce qui importe désormais au stade de notre réflexion, et précisément quant aux droits koweïtien et égyptien, c'est de mettre en lumière les obstacles qui entravent la libre expression de la personne protégée. Ainsi, en droit arabe, les pouvoirs des protecteurs familiaux sont cantonnés à des limites très fragiles. La prépondérance de la notion d'intérêt est telle qu'elle laisse véritablement peu de place à celle de la volonté et des préférences. La conformité avec l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées n'en sort pas indemne.

277. Liens entre droit de la protection et droit de la famille. C'est que le droit des incapacités dans les deux pays arabes étudiés fait partie intégrante du droit de la famille, sous le sceau du concept de statut personnel. Contrairement à ce qui prévaut en France, où le droit des incapacités (naguère) et de protection (aujourd'hui) fait partie du droit civil, cette branche en droit arabe est travaillée par beaucoup de notions provenant de la religion. Cela n'a guère empêché le mouvement de la codification de déployer ses effets. Tous les pays arabes ont aujourd'hui leur code de la famille... y compris l'Arabie saoudite, qui faisait pourtant figure de repoussoir à toute idée de transformation des règles religieuses⁶²⁵. Une codification toutefois qui demeure à l'abri du Code civil. Cet état de fait ne saurait, néanmoins, nous semble-t-il, perdurer. Des signes d'évolution, pour ne pas dire de modernisation, se manifestent, ici et là, et engendrent un mouvement de propagation d'un pays arabe à un autre. Rappelons que c'est l'Égypte qui a été le premier pays arabe à codifier son droit de la famille. Le Koweït ne l'a réalisé qu'en 1984. L'Égypte n'a pas regroupé son droit de la famille dans un texte unique et

⁶²⁵ L'Arabie saoudite a adopté son code de statut personnel en mars 2022, voir *Le Monde*, 16 avril 2023.

plusieurs lois continuent de régir des domaines différents (lois de 1920 et 1929 telles qu'amendées en 1985 pour le mariage et le divorce, loi de 1943 sur les successions, loi de 1946 sur les testaments, loi de 1952 sur la capacité, loi de 2000 sur la procédure, etc.). Un projet de réforme et d'unification de l'ensemble du droit de la famille des musulmans, présenté en 2021, a été retiré après avoir suscité de nombreuses critiques de la part de la société civile et des ONG de défense des droits des femmes en raison de son contenu particulièrement conservateur. Il exigeait, ainsi, pour la première fois, l'accord du tuteur de la femme pour pouvoir se marier. Un comité de réforme du droit de la famille a été nommé en juin 2022 par le ministre de la Justice et chargé de lui remettre des propositions dans un délai de quatre mois.

Cela étant dit, il est impératif de mesurer l'extrême importance de la codification du droit de la famille dans les pays arabes. C'est la clé qui permettrait de 'déverrouiller' le système qui a semblé à d'aucuns comme un dogme inatteignable et donc aucunement modifiable. Ainsi, « *la codification constitue une révolution d'une portée sans précédent dans l'histoire des pays de tradition musulmane. A bien des égards, en effet, elle vient bouleverser en profondeur le système des sources en vigueur et la finalité même de celui-ci : le pouvoir politique qui, en dépit d'exceptions de plus en plus nombreuses, restait privé de la possibilité de légiférer, devient désormais la source principale de la législation et, fait sans précédent, c'est lui qui décide de la place qu'il convient de reconnaître au droit musulman dans l'ordonnancement juridique. Le droit savant cède la place au droit étatique et la règle de droit qui puisait sa légitimité dans la volonté de Dieu la puise maintenant, au moins formellement, dans la volonté générale. Elaborée dans les cabinets des ministères et dans l'enceinte des parlements, sa désacralisation est certaine et son aptitude au mouvement ne paraît pas contestée* »⁶²⁶. La question du renouvellement possible quant à la protection de la personne vulnérable est tributaire des acteurs en présence. La protection se réalise-t-elle sous le prisme du religieux ou sous l'autorité de la norme positive étatique ? Les termes du débat ne sauraient être de même nature. La codification ayant mis fin au droit savant, il a été désormais possible d'envisager une évolution qui soit conforme aux standards apportés par la sphère internationale, incarnée, ici en l'occurrence, par la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Il ne faut cependant pas, lorsqu'il s'agit du droit de la famille au sein des pays arabes, se précipiter quant au diagnostic à établir. La norme religieuse demeure tapie derrière l'ordonnancement positif. Des auteurs estiment pourtant que la transition est désormais consommée et qu'elle est

⁶²⁶ L. GANNAGE, « Droit immobile ou droit en mouvement ? Quelques remarques à propos du droit musulman », *Op. cit.*, p. 231.

irréversible. En effet, « *si le fiqh continue de peser sur la réglementation de certains pans du droit, il ne le fait plus dans les mêmes termes ni selon les mêmes procédés. L'ordre ancien a été balayé par le droit étatique et avec lui les techniques et les méthodes d'interprétation traditionnelles du droit musulman. Une autre normativité est aujourd'hui à l'œuvre, elle procède d'une logique radicalement différente et si elle donne l'impression d'être encore gouvernée par le passé, c'est parce que la tradition est ici particulièrement tenace et qu'elle se réclame du sacré. Mais il importe de mesurer que c'est à présent l'État et lui seul qui décide non seulement de la place qu'il convient de lui accorder au sein du système juridique mais surtout de la manière dont il faut l'interpréter. L'autorité étatique peut dès lors procéder librement à l'inventaire de la tradition, en préserver les acquis tout en éliminant les règles et les institutions obsolètes ou discriminatoires* »⁶²⁷. Par conséquent, dès l'instant où la norme régissant la protection de la personne vulnérable est sous l'autorité de l'État, il est loisible d'entrer dans la discussion et l'analyse, comme en droit français, pour envisager l'évolution opportune. Cependant, c'est ici que le bât blesse, puisque nous continuons à croire que des obstacles importants jonchent encore la route vers la modernisation espérée. Des entraves continuent à s'élever sur le chemin de l'amélioration de la condition de la personne protégée, en dépit de la codification.

Parmi les difficultés assez dirimantes, qu'il y a lieu d'identifier, il y a celle de l'acceptation sociale des nouvelles normes par la société et celle afférente à l'interprétation par les juridictions.

278. La problématique de la réception sociale. La première difficulté s'articule autour de l'absence de connexion entre la nouvelle norme et son acceptabilité sociale. Le législateur des deux pays arabes étudiés pourrait, sans difficulté, introduire de nouvelles réformes et, donc, accoucher de nouvelles normes plus respectueuses de l'autonomie de la personne protégée. Il suffira au pouvoir législateur de faire jouer la 'mécanique' de la hiérarchie des normes et de

⁶²⁷ Op. cit, pp. 245 et s. (souligné par nous). Toutefois, il y a encore des auteurs qui affirment que le changement n'est pas véritablement advenu. Le professeur Sélim Jahel en fait partie. « *Sans doute peut-il paraître surprenant qu'en cette fin du XX^e siècle, il se trouve encore sous les fenêtres de l'Europe, des législateurs qui traitent le droit de la famille avec des instruments juridiques tirés du fond des âges, écorchant, comme il n'est pas supportable, nos sacro-saints principes d'égalité. Mais l'on oublie trop facilement qu'il s'agit là d'un monde différent du nôtre qui a des valeurs spirituelles, morales et humaines propres à lui et auxquelles les populations qui le constituent sont fortement attachées, non pas seulement en raison de leurs convictions religieuses, mais sans doute aussi, par la force de traditions séculaires qui ont donné à la société musulmane le visage que nous lui connaissons* », S. JAHÉL, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Op. cit., p. 153 et s. La position de cet auteur nous semble à la fois excessive et, par certains aspects, erronée. Affirmer qu'il y a une séparation claire entre le monde occidental (européen) et le monde musulman quant aux valeurs de liberté et d'autonomie n'est pas exact.

justifier les réformes par l'indispensable alignement des législations sur les standards internationaux relatifs aux droits de l'homme pour faire admettre de nouvelles règles juridiques. L'efficacité d'une nouvelle norme est souvent tributaire de l'ancrage qu'elle peut avoir au sein du tissu social auquel elle est destinée. Les nouveaux textes qui donneraient davantage de liberté et de pouvoir à la personne protégée pourraient se heurter aux pratiques sociales, économiques et judiciaires qui vont les gêner quant au déploiement des effets libérateurs. L'impact de la nouvelle norme sur le corps social serait d'une amplitude assez faible. La rupture du lien conjugal est souvent donnée en exemple quant au hiatus qui prévaut entre le dire de la norme et la réalité sociale. Souvent nous trouvons, dans la littérature savante consacrée au droit musulman qui fonde le droit de la famille, que, par exemple, « *le mariage musulman consacre l'infériorité de la femme* »⁶²⁸. Or, les nombreuses réformes opérées par les législateurs arabes ont conduit à rompre, de manière assez claire, avec le système patriarcal. Le traitement réservé à la femme dans la relation conjugale tranche avec les pratiques du passé. Cependant, l'observation des pratiques révèle la persistance des schémas antérieurs, laissant croire à l'absence de toute règle juridique libératrice. Le poids de la culture et des traditions est encore structurant⁶²⁹. Il est possible d'en conjecturer la fin prochaine. Des éléments divers vont en ce sens. A dire vrai, personne n'est en mesure d'avancer un propos certain. La trame des rapports sociaux est toujours difficile à analyser et il est encore plus difficile de prévoir son devenir. Les pratiques sociales sont, par conséquent, assez déterminantes.

279. La problématique de l'interprétation. La seconde difficulté a trait au pouvoir d'interprétation des juges. Les réformes juridiques adoptées par les différents législateurs doivent aussi être mises en œuvre par les tribunaux, auxquels est reconnu un large pouvoir d'appréciation. C'est à eux qu'il va revenir de qualifier les faits, d'évaluer les preuves, de fixer le montant de la compensation financière ou d'attribuer la garde des enfants. Tant l'ambiguïté et le manque de précision du langage utilisé par les codes que le choix du législateur de s'en remettre au juge pour trancher des questions aussi controversées que l'autorisation de polygamie ou la délivrance de dérogation au mariage des mineurs placent les juges au cœur du

⁶²⁸ A. LECA, *Droit musulman*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2021, p. 116.

⁶²⁹ « *De même, les pressions sociales et familiales tendront bien souvent à dissuader les femmes de demander le divorce, surtout si elles ont des enfants en bas âge. L'idée reste que la famille, unité de base de la société, doit être préservée et protégée, même aux dépens des sentiments personnels de la femme. Le déshonneur d'un divorce rejaillira sur sa famille et sur ses propres enfants. Des stéréotypes basés sur le genre persistent en effet souvent au sein de la société. Une épouse qui se battra pour obtenir le divorce sera considérée comme responsable de la destruction de son foyer, même si sa demande est le résultat de mauvais traitements infligés par son mari. Elle sera stigmatisée et soumise à l'opprobre de la société. De crainte de porter atteinte à leur réputation et à celle de leur famille, un grand nombre de femmes ne profiteront ainsi pas des droits dont les réformes législatives ont pu les doter* », N. BERNARD-MAUGIRON, *Droit contemporain des pays arabes*, Op. cit., p. 1052.

dispositif de réforme du droit de la famille. Or, ils restent le produit de leur société, dont ils vont véhiculer les valeurs. Le risque est grand de les voir prendre en considération davantage les conventions sociales que l'esprit de la loi et d'adopter une interprétation des codes de la famille allant à l'encontre de l'esprit de ces textes.

B. La mosaïque du droit français

280. L'élasticité des liens familiaux. Le droit français tente, également, d'essayer d'échapper aux aspects nocifs que pourrait apporter la famille sur la personne protégée. Le principe de la priorité familiale est affirmé avec force par la loi du 5 mars 2007. *« Pour autant, de la théorie à la pratique, il y a bien plus qu'un pas et la démarche des familles peut se révéler en la matière, selon les circonstances, naturelle, efficace, simple, mais aussi hésitante, fuyante, méfiante, rebelle, à tout le moins fort complexe, y compris quand la concorde et la loyauté semblent régner »*⁶³⁰. Il n'est pas inutile de rappeler qu'en France, la place importante de la famille dans le processus de la protection tient également aux raisons de l'économie budgétaire. Cela ne se retrouve guère dans les droits des pays arabes. Il a été souligné, auparavant, que la place de la famille est tributaire de la norme religieuse qui continue encore à dicter sa loi quant aux affaires afférentes au statut personnel et donc à la protection de la personne vulnérable. En dépit de cette différence, il y a une idée centrale qui relie les trois droits quant à la place de la famille par rapport à la personne protégée. C'est celle simplement de la légitimité. En effet, la personne est mieux protégée par les personnes de sa famille, parce que ce sont des personnes qui connaissent, par principe, mieux que les autres, la vulnérabilité, les sentiments et les préférences de la personne en question. Autrement dit, l'objectif même du maintien de la capacité juridique est mieux assuré par le principe de la priorité familiale.

« Quel que soit le contexte, quel que soit le moment, la famille restera toujours le miroir de l'identité et de la protection de la personne vulnérable, entre ombre et lumière, entre amour et désamour parfois. La place de la famille doit donc constamment être réinterrogée, que la mesure soit confiée par le juge des tutelles à un ou plusieurs membres de la famille, partagée entre la famille et un professionnel mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM), ou même encore lorsque la mesure est pleinement exercée par un professionnel ».

⁶³⁰ K. LEFEUVRE, « Introduction », *Op. cit.*, p. 24.

Et nous avons déjà vu qu'en droit français, c'est l'idée d'une proximité affective qui, au sein du principe même de la priorité familiale, occupe un rang supérieur.

SECTION 2 : L'émergence de l'idée d'accompagnement

281. L'affleurement d'une notion fuyante. S'intéresser à la manière dont la Convention relative aux droits des personnes handicapées et le Comité appréhendent l'autonomie permet, ainsi, de tenter de réconcilier cette notion avec celle de protection (PARAGRAPHE 1). Elle permet surtout de découvrir la conséquence de cette tension qui est l'idée d'accompagnement. Ainsi, envisager les évolutions du système juridique de protection des majeurs au regard de la CDPH pourrait permettre de pallier certaines de ses lacunes actuelles (PARAGRAPHE 2). Il n'empêche, disons-le d'emblée, qu'il nous semble très peu probable à court, voire moyen terme, d'arriver à réaliser cette idée d'accompagner la personne vulnérable. C'est une idée séduisante. En revanche, elle demeure entourée d'un grand mystère.

PARAGRAPHE 1 : L'affleurement de l'accompagnement

282. Le souffle de la sphère internationale. Si la Convention relative aux droits des personnes handicapées donne la part belle à l'autonomie, est-ce au point de la considérer comme un dogme qui justifierait de laisser des personnes mourir avec leurs droits intacts ? L'autonomie signifie-t-elle inéluctablement la solitude, le délaissement, la négligence ?

Pour comprendre la philosophie qui a influencé le texte de la Convention, il convient de rappeler qu'il s'agit d'un instrument inédit en droit international qui tient à la participation, sans précédent, de la société civile dans son processus de négociation. Les organisations représentatives de personnes handicapées ont, en effet, été largement parties prenantes de son élaboration⁶³¹. L'influence de celles-ci a donné lieu à des modifications profondes du texte et a largement contribué à lui insuffler un esprit tout à fait favorable à l'autonomie et à l'indépendance des personnes handicapées. Les membres actuels du Comité des droits des personnes handicapées sont issus de ce même mouvement et sont dans la grande majorité des « *experts par expérience* ». Leur position mérite donc d'être étudiée avec attention et comprise

⁶³¹ J. E. LORD, D. SUOZZI, A. L. TAYLOR, Lessons from the Experience of U.N. Convention on the Rights of Persons With Disabilities : Addressing the Democratic Deficit in Global Health Governance : *The Journal of Law, Medicine & Ethics : A Journal of the American Society of Law, Medicine & Ethics* 38, 2010, n° 3, p. 564.

avant d'être qualifiée d'idéaliste, d'extrême ou de radicale. Tentons donc de comprendre l'esprit et le texte de cette Convention.

L'accompagnement escompté est celui qui vise à susciter les facultés résiduelles de la personne. En effet, le Comité onusien considère que toute personne possède des capacités et des ressources mobilisables. C'est vers ces capacités là qu'il faut désormais se tourner, afin de les exploiter. Les droits nationaux ne vont pas suffisamment, voire pas du tout dans cette direction.

283. Une relecture des textes domestiques. En réalité, l'idée de l'accompagnement pourrait signifier que la qualité des textes normatifs à l'heure actuelle, et nous visons, par-là, le droit français, et nullement les deux droits arabes, n'est pas en mesure de livrer une protection optimale. Les mesures substitutives et leur cortège de garanties semblent épouser une conception qui ne doit pas être aux yeux du Comité et donc par rapport à cette idée de l'accompagnement la meilleure. Il se pourrait dès lors que l'accompagnement visé ne se soit pas encore manifesté. Le débat serait par conséquent biaisé, puisque l'on va confronter des textes positifs à la pratique subséquente et une notion qui est à proprement à venir. Il n'est pas exclu de considérer que le Comité lui-même n'a pas en tête la figure définitive et concise de ce que devrait être l'accompagnement. Son positionnement est, en revanche, placé sous le prisme d'une critique 'radicale' des dispositions normatives actuelles, où qu'elles se trouvent, en France ou dans le monde arabe.

284. Une discordance dans l'appréhension des réponses opportunes. La difficulté est accrue lorsqu'on sait que les réponses apportées par les acteurs concernés dans le monde de la protection des majeurs quant aux défaillances relevées, ici et là, ne correspondent pas manifestement avec ce que le Comité souhaite faire advenir. En effet, les réponses tenant au manque de moyens, à l'indispensable changement de pratiques, de mentalités, etc. ne semblent guère convaincre le Comité. L'accompagnement permet, en revanche, de mettre à nu les nombreux dysfonctionnements que connaissent les trois droits. Une mise à nu toutefois assez radicale. Le remède ne semble pas être, par conséquent, de simples interventions classiques, voire banales du législateur. Il doit être aussi radical que la critique.

L'article 12 n'est pas incompatible avec la représentation lorsqu'elle est justifiée et proportionnée à la situation.

Par ailleurs, si l'accompagnement devait mettre la personne protégée au même niveau qu'une personne dite 'normale', il faudrait, et le Comité est clair sur ce point, en tirer les conclusions logiques. La manifestation de la volonté de la personne accompagnée sera limitée par la loi et

par les considérations de l'ordre public. Les droits des tiers seront dès lors respectés. Le régime de la responsabilité sera donc facilité dans son déploiement. Et si la notion de l'accompagnement était également un révélateur du prisme à travers lequel le juriste civiliste analyse la situation. Son appréhension quant à l'affleurement de cette notion, alors même qu'il se fait le chantre de l'évolution et de la nécessaire modernité du droit, pourrait laisser trahir un décalage dans sa perception. Les outils qui sont les siens pour analyser les situations 'en émergence' ne sont peut-être plus adaptés. Le juriste civiliste est-il, en définitive, le seul (encore) à devoir réfléchir à cette problématique ?

Il ressort de cette situation, qu'il faut toujours tenir bon. On finit toujours par triompher.

PARAGRAPHE 2 : Les 'désillusions' de l'accompagnement

285. La difficile réalisation de la position du Comité. Que le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU encourage, pour ne pas dire davantage, les États parties à se départir du paradigme de l'intérêt et des mesures substitutives pour aller de manière irréversible vers le paradigme de l'accompagnement est une chose. Que le civiliste participe à cette démarche à travers une réflexion juridico-politique en est une autre. Les deux voies pourraient sembler complémentaires. A travers son savoir, le juriste mettra au service d'un projet politique, celui du Comité, la plateforme opportune pour 'aiguiller', voire guider, le législateur⁶³² dans cette démarche. N'avons-nous pas écrit que le politique est le véritable acteur et que le juriste n'est que la 'maquilleuse'⁶³³. La réalité est pourtant plus complexe, voire difficile, à appréhender pour le juriste. Non pas seulement parce que cette réflexion s'inscrit dans la veine du droit prospectif, que d'aucuns ne fréquentent guère⁶³⁴. La problématique majeure qui

⁶³² R. LIBCHABER, « La doctrine politique », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc – Le juriste dans la cité*, Paris, LGDJ, 2018, p. 601 et s. L'auteur affirme que « derrière ce désir, on pourrait aussi exciper d'un certain épuisement du positivisme, dans sa conception technique. L'effort consistant à synthétiser la manière dont la règle de droit est conçue et appliquée n'a pas résisté à l'individualisme contemporain, au désir que chacun éprouve de prendre parti sur la teneur du droit, c'est-à-dire, exprimer un point de vue subjectif sur les règles les mieux acquises » (p. 614). L'auteur est lucide sur cette activité nouvelle qui pourrait laisser craindre, par la suite, des confusions malheureuses. Il souligne que « sous couvert de la plus parfaite objectivité technique, les juristes prennent le risque d'un subjectivisme d'autant plus délétère qu'il ne s'avoue pas. Car l'idéologie s'exprime à travers chacun d'entre nous : on n'en repère l'influence que chez les autres, quand chacun croit exprimer sa pensée propre en toute transparence. Pourtant, la neutralité axiologique de la doctrine, patiemment conquise, peut et doit encore nous apparaître comme une valeur positive à laquelle il faut continuer de ménager une place » (p. 615).

⁶³³ A. PELLET, « Contre la tyrannie de la ligne droite – Aspects de la formation des normes en droit international de l'économie et du développement », *Op. cit.*, pp. 287-355 (Cours à l'Institut de droit international public et des relations internationales de Thessalonique, 1988)

⁶³⁴ Le droit prospectif est frappé d'un certain coefficient d'incertitude. Il n'empêche, une grande partie de la doctrine élabore des recherches sous le prisme de ce droit.

apparaît est de pouvoir trouver l'équilibre entre le constat effectué quant à la qualité de la réglementation positive et les aspirations du Comité des droits. Les objectifs de ce dernier ont déjà été présentés et discutés. En dépit de la différence capitale qui existe entre le droit français et les deux droits arabes étudiés, le Comité adopte une solution unique et identique : la suppression des mesures substitutives et le remplacement par des mesures d'accompagnement. La capacité juridique de la personne majeure ne doit souffrir d'aucune réduction. Il est possible de discuter la position du Comité qui semble n'en avoir qu'une seule et unique, faisant fi, manifestement, des contextes et des différences substantielles des cadres normatifs. En effet, demander, par exemple, au Koweït qui ne connaît à l'instar de l'Égypte que la protection du patrimoine, d'adopter la même solution préconisée pour la France qui a introduit des changements profonds dans sa législation interroge. Ne serait-il pas raisonnable, voire conforme à une saine logique des choses, d'appeler le Koweït, par exemple, à élaborer des normes qui protègent la personne en elle-même d'abord ? Il est évident que le droit arabe élimine tous les renvois inopportuns et malheureux entre la figure du mineur et du majeur, afin de mettre un terme à l'infantilisation de la personne protégée. Ce chantier est déjà fort ample, en lui-même. Les recommandations du Comité des droits envers le Koweït, comme elles le seront, sans surprise, demain pour l'Égypte, semblent constituer un saut d'une ampleur telle qu'il fait figure d'une grande illusion. En matière législative, le mieux est l'ennemi du bien, également⁶³⁵. Par ailleurs, il est évident que tant le droit de la protection, que demain, (peut-être) de l'accompagnement, baignent dans un environnement éthique important. Protéger ou accompagner : n'est-ce pas d'abord des interrogations éthiques avant d'être, par la suite, juridiques ? La notion même d'accompagnement, fuyante et rebelle à toute définition concise, semble davantage concernée par l'éthique que la notion de protection. Ainsi, « *dans le domaine de la protection juridique des personnes vulnérables, la question de l'éthique se pose et s'impose parce qu'elle bouleverse, dans tous les sens du terme, la question capacitaire, celle des droits et des libertés individuelles et du rapport à la protection et à la contrainte. Ce qui est nouveau n'est donc pas de poser la question éthique dans l'accompagnement des plus vulnérables, mais bien celle de sa formalisation, son ampleur et ses modalités les plus pertinentes* »⁶³⁶.

⁶³⁵ Il n'est pas inutile de faire, ici, le parallèle avec la question du réchauffement climatique des pays du Nord et du Sud.

⁶³⁶ K. LEFEUVRE, S. MOISON-CHATAIGNER, « Introduction », in *Regards croisés*, 2017, p. 19. Les auteures soulignent que « *c'est un sujet âpre et délicat, car ce n'est pas une petite affaire. Reste à relever le défi majeur et à faire en sorte que l'éthique conceptuelle devienne une éthique du quotidien, dont l'ambition est l'adéquation entre les valeurs proclamées et la réalité des actes de la vie, en dépit des contraintes, car il serait illusoire de les*

286. L'indispensable réflexion extra-juridique. C'est dire, qu'en définitive, qu'il n'y a pas que le droit qui coule dans les veines de la réflexion qui est demandée au juriste. Des aspects extra-juridiques entrent en considération. Leur importance est telle, qu'il n'est pas exagéré de s'interroger sur la pertinence du juriste à apporter les 'bonnes' réponses, du moins, les réponses opportunes. Il nous semble que la complexité du sujet conduit, induit à l'obligation de mener une analyse pluridisciplinaire sur la question. Cette analyse permettra de mieux saisir les limites de la loi, en mettant en exergue que celle-ci ne saurait tout résoudre⁶³⁷. La problématique est plus vaste.

287. Des conséquences différenciées. Ce qui nous semble évident, c'est que le traitement de la question du passage d'un régime de protection vers celui de l'accompagnement ne saurait apporter les mêmes réponses pour le droit français et pour les droits koweïtien et égyptien. Les différences entre les corpus normatifs actuels interdisent toute synthèse unique. Il serait aisé de considérer que le droit arabe ira dans un mouvement de transformation vers une configuration assez proche que celle qu'adopte le droit français aujourd'hui. C'est peut-être le cheminement qu'il l'attend. Il est même le plus probable, puisque le plus logique. Or, à peine cette perspective dévoilée, les fourches caudines du Comité des droits de l'ONU surgissent. Avec son observation générale numéro 1, tel un code de la route, le Comité des droits affirme haut et fort que ce n'est guère la 'bonne' route. Il y a plus : dans l'autoroute des droits, où la personne humaine est parée de tous les atours, la route déjà parcourue par le droit français est en définitive impraticable. Voilà de quoi laisser perplexe, voire perdu, le juriste arabe qui pourrait finir par croire en l'inutilité du droit comparé. A quoi bon réaliser des études de droit comparé si les apports de cette discipline ne seront d'aucune aide concrète ? A moins, que le juriste d'aujourd'hui finisse par comprendre que le véritable apport du droit comparé contemporain

nier. À partir de la proclamation de telles valeurs, il est alors possible d'inventorier tous les possibles, de choisir et, donc, d'agir par une action concrète au profit de la personne protégée. Une vraie politique dédiée à et pour l'éthique se doit donc d'être pilotée et portée par des dirigeants convaincus. Il leur revient d'insuffler cette méthode réflexive pour que l'éthique ne soit pas que la cerise sur le gâteau, mais le gâteau lui-même. Retenons que si l'éthique n'est pas une petite affaire, elle devient l'affaire de tous, car l'éthique nous oblige ».

⁶³⁷ Le professeur Libchaber met en lumière les paradoxes de la situation française, qui présente « *un corps de droit apparent [et] dissimule une administration omniprésente* ». Il affirme que « *le droit français fournit l'exemple d'un fonctionnement juridique en demi-teinte. Quelque attachement que nous ayons pour le système national, il convient de reconnaître que la régulation de la société y est plus administrative que juridique [...]. La voie proprement juridique est ouverte dans les apparences, mais délaissée en réalité. L'opacité de la régulation administrative lui est souvent préférée, ce dont il n'est pas facile de bien rendre compte. Car la France est trop soucieuse des apparences pour laisser apparaître les réalités souterraines de la régulation, ce qui oblige à une attention minutieuse pour faire apparaître diverses techniques d'esquive* », *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Op. cit., p. 166.

est l'alignement généralisé de toutes les législations sur un seul et unique système, en l'occurrence ici, celui proposé et promu par le Comité des droits.

La différence de traitement quant aux réponses qu'il faudra apporter, tant pour le droit français que pour les deux droits arabes, ne nous conduira pas, cependant, à soumettre une réflexion en deux temps, l'une pour le droit arabe et l'autre pour le droit français. Nous privilégions, en dépit d'un équilibre parfois délicat à exprimer, l'exposition d'une pensée globale qui permet de mieux mettre en exergue la substantifique moelle que nous avons envers cette notion d'accompagnement, à savoir l'impossibilité de sa réalisation⁶³⁸.

288. La perplexité face à la notion d'accompagnement. Par conséquent, nous le disons d'emblée : nous ne croyons pas en la notion d'accompagnement. Toutes proportions gardées, celle-ci pourrait laisser penser l'idée de la paix par le droit ! Une idée séduisante mais dont la moisson est mince⁶³⁹. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si, sous la plume d'un grand nombre de civilistes, l'idée d'accompagnement est décrite comme assez irréaliste. Cependant, dès l'instant où cette notion est invoquée, voire ardemment défendue par le Comité des droits, il n'est guère possible, tant pour les États parties à la CIDPH que pour les juristes spécialistes de la discipline de la protection, de ne pas la prendre au sérieux.

Cette notion d'accompagnement vient questionner la pertinence des modèles actuellement en vigueur dans les trois pays étudiés. C'est, par conséquent, une notion perturbatrice (A). Il ne faut pas simplement, croyons-nous, s'arrêter à ce côté-ci. Il faut, au contraire, aller au-delà et considérer que l'idée d'accompagnement pourrait être une source de renouvellement des normes positives (B). Être toutefois une source de renouvellement ne signifie guère qu'il faille transformer le cadre juridique dans le sens voulu par cette notion. Le bénéfice de celle-ci pourrait même, aussi paradoxal que cela puisse paraître, faire admettre qu'en réalité, l'idée de

⁶³⁸ L'usage du terme impossible pourrait sembler inadéquat. On pourrait nous reprocher la radicalité de ce terme et surtout notre incapacité à démontrer en quoi, dans l'absolu, la réalisation concrétisée de la notion d'accompagnement serait impossible. Nous voudrions clarifier notre propos en le relativisant d'un point de vue temporel : ce que nous estimons impossible s'inscrit, pour nous, dans le cadre du réalisable à notre échelle. Autrement dit, nous croyons, qu'à court et moyen terme, la notion d'accompagnement ne sera pas effective dans les trois droits étudiés. Pour le long terme, nous emprunterons la réflexion et la phrase attribuée au prix Nobel d'économie John Maynard Keynes : « *sur le long terme, nous serons tous morts...* ».

⁶³⁹ L'idée de la paix par le droit a connu un grand succès entre les deux Guerres mondiales. On voulait atteindre ce qui est convenu d'appeler le pacifisme juridique. Malheureusement, le déclenchement de la Seconde Guerre mondiale a mis en échec cette idée.

protection est, pour le moment, indépassable. Et évidemment, un système indépassable ne signifie guère un système rebelle à la perfectibilité.

A. L'accompagnement en tant que notion perturbatrice

299. Les incertitudes. Dans une formule synthétique, nous pourrions considérer que l'accompagnement est vu comme le remède à un mal dénommé incapacité. L'accompagnement se marie harmonieusement avec le concept de la dignité humaine. Le régime de l'incapacité constitue la face diamétralement opposée. Avec l'accompagnement, la personne est à l'initiative de cette 'protection' améliorée ou nouvelle, contrairement à ce qui se déroule actuellement, où une certaine littérature pourrait laisser croire que la personne y est contrainte. Avec l'idée d'accompagnement, c'est en fait la personne qui délimitera le pouvoir de celle qui va l'accompagner, et non plus le législateur qui, au nom de la conception 'honnie' de l'intérêt, détermine ce qui est possible de faire ou non. Ainsi, c'est la personne elle-même qui choisira quel est son intérêt et comment elle souhaite qu'on la soutienne pour pouvoir le réaliser. Evidemment, dans ce cadre, la tutelle n'a strictement aucune place. La curatelle simple et les mesures d'anticipation seront aménagées pour que la capacité de la personne soit hors d'atteinte. La notion d'accompagnement vient sinon supplanter le système en place, du moins le bousculer tellement fortement, que sa structuration risque une rénovation complète. Les conséquences, quant à ce choix, seront telles qu'elles affecteront l'ensemble des intervenants dans le processus de la protection. Les pouvoirs de la personne 'protégée', ceux de celle qui sera chargée de l'accompagnement et les autorités judiciaires, devront subir un nouveau dessin. La question cruciale de la sécurité juridique avec les tiers occupera une place éminente dans le nouveau dispositif⁶⁴⁰. Le principe du consentement sera au cœur des nouvelles dispositions. La responsabilité des uns et des autres deviendra une question brûlante.

En effet, si protéger reçoit les réponses juridiques opportunes, notamment avec l'ensemble des garanties procédurales nécessaires, il semblerait qu'accompagner créerait des poches d'incertitudes que la jurisprudence devra combler, mais à quel prix ?

En réalité, la notion d'accompagnement, à travers les perturbations axiologiques qu'elle adresse aux dispositifs actuels, permet d'ouvrir de nouveaux champs quant à la manière dont la protection se 'fabrique' et se vit. Il y a unanimité, par exemple en France, pour considérer que

⁶⁴⁰ S'agissant de cette question, se reporter à PARTIE II, TITRE II, CHAPITRE 4.

le droit français, issu de la réforme du 5 mars 2007, est un droit bâti sur le principe de la dignité humaine. Evidemment, il est toujours possible d'aller de l'avant et de vouloir appliquer ce principe de la dignité de manière améliorée. Le système n'est guère fermé quant à sa perfectibilité. La notion d'accompagnement permet, par conséquent, de révéler, de mettre à nu, les insuffisances et les manques afférents aux cadres normatifs actuels.

300. Le droit arabe sous le prisme des droits de l'homme. La notion d'accompagnement permet de la sorte, s'agissant du droit arabe, de mesurer son éloignement par rapport aux standards du droit des droits de l'homme. Continuer aujourd'hui à vouloir protéger le patrimoine, sans protéger la personne qui le détient, semble assez '*hérétique*' au sein de notre monde globalisé. L'hérésie viendrait d'une forme de non-croyance encore dans les vertus libératrices des droits de l'homme. Qu'il nous soit permis de croire que le Comité des droits de l'ONU s'inscrit dans la veine d'une 'croyance' en la régulation des comportements *via* le modèle des droits. Avec toutes les particularités qui sont les siennes, en termes de composition, notamment, et qui doivent contraindre à une analyse circonstanciée, nous pensons que nous sommes face à une 'croyance' bien établie dans le droit des droits de l'homme. Le terme générique d'accompagnement est suffisamment ample pour inclure et viser tant la loi que les pratiques. Cela induit, s'agissant de l'exemple français, l'impossibilité de se soustraire à la critique en excipant de la bonne qualité du tissu normatif mais d'une pratique assez contestable. Même si la distorsion entre la théorie et la pratique est soulignée et que d'aucuns admettent, il n'empêche que la profondeur de la critique, que porte la notion d'accompagnement, vient pulvériser le modèle au point de le rendre impraticable en l'état. Il ne s'agirait donc plus de laisser le droit tel qu'il est et de s'occuper à améliorer la pratique, mais bel et bien de larguer les amarres d'avec le système actuel pour pouvoir naviguer vers de nouveaux horizons. Pour le droit arabe, c'est d'une révolution copernicienne dont il s'agira. Le hiatus entre le modèle escompté par le Comité des droits et le système actuel est tel que c'est l'idée de remplacement total dont il faudra parler. Adopter le modèle voulu par le Comité à l'endroit du Koweït et de l'Egypte signifierait, non pas d'élaborer une protection de la personne *stricto sensu*, chose qui, répétons-le, n'existe pas pour l'instant, mais d'accompagner la personne afin qu'elle puisse avoir le droit d'avoir des droits. Il se pourrait que, dans l'esprit des membres du Comité des droits, la transformation devra s'opérer de manière progressive. Or, aucune trace de cette philosophie n'apparaît distinctement dans le rapport concernant le Koweït. Le Comité recommande l'abrogation des mesures substitutives pour les remplacer par les mesures du paradigme fondé sur la volonté et les préférences. Le saut est vertigineux. Qu'il nous soit permis

de douter de la saisie véritable des destinataires quant à la portée de cette recommandation. Les obstacles sont, nous semble-t-il, plus qu'escamotés. Ils sont purement et simplement niés !

301. Les transformations normatives redoutées. La perturbation que produit la notion d'accompagnement, quant à l'état des cadres juridiques actuels des trois pays étudiés, est telle qu'elle laisse le juriste songeur. Les civilistes français estiment que le droit de la protection, issu notamment de la réforme du 5 mars 2007 et de toutes les modifications subséquentes, est fortement fondé sur la dignité. Ils louent la capacité de la réglementation française à avoir pu trouver un point d'équilibre dans ce qui est résumé par l'idée-force de protéger sans diminuer⁶⁴¹. Ils s'inquiètent, dès lors, du projet qui veut lever tous les freins à l'autonomie et donc rompre cet équilibre, si délicat, qui a mis des années à voir le jour. Les juristes arabes devraient également s'inquiéter fortement des implications d'une transformation radicale, qui donnerait à la protection une image tellement déconnectée du vécu des personnes et du milieu culturel au sein duquel elles évoluent, et du fait que c'est un bond en arrière dont il s'agira. Dans les deux pays concernés, nous avons déjà mis en lumière que le droit de la protection est encore immergé dans des structures mentales relevant de la religion musulmane. La transformation du droit positif, qui fera passer le droit de l'incapacité à l'accompagnement, ne sera pas simplement incomprise. Il sera, nous le craignons, mal appliqué, puisqu'inapplicable. L'application de la loi n'est jamais une opération mécanique. Elle est davantage que cela. Elle est en tout cas tributaire de la compréhension et de la réceptivité du corps social.

B. L'accompagnement en tant que source de renouvellement

302. L'incontestable apport de la notion d'accompagnement. La notion d'accompagnement pourrait, sous certaines conditions, favoriser l'autonomie du majeur protégé. Il suffira de trouver les adaptations nécessaires qui correspondent à l'état et à la situation de la personne. La recherche d'une meilleure protection pourrait, dès lors, emprunter le chemin de l'accompagnement, qui exigera du législateur la mise en place de garanties supplémentaires permettant d'offrir une visibilité plus accrue pour la personne vulnérable sur sa situation. En France, par exemple, *« il ne suffit pas d'inscrire dans la loi que les personnes protégées jouissent de droits strictement personnels, insusceptibles d'être mis en œuvre par une autre volonté que celle de leurs titulaires, sans jamais pouvoir être assistées ni pour s'assurer qu'elles pourront effectivement exercer leurs droits les plus intimes. La protection d'une*

⁶⁴¹ Nous avons traité et exposé cette idée au sein de notre première partie.

*personne vulnérable passe aussi et peut-être surtout par un travail social d'accompagnement qui suppose une information des droits adaptée au discernement, puis un accompagnement personnel du curateur ou du tuteur pour faciliter la prise de parole du majeur protégé et son écoute par l'administration »*⁶⁴². En droit arabe, il serait loisible de mettre en exergue l'effet positif qu'aura la notion d'accompagnement sur l'autonomie en matière patrimoniale. La disparition de la figure du prodigue devra être le premier acte d'une véritable réforme. Il ne sera plus possible d'admettre que l'accompagnement puisse se satisfaire du mécanisme actuel, qui limite l'autonomie de la personne aux actes de la vie courante, excluant tous les pans des relations contractuelles. La notion d'accompagnement permettra certainement de remettre et de replacer la personne protégée au cœur de la scène juridique. Les techniques de gestion du patrimoine devront être repensées. En réalité, la difficulté majeure n'est pas tant de trouver les techniques juridiques les plus opportunes, mais de trouver les équilibres idoines. Et il est certain, au vu de l'expérience, que les équilibres dont il est question ne sauraient advenir une fois pour toute. Il faut des interventions progressives, avec des corrections permanentes. La notion d'accompagnement pourrait servir comme source d'inspiration mais elle pourrait aussi jouer le rôle de garde-fou qui permettrait de mieux saisir la part d'artifice que représenterait une grande autonomie de la personne vulnérable. La notion d'accompagnement pourrait laisser donc voir que la liberté et l'autonomie ne sont pas, en réalité, garantes d'une meilleure protection de la personne qui, *in fine*, verra sa protection dégradée. En effet, « *comment se comporter, dans les situations d'interactions sociales ?* » interroge le professeur Rémy Libchaber. Nous le suivons volontiers dans la réponse qu'il donne en estimant que la liberté individuelle peut être à la fois un privilège et un problème. Il affirme que « *la liberté favorise l'indécision, tandis que les discours normatifs proposent des attitudes marquées, dûment référencées. Ils sont ainsi, en quelque manière, les béquilles du quotidien : ils permettent à l'individu de ne pas se perdre dans les délibérations existentielles, en se référant à des règles extérieures reconnues. Car ces règles de conduite sont d'abord des 'régularités' : elles insèrent l'activité quotidienne dans un réseau balisé, qui rassure sur la validité d'une manière d'être* »⁶⁴³. L'évolution de la réglementation, en droit arabe, pourrait, à l'instar de ce qui s'est passé en France, emprunter le chemin de l'étatisation de la protection. La priorité familiale est certes fondamentale. Or, la famille, dans les deux pays arabes, est à la fois le lieu de la protection et, aussi, celui de la soumission. Il faudra, dès lors, que le législateur introduise les normes

⁶⁴² G. RAOUL-CORMEIL, « Rapport introductif », in J. Marie-Plazy et G. Raoul-Cormeil, (dir.), *Le Patrimoine de la personne protégée*, Op. cit., p. 29.

⁶⁴³ R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Op. cit., p. 120 et s.

indispensables pour rendre la protection publique. Evidemment, l'intervention des personnes hors du cercle familial n'est, en aucune manière, la garantie d'une protection ou d'un accompagnement de meilleure qualité pour la personne vulnérable. Il nous semble, toutefois, que le fait de sortir du tête-à-tête personne protégée/famille est déjà un pas en avant. Rappelons, néanmoins, à ce stade, que la France, à la suite de la réforme de la loi du 5 mars 2007, n'a pas pu trancher de manière claire et précise entre la famille et la collectivité publique quant à la protection de la personne. La notion d'accompagnement pourrait, en s'appliquant au droit koweïtien et au droit égyptien, les faire s'approcher davantage du droit français tel qu'il fonctionne aujourd'hui que d'une autonomie, telle que voulue par le Comité des droits. Le modèle auquel pourrait tendre le droit arabe sera toujours un modèle qui tentera de préserver un équilibre fragile entre la volonté et l'autonomie de la personne et la protection en fonction de ses intérêts. Evidemment, rien n'interdit d'aller au-delà et de consacrer une autonomie quasi-totale. Dans ce cas-ci, il faudra assumer les conséquences, puisque le changement ne sera pas d'ordre technique, mais politique et, osons le terme, civilisationnel. Ainsi, comme le souligne le professeur Jean-Jacques Lemouland, « *la remise en cause de cet équilibre dans un sens que l'on devine, à savoir la prévalence de l'autonomie sur la considération de l'intérêt des personnes vulnérables, constituerait un bouleversement certain. Non pas, on l'aura compris, un simple changement technique, mais un changement dans l'ordre des valeurs qui risque finalement de se retourner contre les principaux intéressés et qui remettrait en question le fondement de la protection des personnes vulnérables* »⁶⁴⁴. Et nous avons vu précédemment que des changements normatifs touchant le droit de la famille n'ont pas eu les résultats escomptés. Il y a plus, en ce qui concerne les législateurs arabes : il nous semble qu'il y a une inattention vis-à-vis de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées. Les familles qui sont en première ligne dans la protection des personnes vulnérables sont à mille lieux de ce que préconise ce texte international. Comment pouvons-nous, dès lors, espérer atteindre une meilleure autonomie conforme à ce que cherche à mettre sur pied le Comité des droits si les préoccupations quotidiennes des familles des personnes protégées sont loin des préconisations et des directives indiquées ? A tout le moins, une appropriation du texte de la Convention sera indispensable. Et qui dit appropriation, dit le temps long, voire lent. Il est, par conséquent, évident que la notion d'accompagnement ne pourra révolutionner de manière soudaine la structuration du droit arabe des incapacités.

⁶⁴⁴ J.- J. LEMOULAND, « Faut-il à nouveau réformer le droit des majeurs protégés ? », *Op. cit.*, p. 78.

Il n'empêche, nous comprenons que la question relative à davantage d'autonomie pour la personne vulnérable doit, que ce soit en droit français ou en droit arabe, passer par une réflexion pluridisciplinaire. C'est que protéger n'est pas réductible au droit. Protéger, c'est d'abord prendre soin. C'est, donc, du relationnel, pour ne pas dire, une forme d'amour témoignée à l'égard de la personne qui n'est plus en mesure de pourvoir seule à ses intérêts.

303. La notion d'accompagnement et la texture ouverte du droit. La notion d'accompagnement constitue, *in fine*, une source formidable qui vient questionner et donc renouveler la question de la privation de la capacité juridique. C'est aussi une notion qui met en lumière, de manière extrêmement claire et forte, la présence de plus en plus massive, voire invasive, diront certains, du droit des droits de l'homme. Cette présence de plus en plus importante est devenue à la fois source de réjouissance et d'inquiétude. En définitive, le pouvoir législatif est désormais en butte à des valeurs supérieures qui, tout en le dépassant, lui dictent la direction à suivre. La protection de l'individu, en lui conférant et reconnaissant une autonomie de plus en plus ample, est la ligne directrice qu'il faut dorénavant adopter. Le droit des droits de l'homme vient donc questionner le droit positif, et lui intimer l'obligation de se dépouiller de son armature technicienne pour aller davantage vers une protection de l'individu. L'ordre public de protection ne saurait demeurer en l'état. Il doit se transformer. Cela dit, il faut, nous semble-t-il, toujours garder à l'esprit la remarque de Hans Kelsen : « *la question du droit naturel est l'éternelle question de savoir ce qui se cache derrière le droit positif. Et celui qui cherche la réponse ne découvrira jamais, je le crains, ni la vérité absolue d'une métaphysique, ni la justice absolue du droit naturel. Celui qui soulève le voile et ne ferme pas les yeux, celui-là peut apercevoir la hideuse face de Gorgone du Pouvoir qui le fixe* »⁶⁴⁵.

304. CONCLUSION CHAPITRE I

La conciliation entre l'autonomie et la protection de la personne laisse voir, à la fois, la rationalité qui fait fonctionner les trois ordres juridiques et les failles qui les traversent. En effet, la conciliation souhaitée induit une tension permanente, voire une contradiction difficile à tenir sur le long terme. L'idée de l'accompagnement s'est fait jour. Elle ne fait pas encore florès. L'avenir demeure toutefois incertain. Aller vers les sentiers de l'accompagnement produira une novation dans le tissu normatif des trois pays. Demeurer en l'état avec des correctifs, posés, tels des sparadraps, ici et là, ne semble pas également

⁶⁴⁵ H. KELSEN, Propos tenus lors d'un colloque, cités et traduits par C. Herrera (dir.), *Le droit, le politique : autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 8.

la solution idoine. Pour l'instant, la situation traverse des turbulences. Personne ne sait qu'elle sera la figure définitive de l'architecture normative afférente à la protection des majeurs vulnérables.

CHAPITRE II : La recherche de la sécurité juridique avec les tiers

305. Présentation. La conciliation des intérêts du majeur protégé et ceux de ces cocontractants passe par la sécurisation des actes juridiques. Les actes juridiques dont il s'agit sont ceux réalisés par le majeur protégé ou réalisés à son profit⁶⁴⁶. La question de la sécurité juridique est ainsi au cœur de la problématique. Cette dernière doit être appréhendée dans un premier temps (SECTION 1) afin de pouvoir s'intéresser à certaines configurations particulières, qui sont celles du majeur protégé salarié et celles du majeur protégé commerçant (SECTION 2).

SECTION 1 : La détermination du contenu de la sécurité juridique

306. La banalité d'une notion récente. La sécurité juridique est l'une des notions habituelles auxquelles le juriste ne prête plus attention. De manière quasi évidente, nous trouvons, sous la plume d'aucuns, que le Droit est porteur de sécurité juridique, du moins, qu'il devrait pourvoir les relations sociales en sécurité juridique. Or, dès que nous nous penchons sur les détails de la question en tentant d'explorer les tenants et aboutissants de cette notion (PARAGRAPHE 1), nous découvrons un chemin parsemé de difficultés et d'obstacles. L'aspect majeur auquel le juriste doit faire face, c'est que la notion de sécurité juridique, en dépit du discours laudateur dont elle est parée, est en cours de construction. Nous sommes dès lors face à une dynamique normative et politique qui interdit, pour l'instant, la description de sa figure définitive. Cela conduit à devoir mesurer la portée de cette notion sur le droit des personnes protégées (PARAGRAPHE 2). L'aspect d'un droit singulier, d'un droit différent que nous retrouvons généralement dans la présentation faite par la doctrine sur les majeurs protégés, est-il toujours compatible avec la notion de la sécurité juridique ?

PARAGRAPHE 1 : Le principe de la sécurité juridique en France

La notion de la sécurité juridique est un principe qui n'a pas encore trouvé une stabilité quant à son appréhension et sa définition (A). Les causes qui expliquent le besoin de la sécurité

⁶⁴⁶ J.-M. PLAZY, « Les actes juridiques des majeurs protégés », *Op. cit.*, pp. 549 et s.

juridique et l'évitement de son opposée, à savoir, l'insécurité juridique, sont connues (B).

A. L'appréhension de la sécurité juridique

307. La généalogie de la notion. D'emblée, disons-le : le principe de la sécurité juridique n'est pas né en France. C'est un produit d'importation. Il vient de la tradition juridique allemande. Il est intimement lié à l'idée de l'État de droit. Le principe a pénétré au sein de l'ordre juridique français à travers les dispositions du droit européen et, par conséquent, grâce à l'action dynamique de la jurisprudence européenne. C'est donc par le truchement du droit supranational que le principe s'est vu implémenté dans le droit français. Cela renseigne, dès lors, sur les difficultés afférentes à une telle incorporation et aux obstacles qui naissent quant à la compréhension et l'interprétation de ce dernier. Le principe de la sécurité juridique constitue un des principes généraux de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, les juges français, qui sont les juges de la conventionnalité du droit français, l'appliquent de manière tout à fait banale. Il n'empêche qu'il est important, nous semble-t-il, de rappeler que cette application n'est guère le résultat d'un geste spontané. En effet, *« soumettre la loi à des contraintes n'est pas un réflexe naturellement ancré dans la tradition française. Il est revenu au droit européen de pousser à une lente acclimatation du système français aux exigences de sécurité juridique. Cette sécurité dans les rapports de droit implique, notamment, une 'loi' d'une qualité suffisante pour prévenir les atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la convention »*⁶⁴⁷.

Avec le principe de la sécurité juridique, qui venant d'un ordre qui surplombe l'ordre juridique français, il est loisible de dire que nous sommes face à ce qui est connu comme le phénomène de la perméabilisation des ordres juridiques. Comme le souligne le professeur Jean-Bernard Auby : *« les systèmes juridiques disposent traditionnellement de défenses immunitaires qui font que, même s'ils doivent (parce qu'il ne leur est pas possible de se couper totalement du reste de la planète juridique), accueillir des corps étrangers, leurs équilibres fondamentaux sont toujours rétablis, les agents extérieurs sont assimilés ou réduits facilement. Ce qui se produit aujourd'hui dans l'espace de la globalisation, c'est que nos systèmes juridiques doivent accepter à un point tel, et d'une manière telle, l'intrusion d'éléments extérieurs, qu'ils*

⁶⁴⁷ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 7^e éd., 2023, p. 232. L'auteur souligne que *« bien que l'exigence ait été rapidement abandonnée, la complexité excessive de la loi au regard des capacités de compréhension des destinataires et de l'intérêt général poursuivi a permis l'éradication d'un article de loi de finance, qui se distinguait par l'accumulation caricaturale de tous les travers de mauvaise légistique : longueur indue d'un article qui, à lui seul, dépassait les quatre pages de petites loi, tiroirs et sous-tiroirs, abus de conjonctions, renvois divers et variés, le tout enrichi de la touche d'exotisme qu'apporte inévitablement toute référence à la numérotation du Code général des impôts, ses undecies, et autres octodecies »* (p. 234).

s'en trouvent parfois transformés profondément de l'intérieur, au point que leur identité peut s'en trouver interpellée »⁶⁴⁸. Et manifestement, le principe de la sécurité juridique produit des effets substantiels au sein du droit français. Pour l'instant toutefois, les Hautes juridictions françaises ne l'ont pas consacré de manière explicite. Le législateur également. Cela dit, la non consécration textuelle et explicite n'empêche pas que ce principe occupe le cœur des réflexions et suscite maints débats.

308. Les apports d'un regard expert. Le Conseil d'État a consacré à ce principe plusieurs rapports publics. Le premier remonte à 1991. L'interrogation à l'époque était de savoir si « *les États où la réglementation prolifère, où le droit change sans cesse et parfois sans cause, où les conditions d'élaboration de la norme juridique se dégradent, sont des États où le citoyen n'est plus protégé contre le risque d'arbitraire ?* ». Il faisait le constat que « *longtemps ce problème de l'insécurité juridique n'a inquiété que la doctrine ; il préoccupe désormais aujourd'hui le juge ; demain il peut provoquer la colère de l'usager, censé selon l'adage, ne pas ignorer des règles qu'il lui devient impossible de connaître* ». Et il y relève trois obstacles : la prolifération des textes, l'instabilité des règles et, enfin, la dégradation des normes : « *cette année, les défauts et les dérives constatés et dénoncés dans le rapport procèdent pour une large part -le Conseil en est conscient - du développement de tendances anciennes et très profondes. Un goût du détail qui l'emporte trop souvent sur le sens de la synthèse, une prédominance de plus en plus marquée des intérêts particuliers sur l'intérêt général, une hâte et un désordre contraires à la sérénité qu'exigerait le travail législatif, telles sont quelques-uns des vices qui entachent la fabrication de la règle de droit contemporaine ; mais l'impatience, le manque de mémoire, la difficulté à approfondir* »⁶⁴⁹.

Ensuite, il y a eu le rapport de 2006. Intitulé Sécurité juridique et complexité du droit, ce rapport s'inscrit dans la même veine que celui de 1991. L'impression qui se dégage de ce second rapport est que la transformation et l'amélioration espérées ne se sont pas véritablement produites. L'explication semble assez aisée à découvrir : les maux du passé persistent et perdurent. Pis, ils s'aggravent. La globalisation ne facilite guère l'avènement d'un ordre où la prolifération des normes, consécutive à la pluralité des sources, puisse advenir. Le pluralisme expose les fragilités, voire les vulnérabilités du système juridique. Le principe de la sécurité juridique est un peu à l'image de l'Arlésienne : tout le monde en parle, mais, son inexistence formelle, dans

⁶⁴⁸ J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ, 3^e éd., 2020, p. 98.

⁶⁴⁹ Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, La Documentation française, p. 15.

le corps de la Constitution, comme dans le tissu normatif administratif français, conduit certains à s'interroger si nous ne sommes pas face à un concept « *clandestin* »⁶⁵⁰ ? Le Rapport souligne, de manière claire et sans ambiguïté, le peu d'avancées réalisées depuis 1991. Nous pouvons lire que « *les préoccupations exprimées, dès 1991, par le Conseil d'État, dans ses « considérations générales » consacrées à la sécurité juridique sur cette complexité du droit, caractérisée par la prolifération désordonnée des textes, l'instabilité croissante des règles et la dégradation manifeste de la norme, n'ont eu que peu d'effets, à l'exception de progrès significatifs en matière d'accessibilité des textes, principalement par la codification et par la création de bases de données telles que « Légifrance » ou « Service Public ». Malgré la détermination politique affichée par les circulaires successives des Premiers ministres appelant, depuis trois décennies, à l'évaluation rigoureuse, ex ante, des réformes législatives et à un effort de sobriété, et malgré les observations sans cesse réitérées du Conseil d'État, les trente dernières années se caractérisent par une accélération du rythme normatif, sous le regard désabusé du citoyen, et résigné de la doctrine ainsi que des praticiens* »⁶⁵¹.

309. Le redoutable problème de la complexité du droit. Les rapporteurs mettent en lumière l'une des sources malfaisantes, qu'est la complexité du droit. Une complexité tant de fois dénoncée par des juristes imminents. Il suffit de penser ici au professeur Philippe Malaurie qui n'a cessé de souligner les dangers inhérents à ce qu'il appelle comme du bla-bla législatif contemporain⁶⁵². Cette complexité sera abordée plus tard, spécifiquement liée au droit de la protection. Le Rapport de 2006 explicite la situation : elle « *tient d'abord à la multiplication des sources du droit, notamment internationales et communautaires, en même temps qu'à l'apparition de nouveaux domaines d'activité humaine et de nouvelles attentes à l'égard du droit, en relation notamment avec les inquiétudes engendrées par les avancées scientifiques et technologiques. Elle traduit l'existence, au sein des collectivités organisées, de désaccords sur les valeurs et les priorités qui s'expriment logiquement et légitimement à l'occasion des alternances politiques. Cette complexité trouve aussi son origine dans la volonté politique*

⁶⁵⁰ B. MATHIEU, « La sécurité juridique, un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges Patrice Gélard, Montchrestien*, 2000, p. 301.

⁶⁵¹ Conseil d'Etat, Rapport public annuel 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, p. 265 et s.

⁶⁵² Voir Ph. MALAURIE, *Écrits d'une vie*, LGDJ, 2021, 982 p. L'auteur écrit « *que la loi est belle lorsqu'elle est claire, limpide et compréhensible par tous ! Notre temps de surjuridicisation a fait de cette aspiration universelle et éternelle une obligation juridique très forte : un 'objectif de valeur constitutionnelle' et un 'droit de l'homme'. On peut être sceptique sur ce panjuridisme rempli d'effets pervers : plus notre époque se veut au droit, plus le droit est morcelé, compliqué, technique, précis, obscur et loin du peuple. Mais peut-être les comportements juridiques (constitutionnels, législatifs, judiciaires, administratifs, notariaux) entendent-ils l'appel à la simplification et à l'intelligibilité ? Peut-être ? Ce n'est pas ce que l'on croit aujourd'hui* », « L'intelligibilité des lois », in ouvrage précédent, p. 51.

d'encadrer les activités des opérateurs économiques dans le contexte d'économie de marché, en période de libéralisation de secteurs auparavant protégés par un monopole, ce qui implique l'organisation de procédures et de garanties »⁶⁵³. Lorsque nous parcourons les analyses doctrinales relatives au principe de la sécurité juridique, il pourrait sembler aisé d'affirmer que manifestement, en dépit des rapports, des études et des mises en garde, le droit français, demeure rétif à l'application substantielle de ce principe. En effet, huit années plus tard, le vice-président du Conseil d'État, M. Jean-Marc Sauvé, devait à nouveau souligner « *l'irrépressible tendance des ministères à produire des rédactions de moins en moins souvent brèves, générales, stables et perceptives, et de plus en plus longues, techniques, floues, malléables et changeantes* »⁶⁵⁴ ou relever ce « *désarroi croissant face aux pathologies contemporaines de la production normative* ».

310. Le mal contemporain de l'inflation normative. En 2016, il y a eu de nouveau un rapport portant sur cette question. Nous relèverons que l'inflation normative et les effets délétères qu'elle produit conduisent à davantage de rapport. Le mal est, d'une certaine façon, entretenu. Qui pourrait y mettre un terme ? Difficile question. Nous verrons que ceux qui ont le moyen de corriger cette dérive, sont ceux-là même qui conduisent à l'existence de celle-ci. En 2016, le Conseil d'État écrit « *il faut d'abord dresser le constat de la prolifération normative et l'enchaînement des causes qui l'alimentent pour prendre la mesure des obstacles que rencontre la simplification du droit. Il faut ensuite procéder à un inventaire critique des mesures prises depuis dix ans, dont le bilan est décevant, puisque le constat global est celui d'une dégradation de la qualité du droit* »⁶⁵⁵.

⁶⁵³ Op. cit, p. 231.

⁶⁵⁴ J.-M. SAUVÉ, Intervention lors du colloque *L'écriture de la loi* du 12 juin 2014.

⁶⁵⁵ Le Conseil constitutionnel s'intéresse évidemment au principe de la sécurité juridique, à la fois, par ses décisions et *via* les Cahiers qu'il produit. Il y a eu déjà deux numéros consacrés à la sécurité juridique : ceux de 2001 et 2020. Dans les Cahiers de 2001, il y a un dossier fort complet, préparé sous la direction de Bernard Mathieu. Ce dernier souligne à cet égard que « *La reconnaissance par les juges nationaux de l'essentiel des exigences qui relèvent du principe de sécurité juridique, l'application directe de ce principe dans le champ du droit communautaire et son utilisation par le droit conventionnel européen peuvent conduire à s'interroger sur la nécessité d'une reconnaissance formelle par les juges nationaux, constitutionnelle et administrative, le juge judiciaire s'y étant déjà référé. Si le Conseil constitutionnel a, en deux ou trois ans, constitutionnalisé le principe dans sa substance, le Conseil d'État se montre manifestement réticent à sa reconnaissance. Ce sont d'ailleurs trois des auteurs appartenant ou issus du Conseil d'État qui, dans la présente étude, posent cette question, et y apportent des réponses plus ou moins négatives. Comme le relève Sophie Boissard, la véritable question est en fait de savoir si le système juridique français apporte, sans référence expresse au principe de sécurité juridique, le même degré de protection des droits individuels que dans les systèmes qui se réfèrent à ce principe. Le fait même que la question soit posée en ces termes démontre, s'il en est besoin, que le principe de sécurité juridique est, substantiellement mais à des degrés divers, une norme de référence pour l'ensemble des juridictions nationales, comme c'est le cas, plus explicitement, pour les juridictions européennes* », B. MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, Dossier : le principe de sécurité

En réalité, certains auteurs ont magistralement mis en exergue la mécanique sous-jacente à la question de la sécurité juridique et aux maux qu'elle produit. Ainsi, *« progressivement, se mettent en place des politiques visant à combattre les maux de la loi, dont l'effet premier est de résoudre différents problèmes, mais dont l'effet second est d'entraîner un déplacement du mal et non son élimination. Un jeu du chat et de la souris en quelque sorte, sauf qu'ici les pouvoirs publics et les parlementaires qui sont à l'origine des solutions trouvées sont aussi à l'origine de la résurgence du mal sous d'autres formes. Bref à mesure que l'on trouve des solutions pour combattre le déclin de la loi, on invente de nouvelles manifestations du mal que l'on combat. Ce qui oblige à penser que l'on est en présence d'un mal structurel. La complexité est source de complexité : les règles visant à l'amélioration du droit se trouvent ainsi perverties par les dysfonctionnements mêmes du système juridique. Elles en viennent à participer au mal qu'elles veulent combattre. Le système s'est auto-dérégulé »*⁶⁵⁶.

Et pourtant, en dépit de ce constat, il demeure une vérité implacable : *« face au désordre du droit, le principe de sécurité juridique apparaît comme la dernière branche à laquelle s'accrochent les juridictions suprêmes pour maintenir un semblant d'ordre et permettre au droit de remplir la mission qui est normalement la sienne »*⁶⁵⁷.

311. Le regard du constitutionnaliste. En 2020, dans les Cahiers du Conseil constitutionnel, nous pouvions lire, sous la plume d'Anne-Laure Cassard-Valembois, qu'il *« est possible de relever que la progression de l'exigence de sécurité juridique dans l'ordre juridique français est telle que les sujets de droit semblent penser qu'elle a été explicitement et généralement consacrée, comme en témoigne le fait qu'elle est invoquée par les auteurs des QPC comme par les saisissants institutionnels du Conseil constitutionnel. Le renforcement de l'exigence de sécurité juridique n'est pour autant pas sans poser certains problèmes ou interrogations. Le principal problème résulte de ce que cette exigence reste assez largement insaisissable tout d'abord parce qu'elle se confond avec l'idée même de droit et d'État de droit, comme cela a déjà été précisé, mais aussi car ses différentes dimensions peuvent se révéler contradictoires. Ainsi et par exemple, elle implique la stabilité des relations contractuelles autant qu'elle peut constituer un motif d'intérêt général susceptible de la remettre en cause. La principale interrogation que soulève l'exigence de sécurité juridique est liée au fait qu'elle peut*

juridique, décembre 2001. En 2020, et un peu à l'image des interrogations posées au niveau du Conseil d'État, le doute quant à l'effectivité et la tangibilité du principe demeure.

⁶⁵⁶ F. TERRE, N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 15^e éd., Dalloz, 2023, p. 495.

⁶⁵⁷ O. D. DE LAMOTHE, Séminaire franco-brésilien, Regards croisés sur la sécurité juridique », *Cours de cassation*, 19 septembre 2005.

être analysée comme une manifestation de la subjectivisation de l'ordre juridique, au détriment de l'intérêt général. En ce sens, il est soutenu que la sécurité juridique relève d'un « substrat individualiste et libéral » qui remet en cause la logique holiste du droit administratif classique ou encore qu'elle participe de l'affaiblissement de la logique étatique et de l'assouplissement de la norme écrite. La sécurité juridique est certes l'un des droits fondamentaux dont le système place l'individu au centre du système juridique mais elle n'est pas que cela. Elle est aussi un motif d'intérêt général qui peut fonder une réduction des droits individuels et, d'ailleurs, alors qu'elle a été érigée au départ comme un principe général du droit au bénéfice des administrés, elle restreint de plus en plus leur possibilité de contester les actes administratifs devant le juge. La question qui doit dès lors se poser n'est peut-être pas de savoir si la progression de l'exigence de sécurité juridique doit s'analyser comme une régression de l'intérêt général mais dans quelle mesure elle peut s'accomplir sans aboutir à sa remise en cause »⁶⁵⁸.

En effet, c'est uniquement le principe de la sécurité juridique qui pourra remédier à la malfaçon normative. Une malfaçon, à la fois, quantitative et qualitative. L'obésité législative d'abord⁶⁵⁹.

B. L'affleurement de l'insécurité juridique

312. Le gonflement de la masse juridique. L'obésité législative est sans doute « *le fruit d'une frustration parlementaire importante favorisée par une procédure parlementaire et un pouvoir des commissions dont les effets pervers sont devenus évidents. Bref, les textes grossissent surtout durant la discussion parlementaire* »⁶⁶⁰. Le droit aux amendements, que d'aucuns dénoncent comme « *irraisonné* », conduit mécaniquement à une augmentation quantitative du texte et à une baisse qualitative tenant à un manque de cohérence. Les exemples sont (malheureusement) nombreux en droit français des textes dont la longueur fait perdre jusqu'à la rationalité qui travaille les dispositions contenues. La loi du 23 février 2005 sur le développement des territoires ruraux comptait à l'origine 76 articles. Le texte définitif a terminé avec 240 articles ! La loi du 24 mars 2014 relative à l'accès au logement et à un urbanisme

⁶⁵⁸ A. L. CASSARD-VALEMBOIS, « L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique français : 'je t'aime, moins non plus' », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, octobre 2020.

⁶⁵⁹ E. GRASS, « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », *RDP*, 2003, n° 1, pp. 139-162 ; R. VANNEUVILLE, « Le chiffre au service du droit ou le droit au service du chiffre ? », *Mots*, 2012, n° 100, p. 123. Les indicateurs de suivi de l'activité normative publiés au Journal officiel électronique mettent en lumière l'explosion du nombre des normes en droit français. En effet, il faut relever que « *le volume d'une loi double voire triple entre le dépôt du projet ou de la proposition et l'adoption du texte définitif, par le truchement des amendements, au fil de la discussion parlementaire* », Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Introduction au droit*, 8^e éd., 2020, p. 135.

⁶⁶⁰ F. TERRE, N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Op. cit., p. 497.

renové compte 177 articles. Le projet de loi n'en compte que 85 ! Les choses semblent s'aggraver par rapport à ce qui était dénoncé dans les années 80 comme la « *loi spectacle* », considérée comme produisant un désordre normatif⁶⁶¹.

313. L'espérance d'une décélération normative. Le principe de la sécurité juridique est, par conséquent, vu comme une forme de panacée, qui permettra de mettre un coup de frein à cette accélération normative. L'interrogation centrale est toutefois de se demander si cela est aujourd'hui possible. Est-ce que les pouvoirs publics sont en mesure de maîtriser la prolifération des normes qui tapissent l'ordre juridique ? Nous pensons que si cette question était valable il y a plusieurs décennies, elle ne l'est plus désormais. Avec la pénétration des normes externes à l'ordre juridique, consécutive à l'internationalisation du droit et à la pression considérable provenant de la globalisation, l'ordre juridique interne n'est plus à la hauteur lui permettant de filtrer les normes en circulation. C'est la raison pour laquelle il est devenu banal de trouver sous la plume des auteurs des termes comme la désorganisation, la désarticulation, l'incohérence de l'ordre juridique. Ce malaise perceptible s'illustre à merveille avec le droit domestique de la protection des majeurs et les exigences apportées par la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Ainsi, « *l'ordre juridique français est devenu source d'insécurité juridique en raison de l'accélération de la production des normes, qui tend à remettre en cause des situations qui pouvaient paraître acquises* »⁶⁶². Le remède tenant à simplifier pourtant le droit n'a pas permis de faire advenir les résultats escomptés. Certains en dénoncent le mythe et le slogan attachés à cette idée de la simplification. « *Toujours invoquée, annoncée, accueillie, la simplification sert de slogan sans que l'on prenne vraiment soin d'en comprendre les objets. Elle peut en effet porter sur la pulvérisation des modes d'expression du droit qu'elle pourrait avoir pour but de combattre. Observons aussitôt que rien de tel n'est entrepris dans le sens d'un certain regroupement et que, tout au contraire, sous le pavillon*

⁶⁶¹ N. NITSCH, « L'inflation juridique et ses conséquences », *APD*, 1982, p. 167.

⁶⁶² A. L. CASSARD-VALEMBOIS, « L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique français : 'je t'aime, moins non plus' », *Op. cit.* L'auteur souligne que « *dans l'arrêt KPMG du 24 mars 2006, le Conseil d'État a pour la première fois reconnu explicitement le principe de sécurité juridique en tant que principe général du droit et il l'a utilisé pour fonder l'obligation pour l'administration de prévoir des mesures transitoires lorsqu'elle fait évoluer la réglementation. Le juge administratif interdit ainsi que certains droits ou attentes des administrés puissent être remis en cause par l'évolution brutale des normes par l'autorité réglementaire. Le Conseil d'État s'applique du reste cette exigence à lui-même : lorsqu'il opère un revirement de jurisprudence, il peut décider que la nouvelle règle ne s'applique pas aux instances en cours mais seulement pour l'avenir. La Cour de cassation procède de même dès lors qu'un revirement de jurisprudence est susceptible d'avoir une incidence sur l'accès au juge* ».

*d'une régulation tous azimuts on favorise plus que jamais la diversité, donc la complexité à la source »*⁶⁶³.

Ce constat permet de souligner une forme d'incapacité des pouvoirs publics à traiter de manière efficace les difficultés inhérentes à la complexité du droit et donc, *in fine*, de trouver les solutions idoines. Les conséquences sont assez fâcheuses. Si la norme juridique qui a pour objectif de réguler le comportement social n'offre plus les garanties quant à son appréhension, sa réception par les destinataires et sa possibilité d'obtenir une interprétation juste de la part des autorités judiciaires, il y a le feu en la demeure.

Comme le souligne le professeur Moysan, « *appliqué à des milliers ou à des dizaines de milliers de dispositions chaque année, ce technicisme formel conduit logiquement à multiplier les erreurs de plume ou les omissions. Inséré dans une production normative inflationniste, il s'accompagne d'une persistance et d'un accroissement des malfaçons de tous ordres dans la manière de produire les textes, spécialement ces dernières années : prescriptions (abrogations, entrées en vigueur...) formulées hors du dispositif des textes normatifs, entrées en vigueur, introduites dans le dispositif des textes mais à un emplacement incompréhensible, modifications contradictoires, modifications redondantes, modifications de dispositions annulées ou abrogées, abrogations par mégarde, modifications de l'ordre de l'absurde, erreurs de références* »⁶⁶⁴. Evidemment, il est parfaitement clair que le pullulement des textes est consécutif à la multiplication des rapports sociaux. Il y a toutefois plus. Comme le soulignent très justement Philippe Malinvaud et Nicolas Balat, il y a manifestement un 'appétit' pour la réglementation de la part de citoyens-consommateurs. L'explosion normative traduit en effet « *le souci de répondre à une demande du public qui est gourmand de lois. Il suffit que des événements suscitent un battage médiatique pour qu'immédiatement le Gouvernement décide d'y répondre par une loi, alors que les textes existants auraient peut-être suffi pour traiter le problème [...]. Corrélativement, dans une perspective de communication, sinon même électoraliste, les gens au pouvoir affectionnent les grandes proclamations de principe : on affirme un droit au logement, un droit à l'égalité des chances, un droit à la parité, etc., mais sans prendre les dispositions normatives permettant de leur donner un réel effet. Ou encore on utilisera la loi à des fins totalement étrangères à la fonction de la loi : reconnaissance officielle*

⁶⁶³ J. MOREAU, F. TERRE, « La simplification du droit », in *Études offertes à Jacques Béguin - Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 536.

⁶⁶⁴ H. MOYSAN, « Lois et règlements – La loi, en quelques maux », *JCP*, 2018, p. 261.

de tel génocide, repentance pour tel comportement de la Nation dans le passé (esclavage), ou à l'inverse autosatisfaction (les aspects positifs de la colonisation), etc. »⁶⁶⁵.

314. La notion de l'insécurité juridique. Le résultat est le désastre qui figure dans la notion de l'insécurité juridique. De nombreuses normes attestent d'une configuration mal construite, parce que mal pensées et mal élaborées. Ainsi, *« le droit, au rebours de sa mission première, génère de l'angoisse et de l'insécurité. Le trop-plein de droit emporte bien d'autres conséquences. Et d'abord la dilution de l'effet unificateur de la règle. Survie de la loi ancienne et application immédiate de la loi nouvelle favorisent la coexistence au sein d'un même ordre juridique de plusieurs droits positifs, applicables à des situations identiques. L'inflation du droit crée mécaniquement des sous-ordres juridiques tenant à la dévolution successorale des règles. Dans le labyrinthe juridique, on s'égare, on s'entrechoque, on s'angoisse. Nous ne cessons pas de réagir, cherchant des remèdes divers pour soigner les maux qui atteignent la loi. C'est pourquoi, il y a de plus en plus l'idée d'un droit du droit, avec ses principes et ses règles, de hiérarchie et de nature différentes »⁶⁶⁶.* Le constitutionnaliste Guy Carcassonne avait par le passé dénoncé ce qu'il appelait « du n'importe quoi » législatif, devenu courant, et aggravé depuis. En 2005, à la revue Pouvoirs, sous le titre '*Penser la loi*', l'auteur écrivait que *« légiférer est devenu un réflexe, souvent conditionné par la télévision. Tout sujet d'un « vingt heures » est virtuellement une loi. Un fait divers, une émotion quelconque, mais aussi un problème tangible provoque une démangeaison législative plus ou moins rapide. La loi est une réponse, à défaut d'être une solution. On légifère d'abord puis, rarement et seulement si l'on n'a rien de plus rentable à faire, on réfléchit ensuite. Il ne s'agit pas là d'une caricature, hélas, mais des traits d'un genre plus ou moins normatif devenu pullulant. Des lois purement réactionnelles sont, par nature, des lois impensées. Ces impensées, souvent, se trahissent par leur titre. C'est lui qui donne l'objet, à charge ensuite pour qui de droit de tenter de lui trouver un contenu. Ce dernier devient second, au mieux, par rapport à l'intitulé, grâce auquel on peut prétendre avoir relevé un défi. À musarder dans la production récente, l'on est frappé du nombre et de la diversité de ces textes qui ne portent pas sur un objet juridique précis, mais plutôt sur une attente présumée de l'opinion. Prendre quelques spécimens, les regrouper par thème est éclairant, ou consternant »⁶⁶⁷.* C'est dire que si la notion de la sécurité juridique est une notion qui traduit un objectif qui doit adapter la normativité à certaines exigences promues par l'État de droit, la France n'a pas encore réalisé les attentes escomptées. Il est même possible

⁶⁶⁵ Ph. MALINVAUD, N. BALAT, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 21^e éd., 2021, p. 96.

⁶⁶⁶ F. TERRE, N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Op. cit., p. 503.

⁶⁶⁷ G. CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, 2005, n° 114, p. 39.

d'aller plus loin et d'estimer que la réalisation de l'objectif afférent à la sécurité juridique ne doit pas être véritablement atteint. Il doit demeurer, en effet, un objectif dynamique et vivant. Sa réalisation pourrait signer sa sclérose et donc sa stagnation. Avec la sécurité juridique, il faut absolument éviter de figer l'état du droit.

Ce mal évitable est peut-être celui auquel font face les pays arabes sous étude. L'insécurité juridique relevée est consécutive à une absence de sécurité juridique, causée par une absence de transformation du tissu normatif.

PARAGRAPHE 2 : Le principe de la sécurité juridique au Koweït et en Egypte

315. L'état de la situation. Le droit dans les deux pays étudiés est, à l'instar du droit français, divers et ondoyant. Différentes branches du droit existent et l'activité juridique s'y déroule de manière dynamique. Les rapports sociaux sont multiples et traduisent l'existence d'activités économiques de plus en plus substantielles. Cela permet de saisir aisément la part de modernisation et de transformation qui s'opère au sein de ces deux pays. Cependant, un regard plus attentif, plus minutieux pourrait relever maintes situations, où le hiatus entre la nature de l'activité réalisée et le texte permettant la régulation de celle-ci est patent. Nous avons pu relever justement que s'agissant du droit de la protection des majeurs, les textes en vigueur datent de plus de 50 ans dans les deux pays. C'est dire, qu'en dépit d'une activité jurisprudentielle qui, au demeurant, n'est pas, considérons-nous, très active, le fossé ne pourra se résorber. L'intervention du législateur est indispensable à un moment donné. La jurisprudence n'est pas en mesure de combler les vides, devenus béants, laissés par l'inaction des pouvoirs publics.

316. Les termes de la critique. La problématique qui veut que la législation des pays arabes soit figée, voire sclérosée, a le vent en poupe. L'observateur n'aura pas de mal, sous la plume de ceux qui s'intéressent au droit arabe, à constater la récurrence, voire la réitération de cette dénonciation relative à un état figé de la normativité. *A fortiori*, de la normativité afférente au droit de la famille, et donc, au droit de la protection des majeurs. Le titre de l'article de la juriste Léna Gannagé « *Droit immobile ou droit en mouvement ? Quelques remarques à propos du droit musulman* » donne immédiatement le ton et renseigne sur l'axe central de la réflexion⁶⁶⁸. Elle écrit que « *le droit musulman reste incontestablement un*

⁶⁶⁸ L. GANNAGÉ, « Droit immobile ou droit en mouvement ? Quelques remarques à propos du droit musulman », *Op. cit.*, p. 203 et s.

mystère pour les juristes européens. Il est rarement perçu dans l'imaginaire occidental sans une certaine appréhension et la description très répandue d'un droit immobilité n'est pas étrangère à cet état de choses. Il n'y a pas de représentation plus alarmante pour le juriste qui se préoccupe du rapprochement des ordres juridiques que celle d'un système voué à la pétrification. Et de fait à travers le caractère figé qu'elle imprime au droit musulman, une telle perception conduit à faire de la différence entre les systèmes européens et ceux du monde musulman une fatalité insurmontable »⁶⁶⁹. L'auteure pose toutefois la question : « cette représentation du droit musulman correspond-elle à la réalité ou n'est-elle, comme on l'a fait observer à plusieurs reprises, qu'un 'des lieux communs' les plus répandus du droit comparé, une sorte de mythe dont la réalité pourrait à tout le moins relativiser ? Le fait que la question soit débattue révèle la part d'ombre qui continue d'entourer le droit musulman »⁶⁷⁰. Il faut dire que, pour certains, le mythe est erroné et que l'on est face à une réalité. Franchissant le Rubicon, Philippe Malaurie et Laurent Aynès estiment que de « nombreux pays d'Islam (ex. : Iran, Arabie saoudite, Soudan, etc.) ne distinguent pas le droit de la religion : la loi religieuse (coranique) régit la vie civile (par ex., le droit de la famille qui affirme l'infériorité civile de la femme, autorise la polygamie et la répudiation, exclut la filiation hors mariage, etc.). En outre, ces droits tendent à être figés puisqu'ils sont issus d'une révélation divine, alors que les droits occidentaux ont un caractère évolutif. En Occident, la laïcité elle-même est flexible et évolutive »⁶⁷¹. Cette présentation, outre son caractère assez caricatural, est substantiellement erronée. Elle ne correspond en tous cas plus à la réalité d'aujourd'hui, n'en déplaisent à ces deux auteurs. En 2006, dans son ouvrage *La politique dans le monde arabe*, Elizabeth Picard souhaitait, s'agissant du monde arabe, « banaliser ces terrains en les travaillant par des méthodes et à partir de théories et de concepts normaux à vocation universelle dont la région arabe tend généralement à être exclue »⁶⁷². Elle appelait, par conséquent, à réaliser des études « en les libérant d'une perception culturaliste qui tend à les considérer comme ahistoriques, lié[s] à un certain contexte culturel, en l'occurrence le contexte arabe et musulman »⁶⁷³. Et c'est dans cette veine, que Nathalie Bernard-Maugiron, docteure en droit, dont les recherches portent sur les réformes constitutionnelles après le 'Printemps arabe' et sur le droit de la famille dans l'ensemble des pays arabes, inscrit résolument son ouvrage 'Droit contemporain des pays

⁶⁶⁹ Op. cit., p. 204 (souligné par nous). Les termes utilisés sont à eux seuls éloquentes.

⁶⁷⁰ Ibid.

⁶⁷¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Introduction au droit*, Op. cit., p. 41.

⁶⁷² E. PICARD, *La politique dans le monde arabe*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 8.

⁶⁷³ Ibid.

arabes' paru en 2023 et portant sur plus de 1000 pages⁶⁷⁴. De manière identique à Elizabeth Picard, qu'elle cite d'ailleurs au début de son introduction, elle écrit « *un constat similaire peut être dressé et le même appel lancé en ce qui concerne les études portant sur les systèmes juridiques de ces pays [arabes]* »⁶⁷⁵.

317. L'affirmation de l'existence d'un droit positif arabe de la protection des majeurs.

L'analyse est par conséquent scientifique. Elle permet dès lors de relever la part de l'artifice, du mythe et, surtout, de montrer la positivité des droits arabes. Elle affirme que son « *ouvrage se propose ainsi d'étudier le droit des États arabes à partir des méthodes, théories et concepts de la science juridique afin de rendre compte de l'état actuel de leur évolution* ». Cette approche est la meilleure parce que la plus conforme à la réalité. Evidemment, et nous l'avons-nous-même souligné à plusieurs reprises, le droit de la protection des majeurs inscrit encore sur certains points sa rationalité dans la logique du droit musulman. Dire qu'il y a rupture totale est faux et totalement incorrect. En revanche, persister à penser ce droit-là au prisme de la religion et à l'aune de ses catégories, serait faire preuve, au mieux de naïveté, au pis d'ignorance. La transformation du corpus relatif au droit de la protection dans les deux pays arabes étudiés devra nécessairement prendre en considération cette part résiduelle, cette part encore résistante du droit musulman dans les dispositions contenues dans les deux codes civils. Le prodigue est, par exemple, traité de manière très répandue par les penseurs musulmans qui, s'appuyant sur les textes religieux, estiment que ce dernier ne peut qu'être incapable. Réformer le droit devra dès lors prendre en compte cet obstacle. Et ce n'est guère par des modifications textuelles que le problème sera résolu. En effet, « *si la thèse de l'immobilisme du fiqh qui reste prédominante dans la littérature occidentale est certainement erronée, celle d'un droit libre de ses mouvements n'est pas toujours convaincante. Extrêmement valorisée par de nombreux islamologues, l'idée que le pluralisme des opinions et des interprétations garantit l'aptitude à l'évolution du droit musulman est incontestable, mais elle ne saurait être surestimée quant à ses effets* »⁶⁷⁶. C'est, en effet, à une analyse aujourd'hui appuyée sur les textes contenus dans les codes qu'il faut mobiliser ses efforts. Nous suivrons en cela l'approche de Nathalie Bernard-Maugiron qui écrit que c'est « *à partir de l'analyse des textes juridiques (lois, règlements, constitutions, etc.) et de la jurisprudence des pays arabes, ainsi que des travaux d'historiens et d'islamologues pour tout ce qui*

⁶⁷⁴ N. BERNARD-MAUGIRON, *Droit contemporain des pays arabes*, Op. cit., 1240 p.

⁶⁷⁵ Ibid, p. 1.

⁶⁷⁶ L. GANNAGE, « Droit immobile ou droit en mouvement ? Quelques remarques à propos du droit musulman », *Op. cit.*, p. 245.

concerne les évolutions antérieures aux codifications dans l'Empire ottoman et en Egypte, [qu] 'il s'agira de s'interroger sur les ruptures survenues à partir du XIXe siècle et de retracer d'éventuelles continuités avec le passé ou similitudes entre Etats. Certes, les textes juridiques ne sont pas seuls à régir les relations sociales et ne reflètent pas nécessairement le droit en action, mais leur dimension politique et social témoigne des préoccupations et des orientations choisies par les régimes, de leurs priorités et de leurs motivations. L'examen de la production législative des pays du monde arabe depuis le début du processus de codification est ainsi révélateur des distances prises avec les conceptions traditionnelles de la normativité islamique, même s'ils affirment y rester attachés. S'ils ne reflètent pas nécessairement le droit tel qu'il est appliqué, ces textes constituent néanmoins une clé de compréhension et remettent en question la perception de ces sociétés comme hostiles à toute évolution et modernisation de leurs systèmes juridiques et de leurs institutions »⁶⁷⁷. La place du principe de la sécurité juridique pourrait être un excellent outil pour mesurer cette assertion.

SECTION 2 : L'application de la sécurité juridique au droit de la protection des majeurs

318. La sécurité juridique et les tiers. Le professeur Hauser, qui était un juriste réaliste, avait bien relevé le hiatus qui existe entre la réalité vécue par les majeurs protégés et la théorie émanant inévitablement des textes, voire des analyses doctrinales. Il avait, à cet égard, mis en exergue certaines défaillances structurelles et proposait des solutions opportunes. Les solutions sont d'autant plus intelligentes qu'elles s'incarnent dans une vision claire et, disons-le, assez simple à mettre en place. Si nous croyons que le droit et la norme juridique ne peuvent résoudre tous les problèmes, nous pensons, toutefois, que l'amélioration de certains mécanismes afférents à l'ordre juridique, comme la publicité des mesures, pourra grandement conduire à l'émergence et la concrétisation de solutions viables. Les relations entre la personne protégée et les tiers doivent être guidées par la garantie des droits des deux parties. Le contraire conduira à des solutions fâcheuses et, par conséquent, désastreuses. Comme l'affirme le professeur Jean-Marie Plazy, « *Il ne servirait à rien d'accentuer les droits du majeur protégé au détriment des intérêts des tiers : il en résulterait inévitablement une mise à l'écart de celui que l'on entend protéger* »⁶⁷⁸. La problématique relative aux relations entre la personne protégée et les tiers est

⁶⁷⁷ N. BERNARD-MAUGIRON, *Droit contemporain des pays arabes*, Op. cit., p. 2.

⁶⁷⁸ J.-M. PLAZY, « Les perspectives de réforme et la sécurité juridique des tiers », Op. cit., p. 398.

constamment analysée sous le prisme de l'indispensable amélioration de la publicité des mesures et l'amélioration des sanctions consécutives à la réalisation des actes juridiques. Si le débat autour de ces deux axes en France est important et substantiel, c'est le calme absolu au Koweït et en Egypte. Cela va, en effet, au-delà de la haute technicité de ces deux questions, il s'agit là de politique législative. Une politique qui nécessite d'opérer des choix clairs et dépourvus d'ambiguïtés. La tâche est titanesque. Avec la pénétration de la norme conventionnelle internationale, qui modifie l'appréhension de la question de la capacité juridique de la personne protégée, nous mesurons sans difficulté l'ampleur du chantier.

319. L'appréhension des tiers. A cela s'ajoute la délimitation de la catégorie des tiers. Le juriste fait usage de ce terme qui 'pullule' dans les textes mais sera dans l'incapacité d'en donner une définition rigoureuse. A cet égard, la notion de tiers, souligne Philippe Delmas Saint-Hilaire, « *est l'une des plus imprécises de notre Droit [droit français]. Paradoxalement, le terme de tiers est certainement, à l'instar de celui d'opposabilité auquel il est souvent associé, l'un des termes les plus souvent utilisés de la langue juridique moderne. Le code civil et de nombreux textes y recourent, sans jamais nettement le définir* »⁶⁷⁹. La conclusion (après 500 pages d'analyses) de l'auteur quant à la définition du tiers est flexible : « *être un tiers à un acte juridique n'est plus un simple état subi ; c'est une qualité gérée ouvrant à son titulaire le droit de réagir, en fonction de ses intérêts personnels contre une situation générée par un acte juridique, qu'il s'agisse d'un contrat ou d'un jugement. Le tiers n'est plus l'exclu ; il est celui dont l'intéressement est tel par rapport à une situation donnée qu'il est qualifié à réagir. Si l'intérêt qualifie le tiers en le faisant sortir de son état naturel, c'est encore en fonction de son intérêt que le tiers es qualités exercera son droit de réaction, afin soit de se prévaloir de l'acte juridique s'il l'avantage, soit de s'en plaindre s'il lui nuit. Sujet 'réactionnel', le tiers qualifié se voit reconnaître la faculté de modifier à son tour l'ordre juridique, en créant, par réaction, une nouvelle situation plus conforme à ses intérêts* »⁶⁸⁰. La figure du tiers est donc changeante. Elle est susceptible de prendre plusieurs visages. La détermination de la nature de la relation qui doit s'instaurer entre ce dernier et la personne protégée passe par la recherche d'un subtil mais fragile équilibre. Dire cela, c'est déjà s'inscrire dans ce « droit particulier » qui « *aurait ses logiques, différentes de celles des autres* », dénonce le professeur Jean Hauser. Pourtant, faisait-il remarquer « *le modernisme affirmé est bien celui de réintroduire le protégé dans la cité, de le couper le moins possible du milieu dans lequel il vit. Cette apparente contradiction*

⁶⁷⁹ Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, préf. J. Hauser, LGDJ, 2000, p. 1.

⁶⁸⁰ Op. cit., p. 503.

*s'explique sans doute par le découpage juridique moderne de la citoyenneté en « intérêts » et par l'effet imprévu de l'individualisme ambiant. Or, les « tiers », ceux qui sont intéressés aux opérations faites au nom du majeur protégé, ont besoin de catégories sûres. En ce sens, le droit des majeurs protégés est un révélateur sans complaisance des insuffisances de nos classements et de nos analyses »*⁶⁸¹.

320. L'information comme critère de la sécurité juridique. S'agissant de l'information à destination des tiers, il serait loisible de considérer qu'avec les nouvelles technologies, la fluidité et la circulation des données seront mieux assurées. Les tiers pourront, par conséquent, contracter en toute sécurité avec la personne protégée, ou accompagnée. La difficulté se posera toutefois, inévitablement, quant à la protection du patrimoine et la protection de la personne. Avec une capacité juridique maintenue, le flou entourant la validité des actes juridiques, qui seront nombreux, posera de redoutables interrogations quant à la responsabilité des uns et des autres. Les perspectives des réformes doivent viser un spectre large afin de tenter de contenir l'ensemble des relations contractuelles qui peuvent naître. Cependant, ici comme ailleurs, se pose la lancinante question tenant au choix des critères à retenir. C'est que si les tiers peuvent revêtir plusieurs figures, la personne protégée est promise elle aussi à un bel avenir. La personne protégée ne sera pas conditionnée par le régime de l'incapacité. Le panorama est fort séduisant intellectuellement. Il est cependant extrêmement complexe à mettre en place. La technologie du numérique, si elle constitue indéniablement un outil permettant d'opérer rapidement et de contrôler profondément les diverses situations afin d'éviter toute contestation par la suite et, donc, éviter tout contentieux, posera le redoutable souci du traitement des données personnelles... protégées, par ailleurs, par le droit des droits de l'homme. En effet, « *quand on veut informer les tiers, on porte forcément atteinte à la vie privée des intéressés !* »⁶⁸². Nous pressentons, dès lors, que le juge ne sera pas trop loin, afin de contrôler l'opportunité des actes réalisés. La déjudiciarisation pourrait n'être pas la panacée. Pourtant, elle a été décrite comme un outil permettant de moderniser le droit des personnes protégées. Quelle (s) solution (s) ? Nous mesurons sans peine que la révolution n'est pas la solution idoine. Il est plus probable que le législateur, en France comme au Koweït et en Egypte, prendra le chemin de l'entre-deux : améliorer l'existant et innover pour ce qui n'existe pas encore. Nous suivrons en cela la conclusion du professeur Jean-Marie Plazy qui souligne qu'en définitive, « *modernité et*

⁶⁸¹ J. HAUSER, « La vocation à la plénitude de la protection des majeurs », *Op. cit.*, p. 379.

⁶⁸² Ibid.

classicisme permettront de trouver les voies d'une réconciliation entre les droits des majeurs protégés et ceux des tiers »⁶⁸³.

321. CONCLUSION CHAPITRE II

La sécurité juridique apparaît comme une question importante, voire décisive. En tout cas, elle est d'actualité. Nous pourrions dire que la difficulté centrale afférente au principe de la sécurité juridique est celle de sa définition : qu'est-ce que la sécurité juridique ? Nous connaissons ses éléments constitutifs, mais nous peinons encore à en livrer une définition intrinsèque. Lorsque la sécurité juridique est appliquée au droit de la protection des majeurs, nous relevons immédiatement les difficultés consécutives à cette rencontre. En effet, outre les difficultés de la sécurité juridique, s'ajoutent celles de la figure de la personne protégée et, par conséquent, de la personne chargée de la protection. Il n'en demeure pas moins vrai que le principe de la sécurité juridique figure tel un axe fondamental quant à la protection des actes réalisés par le majeur mais, aussi, un axe protégeant les tiers.

322. CONCLUSION TITRE II

Le renouvellement du droit de la protection est en marche. Cela est incontestable. La pénétration de la norme internationale, traduite par les dispositions de la Convention relatives aux droits des personnes handicapées au sein des ordres juridiques nationaux, conduit à l'obligation de réévaluer et de réorienter les axes sur lesquels les droits domestiques se sont, pour l'instant, appuyés. Progressivement, mais croyons-nous de manière irréversible, nous nous acheminons, à l'avenir, vers la création d'un droit de l'accompagnement qui viendra supplanter, en grande partie, le droit de la protection et balayera, incontestablement, le droit arabe de l'incapacité. Le droit international des droits de l'homme est un puissant révélateur des transformations en cours dans le paysage juridique. L'une des manifestations les plus éloquentes est la perte de maîtrise par la puissance publique quant à la définition de manière exclusive de ce qu'est la protection et de ce qu'est ou devrait être la personne protégée. Les changements escomptés produiront de nouveaux équilibres, particulièrement quant à la sécurisation des actes juridiques qui naissent entre la personne protégée et les tiers. Dès l'instant où la figure de la personne vulnérable change, celle des rapports qu'elle entretient avec les tiers changera également. Le droit arabe

⁶⁸³ J.-M. PLAZY, « Les perspectives de réforme et la sécurité juridique des tiers », *Op. cit.*, p. 405.

sera, croyons-nous, davantage affecté par ce renouvellement. Le saut sera à la fois qualitatif, en introduisant la protection de la personne, et quantitatif, avec l'adjonction et l'élaboration de nouvelles dispositions. La problématique de la sécurité juridique ne manquera, dès lors, pas de se poser en des termes peu différents de ceux que connaît actuellement l'ordre juridique français.

323. CONCLUSION PARTIE II

Notre recherche aura permis de mesurer la difficulté d'appréhender aujourd'hui le droit de la protection des majeurs, qui se trouve travaillé par des considérations multiples, voire antagoniques. A cet égard, nous pourrions emprunter les termes du Rapport du Conseil d'État de 2016 qui, en dépit, d'anciens rapports et de diverses mises en garde, l'état du droit semble demeurer inchangé. Il est écrit que « *le Conseil d'État mesure donc le scepticisme auquel risque de se heurter un troisième rapport consacré à cette question lancinante. Ce choix traduit d'abord une forme d'autocritique : le Conseil d'État entend, d'une part, s'interroger sur les raisons pour lesquelles les remèdes qu'il a préconisés n'ont pas suffi et, d'autre part, œuvrer davantage encore à un droit plus simple et de qualité, y compris en se gardant de la tentation du perfectionnisme juridique* ». Ce sont effectivement les questions que nous avons rencontrées lors de notre recherche : comment obtenir un droit simple et de qualité ? Comment réaliser la transformation idoine ? Quels sont les acteurs indispensables (famille, professionnels, magistrats, experts, représentants du Comité international relatif aux droits des personnes handicapées) pour mener cette tâche, devenue assez périlleuse ? Le sentiment qui se dégage peut, par ailleurs et également, s'exprimer à travers les mots du Rapport du Conseil de 2016 : « *le Conseil d'État a considéré qu'il devait prendre le risque de rouvrir la réflexion sur un sujet fondamental pour l'équilibre de notre démocratie, en recourant à une approche renouvelée, pragmatique et actualisée. Il ne suffit plus d'invoquer les glorieux ancêtres ou les principes élevés au plus haut de la hiérarchie des normes. Il faut prendre en compte les nombreux travaux théoriques mais aussi et surtout les expérimentations pratiques qui ont démontré qu'une simplification hâtive pouvait manquer complètement son but. C'est le sens de l'intitulé ambitieux de cette étude sur la « simplification et la qualité du droit » que de chercher à concilier deux objectifs parfois contradictoires. Un droit de qualité recèle une part de complexité et rien ne serait plus dommageable que de prétendre l'ignorer. Et toute simplification demande de faire des choix entre différentes priorités qu'il faut hiérarchiser* ».

CONCLUSION GENERALE

324. Une comparaison des droits sous le prisme du droit international. *« Il est devenu urgent d'avoir pleine conscience des risques de dogmatisme, d'idéalisme, d'aveuglement aussi sur la réalité des situations, et concomitamment de désengagement de l'État. Il ne s'agit pas de vouloir être inclusif à tout prix, sans nuance et sans lucidité, en négligeant la sécurité des tiers et en ne protégeant plus la personne elle-même. Il s'agit en revanche très clairement de regarder sans complaisance les applications concrètes du droit pour les faire évoluer et faire évoluer dans le même temps le regard et les pratiques d'accompagnement, d'assistance et parfois de représentation des personnes les plus fragiles. Il n'y a là ni suivisme des institutions des droits de l'homme, ni angélisme ou sentimentalisme, mais volonté profonde de construire un « droit flexible », d'orientation plutôt que d'injonction et d'assignation à une place préfigurée par d'autres, sans respect profond pour ce que sont toutes les dimensions de l'homme et ses capacités de rebond. Sans doute pour cela faut-il que le droit civil prenne enfin en considération les autres dimensions du droit et, en particulier, le droit social, mais aussi accepte d'être un droit vivant »*⁶⁸⁴ : tels sont les mots de conclusion de Madame l'avocate générale Anne Caron-Déglise lors du colloque consacré à la protection des majeurs. En dépit de la longueur relative de ce morceau choisi, l'important est pour nous la substantifique moelle du propos. Et ce dernier, illustre de manière éclatante la réflexion à laquelle nous sommes arrivés au terme de cette recherche. Au-delà des prescriptions et des solutions dirigées vers le droit français, nous sommes désormais convaincus que le renouvellement du droit arabe des incapacités ne pourra véritablement se réaliser que lorsqu'une prise de conscience des divers acteurs concernés par le domaine de la protection adviendra. Une prise de conscience de l'interaction et de l'imbrication de différents droits (médical, judiciaire, professionnel de la protection, famille) afin de donner vie à une cohérence de l'action et de l'intervention. Le droit civil, n'est pas condamné sans appel au 'dépérissement'⁶⁸⁵, que ce soit, en France ou, *a fortiori*, dans les deux États arabes étudiés. Nous suivrons en cela le professeur Frédéric Rouvière qui sur un ton enthousiaste et optimiste affirme qu'*« on peut certes juger le droit civil en déclin. Mais ce n'est que l'un des aspects de sa temporalité. Comme droit savant, il possède une*

⁶⁸⁴ A. CARON-DEGLISE, « Conclusion et prospective », *Op. cit.*, p. 443.

⁶⁸⁵ R. LIBCHABER, « Le dépérissement du droit civil », in F. Audren et S. Barbou des Places (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018, p. 243

remarquable stabilité et celle-ci est avant tout doctrinale. Ce n'est pas du côté du contenu du droit civil positif qu'il faut chercher son avenir mais plutôt du côté de ses fonctions symboliques, méthodologiques et épistémiques. Là est sa vraie légitimité. Doué à cet égard d'une inégalable longévité, il renaît sans cesse dans un cycle de morts et de résurrections qui fait toute sa noblesse. Assurément, le droit civil est le phénix du droit »⁶⁸⁶. Il n'est pas excessif de dire qu'en dépit de toutes les tensions et les contradictions qui peuvent le traverser et l'affecter, le droit de la protection des majeurs vulnérables est le ferment qui prémunira le droit civil de dépérir. Le dynamisme qui caractérise le droit de la protection des majeurs est une ressource inépuisable notamment pour le juriste civiliste dans la quête d'un droit meilleur. Notre recherche en constitue un témoin tangible.

⁶⁸⁶ F. ROUVIERE, « L'avenir du droit civil », *RTD civ*, 2019/02, p. 451.

BIBLIOGRAPHIE

Juridique

Circulaires

Circulaire de la Chancellerie, 9 fév. 2009.

Ministère de la Justice (Égypte), *Recueil des travaux préparatoires du Code civil égyptien (Al-Qanun al-madani : majmuatal-a'mal al- tahdiriyyah)* [en arabe], t. 1, Le Caire, Imprimerie Dar el-kitab al-arabi, 1950.

Notes

Note de présentation des dispositions du décret n° 2014-1502 du 12 décembre 2014 relatif aux demandes d'aide juridictionnelle en cas de prise en charge par un dispositif de protection juridique, 24 févr. 2015, *BOMJ* 31 mars ; *AJ fam.* 2015. 9, obs. V. AVENA-ROBARDET.

En langue française

Ouvrages généraux

DARDOT P., LAVAL Ch., *La nouvelle raison du Monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, Éditions La Découverte, 2010.

DARDOT P., LAVAL Ch., *Dominer. Enquête sur la souveraineté de l'Etat en Occident*, Paris, Éditions La Découverte, 2020.

DEFOE D., *Robinson Crusoé*, Paris, Le livre de poche, 2003, 414 p.

DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, LGDJ, 7e éd., 2023, 408 p.

DEUMIER P., SOREL J.-M., (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, 2018.

GROUSSET R., *Bilan de l'histoire*, Paris, Plon, 1946, 321 p.

STEIGLER B., *Il faut s'adapter. Sur un nouvel impératif politique*, Paris, Gallimard, 2019.

Ouvrages spéciaux

AILINCAI M., *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du conseil de l'Europe. Contribution à la théorie du contrôle international*, Paris, Pedone, 2010, 680 p.

AILINCAI M., *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe – Contribution à la théorie du contrôle international*, Paris, Pedone, 2012. (voir page 32 si c'est bien la bonne date)

ALLAND D., *Droit international public*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental », 2021.

ALLAND D., *Manuel de droit international*, 10^e éd., Paris, PUF, 2023.

ALTWEGG-BOUSSAC M., *Regards critiques sur un enseignement*, (sous la dir.), Institut francophone pour la justice et démocratie, 2021.

AUBY J.-B., *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 2020.

BARBE V., GUILLERMINET C., MAUCLAIR S. (dir.), *La notion d'intérêt(s) en droit*, Paris, IFJD, 2020.

BATTEUR A., *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 10^e éd., LGDJ, 2019.

BATTEUR A., *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 11^e éd., LGDJ, 2021.

BATTEUR A., MAUGER-VIELPEAU L., *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 11^e éd., LGDJ, 2021.

BAUER M., FOSSIER Th., *Les tutelles*, 6^e éd., ESF, 2016.

BELLIVIER F., *Droits des personnes*, LGDJ, 2015.

BERNARD-MAUGIRON N., *La politique à l'épreuve du judiciaire : la justice constitutionnelle en Egypte*, Bruxelles, Bruylant-CEDJEJ, 2003.

BERNARD-MAUGIRON N., *Droit contemporain des pays arabes*, Paris, SIREY, 2023.

BLACHER Ph., NERI K., *Droit des relations internationales*, Paris, LexisNexis, 2023, 8^e éd.

BLEUCHOT H., *Droit musulman*, PUAP, 2000.

BONNET B., *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016.

BOTIVEAU B., *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes : mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Paris, Karthala, 1993.

BOUSQUET G.-H., *Le droit musulman*, Paris, Armand Colin, 1963.

BROVELLI G., NOGUES H., *La tutelle du majeur protégé*, Paris, L'Harmattan, 1994.

BURGORGUE-LARSEN L. (sous dir.), *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'homme – De l'ouverture au dialogue*, Paris, Pedone, 2017, 423 p.

BURGORGUE-LARSEN L., *Les 3 cours régionales des droits de l'homme in context – La justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Pedone, 2020, 588 p.

CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y., CHENEDE F. (ssdir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2015.

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

CATALA P., préf. A Th. Fossier, A. Batteur, A. Caron-Dégliise, M.-Ch. Dalle, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, *Curatelle, Tutelle, Accompagnements*, LexisNexis, coll. « Litec Professionnel », 2010, p. XI.

CERQUEIRA G., FULCHIRON H., NORD N., (Sous dir.), *Insécurité juridique : l'émergence d'une notion ?* Paris, Société de législation comparée, 2020.

CHARFI M., *Islam et liberté. Le malentendu historique*, Paris, Albin Michel, 1998.

CHEHATA Ch., *L'Équité en tant que source du droit Hanafite*, Paris, G.-P. Maisonneuve et Larose, 1966.

COMMAILLE J., *A quoi nous sert le droit ?* Paris, Gallimard, 2015.

CORNU G., *Droit civil, Les personnes*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2007, n° 104, spéc.

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 14^e éd., Paris, PUF, 2020.

CORTEN O., KLEIN P. (sous dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités - Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

COSTA J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme – Des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2017.

COULSON N. J., *Histoire du droit islamique*, Paris, PUF, 1995.

COUTANT-LAPALUS (dir.), *Le logement du majeur vulnérable*, Éd. Univ. Dijon, 2012.

DARDOT P., LAVAL Ch., *Dominer. Enquête sur la souveraineté de l'État en Occident*, Paris, La Découverte, Coll. Sciences humaines, 2020.

DECAUX E., DE FROUVILLE O. (sous la dir.), *La dynamique du système des traités de l'ONU en matière des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2015.

DECAUX E., DE FROUVILLE O., *Droit international public*, Courbevoie, Lefebvre Dalloz, 13^e éd., 2023, p. 249.

DELMAS SAINT-HILAIRE Ph., *Le tiers à l'acte juridique*, préf. J. Hauser, LGDJ, 2000, 571 p.

DEMOLOMBE Ch., *Cours de Code Napoléon, vol. 8, Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, t. 2nd, 2^e éd., Paris, A. Durand et Hachette, 1861, n° 643.

DUPUY P.-M., KERBAT Y., *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2022, 16^e éd.

FATHY M., 'Introduction', in Mahmoud Fathy (dir.), *La doctrine musulmane de l'abus des droits : étude d'histoire juridique et de droit comparé*, Paris, P. Geuthner, 1913, p. 34.

FERDANDEZ J., *Relations internationales*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2019.

FONTAINE L., *Qu'est-ce qu'un grand juriste ?* Paris, LGDJ, 2012, 196 p.

FOSSIER Th., BATTEUR A., CARON-DEGLISE A., DALLE M.-Ch., PECAUT-RIVOLIER L., VERHEYDE Th., *Curatelle, Tutelle, Accompagnements*, LexisNexis, coll. « Litec Professionnel », 2010.

GAUTIER Ph., *Les conventions de Vienne sur le droit des traités – Commentaire article par article*, O. Corten, P. Klein, (ss dir.), Bruxelles, Bruylant, 2006.

GROUSSET R., *Bilan de l'histoire*, Paris, Plon, 1946, p. 115.

HAUSER J., *RTD civ.*, 2008, 454, obs. sous Riom 4 oct. 2007.

HOLYE M., *Mixed courts of Egypt*, Londres, Boston, Graham & Trotman, 1991.

JAHEL S., *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Paris, LGDJ, 2012.

LAGRANGE E., SOREL J.-M. (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013.

LECA A., *Droit musulman*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2021.

LEFEUVE K., MOISDON-CHATAIGNER S. (dir.), *Protéger les majeurs vulnérables*, Presses de l'EHESP, 2015.

LEFEUVE K., MOISDON-CHATAIGNER S., (dir.), *Protéger les majeurs vulnérables*, Presses de l'EHESP, 2017.

LEFEUVE K., MOISDON-CHATAIGNER S., (dir.), *Protéger les majeurs vulnérables*, Presses de l'EHESP, 2019.

LEMOULAND J.-J., *J.-Cl. Civil Code*, art. 464 à 466, Fasc. Majeurs protégés – curatelle et tutelle – sanctions des irrégularités, n° 40.

LIBCHABER R., *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, 2013.

MALAUURIE Ph., AYNÈS L., *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 11^e éd., LGDJ, 2020.

MALAUURIE Ph., AYNES L., *Introduction au droit*, 8^e éd., LGDJ, 2020.

MALAUURIE Ph., *Écrits d'une vie*, LGDJ, 2021.

MALBLANC M., *La technique des notions autonomes dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Université de Lyon, 2019, 748 p.

MALINVAUD Ph., BALAT N., *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 21^e éd., 2021.

MARCADE V., *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 1^{er}, 7^e éd., Paris, DELAMOTTE ET FILS éditeurs, 1873, n° 520.

MARCHADIER F., *Majeur protégé. Droit civil*, Paris, Dalloz, 2020.

MARIA I., *Droit de la famille*, 8^e édition, Paris, Dalloz, 2021.

MAY V. G. (1848-1940), *Éléments de droit romain*, 11^e éd., Sirey, 1913, n° 58.

MEZGHANI A., *L'État inachevé. La question du droit dans les pays arabes*, Paris, Gallimard, 2011.

MORVAN P., *Droit de la protection sociale*, 10^e éd., Paris, LexisNexis, 2021.

OST F., *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

PELLET R., SKZRYERBAK A., *Droit de la protection sociale*, 1^e édition Paris, PUF, Thémis droit, 2017.

PETERKA N., CARON-DEGLISE A., ARBELOT F., *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2020, p. 633.

PETERKA N., CARON-DEGLISE A., ARBELOT F., *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2021-2022, n° 413-31.

PICARD E., *La politique dans le monde arabe*, Paris, Armand Colin, 2006, 355 p.

RAOUL-CORMEIL G. (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2012, 306 p.

SALAH M. M., *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, PUF, 2002, 256 p.

STOFFEL-MUNCK Ph., *L'abus dans les contrats*, Préf. R. Bout, LGDJ, coll. Bibl. dr. Privé, t. 337, 651 p.

SUDRE F., MILANO L., PASTRE-BELDA B., SCHAHMANECHE A., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 16 éd., 2023.

TERRE F., FENOUILLET D., *Droit civil, Les personnes*, 8^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2012, 934 p.

TERRE F., MOLFESSIS N., *Introduction générale au droit*, 15^e éd., Dalloz, 2023, 906 p.

TEYSSIE B., *Droit civil. Les personnes*, 24^e éd., LexisNexis, coll. « Manuel », 2022, 920 p.

TEYSSIE B., *Droit des personnes*, 22^e édition, LexisNexis, 2020.

ZUPANCIC B., *Sur la Cour européenne des droits de l'homme – Rétrospective d'un initié (1998 – 2016)*, Paris, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2018, 438 p.

Thèses

BRENIER Cl., *L'acte conservatoire*, Thèse, Paris II, LGDJ, 1999, préf. P. Catala.

GAILLARD E., La notion de pouvoir en droit privé, Thèse, Paris II, Economica, 1983, préf. G. Cornu.

GRANVORKA A., *La prodigalité en droit privé*, Thèse, Université de Bordeaux, 2020.

LEDUC Fr., *L'acte d'administration, nature et fonctions*, Thèse, Bordeaux I, L'espace juridique, 1992.

PLAZY J.-M., *La personne de l'incapable*, Thèse, Univ. Bordeaux (1998), éd. La Mouette, 2001.

SANHOURY A., *Le Califat : son évolution vers une Société des nations orientales*, coll. 'Travaux du Séminaire oriental d'études juridiques et sociales', Thèse, Paris, P. Geuthner, 1926.

SANHOURY A., *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail et la jurisprudence anglaise*, Thèse, Lyon, 1925.

TALARICO L., *La personne du majeur protégé*, Thèse, Lyon III, 2008, ronéo.

TRASBOT A., *L'acte d'administration en droit privé français*, Thèse, Bordeaux, 1921.

VERDOT R., *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, Thèse, Aix, LGDJ, 1963, préf. J. Kayser.

Dictionnaires

Dictionnaire historique des juristes français, (sous la dir.) de P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, Paris, PUF, 2007.

Colloques, congrès et séminaires

BATTEUR A., « Synthèse et perspectives d'évolution de la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs (*Actes du colloque de Caen*, 19 oct. 2012) », in *Dr. famille*, 2012, dossier 17, pp. 27 à 31.

BEDJAOUI M., « La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du droit des gens », in *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, Paris, Pedone, 2001, p. 529 et s.

DE LAMOTHE O. D., Séminaire franco-brésilien, Regards croisés sur la sécurité juridique », *Cours de cassation*, 19 septembre 2005.

KELSEN H., Propos tenus lors d'un colloque, cités et traduits par C. Herrera (dir.), *Le droit, le politique : autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 8.

MORETEAU O., « L'influence internationale de l'œuvre d'Édouard Lambert », in *Dialogue de cultures et de législation : actes du congrès international du Cinquantenaire du Code civil égyptien (1948 – 1998)*, Le Caire, Direction générale de la Coopération internationale et culturelle, 1998, p. 62.

SAUVE J.-M., Intervention lors du colloque *L'écriture de la loi* du 12 juin 2014.

SERMET L., « Le développement des méthodes d'interprétation et des méthodes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme par les juridictions supranationales », in *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales – Actes du colloque des 8 et 9 octobre 2015*, Joël Andriantsimbazovina, Laurence Burgorgue-Larsen, Sébastien Touzé, Paris, Pedone, 2016, p. 55 et s.

SLIM H., « La réception du droit français de la responsabilité délictuelle au Liban : Au-delà du Code civil mais grâce au Code civil », in *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Colloque CEDROMA 2004, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 279.

Articles

ABDEL LATIF M., « La constitutionnalité de la loi sur la justice constitutionnelle au Koweït », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/1, n° 69, pp. 121-144.

ACHOUR Y. B., « L'articulation du droit musulman et du droit étatique dans le monde arabe actuel », dans *Lectures contemporaines du droit islamique. Europe et monde arabe*, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 120.

AFIFY A. M., « La constitution égyptienne de 2014 : entre traditions et tendances révolutionnaires », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/1, n° 101, pp. 209-219.

AL-DABBAGH H., « Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des États arabes du Moyen-Orient », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 43, n°1-2, 2013, p. 422.

AL-DABBAGH H., « Droit arabe et renouveau du droit musulman : le vieux rêve deSanhoury revisité », *Journal of Comparative Law in Africa*, 2015, p. 14 et s.

AMOR A., « Constitutions et religion dans les Etats musulmans », dans *Constitutions et religions*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1994, p. 25 et s., spéc. pp. 65-66.

ANCEL P., « Le droit civil, modèle disciplinaire ? », dans Frédéric Audren, Ségolène Barbou des Places (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?* LGDJ, 2018, p. 227.

ANDERSON J. N. D., « The Shari'a and Civil Law », (1954) 1 *The IslamicQuarterly* 27, pp. 29-46. 1954.

APPELBAUM P., « Il y a toutes sortes de droits : les problèmes posés par l'article 12 et son interprétation », *Polémiques*, 2018, p. 51.

ARBELLOT F., FOSSIER T., « Majeurs protégés », *J.-CL. Civ. Code*, art. 415 à 432, fasc. 30, 2009, n° 92.

ARNALDEZ R., « L'apport de l'islamologie à la pensée chrétienne », *Travaux et Jours*, Liban, Beyrouth, 1964, XIII, pp. 57-66.

ARNAUD A.-J., « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Droit et société*, 1997, n° 35, p.11 et s.

BAILLON-WIRTZ N., « Le droit allemand de la protection des majeurs : un exemple à suivre ? », dans *La vie privée de la personne protégée. In memoriam Thierry Verheyde*, Mare & Martin, coll. Droit privé et science criminelle, p. 124

BAUDEL M., « Repenser la protection des majeurs protégés au regard de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », *Dr. Fam*, avril 2018, Étude 4.

BEAUD O., LIBCHABER R., « Où va l'Université ? Les chemins de la liberté », *JPC G*, 2004, doct. 1264.

BEDJAOUI M., « *Le Mécanisme africain d'évaluation par les Pairs* », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit*, Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1140.

BEN ACHOUR Y., « L'articulation du droit musulman et du droit étatique dans le monde arabe actuel », in Franck Frégosi (ss. dir.), *Lectures contemporaines du droit islamique*, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 115.

BERNARD-MAUGIRON N., « Quelques développements récents dans le droit du statut personnel en Egypte », *Revue internationale de droit comparé*, 2004/2, vol. 56, pp. 355-385.

BERNARD-MAUGIRON N., « Le processus de réforme du droit de la famille et ses limites », *Confluences Méditerranée*, 2010/4, n° 75, p. 77 et s.

BERNARD-MAUGIRON N., « La place de la charia dans la hiérarchie des normes », (ss dir. B. Dupret), dans *La Charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, Paris, La Découverte, 2012, p. 51.

BERNARD-MAUGIRON N., « Islam et constitutionnalisme dans le monde arabe après les soulèvements de 2011 », *Société, droit et religion*, 2020/1 n° 10, p. 177.

BERNARD-MAUGIRON N., « La garde et l'intérêt de l'enfant devant les tribunaux égyptiens », in Ben Hounet, Y. Therrien, C. (dir.), *Les parentalités en Afrique musulmane : repenser la famille à partir de l'intérêt de l'enfant et des transformations sociales*, 2021, Centre Jacques-Berque, p. 60.

BLAS-LOPER M. E., BARON F., « Quelques réflexions sur l'influence du droit international sur la définition du 'handicap' en droit de l'Union européenne », in *Le droit social en dialogue – Mélanges en l'honneur de Marie-Ange Moreau – Européanisation, mondialisation, croisements disciplinaires*, C. Marzo, E. Pataut, S. Robin-Olivier, P. Rodière, G. Trudeau, (sous dir.), Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 33 et s.

BOTIVEAU B., « Le droit islamique réinventé ? Les accélérations interprétatives », dans Franck Frégosi (ss. dir.), *Lectures contemporaines du droit islamique*, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 193.

Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 11, Dossier : *le principe de sécurité juridique*, décembre 2001.

CARBONNIER J., « Terre et ciel dans le droit du mariage », dans *Etudes Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, Tome 1, p. 341.

CARBONNIER J., « Essais sur les lois », 2^e éd., *Defrénois*, 1955.

CARBONNIER J., préface à J. Massip, « *La réforme du droit des incapables majeurs* », éd. *Defrénois*, 1968.

CARBONNIER J., *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2001.

CARCASSONNE G., « Penser la loi », *Pouvoirs*, 2005, n° 114, p. 39.

CARON-DEGLISE A., « Préface », in K. Lefeuvre, S. Moisdon-Chataigner, (dir.), *Protéger les majeurs protégés*, 2017, Rennes, Presses de l'EHESP, p. 8.

CARON-DEGLISE A., « Conclusion et prospective », *Protection des majeurs : bilan et perspectives. De la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?* G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg, I. Maria, (ss. dir.), LexisNexis, 2020, p. 435.

CASEY J., « Faut-il craindre l'avocat mandataire judiciaire ? L'analyse de l'avocat », in J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 117 et s.

CASSARD-VALEMBOIS A. L., « L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique français : 'je t'aime, moins non plus' », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, octobre 2020.

CATALA P., « *Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil* », *JCP N*, 2008, 1267, n°9.

CHARBONNEAU L., « Notions autonomes et intégration européenne », *Cahiers de droit européen*, 2013, n° 1, p. 69.

CHARVIN R., « L'entreprise, 'Modèle universel' », in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles Martin*, Paris, Editions Frison-Roche, 2013, p. 591.

CHARVIN R., « L'Etat métis. Questions de méthode. Note critique sur les typologies constitutionnelles », *Droits*, 2019/2, n° 70, p. 169 et s.

CHEHATA Ch., « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 17, n° 4, octobre-décembre 1965, p. 839 et s.

CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001/3, n° 49, p. 827 et s.

COLLARD Ch., « Concevoir le produit comme un produit », dans *Mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrestien, 2012, p. 421 et s.

COMBERT J., BAILLON-WIRTZ N., « L'habilitation familiale : une innovation à parfaire », *JCP N*, 2015, p. 1248.

Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif, Journées italiennes, Tome LXVII / 2017, Travaux de l'Association Henri Capitant, Bruxelles, Bruylant, 2018, 828 p.

COUTURIER M., « Le compte en banque de la personne vulnérable », *JCP N* 2008, p. 1270.

COUZIGOU-SUHAS N., LE LEVIER Y., « Le mandat de protection future », *Deffrénois*, 2006, art. 38371, p. 633 et s.

DANINO P.-O., « Observations pratiques et contrastées sur la santé du majeur protégé », in *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, G. Raoul-Cormeil (dir.), Dalloz, Coll. « Thèmes § Commentaires », 2012, p. 184.

DANINO P.-O., « L'intérêt saisi par le juge », in K. Lefevre, S. Moisdon-Chataigner, (SS. Dir.), *Protéger les personnes vulnérables. L'intérêt de la personne protégée*, Collection, Regards croisés, Rennes, Presses de l'EHESP, 2017, pp. 97 et s.

DE BELLFONDS Y. L., « Le droit musulman et le Code civil égyptien », (1956) 4, *Annales juridiques, politiques, économiques et sociales, Revue de la faculté de droit d'Alger*.

DE FROUVILLE O., « Conclusions générales », in Emmanuel Decaux et Olivier De Frouville, *La dynamique du système des traités de l'ONU en matière de droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2015, p. 206.

DELBANO F., « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », *D.*, 1999, chron., pp. 408 à 413.

DELEBECQUE Ph., « L'attractivité du droit français : un mot d'ordre dépourvu de sens », *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019.

DELMAS-MARTY M., « La grande complexité juridique du monde », in *Déterminismes et complexités : du physique à l'éthique*, P. Bourguine, D. Chavalarias, C. Cohen-Boulakia, (SS dir.), Paris, La Découverte, 2008, p. 349 et s.

EYRAUD B., « L'intérêt dans la Convention internationale de l'ONU pour les droits des personnes handicapées », in K. Lefevre, S. Moisdon-Chataigner, (SS. Dir.), *Protéger les personnes vulnérables. L'intérêt de la personne protégée*, Collection, Regards croisés, Rennes, Presses de l'EHESP, 2017, p. 279.

EYRAUD B., « Adopter une approche du handicap par les droits humains ? La domestication en spirale de la Convention internationale sur les droits des personnes handicapées en France », *Droit et société*, 2023/1, n° 113, pp. 55 à 71.

EYRAUD B., BEAL A., « Le processus d'ancrage territorial des droits humains : l'exemple de la Convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées », *Annales de géographie*, 2021, n° 737, p. 52.

FARTHOuat O., « Capacité, protection et sauvegarde de justice : quels risques en droit civil ? », *JCP N* 1999, pp. 897 et 918.

FATHY M., « Le meilleur champ d'expérimentation dont dispose la science de la législation comparée », Introduction, in Mahmoud Fathy (dir.), *La doctrine musulmane de l'abus des droits : étude d'histoire juridique et de droit comparé*, Paris, P. Geuthner, 1913, p. 34.

FENOUILLET D., « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Deffrénois*, 2009, n°2, p. 142 et s.

FEUILLET B., « De la légitimité de la famille à l'intérêt du majeur protégé », « Introduction », in K. Lefeuvre, S. Moisdon-Chataigner, (dir.), *Protéger les majeurs protégés*, 2017, Presses de l'EHESP, p. 24.

FOSSIER T., « La responsabilité du tuteur et des juges des tutelles selon les décisions des trois ordres de juridiction », *RDSS*, 2001, p. 364.

FOSSIER Th., « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », *Deffrénois*, 2005, n° 1, pp. 3 à 34.

FOSSIER Th., « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », *Deffrénois*, 2005, art. 38076, pp. 3 à 34.

FOSSIER Th., « Le statut civil de la personne vulnérable gouvernée par des principes fondamentaux », *JCP N*, 2008, p. 1277.

FRESNEL F., « Le médecin choisi inscrit sur la liste et la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *Gaz. Pal.*, 10 nov. 2007, p. 2.

FRESNEL F., « Le médecin et le droit des majeurs », *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2009, n° 288.

FRESNEL F., « Le certificat médical, une pièce maîtresse de la mesure de protection des majeurs », *D.*, 2010, p. 2656.

FRESNEL F., « Le contentieux de l'ouverture d'une mesure de protection », in G. Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2012, pp. 32-33.

FRYDMAN B., « Penser le droit global », *Cahiers de la justice*, 2013/3, n° 3, p. 23 et s.

FULCHIRON H., « L'accompagnement des personnes majeures vulnérables, entre nécessité juridique et exigence éthique », *Dr. fam*, mars 2017, Étude 17, p. 16.

FULCHIRON H., « Le notaire et l'exécution du mandat de protection future », *Deffrénois*, 2009, art. 38883, pp. 178 à 184, spéc. n° 1.

GANNAGE L., « Droit immobile ou droit en mouvement ? Quelques remarques à propos du droit musulman », *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec NexisNexis, 2009, p. 203 et s.

GANNAGE L., « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *RCADI*, 2013, t. 357, p. 240.

GAUTIER P.-Y., « Du nouveau gouvernement des juges », in *Mélanges en l'honneur de la professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p. 55 et s.

GEFFROY C., « L'extension des pouvoirs du gérant de tutelle (Propos critiques relatifs à l'arrêt rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation le 24 février 1993) », in *Mélanges H. BLAISE*, Economica, 1995, pp. 245 à 256.

GRARADJI N., « La protection judiciaire des majeurs : en marche vers la déjudiciarisation ? », *Actualités sociales hebdomadaires*, 1/6/2018.

GRASS E., « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », *RDP*, 2003, n° 1, pp. 139-162

GRIMALDI M., « L'exportation du Code civil », *Pouvoirs*, 2003/4, n° 107, pp. 80 -96.

GUINCHARD S., « L'instrumentalisation du contrôle de proportionnalité dans le débat sur la place de l'autorité judiciaire dans nos institutions », in *Mélanges B. Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 617.

HAUSER J., « Réflexion sur la protection de l'incapable », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 227.

HAUSER J., « Faut-il brûler le droit des incapacités ? Commentaires de futures décisions », *RTD civ.*, 1998, p. 656.

HAUSER J., « L'incapable et nous », *JCP N*, 1999, p. 863.

HAUSER J., « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. Famille*, 2007, étude 14.

HAUSER J., « Incapables et/ou protégés », *Cairn Info*, 2007.

HAUSER J., « Conclusion », in G. Raoul-Cormeil (ss dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, 2012, Paris, Dalloz, p. 13 et s.

HAUSER J., « L'enfance du mandat de protection future », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, 2014, LexisNexis, p. 709 et s.

HAUSER J., « La vocation à la plénitude de la protection des majeurs », in J. Marie Plazy et G. Raoul-Cormeil, (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 369 et s.

HAUSER J., « Majeurs protégés : difficile équilibre entre volonté et protection », *RTD civ.* 2017, 356.

HENNEBEL L., « Les Pactes comme instruments de socialisation des États parties », in *Le système de protection des droits de l'homme des Nations unies - Présent et avenir*, O. De Frouville (sous la dir.), Paris, Pedone, 2018, p. 29 et s.

JAMIN Ch., XIFARAS M., « Retour sur la 'critique intellectuelle' des facultés de droit », *JPC G*, 2015, p. 154.

JONAS J.-C., « Les aspects médicaux de la protection des majeurs », *Dr. famille*, 2007, étude 15, p. 7.

KARM A., « La gestion du patrimoine de la personne en curatelle », *Dr. Patr. mensuel*, 2009, n° 180, p. 86, spéc. p. 93.

L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechot, Paris, Pedone, 2008.

LAGARDE P., « La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes », *Revue critique de droit international privé*, 89 (2), avril-juin 2000, p. 179.

LARROUMET Ch., « Le mythe de l'attractivité du droit civil français », *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, 2019, Paris, LGDJ, p. 365 et s.

LEFEUVRE K., « Introduction », in K. Lefeuve, S. Moisdon-Chataigner, (dir.), *Protéger les majeurs protégés*, 2017, Rennes, Presses de l'EHESP, p. 15.

LEFEUVRE K., « L'intérêt et le droit sanitaire, social et médico-social », in K. Lefeuve, S. Moisdon-Chataigner, (SS. Dir.), *Protéger les personnes vulnérables. L'intérêt de la personne protégée*, Collection, Regards croisés, Rennes, Presses de l'EHESP, 2017, p. 67.

LEFEUVRE K., MOISDON-CHATAIGNER S., « Que faut-il retenir ? », (SS. Dir.), *Protéger les personnes vulnérables. L'intérêt de la personne protégée*, Collection, Regards croisés, Rennes, Presses de l'EHESP, 2017, p. 81.

LEMOULAND J.-J., « Quel apport du droit comparé au droit français des personnes et de la famille ? », in *Mélanges. J. Hauser*, LexisNexis Dalloz, 2012, p. 329 à 349, spéc. p. 342.

LEMOULAND J.-J., « Faut-il à nouveau réformer le droit des majeurs protégés ? », *Protection des majeurs : Bilan et perspectives : De la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?*, G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg, I. Maria (dir.), LexisNexis, 2020, p. 69 et s.

LEMOULAND J.-J., PLAZY J.-M., « Majeurs protégés », *D.*, 2008, Paris, p. 315.

LEMOULAND J.-J., PLAZY J.-M., *D.* 2008, Pan., p. 315.

LEQUETTE Y., « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *Recueil des cours de l'Académie de la Haye*, vol. 387, 2017, p. 211.

LEROY A.-M., « Qualification des actes de gestion du patrimoine », *RTD. Civ.*, 2009, p. 180.

LIBCHABER R., « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2010, p. 504 et s.

LIBCHABER R., « Les transformations dans les sources du droit », dans *Les changements du droit*, *Revue de droit d'Assas*, 2015, n° 15.

LIBCHABER R., « L'avenir d'un paradoxe », in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 526.

LIBCHABER R., « La doctrine politique », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc – Le juriste dans la cité*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 601 et s.

LIBCHABER R., « Le dépérissement du droit civil », in Fr. Audren et S. Barbou (dir), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique*, LGDJ, 2018, p. 243 et s.

LOEWENFELD E., « The Mixed Courts in Egypt as Part of the System of Capitulations after the Treaty of Montreux », in, *Transactions of the Grotius Society*, vol. 26, Problems of Peace and War, Cambridge University Press, 1940, pp. 83-123.

LORD J. E., SUOZZI D., TAYLOR A. L., Lessons from the Experience of U.N. Convention on the Rights of Persons With Disabilities : Addressing the Democratic Deficit in Global Health Governance : *The Journal of Law, Medicine & Ethics : A Journal of the American Society of Law, Medicine & Ethics* 38, 2010, n° 3, p. 564.

MALAURIE Ph., « La réforme de la protection juridique des majeurs », *LPA*, 28 mars 2007, n° 63, *Defrénois* 2007, art. 38569, pp. 557 à 572.

MALAURIE Ph., « Le grand âge », in Philippe Malaurie, *Écrits d'une vie*, LGDJ, 2021, p. 737 et s.

MALLET-BRICOUT B., « L'habilitation familiale relancée, souplesse, individualisation et proportionnalité », *RTD civ.*, 2019, p. 414.

MANSOURI S., *L'Islam confisqué*, Arles, Sindbad, 2010.

MARIA I., « Dix ans de jurisprudence en droit des majeurs protégés », in G. Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2012, p. 67.

MARIA I., « Une nouvelle mesure de protection qui doit faire ses preuves », *Dr. Fam.*, 2016, Étude 5.

MARIA I., « L'aspect subversif des droits de l'homme en cause dans le domaine de la protection juridique », *Dr. fam.* 2016, n° 11, comm. 238.

MARIA I., « Jouir et/ou exercer ses droits en situation de vulnérabilité : les concepts civilistes revisités à la lumière de la Convention », *Polémiques*, 2018, p. 66 et s.

MASSIP J., « L'article 503 du Code civil », *Defrénois*, 1985, n° 33541, p. 737, spéc. n° 2.

MASSIP J., « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs », 1^{re} éd., n° 237 spec., *Defrénois*, 2009.

MASSIP J., « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur protégé », *Dr. Famille*, 2010.

MASSIP J., « La sauvegarde de justice, le mandataire spécial et la garantie des droits de la personne protégée », *JCP*, 2011, p. 1183.

MATHIEU B., « La sécurité juridique, un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges Patrice Gélard, Montchrestien*, 2000, p. 301.

MATHIEU B., « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, Dossier : le principe de sécurité juridique, décembre

2001.

MAUGER-VIELPEAU L., « Le retour du prodige (à propos de l'accompagnement social) », *JCP N*, 2008, p.1269.

MEZIOU K., MEZGHANI A., « Les musulmans en Europe. L'application de la loi nationale au statut personnel, essai de clarification », *Cahiers des droits maghrébins*, 1995, p. 65.

MILLOT L., « La pensée juridique de l'Islam », *RIDC*, 1954, p. 448.

MOISDON-CHATAIGNER S., « L'extinction et le renouvellement de l'habilitation familiale », *Dr. fam*, 2016, dossier 47.

MOISSERON J.-Y., BOURAS N., « La nouvelle constitution égyptienne : contexte et avancées », *Magreb-Machreck*, 2015/1, n° 223, pp. 83-98.

MONTOURCY V., FRESNEL F., « Lettre ouverte aux femmes et aux hommes de bonne volonté : pour la présence obligatoire de l'avocat auprès des majeurs protégés », *Gaz. Pal.*, 12 janv. 2016, p. 14.

MORACHINI-ZEITENBERG S., « L'acte personnel de la personne protégée », *RTD civ.*, 2012, p. 21.

MOREAU J., TERRE F., « La simplification du droit », in *Études offertes à Jacques Béguin -Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 536.

MOURGUES L., « L'avocat du mandataire judiciaire à la protection des majeurs », dans *Protection des majeurs : bilan et perspectives. De la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?* Gilles Raoul-Cormeil, Muriel Rebourg et Ingrid Maria (dir.), Paris, LexisNexis, 2020, p. 153 et s.

MOUSSERON J.-M., « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », *Revue internationale de droit comparé*, 1968, n° 20, p. 37 et s.

MOYSAN H., « Lois et règlements – La loi, en quelques maux », *JCP*, 2018, p. 261.

MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, n° 3, p. 503 et s.

MURAT P., « Retour sur quelques difficultés d'interprétation de l'article 464 du Code civil », *Defrénois*, 2017, n° DEF126Y3, p. 879 et s.

NITSCH N., « L'inflation juridique et ses conséquences », *APD*, 1982, p. 167.

NOGUERO D., « Interrogation au sujet du mandat de protection future », *D.*, 2006, chron., p. 1133.

NOGUERO D., « Le certificat médical pour l'ouverture de mesures de protection des majeurs », *RRJ*, 2011, p. 1227.

NOGUERO D., « La publicité des mesures de protection des majeurs (ouverture, vie et fin des mesures) », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, « *Personnes, Famille, Acte juridique* », LexisNexis Dalloz, 2012, pp. 467-533.

NOGUERO D., « Les conditions de mise en œuvre de l’habilitation judiciaire », *D.*, 2016, pp. 1510-1511.

NOGUERO D., « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », *RDSS*, 2016, p. 965.

NOGUERO D., « Le testament des majeurs protégés : une liberté encadrée », *Deffrénois*, 2017 (7 sept.), n° 17, 127t8, Pratique, Questions-réponses, pp. 17-28.

NOGUERO D., « Agitation ou tempête pour le droit des majeurs protégés ? », *JCPG*, n° 25, 18 juin 2018, Libre propos, p. 698.

NOGUERO D., « Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés. Mélanges à un juge des tutelles humaniste », dans *La vie privée de la personne protégée, in memoriam Thierry Verheyde*, (G. Raoul-Cormeil et A. Caron-Déglise, dir.), éd. Mare & Martin, coll. Droit privé & science criminelle, 2019, Étude 6.

NOGUERO D., « Protection de la personne et autonomie des majeurs protégés : les actes simplement et strictement personnels », *RRJ*, 2019-1, pp. 111-199, spéc, p. 114.

NOGUERO D., « Personnes vulnérables, déjudiciarisation et contrôle des mesures judiciaires : réforme de la justice et prospective », avec Jacques Combret, notaire honoraire, *Deffrénois*, 18 juillet 2019, n°29-34, doctrine, 149y7, pp. 13-20.

NOGUERO D., « Vulnérabilité et aptitude », in *La vulnérabilité*, journées québécoises, Travaux de l’Association Henri Capitant, t. LXVIII/2018, Bruylant et LB2V, 1^{re} éd., 2020, pp. 173-213.

NOOTENS T., « Fous, prodiges et faibles d’esprit : l’interdiction et le conseil judiciaire dans le tribunal de première instance d’Angers. 1820-1835, 1880-1883 », *Déviance et société*, 2000, Vol. 24, n° 1, p. 48.

PECQUEUR E., CARON-DEGLISE A., VERHEYDE Th., « Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », *D.*, 2016, p. 958.

PECQUEUR E., CARON-DEGLISE A., VERHEYDE Th., « Regards de juges sur la loi française et la CIDPH », *Polémiques*, 2018, p. 79.

PELLET A., « Contre la tyrannie de la ligne droite – Aspects de la formation des normes en droit international de l’économie et du développement », in *Thesaurus Acroasium*, vol. XIX, 1992, pp. 287-355 (Cours à l’Institut de droit international public et des relations internationales de Thessalonique, 1988).

PELLET A., « Droits de l’homme et droit international », *Droits fondamentaux*, 2001, n° 1, p. 178.

PELLET A., « Inutile Assemblée générale ? », *Pouvoirs*, 2004/2, n° 109.

PETERKA N., « Le logement du majeur protégé. Brèves réflexions autour de l’articulation de l’autonomie et de la protection », *Mélanges R. Le Guidec*, Paris, LexisNexis, 2014.

PETERKA N., « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs. A propos de l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *JCP*, 2015.

PETERKA N., « Le mandat de protection future : bilan et perspectives », *Defrénois*, 2017, p. 497 et s.

PETERKA N., « Forces et faiblesses de l'habilitation familiale », *Defrénois*, 15 février 2018, p. 15 et s., spéc. p. 23.

PETERKA N., « La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019. Progrès ou recul de la protection ? », in G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg, I. Maria (dir.), *Protection des majeurs : Bilan et perspectives. De la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?*, LexisNexis, 2020, p.319.

PETERKA N., « Sécurité juridique et protection de la personne vulnérable : un équilibre introuvable ? », *Petites affiches*, 30 septembre 2020, n° 196, p. 12.

PETERKA N., « Réflexions sur la création d'une mesure unique de protection à la française », in *Mélanges en l'honneur de la professeure Annick Batteur - Regards humanistes sur le droit*, Paris, LGDJ, 2021, p. 451 et s.

PEYRACHE Ch., « Magistrat délégué à la protection des majeurs (une fonction judiciaire encore récente à promouvoir pour une meilleure prise en compte de la spécificité du droit de la protection des majeurs », in G. RAOUL-CORMEIL, « La loi du 5 Mars 2007, entre le passé et l'avenir de la protection juridique des majeurs », in J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 112.

PIAZZON Th., « La sécurité juridique », *Defrénois*, 2009.

PLAZY J. M., « Les actes juridiques des majeurs protégés », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, 2012, p. 555.

PLAZY J.-M., « Les perspectives de réforme et la sécurité juridique des tiers », in G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg, I. Maria (dir.), *Protection des majeurs : Bilan et perspectives : De la loi n°2007-308 à la loi n° 2019-222 du 5 mars 2007 du 23 mars 2019, et après ?* LexisNexis, 2020, p. 401.

PLAZY J.-M., GEMIGNANI F., « Le logement de la personne vulnérable », *JCP N*, 2012, p. 1193

Président de la FNAT, « Le juge doit rester dans le dispositif », *Actualités sociales hebdomadaires*, 1/6/2018.

QUINN G., « Une interprétation controversée. La personne et ses capacités : quelques perspectives sur le changement de paradigme de l'article 12 », *Polémiques*, 2018, p. 24.

RAOUL-CORMEIL G., « Le conjoint de la personne vulnérable (L'articulation du système matrimonial et du système tutélaire) », *Defrénois*, 2008, art. 38791, pp. 1303 à 1319.

RAOUL-CORMEIL G., « L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et en le fond », *D.*, 2015, 2335.

RAOUL-CORMEIL G., « La loi du 5 Mars 2007, entre le passé et l'avenir de la protection juridique des majeurs », in J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 45.

RAOUL-CORMEIL G., « Le patrimoine de la personne protégée. Rapport introductif », J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (ss. dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 9.

RAOUL-CORMEIL G., « Qu'est-ce qu'être protégé ? Regard d'un juriste », *Le Sociographe*, 2015/2, n° 50, p. 11 et s.

RAOUL-CORMEIL G., « Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille », in A. Batteur (ssdir.), Lextenso, 2^e éd., 2016, n° 479 et s., pp. 417 à 425.

RAOUL-CORMEIL G., « Les distorsions entre la théorie et la pratique du droit des majeurs protégés », *JCP G*, 2019, p. 121.

RAOUL-CORMEIL G., « La loi du 5 mars 2007, entre le passé et l'avenir de la protection juridique des majeurs », in G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg, I. Maria (dir.), *Protection des majeurs : Bilan et perspectives : De la loi n°2007-308 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?* LexisNexis, 2020, pp. 31 à 58.

RAOUL-CORMEIL G., « Mandat de protection future et habilitation familiale : réflexions en vue d'un conseil notarié », *LPA*, 07 oct. 2020, p. 16.

RAOUL-CORMEIL G., « Mandataire judiciaire à la protection des majeurs : une profession méconnue au statut incertain », in *Mélanges en l'honneur de la professeure Annick Batteur, Regards humanistes sur le droit*, LGDJ, 2021, p. 466.

RAOUL-CORMEIL G., LASSERRE-CAPDEVILLE J., « Le compte en banque du majeur protégé », *Rev. Dr. Banc*, 2013.

RAOUL-CORMEIL G., REBOURG M., MARIA I., « Autres regards sur les perspectives de réforme », in G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg, I. Maria (dir.), *Protection des majeurs : Bilan et perspectives. De la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?* LexisNexis, 2020, p.222 et s.

REBOURG M., « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. famille* 2007, étude 16.

REBOURG M., « La responsabilité civile des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans l'exercice de leurs fonctions », *Dr. fam.*, 2010, Étude 17.

REBOURG M., « Durée et renouvellement des mesures de protection juridique ; le pragmatisme des juges face à la loi », in G. Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2012, p. 38.

REVILLARD M., « La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat d'inaptitude », in *Le droit international privé : esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 725 et s.

RODLEY N., « Le rôle d'une organisation non gouvernementale comme Amnesty international au sein des organisations intergouvernementales », in *Les ONG et le droit international*, p. 134.

ROUBIER P., « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à G. Ripert*, Paris, LGDJ, 1951, t. I, p. 9.

ROUVIERE F., « L'avenir du droit civil », *RTD civ*, 2019/02, p. 451.

ROY S., « L'individualisation de la mesure de protection juridique », in G. Raoul-Cormeil, M. Rebours, I. Maria (dir.), *Protection des majeurs : Bilan et perspectives. De la loi n°2007-308 à la loi n° 2019-222 du 5 mars 2007 du 23 mars 2019, et après ?* LexisNexis, 2020, p. 129 et s.

SALVAGE-GEREST P., « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. Famille*, 2009, Étude 17.

SANHOURY A., « Le droit musulman comme élément de refonte du Code civil égyptien », in *Introduction à l'étude du droit comparé ; recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, vol. 2, Paris, Sirey et LGDJ, 1938, p. 621.

SAPORITO A., « La désignation anticipée du tuteur ou du curateur au profit du majeur », *RJPF*, 2009-11/8.

SCHACHT J., « Problems of Modern Islamic Legislation », *Studia Islamica*, N° 12, 1960, p. 99 et s.

SEVELY-FOURNIE C., « Quel rôle pour le parquet dans la protection juridique des majeurs ? », *D.*, 2009, p. 1221.

SOREL J.-M., « L'indifférence de la doctrine interne à la discipline internationale, et réciproquement : Orgueil et préjugés ? », in *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, Pascale Deumier et Jean-Marc Sorel (dir.), Paris, LGDJ, 2018, p. 13 et s.

SOUTRA G., « Faut-il craindre l'avocat mandataire judiciaire ? L'analyse du mandataire judiciaire à la protection des majeurs », in J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 123.

Souveraineté, sécurité et droits de la personne, Liber amicorum en l'honneur du professeur Mohamed Bennouna, Paris, Pedone, 2023.

SUDRE F., « Le recours aux notions autonomes », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 93-131

TERNON M., « Fous et prodiges devant les juridictions civiles », in *Juger les fous au Moyen-Âge*, PUF, 2018, p. 75 et s.

Transformations et résilience de l'État – Entre mondialisation et intégration, in *Libre amicorum en hommage à Jean-Denis Mouton*, Paris, Pedone, 2020.

VANNEUVILLE R., « Le chiffre au service du droit ou le droit au service du chiffre ? », *Mots*, 2012, n° 100, p. 123.

VASSEUR-LAMBRY F., « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme », *Dr. fam.*, févr. 2011, Étude 3.

VERDOT R., « De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes d'administration et de disposition », *RTD. Civ.*, 1968, p. 449.

VERHEYDE Th., « Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales », *D.*, 2010, p. 2460.

VERHEYDE Th., « Le logement du majeur protégé, saisi dans ses aspects personnels et patrimoniaux », dans *Nouveaux droits des majeurs protégés*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2012.

VERHEYDE Th., « Le rôle du juge dans la mesure d'habilitation familiale : un juge présent, absent puis potentiellement présent », *AJ fam.*, 2016, p. 188.

VERHEYDE Th., « Le rôle du juge des tutelles dans l'habilitation familiale : de la lumière à l'éclipse ! », *Dr. Famille*, 2016, étude 42.

VILMAIN D., « Habilitations familiales et mandat de protection future : regard critique du praticien sur la déjudiciarisation », in G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg, I. Maria (dir.), *Protection des majeurs : Bilan et perspectives. De la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, et après ?* LexisNexis, 2020, p. 337.

XIFARAS M., « Après les théories générales de l'État : le Droit Global ? », *Jus Politicum*, n° 8, p. 1 et s.

Rapports

BELLOUBT N., « Assises nationales de la protection juridique des majeurs », 8 nov. 2017, Lettre de mission N. Belloubet, A. Buzyn et S. Cluzel, in, A. Caron-Dégli, L'évolution de la protection juridique des personnes, *Rapport de mission interministérielle*, sept. 2018.

BLESSIG E., *Rapport au nom de la commission des lois sur le projet de loi (n° 3462) portant réforme de la protection juridique des majeurs*, Ass. Nat., 10 janvier 2007, n° 3557.

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, NATIONS UNIES, *Troisième et quatrième rapports périodiques de l'Égypte*, CRC/C/EGY/3-4, 3 septembre 2010, p. 35.

Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, La Documentation française, p. 15.

Conseil d'Etat, Rapport public annuel 2006, Sécurité juridique et complexité du droit, La Documentation française, p. 265 et s.

Cour des comptes, « La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante », *Rapp.* Sept. 2016.

Défenseur des droits, Protection juridique des majeurs vulnérables, Rapport, sept. 2016, p. 8.

DEVANDAS-AGUILAR C., *Rapport sur les droits des personnes handicapées*, Conseil des droits de l'homme, 40^e session, 25 févr.-22 mars 2019 : ONU, A/HCR/40/54/Add.1, n^{os} 60 et s., p. 15 et s.

EL SAYED ARAFA M., in *La Circulation du modèle juridique français*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIV, Journées franco-italiennes de 1993, Litec, 1999, Rapport sur l'Égypte, p. 233 *sq.*, spéc. p. 241.

HAUSER J. (rapport de synthèse), dans J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (ss dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, étude 27, pp. 369 à 382.

LAGARDE X., Avant-propos au rapport annuel de la Cour de cassation de 2009, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *La documentation française*, 2009, p. 57.

MAURY J., « Rapport sur le Code civil français et son influence dans le bassin méditerranéen : l'Orient, l'Extrême-Orient », in *L'influence du Code civil dans le monde*, *Travaux de la semaine internationale de droit*, Paris, Pedone, 1954, p. 839.

Protection juridique des majeurs vulnérables, Rapport du Défenseur des droits, sept. 2016. - *Contra* : Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs. Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, rapport sept. 2016, pp. 39-40.

RAOUL-CORMEIL G., « Rapport introductif », in J. Marie-Plazy et G. Raoul-Cormeil, (dir.), *Le Patrimoine de la personne protégée*, Paris, LexisNexis, p. 27.

Rapp. De Richemont, 2007, Doc. Sénat n° 212, p.115.

Rapport 2019 de l'ONU sur les droits des personnes handicapées, 5 mars 2019, A/HRL/40/54/Add.1 (22 pp.).

Rapport au Président de la République, *JO*, 16 oct. 2015, p. 19301.

Rapport sur les droits des personnes handicapées, A/HRC/40/54/Add.1. Ce rapport est établi sur la base de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 déc. 2006, Assemblée générale des Nations Unies. CIDPH ratifiée par la France.

Journaux

Le Monde, 12-13 mars 2006

Le Monde, 1 décembre 2023.

Le Monde, 16 avril 2023.

Le Monde, 19/10/2012.

Le Monde, 27/09/2022.

Guide

Guide de la pratique sur les réserves aux traités, adopté par la Commission du droit international en 2011 (A/66/10/ Add. 1).

Sitographie

BORGETTO M., « La loi du 11 février 2005. Une avancée décisive pour les personnes handicapées », Editions Presses de l'EHESP, Hors collection, 2010, p. 127, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : file:///C:/Users/BUNICE/Desktop/EHESP_CHAST_2010_01_0127.pdf

CARON-DEGLISE A., *Rapport de mission interministérielle, L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Doc. franç., sept. 2018, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_pjm_dacs_rapp.pdf, sous le titre « Une dynamique politique publique d'impulsion »

Commentaire de la France sur le projet d'observation générale du Comité des droits des personnes handicapées relatif à l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, p. 3, [visité le 30/04/2024], disponible sur <URL : https://www.ohchr.org/documents/HRBodies/CRPD/GC/France-DGC_Art12.doc

Commission européenne, *Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées*, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=fr&catId=1138>

Conseil d'Etat, « Discours de clôture par Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat lors de la 12^{ème} conférence annuelle de la Société européenne de droit international (SEDI), qui s'est tenue à Riga en Lettonie du 8 au 10 septembre 2016 », [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Comment-le-droit-international-fonctionne-en-temps-de-crise>

Cour de cassation, Rapport du Président Chauvin, [visité le 30/04/2024] disponible sur Internet <URL : https://www.thaddeuspope.com/images/LAMBERT_20190624_rapport_19-17.330_ano.pdf

Défenseurs des droits - République française, Rapport du défenseur des droits, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://juridique.defenseurdesdroits.fr/>

GATTI L., « La dignité en protection : où tout commence, où tout finit », *Revue juridique de l'USEK*, 19/2020, [visité le 30/04/2024] disponible sur Internet < URL : <https://laurence-gatti.fr/?p=548>

LAGARDE P., Rapp. Explicatif, n° 164, disponible sur le site de la Conférence de la Haye de droit international privé, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://assets.hcch.net/docs/d058d41c-51fd-40cc-972b-7185fce8146d.pdf>

LAMBERT É., *Recueil d'études*, trois volumes, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k93859/f1.item>

Le Monde, *Affaire Vincent Lambert : tout comprendre en 8 dates*, 22 novembre 2018, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2018/11/22/comprendre-l-affaire-vincent-lambert-en-sept-dates_5386948_4355770.html>

Nations Unies, *Catalina Devandas Aguilar, ancienne Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées*, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://ohchr.org/fr/special-procedures/sr-disability/catalina-devandas-aguilar-former-special-rapporteur-rights-persons-disabilities-2014-i-12-2020>>

NOGUERO D., « L'habilitation familiale exige la sérénité », [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://www.agefi.fr/patrimoine/juridique/lhabilitation-familiale-exige-la-serenite>>

Note explicative relative à l'arrêt n° 28 juin 2019 (consultable sur le site de la Cour de cassation : <https://www.courdecassation.fr/getattacheddoc/5fca6ae8d9a55e5540fef3e5/b6d13cfb28fac15c26fb842e0e5d14c1>)

PELLET A., « Crise ou effondrement du droit international ? », *Le mot du Président* [de la Société française pour le droit international], 19 septembre 2018, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://www.sfdi.org/le-mot-de-rentree-du-president>>

PELLET A., « Droits de l'homme et droit international », [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://www.crdh.fr/wp-content/uploads/droits-de-lhomme-et-droit-international-1.pdf>>

Public Authority for Minors affairs, *Historique de l'Autorité*, publié en arabe et en anglais, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <http://pama.gov.kw:8888/en/About-us/About-Pama>>

RAOUL-CORMEIL G., « La notion de personne vulnérable en droit civil », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, [en ligne], 18/2020, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://journals.openedition.org/crdf/6427>>

SAUVE J.-M., « Discours de clôture par, vice-président du Conseil d'État lors de la 12^{ème} conférence annuelle de la Société européenne de droit international (SEDI), qui s'est tenue à Riga en Lettonie du 8 au 10 septembre 2016 », [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Comment-le-droit-international-fonctionne-en-temps-de-crise>>

SULAYMAN QALLADA W., « L'aventure du Code civil égyptien », [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://books.openedition.org/cedej/388?lang=fr#ftn11>>

XIFARAS M., « Après les théories générales de l'État : le droit global ? », *Jus Politicum*, n° 8, p. 9, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : [file:///C:/Users/BUNICE/Desktop/pdf_JP8-Xifaras%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/BUNICE/Desktop/pdf_JP8-Xifaras%20(1).pdf)>

YAKIN A. U., BEJERMI A., DUPRET B., « L'aliénation mentale devant les juges égyptiens pendant la période de tutelle britannique », *Revue électronique d'histoire du droit*, 2022, n° 23, [visité le 30/04/2024], disponible sur Internet <URL : <https://journals.openedition.org/cliiothemis/2673>>

En langue arabe

Ouvrages

ABDELBAKI A.-F., *Théorie des obligations au Koweït, Droit civil, Théorie du contrat et de la volonté individuelle*, 1983.

ABDELBAKI A.-F., *Encyclopédie de droit civil égyptien - Théorie du contrat et de la volonté individuelle : une étude approfondie et comparative de la jurisprudence islamique*, 1984.

ABDULLAH O., *Dispositions de la charia relatives au statut personnel*, 2^e édition, , 1958.

AFIFI M. M., *Le contrôle de constitutionnalité en Egypte et dans les pays étrangers*, Le Caire, Jama'at ayn shams, 1990.

AL-AHLIYYAH A. F. A. A., Awad, *Étude d'équilibrage en droit palestinien et égyptien*, 2012.

ALAHWANI H.- E, ABDULRAHMAN H., *Les fondements du droit [en arabe]*, Le Caire, Éditions dar-aboul-majd, 1996.

AL-BARI Z., *Fondements de la doctrine islamique*, Le Caire, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, 1977.

AL-BISHRI T., *Le statut juridique contemporain entre la Charia islamique et le droit positif*, Le Caire, Éditions Dar al-shourouk, 1996.

AL-FAKAHANI H., *Encyclopédie constitutionnelle. Principes et arrêts rendus par la Haute cour constitutionnelle en 25 ans*, Le Caire, Dar al-arabiyya li-l mawsu'at, 1997.

AL-HAKIM Abd al-M., *Précis de droit civil*, I tome, *Sources des obligations avec comparaison avec le droit musulman*, Bagdad, Société nationale d'impression et d'édition, 2^e édition, 1963.

AL-HASSANI M. M. S., *Statut personnel dans l'État du testament et de la dotation*, Université Al-Azhar - Faculté de charia et de droit - Dar Al-Atweet Press, 1976.

AL-HUSSEINI M. M. S., *Statut personnel dans Wilayat, testament et dotation*, Egypte, House of Composition Press, 1976.

AL-JUBOURI Y. M., *Précis de droit civil*, Amman, Dar Wael pour l'impression et l'édition, I partie, 1^e édition.

AL-KHAFIF A., *Les termes des transactions*, 3^e Édition, Le Caire, Editeur, 1947.

AL-NAMI M. A., *Tutelle relative au patrimoine*, Ryad, Bibliothèque nationale du Roi Fahd, 1^e édition, 2012.

AL-NOURI H., *Symptômes de civilité dans la loi islamique par rapport aux droits positifs*, Egypte, Presse du Comité arabe Bayan, 1^e édition, 1954.

AL-QATARI H. A., *Encyclopédie appliquée au statut personnel. Tutelle relative au patrimoine devant les tribunaux de la famille*, Le Caire, Dar Mahmoud pour l'édition et la distribution, (Année de publication inconnue).

AL-SAEED RUSHDI CHAHEEN M., *Acte de disposition et de gestion en droit privé. Étude comparative*, Le Caire, Ain Shams Université, Faculté de droit, 1983.

AL-SANHOURY A. R., *Précis du droit civil - I partie - La théorie de l'obligation en général. Sources d'obligation*, Liban, Maison du patrimoine arabe – Beyrouth, (Année de publication inconnue).

AL-SANHOURY A. R., *Précis du droit civil, 1e partie, Sources d'obligation*, (Année de publication inconnue).

AL-SANHOURY N., **AL-SHAWITewfik** (dir.), *Abd Al-Razzaq al-Sanhoury à travers ses archives personnelles* [en arabe], Le Caire, Al-Zahra Press, 1988.

AL-SHARAFI M. A.A., *Jugement des actions en justice des incompetents, une étude comparative de la jurisprudence islamique*, Al-Dar Al-Handasiyah Press, 1^{er} édition, 1997.

AL-SHARQAWI J., *Les origines du droit*, Le Caire, Publications de la maison de la renaissance arabe, 1948.

AL-THANOON H. A., *Les Origines de l'obligation*, Bagdad, Al-Maaref Press, 1970.

AL-ZOUBI A. A., *Introduction au droit*, 1^{er} édition, Dar Wael for Printing and Publishing, 2001.

AZBAIDA Al. R. M., *La théorie générale de la capacité. Une étude comparative entre la charia et le droit*, Établissement général pour l'édition, la distribution et la publicité, 1^{er} édition, 1984.

AZBAIDA A. R., *La théorie générale de la capacité- 1e édition*, Tripoli, L'Institut arabe des publications, distribution et publicité, 1984.

EL-DESOUKY A.-M., *La Cour de cassation relative au droit civil (1931-1992)*, I partie.

EL-JOUNDI A. N., *Commentaire relatif à la tutelle du patrimoine*, La maison du livre juridique, Egypte, 1996.

EL-JOUNDI A. N., *Tutelle sur le patrimoine et mesures de protection devant le tribunal de la famille*, Maison des ouvrages juridiques, Egypte et Dar Shatat pour la publication, 2009.

FAREG T., *Introduction au droit*, Alexandrie édition, Fondation du savoir, 1981.

HAMDI M. K., *La tutelle relative au patrimoine*, Alexandrie, Publication des connaissances faciles, 1987.

HAMDY K., *Dispositions objectives dans la tutelle du patrimoine*, Egypte, Fondation du savoir, Alexandrie, (Année de publication inconnue).

HAMMAD N., *Théorie de la tutelle en droit islamique*, Dar Al-Qalam Damas, Al-Dar Al-Shamiya Beyrouth, (Année de publication inconnue).

KHATER S., *La tutelle relative au patrimoine*, Club des magistrats, 1980.

LORD J. E., SUOZZI D., TAYLOR A. L., Lessons from the Experience of U.N. Convention on the Rights of Persons With Disabilities : Addressing the Democratic Deficit in Global Health Governance : *The Journal of Law, Medicine & Ethics : A Journal of the American Society of Law, Medicine & Ethics* 38, 2010, n° 3, p. 564.

MAHIOU A., *L'État de droit dans le monde arabe*, art. préc., CNRS Editions, 1997, p. 29.

MANSOUR H., *L'explication du statut personnel*, 2^e partie, 2001.

MOUSSA M. K., *Explication du droit civil égyptien*, Presse internationale, 4^e édition, 1965.

RUSHDI M.d Al-S., *Gestion du patrimoine des mineurs des interdits et du patrimoine contentieux*, Alexandrie, Édition Université Dar Al-Fikr, 2015.

SADEQ Hichem A., *Conflits des lois*, Alexandrie, L'apprentissage facile, 3^e édition, 1997.

SANHOURY A., *Traité de droit civil al-wassit* [en arabe], t. 1, Le Caire, dar al-nahda al-arabyia, 1964.

SIOUFI G., *Théorie générale des obligations et des contrats*, Beyrouth, Editeur, I tome, 2^e édition, révisée et préparée par Mersal Sioufi, 1994.

TAHA G. H., *Précis dans la théorie générale de l'obligation*, Bagdad, Editeur, I livre - Sources de dessin - Presse Al-Maaref, 1971.

TAWAB M. A., *Encyclopédie du statut personnel*, Alexandrie, Wilayat Ali Al Mal - Facilité de la connaissance, 1982.

YAHYA A.-W., *Leçons sur les principes en droit (Théorie des droits)*, Le Caire, Publications de la maison de la renaissance arabe, 1982.

YAHYA A.-W., *Leçons de principes du droit (Théorie du droit)*, Le Caire, Publications de la maison de la renaissance arabe, 1984.

ZIDAN A. K., *Introduction à l'étude du droit islamique*, Beyrouth, Fondation Al-Resala – Beyrouth, 16^e édition, 2001.

Revues et articles

BEDJAOUI M., « Le Mécanisme africain d'évaluation par les Pairs », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit*, Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1140.

BROUSSE A. (Coordonnatrice du Pole 'évaluation, développement des activités, protection et des personnes' de l'UNAF.

BURCA G. de, KEOHANE R. O., SABEL C., « New Modes of Pluralist Global Governance », *New York University Journal of International Law and Politics*, 2013, 45-1, pp.723-786.

Comite KOWEIT, n° 16 « *By way of example, the Law does not refer to core civil and political rights, such as the rights to life, liberty and security of the person, political participation, legal capacity and equal recognition before the law* ».

HAI HIJAZI A., « Théorie générale de l'obligation en droit koweïtien - Une étude comparative », I partie, Sources des obligations - *Contrat de sources volontaires et testament unique* - Volume 1 - *Étude des fonctions des éléments du contrat et du testament unique*, Publications de l'Université du Koweït, Collège de Droit - Droit Privé, 1982.

LAWSON A., « The United convention on the rights of persons with disabilities : new era or false dawn ? », in Symposium : The United convention on the rights of persons with disabilities, *Syracuse J. Int'l. L. & Com.* 563, p. 34.

SANHOURY A., « Al-qanun al-madani al-arabi », dans Articles et recherches du prof. Sanhoury, numéro spécial de la *Revue al-qanun wal- Iqtisad* [en arabe], Le Caire, 1992, pp. 475 et 493.

SANHOURY A., « Le Code civil arabe », *Revue Al-Qada du Barreau irakien*, 1962, 7 [en arabe].

Rapport

Dialogue de cultures et de législation : actes du congrès international du Cinquantenaire du Code civil égyptien (1948 – 1998), Le Caire, Direction générale de la Coopération internationale et culturelle, 1998.

Recueil

Ministère de la Justice (Égypte), *Recueil des travaux préparatoires du Code civil égyptien (Al-Qanun al-madani : majmuatal-a'mal al- tahdiriyyah)* [en arabe], t. 1, Le Caire, Imprimerie Dar el-kitab al-arabi, 1950, p. 15.

Lettre

AL BAYATI H., Lettre du 5 décembre 2006, A/AC. 265/2006/5, 7 décembre 2006.

LEGISLATIONS

• CONSTITUTIONS

Constitution française, 4 octobre 1958.

Constitution égyptienne, 17 février 1948.

Constitution égyptienne, 19 janvier 2014.

Constitution koweïtienne, 11 novembre 1962.

• LOIS

LOIS FRANCAISES

Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation.

Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.

Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées.

Loi de 1969 modifiée en 1992.

Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

Loi n° 2008-737 de 28 juillet 2008 autorisant la ratification de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, *JO* 30 juill. 2009, p. 12202.

Loi n° 2009-1701 du 31 décembre 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées.

Loi n° 2009-1791 du 31 décembre 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées.

Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

LOIS EGYPTIENNES

Loi n° 4 de 1974.

Loi n° 10 de 2018, promulguée le 19 février 2018 relative aux droits des personnes handicapées.

Loi n° 137 de 2010 sur la sécurité sociale.

Lois de 1920 et 1929 telles qu'amendées en 1985 pour le mariage et le divorce.

Loi n° 77 de 1943 sur les successions.

Loi n° 71 de 1946 sur la succession testamentaire.

Décret-loi n° 118 de 1952 sur la tutelle de l'enfant.

Loi du 29 janvier 2000. Loi réglementant certaines situations et procédures judiciaires en matière de statut personnel.

LOIS KOWETIENNES

Loi n° 8/2010 relative aux droits des personnes handicapées publiée au Journal Officiel numéro 964.

Loi numéro 67 de 1983.

• DECRETS

DECRETS FRANÇAIS

Décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé.

Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil.

Décret n° 2008-1554 du 31 décembre 2008 relatif aux modalités de participation des personnes protégées au financement de leur mesure de protection.

Décret n° 2010-356 du 1^{er} avril 2010 portant publication de la convention relative aux droits des personnes handicapées (ensemble d'un protocole facultatif), signée à New York le 30 mars 2007.

Décret n° 2011-936 du 1^{er} août 2011 relatif à la rémunération des mandataires judiciaires et à diverses mesures de simplification en matière de protection juridique des majeurs.

Décret n° 2015-1864 du 30 décembre 2015 relatif au financement des mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

Décret n° 2016-1896 du 27 décembre 2016 portant diverses dispositions relatives aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

Décret n° 2018-767 du 31 août 2018 relatif au financement des mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

DECRETS EGYPTIENS

Décret-loi numéro 119, 1952, relatif à la tutelle légale.

• ORDONNANCES

ORDONNANCES FRANCAISES

Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

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.

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.

CONVENTIONS INTERNATIONALES

Convention du 5 octobre 1961 relative à la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs.

Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, 22 mai 1969.

Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandant d'inaptitude, 13 janvier 2000.

Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, 13 décembre 2006.

HAUTE COUR CONSTITUTIONNELLE

HCC, 4 mai 1985, n° 20/1e, Rec., vol. 3, p. 220 et s.

HCC, 15 mai 1993, n° 7/8e, Rec., vol. 5, part. 2, p. 316.

COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE

CPJI, 31 juillet. 1930, Question des 'communautés' gréco-bulgares, Sér. B, n° 17, Rec., p. 32.

CPJI, avis du 4 février 1932, Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, Sér. A/B, n° 44, Rec., p. 24.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide - Avis consultatif de la Cour du 28 mai 1951.

Cour internationale de justice, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639.

COMITE DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPEES

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, n° 15, p. 1.

NATIONS UNIES

Résolution 2625 (XXV) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1970 portant Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies.

CRPD

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, n° 15, p. 4.

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, n° 27, p. 7.

DEFENSEUR DES DROITS DE L'HOMME

Avis n° 19-01 du 10 janvier 2019.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	7
PARTIE I : Les approches de la protection.....	27
TITRE I : La convergence des droits	27
CHAPITRE I : La pluralité du dispositif de la protection	28
SECTION 1 : La diversité des régimes de protection	28
PARAGRAPHE 1 : Les configurations normatives.....	28
A. Les mesures du droit français.....	29
1° La protection inorganisée	29
2° La protection organisée	33
a) Les règles communes	34
b) Les règles spécifiques.....	35
&) La curatelle	35
&&) La tutelle	38
B. Les mesures du droit arabe.....	40
1° Les mesures applicables aux mineurs.....	41
a) L'administration légale.....	41
b) La tutelle.....	44
2° Les mesures applicables aux majeurs	47
a) La curatelle.....	48
b) L'assistance judiciaire.....	50
PARAGRAPHE 2 : L'approche processuelle de la protection	52
A. Médicalisation de la protection	53
1° Causes concrètes des droits arabes	54
a) L'absence de capacité.....	54
b) La capacité diminuée.....	55
2° Causes abstraites dans le droit français	58
B. Le choix de la mesure de protection.....	60
1° L'amont.....	61
2° L'aval.....	73
SECTION 2 : Les organes de la protection.....	75
PARAGRAPHE 1 : Le principe de la protection familiale	75
A. Le principe de la priorité familiale	75
1° En droit français	76
2° En Egypte et au Koweït.....	79
B. Les contrastes de la notion de famille	81
PARAGRAPHE 2 : Le principe de la protection étatique	84

A. L'activité judiciaire	84
Chapitre préliminaire : Le besoin de protection	85
&) L'insubordination du pouvoir judiciaire au pouvoir médical	85
&&) La différenciation de l'altération des facultés mentales	87
1° Les organes judiciaires	89
2° La déjudiciarisation en tant que nouvelle forme de protection	101
B. Les organes professionnels de la protection	105
1° Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs	105
2° L'Autorité publique chargée de la gestion des affaires des mineurs	108
A. L'organisation administrative	110
B. Les compétences <i>ratione materiae</i>	111
C. L'ambivalence de l'apport	112
99. CONCLUSION CHAPITRE I	113
CHAPITRE II : Les techniques de la gestion patrimoniale	114
SECTION 1 : Les sources de la qualification	114
PARAGRAPHE 1 : Les configurations des droits	115
A. Le décret du 22 décembre 2008 (France)	115
B. Le syncrétisme du droit arabe	120
PARAGRAPHE 2 : Le régime juridique des sanctions	123
A. La problématique de la notion de sanction	124
1° Unité <i>versus</i> gradation de la sanction	126
2° L'introduction de la période suspecte	130
B. Le régime de la publicité	130
SECTION 2 : Le régime des actes postérieurs	135
PARAGRAPHE 1 : L'irrégularité de l'acte accompli par la personne protégée	136
A. Première hypothèse	137
B. Seconde hypothèse	140
C. Troisième hypothèse	141
PARAGRAPHE 2 : L'irrégularité de l'acte accompli par la personne qui protège	142
A. Les dépassements de pouvoir	143
B. L'opposition d'intérêts	148
131. CONCLUSION CHAPITRE II	151
132. CONCLUSION TITRE I	151
TITRE II : Les divergences des droits	153
CHAPITRE I : L'éloignement des dispositifs	153
SECTION I : Le principe de subsidiarité	154
PARAGRAPHE 1 : La notion d'insanité d'esprit	154
A. L'action en rescision pour lésion	157
B. L'action pour réduction pour excès	160

PARAGRAPHE 2 : Les effets de la gestion du patrimoine sous la sauvegarde de justice.....	161
A. Le mandat conventionnel	162
B. La gestion d'affaires.....	165
SECTION 2 : L'innovation juridique française	170
PARAGRAPHE 1 Le mandat de protection future	170
PARAGRAPHE 2 : L'habilitation familiale.....	186
168. CONCLUSION CHAPITRE I.....	194
CHAPITRE II : La protection de la personne.....	194
SECTION 1 : Les actes juridiques inhérents à la protection de la personne	196
PARAGRAPHE 1 : Les actes personnels	196
A. Le principe	196
B. Les régimes spéciaux	199
PARAGRAPHE 2 : Les actes strictement personnels.....	202
A. La notion	202
B. Le régime juridique.....	204
SECTION 2 : La portée de la protection de la personne	211
PARAGRAPHE 1 : La modernisation du droit civil égyptien et koweïtien.....	216
PARAGRAPHE 2 : Le renouvellement du droit français et la pertinence de son modèle.....	223
191. CONCLUSION CHAPITRE II	235
192. CONCLUSION TITRE II.....	236
193. CONCLUSION PARTIE I.....	237
PARTIE II : Vers le renouvellement du droit de la protection.....	238
TITRE I : Le devenir de la capacité juridique	238
CHAPITRE I : La porosité des ordres juridiques	238
SECTION 1 : Le système conventionnel international	238
PARAGRAPHE 1 : Les conventions internationales.....	239
A. La Convention de La Haye.....	239
B. La Convention des Nations Unies relatives aux droits des personnes handicapées (CIDPH).....	243
1. Présentation de la Convention des Nations Unies	243
2. L'influence de la société civile internationale.....	251
PARAGRAPHE 2 : Le cadre conventionnel dérivé.....	256
A. Le protocole facultatif	256
B. L'effet direct de la Convention	259
SECTION 2 L'interprétation de l'article 12 par le Comité.....	262
PARAGRAPHE 1 : Le Comité des droits des personnes handicapées	262
A. Présentation du Comité	262
- Le Mécanisme de suivi	263
B. L'examen des rapports produits par les États membres.....	265

PARAGRAPHE 2 : Observations générales à destination des États parties	270
A. Le maintien de la capacité juridique.....	274
219. CONCLUSION CHAPITRE I.....	278
CHAPITRE II : Le traitement juridique de la conformité	278
SECTION 1. L'analyse juridico-politique du Comité.....	279
PARAGRAPHE 1 : Les droits nationaux.....	279
A. Le droit français du handicap	279
1. Loi 11 du février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées	280
2. L'analyse du rapport onusien	281
B. Les droits arabes.....	285
Le droit koweïtien	285
Le droit égyptien	290
PARAGRAPHE 2 : Les réactions face à la lecture du Comité onusien.....	294
A. Les réactions en droit français.....	294
1. Les réactions officielles.....	294
a) La position du Défenseur des droits	294
b) Le Rapport Caron-Dégliose.....	297
2. Les réactions doctrinales	298
SECTION 2 : État des lieux	303
244. CONCLUSION CHAPITRE II	309
245. CONCLUSION TITRE I	309
TITRE II : La conciliation entre l'autonomie et la protection	310
CHAPITRE I : L'effet statutaire de la mesure sur la protection de la personne handicapée....	310
SECTION 1 : L'interpénétration entre intérêt et autonomie	311
PARAGRAPHE 1 : La difficile saisie de la notion d'intérêt	311
A. Essai de définition	311
B. La multiplicité des critères	314
PARAGRAPHE 2 : Paradigme de la volonté et des préférences	317
A. La configuration affectant les deux droits arabes	317
B. La mosaïque du droit français.....	322
SECTION 2 : L'émergence de l'idée d'accompagnement.....	323
PARAGRAPHE 1 : L'affleurement de l'accompagnement.....	323
PARAGRAPHE 2 : Les 'désillusions' de l'accompagnement.....	325
A. L'accompagnement en tant que notion perturbatrice	329
B. L'accompagnement en tant que source de renouvellement	331
CHAPITRE II : La recherche de la sécurité juridique avec les tiers	335
SECTION 1 : La détermination du contenu de la sécurité juridique	335

PARAGRAPHE 1 : Le principe de la sécurité juridique en France	335
A. L'appréhension de la sécurité juridique	336
B. L'affleurement de l'insécurité juridique	341
PARAGRAPHE 2 : Le principe de la sécurité juridique au Koweït et en Egypte.....	345
SECTION 2 : L'application de la sécurité juridique au droit de la protection des majeurs	348
321. CONCLUSION CHAPITRE II	351
322. CONCLUSION TITRE II.....	351
323. CONCLUSION PARTIE II.....	352
CONCLUSION GENERALE	353
BIBLIOGRAPHIE	355
LEGISLATIONS.....	382
Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation.....	382
Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.....	382
Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées.	382
Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.	382
Loi n° 2009-1701 du 31 décembre 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées.	382
Décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé.	383
Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil.....	383
Décret n° 2008-1554 du 31 décembre 2008 relatif aux modalités de participation des personnes protégées au financement de leur mesure de protection.....	383
Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille.....	383
Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.	383
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.	384
Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide - Avis consultatif de la Cour du 28 mai 1951.	384