



\*\*\*\*\*

#### Condition de placement sous curatelle et procédure de placement sous tutelle

L'ouverture d'un régime de protection porte ombrage à la personnalité, aussi la Cour de cassation reste-t-elle très attentive au respect des conditions d'ouverture et à la procédure du placement.

Un arrêt du 16 juillet 1998 réaffirme (avec force) les conditions nécessaires à l'ouverture d'un régime de curatelle : une altération des facultés mentales ou physiques et un besoin de protection correspondant. Le double examen qui s'impose au juge des tutelles n'a d'autre objectif que d'assurer la protection de la personne concernée par la procédure de placement. La Cour de cassation n'assure pas un contrôle formel de ces conditions mais le jugement doit permettre de vérifier que les conditions légales sont remplies, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (J. Massip, Les majeurs protégés, édit. Defrénois, 1995, n° 299 ; pour une illustration, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juillet 1987, Bull. civ. I, n° 254). Le constat de l'altération des facultés physiques ou mentales suppose un certificat médical émanant d'un médecin spécialiste ; cet avis ne lie pas le juge sauf les cas où il y a absence de troubles (art. 232 et 246 N.C.P.C.). L'absence de constat de la maladie ne saurait se concevoir que lorsque la personne refuse l'examen, néanmoins, d'autres éléments du dossier doivent faire apparaître des faits de nature à établir l'altération (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 1972, D. 1972, 373, note Contamine-Raynaud). La cassation prononcée ne saurait qu'être approuvée à l'heure où se développent des mesures de protection « à caractère social » (J. Hauser, R.T.D.C. 1998, p. 882). La loi du 3 janvier 1968 comporte, semble-t-il, une lacune : lorsque le juge des tutelles est saisi par la requête, cette dernière doit être accompagnée par un certificat médical pouvant émaner du médecin spécialiste traitant le malade. Nous serions favorable à une généralisation de la procédure de la saisine d'office du juge des tutelles : averti par la famille ou les proches du malade, le juge devrait commettre lui-même un médecin spécialiste impartial (comp. précautions prises par la loi du 27 juin 1990).

Un arrêt du 24 novembre 1998 confirme que le défaut de présentation (après deux convocations) de la personne à protéger n'empêche pas le juge de poursuivre la procédure de mise sous tutelle : en l'absence de contestation du procès-verbal de carence, l'article 1246 N.C.P.C. ne saurait être invoqué. Le certificat du médecin expert ayant souligné que l'aggravation de l'état de santé de la personne ne lui permettait plus de faire des choix éclairés, même avec l'assistance de son curateur, elle

avait besoin d'être représentée dans tous les actes de la vie civile, c'est-à-dire placée sous tutelle. Ce changement de régime de protection appelle deux remarques :

- le curateur a seulement un rôle d'assistance : on ne saurait admettre une autorisation en justice pour représenter le curatelaire ; seule l'hypothèse d'une gérance d'affaire en cas d'inaction du curatelaire est possible, mais elle ne concerne que des actes conservatoires.

- si le passage de la curatelle à la tutelle est classique, il a souvent lieu à l'occasion d'un acte important et n'est pas l'œuvre d'une réelle surveillance du juge des tutelles. Que dire du passage de la représentation à l'assistance ?

Il reste bien rare. Seul un réexamen régulier (tous les cinq ans ?) des mesures de protection permettrait de redonner une pleine efficacité à la capacité naturelle (la capacité naturelle, Mme Betaillole-Gonthier, thèse Bordeaux IV, janvier 1999) et assurerait le respect du principe selon lequel l'incapacité est l'exception et la capacité la règle.

Jean-Marie PLAZY

\*\*\*\*\*

#### Revue Population et Sociétés : quelques chiffres

La lecture toujours passionnante de la revue mensuelle "Population et Sociétés" nous apporte dans deux numéros 340 et 342 (nov. 1998 et janv. 1999) une série de chiffres évocateurs.

La première série (n° 340 : Politiques familiales en Europe) permet de faire le point sur le rapport éventuel entre l'instauration d'un partenariat enregistré et la nuptialité.

Le Danemark qui a instauré cette possibilité depuis de nombreuses années y compris pour les homosexuels (1989) a un indicateur de primo-nuptialité féminine en 1997 supérieur à celui de la France ; par contre, celui de la Suède est effectivement nettement inférieur. Les comparaisons établies pour d'autres motifs par les auteurs de l'étude ne permettent donc pas de vérifier que la seule création d'un statut minimum du concubinage aurait un effet sur la nuptialité. En revanche, le 27<sup>ème</sup> rapport sur la situation démographique de la France présenté par l'INED émet l'idée que, pour expliquer la remontée des mariages en 1996 (10 %) l'effet de la loi fiscale pourrait être retenu. On aboutirait donc, à côté de tendances lourdes sur plusieurs dizaines d'années, à des phénomènes conjoncturels liés aux législations sociales ou fiscales et à conséquences limitées. Il resterait à savoir si ces dernières ont un effet durable sur les premières.

La seconde série (n° 342, Naître hors mariage) fait apparaître l'augmentation considérable des naissances hors-mariage passées de 50.000 par an il y a trente ans (6 % du total) à 300.000 actuellement (soit deux

enfants sur cinq). En même temps les circonstances de ces naissances ont profondément changé. Plus du tiers de ces enfants sont reconnus avant leur naissance par le père et plus de 80 % d'entre eux disposent finalement d'une filiation paternelle dans le mois de leur naissance. Néanmoins, depuis 1985, moins de la moitié de ces enfants reconnus font l'objet d'une légitimation par mariage de leurs parents.

Jean HAUSER

\*\*\*\*\*

### Le constat d'adultère fait de la résistance !

L'évolution des mœurs a grandement fait bouger les choses en matière familiale et l'adultère n'entre plus, depuis 1975, dans les prévisions de la loi pénale. Sur le terrain des causes de divorce, il a même été dégradé du confortable statut de cause péremptoire à celui, bien plus incertain, de cause facultative dont l'efficacité se trouve soumise à la souveraine appréciation du juge (P. Nicoleau, *Droit de la famille*, Ed. Ellipses, Paris, 1995 p. 167 ; J. Borricand, *L'adultère, cause péremptoire de divorce*, J.C.P. 1955 .I .1327). Certains avaient alors pu croire que le rouleau compresseur des libertés individuelles, avec pour étendard le respect de l'intimité de la vie privée nouvellement affirmé (V. la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 qui a réintroduit dans le Code civil un article 9 selon lequel, «chacun a droit au respect de sa vie privée. »), n'allait faire qu'une bouchée du constat d'adultère dont on dénonçait allégrement le caractère archaïque et ravageur.

Presque vingt cinq ans après la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, il apparaît avec évidence que les contempteurs du constat se sont trompés. L'exploit tant décrié est toujours vaillant ; c'est à peine si l'on peut mesurer un déclin parfois annoncé (Y. Mayaud, *L'adultère, cause de divorce*, depuis le loi du 11 juillet 1975, RTD civ. 1980. 494, spéc. n° 37). En effet, une lecture ne serait-ce que superficielle des arrêts de la Cour de cassation se révèle particulièrement édifiante : pas moins d'une trentaine de décisions ont trait de près ou de loin au constat d'adultère sur les années 1997 et 1998. Ce chiffre pourrait paraître dérisoire pour certains, mais il laisse augurer une fréquence largement plus importante du procès-verbal d'infidélité conjugale devant les juridictions du fond.

La résistance du constat d'adultère dans le débat judiciaire s'explique aisément tant par la première place qu'occupe le divorce pour faute dans le hit parade des voies d'accès à la dissolution du mariage (O. Laouenan, *Le constat d'adultère : un acte toujours d'actualité*, Rev. des huissiers du 1<sup>er</sup> mars 1999 ; D. Ganancia, *Pour un divorce du XXIème siècle*, Gaz Pal du 18/04/1997, p. 16 spéc. p. 38. Le divorce pour faute représentait en 1994, 43,56% des divorces prononcés ; 41,16% pour le divorce par consentement mutuel ; 13,20% pour les demandes acceptées et enfin 1,40% pour la rupture de la vie commune. Le divorce 20 ans après, éd. Dalloz, Paris, 1996, p. 21 et s.) que par la fréquence avec laquelle est invoquée l'infidélité conjugale dans le cadre de la procédure du divorce-sanction (V. F. Dekeuwer-Défossez, *Impressions de*

recherche sur les fautes causes de divorce, D. 1985, chr. 220).

Olivier LAOUEANAN

\*\*\*\*\*

### Le Droit des Personnes en Alsace-Moselle

Serait-il plus avantageux de vivre dans les départements du Rhin et de la Moselle que sur le reste du territoire national. C'est une question qui mérite d'être posée dans la mesure où les mosellans et alsaciens sont soumis à un droit particulier : le « droit local ». L'influence du droit allemand se fait encore sentir dans le Nord-Est de la France. Malgré ce que l'on croit souvent, il en reste certaines traces au niveau de la famille et en droit des personnes. Par exemple, l'assurance maladie locale permet de meilleurs remboursements (90-100 %) qu'en droit commun. De même l'ouverture des commerces est réglementée différemment le dimanche.

En matière d'aide sociale aux personnes, ce phénomène est très net : lorsque M. Bélorgey présenta en 1988 le projet de loi sur le RMI (Revenu Minimum d'Insertion) à l'origine de la loi n° 88-1088 du 1<sup>er</sup> décembre 1988 qui institua ce revenu, il affirma que ce texte allait conduire à des « bouleversements les plus profonds » depuis la Seconde Guerre Mondiale. Et pourtant, en Alsace-Moselle, les personnes d'au moins 16 ans bénéficient depuis les lois locales du 30 mai 1908 et 8 novembre 1909 d'une aide supportée par les communes en contrepartie d'un travail (JCL Alsace-Moselle Fasc. 670 V° Aide sociale). La notion actuelle de RMI n'était donc pas inconnue au début du siècle. Cette aide est ouverte non seulement aux personnes majeures, mais encore aux mineurs qui ont atteint l'âge de 16 ans, se trouvant en situation d'indigence.

La commune est compétente pour instruire les demandes (op. cit.). C'est bien là une preuve que le droit local contient certaines spécificités au niveau du statut et de la prise en charge des personnes.

Thierry TAURAN

\*\*\*\*\*

### Maternité de substitution : les contournements

Il est banal de constater que l'interdiction de la maternité de substitution pourrait être lettre morte (si elle ne l'est déjà) du fait de deux moyens de contournement.

Un contournement international puisqu'il suffirait d'aller procéder à l'opération à l'étranger où certaines lois le permettent et de demander ensuite en France l'effet juridique même si, bien entendu, de nombreux moyens tirés du droit international privé devraient pouvoir endiguer cette fraude. Faut-il aller jusqu'à prétendre, comme semble-t-il certains juges anglais y seraient prêts, que la liberté d'établissement et de circulation qu'impose l'Europe devrait permettre aux organismes des pays qui admettent ces pratiques de proposer leurs services partout et à tout le monde ? Il est bien vrai qu'en se donnant l'illusion de continuer à

être tout puissant dans son pays dans ces domaines, chaque législateur européen ignore imprudemment ce qu'il a signé dans d'autres domaines susceptibles de larges interférences sur les premiers.

On peut aussi songer à un contournement interne en utilisant soit une reconnaissance de complaisance maternelle (mais ce serait alors une supposition d'enfant), soit, plus facilement, une reconnaissance de complaisance paternelle, sport couramment pratiqué par les partenaires masculins, portant sur l'enfant né de la mère porteuse ou de substitution avec laquelle l'auteur prétendra qu'il a fait l'enfant à l'ancienne ! Il lui restera à diligenter avec son épouse une procédure d'adoption, cette dernière, en adoptant l'enfant de son conjoint montrant sa largeur d'esprit ! On remarquera que si la mère n'était que porteuse (l'embryon venait du couple), l'épouse en est alors réduite à adopter... son propre enfant biologique ! Rien dans les textes sur l'adoption ne dit que le juge doit vérifier qu'en cas d'adoption de l'enfant du conjoint cet enfant est bien celui de ce conjoint. Rien n'interdit en droit français les reconnaissances de complaisance, sauf quand elles sont l'aboutissement d'une opération de maternité de substitution elle-même interdite. La loi du 5 juillet 1996 a donc ajouté un alinéa à l'article 339 en permettant au ministère public de critiquer une reconnaissance si elle lui paraît faite en fraude des règles de l'adoption. L'expression est très déficiente puisque ce ne sont pas les règles de l'adoption qu'on veut frauder mais le principe de l'interdiction de la maternité pour autrui. La Cour de cassation (16 février 1999, D. 1999, IR, 73) vient d'en faire application, à notre connaissance pour la première fois, en approuvant les juges du fond, qui avaient un doute, d'avoir ordonné une expertise sanguine afin d'établir si l'enfant était ou non celui du mari. Si l'enfant n'est pas celui du mari l'opération est évidente. Par contre, on va se diriger lentement vers des scabreuses distinctions si l'enfant est bien celui du mari. Il faudra alors se replier sur les circonstances de sa conception : à l'ancienne, pas de problème, on peut toujours commettre l'adultère ; à l'éprouvette (IAD avec tiers donneur ou implantation d'embryon), la pratique est interdite et l'adoption par le conjoint également.

On se braque beaucoup chez certains auteurs sur le contenu de l'ordre public familial mais, quel que soit son contenu, ne faudrait-il pas s'intéresser à ses sanctions sans que la difficulté de sanctionner soit une excuse pour ne rien interdire : n'est-ce pas l'éternel problème de l'ordre public ? Après la jet-society du divorce, la jet-society de la PMA ?

Jean HAUSER

#### Article 339 du Code civil

« La reconnaissance peut être contestée par toutes personnes qui y ont intérêt, même par son auteur.

L'action est aussi ouverte au ministère public, si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée. Elle lui est également ouverte lorsque la reconnaissance est effectuée en fraude des règles régissant l'adoption.

Quand il existe une possession d'état conforme à la reconnaissance et qui a duré dix ans au moins depuis celle-ci, aucune contestation n'est plus recevable, si ce n'est de la part de l'autre parent, de l'enfant lui-même ou de ceux qui se prétendent les parents véritables ».

\*\*\*\*\*

#### Le mari, la concubine et les libéralités

Existe-t-il encore des causes immorales et illicites ? L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 3 février 1999 (D. 1999, n°7, Dernière actualité p. 1) permet d'en douter. A l'heure où les opposants au PACS prônent la défense du mariage contre "les assauts" des différentes formes de concubinages, la Cour de cassation vient de faire tomber un des remparts du mariage contre le concubinage adultérin. Elle énonce en effet dans ce qui ressemble fort à un arrêt de principe, que "n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire". Visant les articles 1131 et 1133 du Code civil, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui avait retenu la nullité de la disposition testamentaire laquelle n'avait été consentie par un homme marié à sa jeune concubine "que pour poursuivre et maintenir une liaison encore très récente"

Il s'agit là d'un véritable revirement de jurisprudence. Classiquement, en effet, le seul fait que l'auteur d'une libéralité entretenait avec le bénéficiaire des relations adultères ne suffisait pas à entraîner la nullité de l'acte juridique. Il convenait en revanche de sonder l'intention du donateur : la donation était nulle pour cause immorale dans la mesure où elle avait pour but la création, le maintien, la reprise des relations de concubinage, ou bien encore leur rémunération.

C'est donc bien la cause subjective, les motifs qu'il s'agit ici de rechercher. Il existait cependant une certaine hypocrisie à penser que l'on avait la possibilité de cerner véritablement la motivation du donateur, de distinguer par exemple les donations faites en vue de récompenser des faveurs passées (non valables) et les donations répondant à un simple mouvement naturel d'affection (valables).

La Cour de cassation semble donc vouloir renoncer à ces distinctions et faire preuve d'une nouvelle indulgence vis-à-vis des relations adultères. Après que l'on ait dépénalisé l'adultère en 1975, reconnu l'indemnisation du préjudice de la concubine adultérine résultant de la mort accidentelle de son concubin, sur le fondement de l'article 1382, et admis que "le constat d'adultère, établi plus de deux années après l'ordonnance ayant autorisé les époux à vivre séparément et alors que le devoir de fidélité est nécessairement moins contraignant du fait de la longueur de la procédure, ne saurait constituer une violation des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune" (cass. civ. 2ème, 29 avril 1994, Bull. civ. n° 123), voici que la Cour de cassation admet désormais qu'un mari ayant exhéredé sa femme, peut gratifier sa concubine sans que cette disposition soit jugée contraire aux bonnes mœurs.

Cette dernière notion est en effet une "notion-cadre" susceptible d'évoluer avec la société. La Cour de cassation vient d'en donner une nouvelle preuve en rétrécissant la notion de bonne mœurs, l'infidélité intéresse de moins en moins le droit. Mais existe-t-il encore un devoir de fidélité entre époux ?

## Article 1131 du Code civil

« L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

## Article 1133 du Code civil

« La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public »

Marie LAMARCHE

\*\*\*\*\*

## Séminaire d'actualité du droit public « Le principe de précaution »

Créé à l'initiative de Madame Aude ROUYERE et Monsieur Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, le troisième séminaire d'actualité du droit public s'est tenu le 1<sup>er</sup> avril 1999. Le « principe de précaution », thème central de la réunion, a fait l'objet de trois exposés, lesquels ont donné suite à un débat animé par les enseignants et les étudiants.

Madame le professeur ROUYERE a inauguré la séance en présentant le sujet en droit interne. Après un examen du principe de précaution à travers les textes et la jurisprudence, elle a abordé la question du caractère opérationnel du principe, au niveau contentieux (notamment, par rapport aux sursis à exécution, aux recours en annulation et en réparation). Deux interventions consacrées plus spécialement à la dimension communautaire du principe de précaution ont suivi.

Monsieur Carlos ALVES, moniteur au C.R.D.E., a d'abord présenté la crise de la « vache folle » à la lumière de ce principe. Puis, Monsieur Matthias SERE, doctorant au C.R.D.E., a montré les relations entre le principe de transparence et cette crise.

A l'issue de ces contributions, les débats se sont orientés principalement sur trois axes. Il a tout d'abord été question de la mise en œuvre du principe de précaution dans les procédures non-contentieuses. Puis, les discussions sont revenues sur certains aspects communautaires, notamment sur les différentes conceptions quant aux rôles de la Commission et des Etats membres dans l'exécution du droit communautaire. Enfin, les réflexions se sont portées sur la responsabilité, avec une attention particulière consacrée à la loi de 1998 concernant la responsabilité du fait des produits défectueux.

David KATZ

Le prochain séminaire de droit public aura lieu le 1<sup>er</sup> juillet 1999. Il aura pour thème la sécurité juridique.

\*\*\*\*\*

## Actualités universitaires

- Monsieur Philippe Delmas Saint-Hilaire et Monsieur Jean-Christophe Saint-Pau ont été reçus au

premier concours d'agrégation de Droit privé et de Sciences criminelles.

- Mademoiselle Maud Asselain, Madame Françoise Gonthier, Mademoiselle Valérie Malabat et Madame Monique Subrenat ont été recrutées comme maîtres de conférences à l'Université Montesquieu Bordeaux IV.

- Monsieur Rémi Schwartz a été sélectionné parmi les lauréats du prix scientifique de L'Harmattan, pour son mémoire de DEA, intitulé *La signature du testament*.

A tous, le CERFAP adresse ses plus sincères félicitations.

\*\*\*\*\*

Le CERFAP vous souhaite de bonnes vacances.

\*\*\*\*\*

ISSN en cours

Crédit photographique : Stéphane Ferry

**CERFAP**  
Centre d'études et de recherches  
en droit de la famille et des personnes

Porte E123

Université Montesquieu - Bordeaux IV  
Avenue Léon Duguit - 33608 Pessac cedex

Directeur : Jean Hauser

Directeur de la publication : Patrick Nicoleau

ISSN en cours

(Maquette : service communication de l'Université)