

DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE

LA GESTION DES BIENS DES PERSONNES VULNERABLES

INTRODUCTION : LA NOTION DE PERSONNE VULNERABLE

- Comment le droit prend en compte un fait social qu'est la vulnérabilité ? Comment légiférer
- Droit = produits de rapports sociaux, évolue au fil des époques, imparfait car humain, pose libertés et interdictions, jamais neutre

I – LES CATEGORIES DE PERSONNES VISEES

A – LA PERSONNE HANDICAPÉE

- **Vocabulaire** : Personne « en situation de handicap » depuis 2005, l'incapable majeur → le majeur protégé
- **Définition du handicap** :
 - Notion a-juridique pdt longtemps, déf° difficile
 - XVIII° siècle en GB. : « hand & cap », la main dans le chapeau → XIX° s. : poids de course des chevaux = mettre un handicap (infligé au meilleur pour être mis à égalité) → Fin XIX° s. : déficiente
 - Handicap = déficience, invalidité, inaptitude, Reçu de manière négative au départ (charité, assistance), envisagé par la reconnaissance de droits fondamentaux (égalité, autonomie, insertion, citoyenneté), après courant de lutte contre la maltraitance, notion de « bientraitance » aujourd'hui
- **Justice = balance entre droits collectifs et droits individuels.** Faut-il des droits dérogatoires parmi les droits collectifs ?
 - ☺ OUI pour égalité % autres membres
 - ☹ NON CAR crainte de stigmatisation, provoque des discriminations

*Grande Loi sur le Handicap 1975, Loi Carbonnier
*Loi 11 fév. 2005, pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées

↳ *art. L 144 CASF : toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son 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'une polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant

 - « Citoyen à part entière » et non « citoyen à part »

B – AGE DE LA PERSONNE : *art. 488 C. Civ.

- **Le jeune âge**
 - Minorité = critère de vulnérabilité, le mineur est juridiquement incapable et ne dispose pas de sa capacité d'exercice mais uniquement de sa capacité de jouissance
 - Capacité juridique expressément reconnue au mineur par le droit :
 - IVG sans l'accord d'un parent MAIS uniquement accompagné par un majeur
 - Acte médical (L * 4 mars 2002) MAIS titulaires de l'AP non prévenus en cas de refus de soins
- **Le Grand âge**
 - « la personne âgée dépendante », qu'est ce qu'une personne âgée en droit ? = Personne (# biens) phys (#mor) qui a la personnalité juridique
 - Âge déterminant MAIS fait biologique (idem naissance, mort) indépendant de la volonté de la personne ; point d'entrée dans une situation juridique (23 ans Pdt, 35 ans Sénateur)
 - Foisonnement des textes sur la problématique des âges : maintien à domicile, fin de vie, *Charte des Droits Fondamentaux de l'union Européenne, déc. 2000 avec une rubrique « droits des personnes âgées », suspension d'une peine pénale pour raison médicale (*Affaire Papon)

C- LA PERSONNE MALADE

- Définie à *contrario*, pers. qui n'est pas en bonne santé
- Santé (OMS) = état de complet bien être physique, mental et social ne consistant pas en une absence de maladie ou d'infirmité → ☹ Doctrine (encore ne faut-il pas mourir de faim !) → Déf° revue par OMS

II – PRISE EN COMPTE DE LA VULNERABILITE PAR LE DROIT

DEFINITION	• Non juridiquement définie, vulnérabilité = personne susceptible d'être attaquée ou blessée dans son intégrité physique ou morale. Se déclinent des critères : âge, santé, dépendance, handicap... • Vulnérabilité = notion ignorée du droit civil qui distingue capables et incapables, exception faite au trouble mental
ET DROIT PENAL	• Circonstance aggravante : peine aggravée du fait de la vulnérabilité de la victime (atteinte à la personne physique, aux biens (vol, escroquerie MAIS non circ. Aggravante de l'ABC ☹ !)) • Élément constitutif - <u>Délaissement</u> : *art. 223-3 CP canicule, laisse une personne seule sciemment, 5 ans + 75 000 € - <u>Abandon de famille</u> : non paiement d'obligations alimentaires pendant au moins deux mois - <u>Violences habituelles</u> : au-delà de la circ aggravante, Jp très sévère (2 fois suffisent) - <u>Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse</u> : c/ biens, puis c/ personnes *Loi 12 juin 01 mouvements sectaires, preuve exigée, aggravation pour gourous - <u>Art. L 122-8 C. Conso</u> : démarchage à domicile, téléphone, time share

Promotion de la « bientraitance », *INSTR MIN. 22 mars 2007 – Plan de développement de la bientraitance été 2007

PARTIE 1 : LES MAJEURS PROTEGES

- **Evolution du droit des incapacités concomitamment à l'appréhension de la maladie**

- Au départ : Eloignement pour ne pas nuire à la société PAR mise en place de régimes rigides et lourds avec une seule protection du patrimoine
 - o *Interdiction judiciaire* = personnes dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur : mise en place d'un régime de représentation du majeur alors mis à l'écart (asiles)
 - o *Dation de conseils judiciaires* : régime d'assistance pour les faibles d'esprit et prodigues
- *Loi 3 janv. 1968, Loi Carbonnier*
 - o Principe d'indépendance entre le traitement médical et le régime juridique de protection
 - o Protection des intérêts patrimoniaux traitée
 - o Protection de la personne délaissée
- *Loi 5 mars 2007*
 - o Entrée en vigueur au 1^{er} janv. 2009 exception faite du mandat de protection future

- **4 Acteurs ... 3 Procédures**

- o 4 acteurs : médecin, autorité judiciaire (JDT), famille (priorité donnée par la loi de 2007), majeur protégé (consentement)
- o 3 procédures : sauvegarde de justice, curatelle, tutelle

TITRE 1^{er} : LES CONDITIONS DES REGIMES DE PROTECTION

- **Principe** = **capacité**, **Exception** = **incapacité** alors interprétée strictement CAR le droit interprète strictement les exceptions
- **Objectif** : protection et non la défiance

I – MAJORITE

- **Art. 488 C. Civ.** Fixe la majorité à 18 ans, âge à partir duquel on est capable d'accomplir tous les actes de la vie civile ouvrant le Titre XI, De la majorité et des majeurs protégés par la loi
 - Placement sous un régime de protection SI AFM personnelles et ne peut pourvoir seul à ses intérêts
 - Applicable au mineur émancipé par extension
 - Mineur sous un régime de protection : demande formée dans l'année précédant sa majorité ☺. Lutte c/ interruptions de protection, « minorité prolongée » dans d'autres pays (Belgique)

II – NECESSITE

- **Altération des facultés personnelles**
 - Altération des facultés mentales : résulte de maladie, infirmité, affaiblissement dû à l'âge (1^{ère} cause d'ouverture d'un régime 75F/60H), toute forme d'atteinte
 - Altération des facultés corporelles : SI expression de la volonté empêchée, preuve que la personne est hors d'état de manifester sa volonté, conjuguée avec AFM ☺
- **Prodigalité, Intempérance ou oisiveté**
 - Prodigalité (dépenses), intempérance (jouir à hauts risques de certaines substances, drogues), oisiveté (ne veut rien faire) ... SI cela expose la personne à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obl^o fam.
 - Pas de certificat médical exigé
 - Curatelle uniquement, pas de tutelle
- **Besoin de protection :**
 - Cumul des situations avec le besoin de la personne, impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts (*art. 488 C. civ.)
 - ORD. JDT motivée SINON nullité ☺

III – INDEPENDANCE

- **Indépendance entre traitement médical / mesure de protection** depuis *Loi 3 janv. 1972
 - Chacun a son propre rôle : médecin soigne le patient, juge décide de la meilleure protection des intérêts civils
 - **Collaboration étroite nécessaire néanmoins : AFM ou corporelles établie par un médecin**
 - Médecin spécialiste : psychiatre établit un certificat médical pour Tutelle et Curatelle MAIS juge totalement libre
- Médecin traitant : rôle important CAR Avis requis dans chaque de protection ex. : variation du régime, mariage...

IV – SUBSIDIARITE

- **Déploiement d'un régime de protection SSI règles du régime matrimonial insuffisantes : *art. 498 C. Civ.**
 - Communauté de vie
 - Pas d'empêchement : l'autre époux sous tutelle, époux méconnaissant la vie des affaires
 - ☺ Autorisation du juge pour chaque acte, protection coûteuse, lourde et parfois inefficace car la personne conserve sa pleine capacité
- **Déploiement du régime de protection SSI inefficience d'autres techniques de gestion des biens :**
 - Mandat *art. 1984 s.
 - Gestion d'affaires : gérant = tuteur de fait = tuteur

② CONDITIONS PROPRES AUX DIVERS REGIMES : Proportionnalité à AFM/C, situation familiale et patrimoniale

I – SURVEILLANCE

- **Non concept juridique, fait de laisser la personne capable d'accomplir tous les actes de la vie civile mais placée sous le contrôle bienveillant de l'autorité judiciaire**
 - = † conserve sa pleine capacité d'exercice MAIS intervention du juge pour la protection de ses intérêts ☺
- ⇔ **Sauv. de Justice** *art. 491
 - action en rescision pour lésion
 - action en réduction pour excès
- **Solution temporaire**, dans l'attente de l'ouverture T/C. **Lenteur** critiquée dans le monde médico-social

II – ASSISTANCE

- **Technique juridique connue, fait d'exiger la présence et le consentement d'une tierce personne chargée de conseiller le majeur protégé**
 - = † conserve sa pleine capacité d'exercice MAIS imparfaitement CAR validité de l'acte soumise à l'expression de la volonté du protégé + celle de l'assistant.
- ⇔ **Curatelle** : *art. 508 C. Civ.
 - la personne peut agir elle-même, elle n'est pas hors d'état d'agir MAIS un conseil la guide
 - intempérance, oisiveté, prodigalité: abrogée par *Loi 5 mars 2007

III – REPRESENTATION

- **Technique juridique qui permet de désigner un tiers chargé d'agir au nom et pour le compte de la personne au lieu de place de celle-ci**
 - † = perte de sa capacité d'exercice totalement/partiellement MAIS conservation de sa pleine capacité de jouissance (esclavage, mort civile)
- ⇔ **Tutelle** : *art. 492 C. Civ.
 - Besoin d'être représenté de manière continue : AFM/C grave + continue (MAIS *Jp libérale)

➔ **Flebilite entre les modes de protection** : en vertu du principe de nécessité MAIS réexamen prévue uniquement par Loi de 2007.

CHAPITRE 2 : LES CONDITIONS DE FORME

① PROCEDURES DE PLACEMENT

I – PLACEMENT INITIAL

A – SAUVEGARDE DE JUSTICE <i>*Art. 491-1 C.Civ.</i>	• Déclaration médicale enregistrée au Parquet : - <u>Aucun jugement</u> nécessaire - <u>Obligatoire SI</u> † hospitalisée dans un ETM MAIS Facultatif pour autres situations - <u>Avis du psychiatre</u> obligatoire à la demande du Procureur de la République - <u>Proc .R :</u> Enregistrement (inscription sur un registre spécial) / refus d'enregistrement / demande de nouvel examen médical • Placement par le JDT - Saisi d'office ou par requérants (<i>*art. 491 C. Civ.</i>) - <u>Prononce l'ouverture d'une mesure de Sauvegarde</u> : aucun recours possible - Décision transmise au Proc .R pour Avis
B – TUTELLE	• Décision du JDT ou par le TGI sur recours de sa décision uniquement - <u>Requérants à l'ouverture d'une tutelle</u> : <i>*art. 493 C. Civ.</i> - o Personnes pouvant former directement une demande d'ouverture : † , conjoint, ascendant, descendant, frères et sœurs, curateur, Ministère Public, JDT d'office + concubin et pacsé (<i>*Loi 5 mars 2007</i>) ➔ JDT doit rendre une décision judiciaire susceptible de recours. - o Personnes pouvant donner avis de la cause justificatrice d'ouverture : autres parents, alliés, amis, médecin traitant, directeur d'ETM ➔ JDT a un pouvoir d'appréciation (ouverture/non), décisions ou pouvoir insusceptible de recours car relève de ASJF. - JDT du lieu du domicile de † - <u>Procédure simple et posant des garanties sérieuses pour la personnes</u> (atteinte à son état) - o <u>Requête</u> présentée au JDT contenant des mentions obligatoires + Certificat médical obligatoire d'un médecin spécialiste choisir une liste établie par le Proc. R SAUF empêchement de la personne refusant l'examen - o <u>Instruction</u> : audition de la personne (SAUF préjudice)+ présence du médecin traitant + sur convocation / au domicile / constat de carence + Avis du médecin traitant OBL. + toutes mesures diligentées (enquêtes sociales, auditions de proches, alliés...) + Prononcé d'une SJ dans l'attente du jugement de T/C - o <u>Droits et défense de la personne</u> : Conseil à la personne, protection de sa vie privée (audience en Chambre du Conseil, à huis clos) - o <u>Jugement</u> : notification à la personne + requérant + tuteur + Proc. R - o <u>Recours</u> : appel dans un délai de 15 jours ▪ Jugement de refus d'ouverture = [requérant initial] peut seul former appel ▪ Jugement d'ouverture = toutes les personnes de <i>*l'art. 493 al. 1^{er}</i>
C- CURATELLE	• Idem Tutelle <i>* art. 509 C. Civ.</i>

II – MODIFICATION ULTERIEURE ET CESSATION

• Principe de nécessité : adaptation aux besoins de la personne DONC modification du régime SI nouvelle situation • Date de réexamen : peut être fixée par le juge	
A – MODIFICATION	B – CESSATION
• Accentuation : - Procédure de droit commun (idem I)B)) - Prise d'effet à la cessation de l'ancien : 0 discontinuité • Assouplissement - Procédure de droit commun SAUF réexamen - Parallélisme des formes	• Sauvegarde de Justice : <i>*art. 491-6 C. Civ.</i> - ouverture d'une tutelle / curatelle - nouvelle déclaration médicale - radiation de la déclaration par le Proc. R - Péremption de la déclaration médicale (2m/6m) - Rejet de la demande de tutelle / curatelle • Curatelle et Tutelle : <i>*art. 507 et 509 C. Civ.</i> - Jugement de mainlevée constatant la disparition des causes d'ouverture : aucune recours possible

② PUBLICITE

- **Sauvegarde de Justice** : Information du Proc. R ➔ Inscription sur un registre spécial tenu au Parquet, consultable
- **Tutelle et Curatelle** : Inscription en marge de l'acte de naissance + Répertoire civil tenu au TGI à peine d'inopposabilité et après un délai de 2 mois + RCS / RM

TITRE 2nd : LES EFFETS DES REGIMES DE PROTECTION

- JDT peut toujours **visiter ou faire visiter** la personne protégée de manière à contrôler les conditions de vie du majeur
- **Conservation du logement et des meubles meublant aussi longtemps que possible** : Conventions de jouissances précaires (tuteur/bail), autorisation JDT pour actes importants + Avis médecin traitant
- **Objets personnels et intimes, souvenirs** : gardés à disposition du majeur, éventuellement par l'ETM

① EFFETS DE LA SAUVEGARDE DE JUSTICE

Entière capacité patrimoniale et extrapatrimoniale SAUF restrictions = juré d'assise, logement avec autorisation JDT

I – OUVERTURE DE DEUX ACTIONS SPECIALES, ⇔ TGI	II – ACTION EN NULLITE POUR TROUBLE MENTAL PROPRE A TOUT MAJEUR	III – ADMINISTRATION DES BIENS DU MAJEUR PROTEGE
• Action en rescision pour lésion : *art. 491-2 - Déséquilibre des prestations réciproques dans la transaction (contrats synallagmatiques), preuve par tous moyen - Aucun niveau de lésion imposé, pas de preuve du trouble mental CAD déséquilibre + ouverture SJ suffisants, ASJF qui regarde bonne foi, utilité/inutilité, fortune de l'intéressé - Nullité relative, prescription 5 ans apd de la connaissance de l'acte par le majeur ↓ cessation de la Sauvegarde de Justice - Intentée par tout requérant + héritiers si décès - Confirmation de l'acte possible - Pas de rachat de la lésion : « payer + pour rendre l'acte valable » • Réduction pour excès : - Aucun déséquilibre mais inutilité de la transaction, disproportion par rapport, non au prix, mais aux capacités financières du majeur - Réduction pour excès ☺ - Pas de nullité (en principe, SAUF bien indivisible) MAIS réduction à des proportions compatibles - ASJF, régime identique à la rescision pour lésion, bonne foi du cocontractant regardée.	• *art. 489 C. Civ. : « pour passer valablement un acte il faut être sain d'esprit » DONC a contrario Nullité pour trouble mental • Nullité relative pour trouble mental - <u>preuve impérative</u> du trouble mental (c/ actions spéciales) - <u>preuve facilitée</u> par l'ouverture d'une SJ	La personne gère seule son patrimoine MAIS LEG prévoit des modes de gestion pour suppléer le majeur • Gestion des biens avec un mandataire - <u>Mandat conventionnel</u> : *art. 491-3 C. Civ. - o Prend effet SI ¶ a désigné avant/après SJ un mandataire - o Actes d'administration uniquement (mandat général) SAUF mandat spécial pour un acte particulier (acte de disposition) - o Librement révocable à tout moment, également par le JDT SI donné en considération d'une période de sauvegarde - o Révocation d'office par JDT à tout moment dans l'intérêt du majeur, contrôle sur comptes. - <u>Mandat judiciaire</u> : *art. 491-5 C. Civ. - o Si 0 système : tout intéressé avise JDT → désignation d'un mandataire spécial - o subsidiarité, mandat spécial MS Jp libérale - o juge libre dans la désignation du mandataire, décision toujours motivée • Gestion des biens sans mandataire - Gestion d'affaires : *art. 491-4 C. Civ. - Actes conservatoires :

I – ORGANES

A – TUTELLE FAMILIALE

- **Tutelle complète** : *art. 495 C. Civ.
- Règles de la tutelle des majeurs calquées sur la tutelle des mineurs MAIS particularités CAR 0 protection de l'imaturité (c/ mineurs) DONC principe d'incapacité d'exercice avec des tempéraments
- **Organes** :
 - o JDT
 - o Tuteur, représente le majeur
 - Pas de tutelle testamentaire. MAIS *Loi 5 mars 2007 prévoit le MPF
 - Tutelle légale : *art. 496 C. Civ. époux = tuteur de son conjoint SAUF cessation de la communauté de vie OU motif du juge d'intérêt du majeur
 - Tutelle dative : tuteur désigné par CDF lui-même désigné par JDT
 - Interdiction = médecin traitant, préposé EtS MAIS présence CDF ☺
 - Tutelle = charge publique, personnelle et obligatoire MAIS *art. 496-1 prévoit des causes de décharge. 5 ans max SAUF conjoint / descendant.
 - o Conseil de Famille (CDF) : *art. 407 à 409 C. Civ. Composé de 4 à 6 personnes désignées par JDC parmi lesquelles alliés, amis, voisins, toute personne s'intéressant au majeur. Présidé par JDT mais non membre. Le tuteur une fois désigné ne peut plus siéger (juge et partie !)
 - o Subrogé tuteur : Désigné par le JDT, intervient en cas de conflit majeur/tuteur. Rare en pratique CAR pénurie "déjà" de tuteur

- **Tutelle en forme d'administration légale** :
 - Tuteur dit Administrateur légal uniquement (sans CDF ni Subrogé Tuteur) choisi parmi les parents ou alliés (+ restreint que le tuteur) + aptitude particulière à gérer le biens de la personne.
 - Pouvoir de faire seul : tous actes conservatoires, d'administration, autorisation du JDT pour actes d'administration

- ⇔ déficients mentaux mineurs sans espoir de retrouver facultés mentales
- Modification par JDT à tout moment : principe de nécessité

B – TUTELLE EXTRA-FAMILIALE

- **Tutelle d'Etat** : *art. 433 C. Civ.
- Tutelle familiale vacante → Etat. Aucun CDF ni subrogé tuteur, |tuteur|
- Dévolution Préfets > Directeurs DASS > Associations Tutélaires / notaire
- *Loi 5 mars 2007 : MJPM choisi sur liste (professionnalisation)
- **Tutelle en gérance** : *art. 499 C. Civ.
- Désignation d'un gérant de tutelle chargé de percevoir les revenus de la personne et de les employer pour son entretien et ses obligations alimentaires
- Seul pouvoir d'administration courante, autorisation JDT pour autre tout acte

II – INCAPACITE DU MAJEUR

A – ETENDUE TEMPORELLE

- **Point de départ de l'incapacité = prononcé de l'incapacité (jugement) MAIS Opposabilité au tiers = 2 mois** ↓ formalité de publicité
- **Nullité de droit des actes ↓ ouverture de la tutelle** : art. 502 C. Civ.
 - Nullité de droit : DONC aucun pouvoir du juge (pas d'examen d'acte lésionnaire / empire d'un trouble mental / bonne ou mauvaise foi du cocontractant)
 - Saisine TGI obligatoire : pouvoir d'appréciation du juge limité
 - Nullité relative, protection d'un intérêt privé : 5 ans (*art. 1304 C. Civ.)
 - Demandée par le majeur ↓ cessation de la mesure pendant 5 ans
 - Autorisation par le juge du majeur à accomplir seul certaines actes : sphère de capacité accordée par le juge
- **Nullité possible des actes ↓ ouverture de la tutelle** : *art. 503 C. Civ.
 - Possible et non automatique, SSI cause existait notoirement
 - Preuve de la cause facilitée par l'ouverture de la tutelle
 - « connaissance du cocontractant » suffisante selon *Jp
 - ASJF

B – ETENDUE MATERIELLE

- **Rappel** : Incapacité touche la capacité d'exercice ⇔ TOUS actes patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Tuteur = pouvoir de représentation du majeur CAD prendre soin de la personne (protection de la personne renforcée par *Loi 5 mars 2007) et de la gestion de son patrimoine.
- **Pouvoirs du tuteur** :
 - tous actes d'administration ☺
 - actes de disposition : autorisation CDF
 - gestion en bon père de famille → « prudent, diligent et avisé » Loi 5 mars 07
 - dommages-intérêts → responsabilité du tuteur accentué par *Loi 2007
- **Atténuation de l'incapacité du majeur** :
 - décision judiciaire
 - usage : « actes usuels nécessaires à la vie courante quotidienne »
 - légale : *art. 504 s. C. Civ. : mariage, pacs, testament, donation, filiation
 - ☹ Doctrine : liste exhaustive limitative, primauté du consentement pour tous les actes personnels, *Loi du 5 mars 2007 ne clarifie par la situation

I – ORGANES	• Juge des Tutelles • Curateur : - <u>Désigné par le JDT</u> - <u>Curatelle légale</u> = époux SAUF cessation de la communauté de vie - Choisi parmi la famille ou extérieur (office notariée ou ministérielle) - Assiste le majeur pour tous les actes qui auraient requis dans la tutelle l'autorisation du CDF = actes de disposition - Aucune administration (aucun acte d'administration effectué par le majeur) : gestion courante effectuée par le majeur - JDT en cas de conflit	
II – INCAPACITE DU MAJEUR EN CURATELLE	<u>A - ETENDUE</u> • Majeur frappé d'une seule incapacité partielle DONC il peut accomplir tous les actes pour lesquels la loi n'impose expressément l'assistance du curateur. (art. 510 C. Civ.) Même lorsque l'assistance du majeur par un curateur est requise, le consentement du majeur est nécessaire - <u>Actes d'administration</u> : majeur seul - <u>Actes conservatoires</u> : majeur seul - <u>Actes de disposition</u> : ➢ <u>d'importance 2ndaire</u> : vente des fruits d'un immeuble, majeur seul ➢ <u>de première importance</u> : assistance du curateur, ex. vente, aliénation, sortie du patrimoine. • Actes personnels : *art. 513 C. Civ. - mariage, pacs, conventions matrimoniales... - consentement de la personne protégée DONC critiques de la doctrine s'évanouissent. • Aménagement par le juge - <u>Enumération des actes</u> que le majeur peut ou non faire seul : - <u>Limite / aggravation de la capacité</u> • Perception des revenus de la personne - curateur perçoit les revenus (art. 512) - « pointe de représentation judiciaire dans un régime d'assistance.	<u>B – SORT DES ACTES</u> • Assistance du curateur nécessaire - <u>Curateur assiste le majeur</u> = acte valable ➔ actions de droit commun (VC/TM...) - <u>Curateur n'assiste pas</u> : art. 510-1 ➢ Action en nullité relative exercée par le majeur protégé/ héritiers/le curateur MAIS non par le cocontractant ➢ nullité non de droit MAIS ⊗ critique de la doctrine favorable à une nullité de droit ➢ extinction de l'action par confirmation par le curateur / majeur ↴ cessation du régime de curatelle. • Assistance du curateur inutile - <u>Acte valable en principe</u> - <u>Actions spécifiques ouvertes</u> ➢ Action en nullité pour trouble mental, ouverture de la curatelle facilite la preuve du trouble mental ➢ Art. 510-3 : action en rescision pour lésion et réduction pour excès, renvoi à la Sauvegarde de Justice

PARTIE 2 : LA LOI DU 5 MARS 2007

- **Révolution de la protection des majeurs en apparence MAIS** davantage **une loi d'actualisation CAR majorité des règles demeure.**
- **Prise de conscience des dysfonctionnement des régimes Carbonnier au XXI^e siècle** : pénurie de tuteurs familiaux, temps de mise en place, professionnalisat°
- **Entée en vigueur** : 1^{er} janv. 2009 SAUF MPF MAIS conclusion MAIS 0 effet MAIS prise en compte par JDT indéniablement.
- **Vocabulaire** : Majeurs Incapables → Majeurs Protégés
- **3 objectifs** : ☐ + de sécurité au majeurs (personne + patrimoine) ☐ ↗ régimes de protection familiaux ☐ Rééquilibre tuteurs fam / extrafamiliaux.

I – LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE *art. 477 à 496 N C. Civ.

- *Décret 2007-702 30 nov. 2007, *Modèle de mandat de protection future sous seing privé*
 *Arrêté 30 nov. 2007, *Notice d'information jointe au modèle de MPF sous seing privé*
 *Dossier de presse sur www.justice.gouv.fr
- Adopté en 2007 mais **réclamé depuis 1990** par notaires, modèle existant dans de nombreux pays (« mandat en prévision de l'incapacité » Québec, « mandat permanent » GB, « mandat de vieillesse » en Allemagne)
 - **Mouvement généralisé en faveur de la liberté et volonté de la personne**
 - **« Figure libre, innovante d'assistance »**
 - Libre: volonté du mandat privilégiée, dérogation au droit commun (art. 1998)
 - Innovante : 1^{ère} protection extrajudiciaire bien que « directives anticipées » auxquelles les médecins n'étaient pas liés ☹ → *art. 448 nouv. C. Civ.
 - Assistance : objet est de préparer au mieux l'assistance de la personne LQ elle deviendra vulnérable, mécanisme d'assistance+représentation. «semi protection»
 - **Définition** : convention aux termes de laquelle le mandant confère au mandataire des pouvoirs +/- étendus à l'effet de s'occuper de la gestion de ses biens et ou de sa personne dans le cas d'une future AFC/M.

B – MANDANT

- **Toute personne majeure capable**
- **Mineur émancipé**
- **Personne en curatelle avec assistance du curateur**
- **Parents ou dernier des vivants des père et mère exerçant l'AP OU assume la charge de l'enfant majeur** : [acte notarié]

C – MANDATAIRE

- **Toute PPHYS**
- **PMOR inscrite sur liste (MJPM)**
- **Capacité civile nécessaire**

D – REGIME : MPF = **règles de droit commun du mandat** (*art. 1984 s.)

E – FORME ET ETENDUE

- **ASSP** : acte d'administration, établi selon modèle / c/seing avocat
- **Acte authentique** : actes de disposition + acte perso avec CDF
- **Général / Spécial, Patri/Extrpat.**

F – MISE EN ŒUVRE

- **Certificat médical / médecin sur liste**
- **Production au greffe par mandataire du mandat + Certif. Med**
- **0 mesure de publicité!**

G – RÔLE DU JDT

- Rôle allégé
- **Impossibilité** d'ouvrir une T/C SAUF dispositions insuffisantes du mandat **MAIS** contestation par tout intéressé
- **Extension** du champ du mandat à la demande du mandataire :ouverture laissée au juge

G – OBLIGATIONS DU MANDATAIRE

- **Variables** % domaine patrimonial extrapatrimonial
- **Inventaire des biens** au jour de la prise d'effet du mandat
- **Compte de gestion annuel**
 - demandé par JDT
 - contrôlé par contrôleur du mandataire PPHYS. / notaire si acte authentique.

H – DIFFICULTES

- **Pas de création d'incapacité** : pas de mise en place d'un régime de protection conventionnel, action au demeurant réservé au juge MAIS organisation d'une forme de représentation possible.
- **Actes passés par le mandant après AFM/C**
 - rescision pour lésion + réduction pour excès (*art. 488 C. Civ.)
 - action pour trouble mental de droit commun
 - capacité conservée
- **ASJF** : utilité, importance et bonne foi expressément prévues par le LEG.
 - « semi protection », « protection affaiblie », « protection illusoire »
 - différence MPF # Régimes civils de protection : choix LEG. (c/ Québec)

II – INNOVATIONS DE LA LOI DU 5 MARS 2007

A. 3 PRINCIPES DIRECTEURS	• Liberté : mandat de protection future, libre choix du tuteur / curateur • Dignité : audition renforcée du mineur, volonté de protéger la personne en plus des biens • Solidarité : gratuité des charges de tutelle et curatelle en principe MAIS exceptions limitent à la sphère familiale
B. NOTION DE RESPONSABILITE	• Renforcement de la responsabilité des organes de protection : *art. 416 à 424 C. Civ. - <u>Principe</u> : responsabilité des organes de protection ➢ Chaque organe de la tutelle = responsable ⇔ faute quelconque commise dans l'exercice de ses fonctions. « bon père de famille » → « soins prudents, diligents et avisés. » ➢ Curatelle = curateur responsable SSI dol ou faute lourde ➢ Mandataire conventionnel : responsabilité de droit commun (*art. 1984 s. C. civ.) MAIS SI insolvabilité ALORS Etat garantit
C. SUBSIDIARITE	• Protection judiciaire SSI non organisée par la personne : *art. 428 nouv. C. Civ. • Pas de Protection civile SI RM suffit • Juge ne peut se saisir d'office
D. PROPORTIONNALITE	• « Sur mesure » : Régime adapté aux besoins de la personne • Durée : *art. 442 s. C. Civ. - Durée maximum de 5 ans pour la T/C renouvelable une fois SAUF durée indéterminée SI justification spéciale du juge d'AFM/C irréversible
E. SAUVEGARDE DE JUSTICE	• Art. 433 à 439 C. Civ. • Requête au juge • Certificat médical • Auditions obligatoires (dignité de la personne humaine et du protégé) • Repères du majeurs ↗ : logement et meubles meublant conservés le plus longtemps possibles, effets personnels, comptes
F. TUTELLE ET CURATELLE	• Art. 440 à 447 C. Civ. • Philosophie du législateur : curatelle < Tutelle • Désignation des tuteur et curateur : - Priorité : famille et en son sein : conjoint, concubin et pacsé, parents, alliés, co résidents - Sinon : MJPM (professionnalisation des fonctions) • Cotutelle et Co curatelle : pluralité des tuteurs et curateurs à la protection des biens et ou de la personne
G. PROTECTION DES INTERETS EXTRA-PATRIMONIAUX	• Protection de la personne : *art. 415, 425 à 427, 458 à 463 • Limitation expresse par le juge tant de la protection à la personne que des biens • Préservation des dispositions du CSP - Actes personnels ⇔ corps humain (art. 16 C. Civ.) : réticence des tuteurs à s'engager CAR le majeur protégé ne peut prendre partie ET réponse attendue des médecins chez le Tuteur OR souvent muet ET Loi 2007 silencieuse ! - <u>Accord du tuteur + consentement de la personne</u> = conflit des consentements ➢ Volonté de la personne prise en droit de la santé

DROIT PENAL DE LA FAMILLE

INTRODUCTION GENERALE

I – LA FAMILLE ET LA DELINQUANCE

- **Moins l'individu est dans une structure familiale, moins il est structuré** selon de nombreuses recherches scientifiques récentes F/criminalité
- **Influence de la famille sur la récidive** : dysfonctionnement de la famille a une influence sur le comportement de l'individu (déviance → délinquance)
Phénomène de compulsion de répétition

III – NOUVELLES STRUCTURES FAMILIALES

- **Mariage et filiation légitime** s'imposent au XIX^e s. MAIS modèle en déclin avec désaffection croissante % mariage et montée en puissance du divorce
- **Divorce** :
 - Instauré par Napoléon (Joséphine de Beauharnais → Marie Louise d'Autriche donne naissance à Napoléon II qui meurt, N III neveu règne
 - Disparaît sous Restauration (Louis XVIII, frère de Louis XVI père de Louis XVII)
 - Réapparition : Loi Naquet 1884 (III^e Rép.)
- **Concurrence de la filiation naturelle** : XX^es., siècle de reconnaissance des filiations naturelles et de l'égalité des filiations
- **Unification du modèle familial et restriction de la famille** (famille nucléaire)

IV – NOUVEAUX RAPPORTS

- Tendance à l'assouplissement des relations, démocratisation + recherche d'égalité, plus grande liberté individuelle au détriment du père
- **Relations conjugales** : puissance maritale, devoir d'obéissance de la femme à son mari en contrepartie de protection et sécurité → égalité et respect mutuel au niveau sexuel (liberté sexuelle prévaut, 0 devoir conjugal au sens strict, viol entre époux *Cass. 80- car viol créé pour protection du consentement
- **Enfants** : puissance paternelle → autorité parentale
 - fonction dont découlent des devoirs ds int[^] de l'enfant,
 - + limité dans le temps (majorité 21 → 18 ans en 1974)
 - contrôlé par l'Etat qui sanctionne les parents défaillants
- **Code Pénal 1810 anachronique** : dépénalisation de l'adultère, avortement
- **Quelles missions le droit pénal a dans le domaine de la famille ?** La famille a-t-elle besoin d'un supplément pénal ?
 - ☹ : relations familiales relèvent de la morale individuelle et non de la société
 - ☺ : intervention du droit pénal dans la famille, NCP « des atteintes aux mineurs et à la famille »

II – ASPECT HISTORIQUE

- **Rome Antique** :
 - Chef de famille = *pater familias*, disposant de pouvoirs considérables sur les membres vivant dans la *domus* (maison). Répression des délits relève du *pater familias*,
 - 1^{ers} crimes connus dans le Dt Fam : parricide, infanticide, inceste, adultère
 - Peines atroces aux symboliques très fortes : parricide puni d'enfermement dans un sac de toile avec un coq une vipère un singe et un chien plongé dans l'eau CAR + digne de voir ni d'être vu d'autrui, pas de contact direct avec la nature, forte barbarie
- **Sociétés anciennes** :
 - Famille, défenseur de ses membres contre agressions, préjudice d'un membre = préjudice à tous les membres
 - Vengeance, guerre de clans, l'Etat intervient tard^{ymt}
- **Moyen-âge en France** :
 - Eglise protège la famille MAIS adultère, bigamie, avortement = pêchés pour le droit canonique
 - Redécouverte du droit romain à la fin du MÂ qui imprègne l'ancien droit : l'ordre familial est le reflet de l'ordre politique
 - Résurgence du pater familias ayant droit de sanction (adultère, mariage secret d'un enfant, rapt de séduction...) pouvant tuer sa femme en cas néanmoins de flagrant délit
- **Code Pénal 1810** :
 - Fidèle image de la Sté Napoléonienne, garantie de la famille patriarcale, le père = puissance maritale + paternelle
 - Adultère de la femme : gravement réprimé car dangereux, danger de la pureté de la filiation du père, concurrence déloyale % héritiers légitimes
 - Droits du père considérables : enfants irrespectueux, parricide puni encore très sévèrement (couper poing droit voile noir sur la tête guillotine) MAIS disparition progressive du modèle CAR urbanisation (famille de 1810 est essentiellement rurale) et émancipation femme

V – POURQUOI JURIDIQUEMENT PROTEGER LA FAMILLE ?

- **Famille = institution fondamentale de la société**
« F = valeur essentielle sur laquelle est fondée la société, c'est sur elle que repose l'avenir de la nation » Loi de 1994
- **Socialisation et Education**
 - inculque à l'enfant les valeurs essentielles : notions de hiérarchie, disciplines, punitions et récompenses
 - réponse aux besoins émotionnels façonnant son équilibre qu'aucune institution Etatique ne peut assurer, seul à titre complémentaire *CIDE, art. 7
- **Solidarités familiales**
 - vitalité des relations, normes puissantes avec les règles d'échanges, de pratiques où se tissent des relations affectives
 - prise en charge, soutien psycho
 - mansuétude en droit pénal de la famille : excuse de non

PARTIE 1 : LA PROTECTION DE L' EXISTENCE JURIDIQUE DE LA FAMILLE

CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DU LIEN MATRIMONIAL ① INFRACTIONS MINEURES

I – CONTRAVENTIONS DE L'art. R645-3 CP	• Deux délits (1 an ☹) jusqu'en 1958, contraventionnalisés désormais punis d'une contravention de 5° classe (1500 €), <i>*art. R 40 ACP</i> - Fait pour un OEC de <u>ne pas s'assurer de l'existence</u> du père, mère ou autres personnes lorsque la loi le prescrit pour la validité du mariage - Fait pour un OEC <u>de ne pas respecter le délai de viduité</u> en recevant avant l'expiration de celui-ci un acte de mariage d'une femme qui avait déjà été mariée : disparition de cette infraction avec la suppression du délai de viduité (art. 228 C. Civ.)
II – DELIT DE *l'art. 433-21 CP, anc. 199 et 200 ACP	• *Art. 199 et 200 ACP : - Destinés, comme leur héritier, à assurer <u>la suprématie du mariage laïque sur le mariage religieux</u> : le Ministre du culte doit attendre la célébration du mariage civil pour bénir le mariage - Obligation <u>apparue à la Révolution Française</u> où, le mariage religieux sous l'Ancien Régime, devient un contrat civil - <u>Sanctions de l'ACP</u> : Amende de 5° classe (6 000 F), récidive (2 à 5 ans ☹), nouvelle récidive (30 ans ☹ de détention criminelle : inf° pol) - <u>Infraction de 3 natures</u> : contravention – délit – crime - Infraction punissable M^SI <u>mariage in extremis</u>, indifférence à la validité d'un mariage purement religieux admis par un <u>droit étranger</u> • *Art. 433-21 ACP - Tout ministre du culte qui procèdera <u>de manière habituelle aux cérémonies religieuses</u> du mariage <u>sans</u> que ne lui ait été <u>notifié ou justifié l'acte de mariage préalablement reçu par un OEC</u> sera puni de <u>6 mois d'emprisonnement et 7 500 € d'amende</u>. - <u>Infraction d'habitude</u> désormais (1 seule union non réprimée), <u>sanction moins sévère</u> CAR évolution des mentalités (dispa/réapparition)

② LA BIGAMIE

- **Avant la Rév. Fçaise** : toujours très sévèrement réprimée (galères, peine de mort) CAR le droit canonique = atteinte à l'indissolubilité du M (dissout / |mort|)
- **Code Pénal 1810 héritier de la tradition catholique** : punie de Waux forcés à temps, synonyme de remise en cause de la £ chrétienne selon laquelle on a qu'une seule femme, correctionnalisation par **Loi 17 fév. 1933*, moins grave et moins sévère dans les années 30, **Loi 17 août 1897* ordonne la mention en marge de l'acte de naissance DONC bigamie SI a) coupable né à l'étranger dans un pays qui ignore système de mention en marge b) AEC détruits ou irrégulièrement tenus
- **Infraction marginale**, **art. 340 ACP → art. 433-20 CP* = « fait pour une personne engagée dans liens du mariage d'en contracter un autre ↴ dissolution du ↴ »

I – CONDITION PREALABLE	• Le premier mariage : condition préalable selon laquelle le deuxième ne peut réaliser la bigamie - <u>Preuve</u> : selon règles du droit civil, production d'un acte de célébration inscrit sur les registres ou papiers domestiques... - <u>Valable</u> : nullité (relative / absolue) du 1^{er} M ne peut être invoquée comme moyen de défense par le prévenu - <u>Persistant</u> : Δ divorce (date de décision définitive, causes réelles et sérieuses % droit étranger / répudiation /), Δ décès = délit irréalisable - <u>Absence du conjoint</u> : remariage impossible mais bigamie impossible CAR Parquet ne peut prouver que la 1^{ère} union non dissoute MAIS <i>*Loi 28 déc. 1977</i> : jugement déclaratif d'absence, transcription sur le registre des décès → Remariage du conjoint délaissé possible et incontestable
II – EL. MAT.	• Célébration de la 2^{nde} union : in# mariage blanc, <u>validité du 2nd M</u> MAIS autonomie du droit pénal MAIS c/ <i>*CA Toulouse 27 juin 2001</i>
III – EL. MOR.	• Intention : Prévenu de bonne foi non punissable, mauvaise foi ← moyens frauduleux pour obtention 2nd mariage (faux papiers...) • Erreur de droit retenue parfois mais preuve difficile
IV – SANCTION	• Peines : <i>*ACP</i> : 6 mois à 3 ans → <i>*NCP</i> : 1 an + 45. 000 € ⇔ emprisonnement libéralisé, amende décuplée ☹ % logique des peines ! • Tentative non prévue et non punissable • Infraction instantanée : point de départ du délai de prescription = jour de la célébration du 2nd mariage • Compétence % appréciation de la validité du 1^{er} mariage = Qt préjudicielle = T Corr. Sursoit à statuer → solution TGI MAIS ☹ Doctrine CAR confusion entre 2 qts : ☐ Condition préalable de nature civile à la constitution de l'infraction (validité du 1^{er} mariage) : juge de l'action est juge de l'exception écarté par 0 texte ☐ validité du 2nd mariage apprécié par le T. Corr (élément constitutif) • OEC inquiété, délit distinct : auteur reste punissable et ne devient pas impunissable comme s'il l'avait été complice.

- | |
|--|
| • *Crim. 16 janv. 1826 : 1-2-3M : non punissable CAR 3° union ne coexiste pas avec la 2° nulle à cause de la 1° |
|--|

CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DU LIEN DE FILIATION

⊙DEFAUT DE DECLARATION OU DE REMISE

I – DEFAUT DE DECLARATION DE NAISSANCE : ***art. R433-18-1 CP**

- ***Art. R40-6 ACP → *Art R645-4 → *Art. R433-18-1** depuis ***Loi 5 mars 2007** : contravention de 5^{ème} classe correctionnalisée punie de 6 mois ☹ + 3 750 €
- Fait par une personne ayant assisté à un accouchement de ne pas faire la déclaration prescrite par ***art. 56 C. Civ.** dans les délais fixés par l’art. ***55 .C Civ.**
- Infraction d’omission, infraction obstacle CAR prévient d’autres infractions plus graves (infanticide, suppression d’enfant)

A – CONDITION PREALABLE

- **Condition préalable = « Avoir assisté à l’accouchement » : Enumération des personnes punissables à **art. 56 C. Civ.** :**
 - Père : désigné en 1^{er} lieu, seul à être poursuivi en cas d’absence de déclaration
 - Mère : non tenue de déclarer l’enfant MAIS punissable SI inhumation, déclaration facultative mais possible exonérant les autres
 - Médecins, sage-femmes : assistant à l’accouchement, déclaration obligatoire SI non fait pas le père SINON même peines encourues
 - Personne chez qui l’accouchement a lieu

B– ELEMENT MATERIEL

- **Absence de toute déclaration ou déclaration ne satisfaisant pas aux conditions de délai, de lieu, de contenu posées par l’art. 55 C. Civ.**
- Déclaration ↯ 3 jours francs OU devant OEC autre que celui du lieu de naissance OU acte non accompagné des éléments indispensables punissable
- Informations de l’art. 57 C. civ.(identité de la mère) facultative CAR 0 renvoi

C – ELEMENT INTENTIONNEL

- **Négligence ou faute intentionnelle (dol)**
- **Exonération** par la preuve de la bonne foi (ex. : la sage-femme qui a pu penser que la déclaration de naissance serait faite par une autre personne)
- **Indifférence au mobile**

II – DEFAUT DE REMISE ***Art. R645-5 CP**

- Fait par une personne ayant trouvé un enfant nouveau né de ne pas faire la déclaration prescrite par l’art. 58 C. Civ., ou si elle ne consent pas à se charger de l’enfant de ne pas le remettre à l’OEC
- **Pas de définition du nouveau né** : date de naissance ignorée par hypothèse, le critère est celui de l’enfant qui paraît très proche de la naissance
- **Obligation pesant sur l’auteur de la découverte** : enfant + vêtements et objets trouvés + déclaration des circonstances de la découverte
- **Pas de délai fixé pour la remise**
- **Sanction** : amende de 5° classe, 1 500 €

② SUBSTITUTIONS, SIMULATIONS OU DISSIMULATIONS D'ENFANTS

- **Art. 345 ACP* prévoyait une infraction complexe, « l'enlèvement du recelé ou de la suppression d'un enfant, la substitution à un autre ou la supposition d'un enfant à une femme non accouchée », punie de réclusion criminelle de 5 à 10 ans MAIS peines plus basses ventilées selon que l'enfant avait vécu (1 mois à 5 ans) ou qu'il était établi qu'il n'avait pas vécu (6 jours à 2 mois).
 - Mélange des comportements qui porte atteinte d'une part à l'état civil et à la filiation et d'autre part à la personne de l'enfant
 - Comportement ⇔ enfants mort-nés ou de vie incertaine = non atteinte à l'état civil de l'enfant MAIS suppression même de la personne humaine enfante CAR faute de vie, donc aucun établissent d'état civil, la preuve de vie est impossible. Il s'agissait d'infanticides présumés (**Edit du Roi Henri II, 1556*)
- **Art. 227-13 NCP* : infraction restreinte aux seules atteintes à l'état civil et au lien de filiation, évanouissement de la protection de la personne humaine.

I – ELEMENTS CONSTITUTIFS

- **Condition Préalable** : Victime vivante. La loi ne précise pas s'il s'agit d'un enfant nouveau né ou plus âgé DONC infraction réalisée SI enfant trop jeune pour conserver mémoire de son état civil (enfant mort-né). L'enfant doit avoir vécu qu'il soit légitime, naturel ou adoptif
- **Elément matériel**
 - Substitution : Remplacement d'un enfant par un autre et souvent accompagné d'un faux en écriture
 - Simulation : Fait de prêter à une femme qui n'a pas accouchée la maternité d'un enfant d'une autre.
 - Dissimulation : Masquer a la réalité de la filiation.
 - Remarques :
 - **Crim. 12 janv. 2000* : Dissociation ou combinaison possible de la simulation et de la dissimulation « nécessairement liées »
⊕ contesté en doctrine Car on peut simuler la naissance d'un enfant prouvé
 - Infraction commise sur :
 - ↳ la personne de l'enfant : faux s'il s'agit d'une déclaration inexacte d'un enfant imaginaire, ex. : reconnaissance mensongère
 - ↳ état civil : différence évidente avec l'infanticide / homicide CAR crimes imposant la volonté de donner la mort sans porter atteinte à l'état civil
- **Elément moral** :
 - Infraction intentionnelle, conscience de porter atteinte à l'état civil. Déplacement physique de l'enfant parfois nécessaire mais non constitutif de l'infraction en l'absence de la volonté d'influencer l'état civil. Car, c'est un enlèvement.
 - Indifférence aux mobiles

II – REGIME JURIDIQUE

A – FOND	• Peines : 3 ans + 45 000 €	• Peines complémentaires : <i>* art. 227-29 CP</i>	* RPPM
B- FORME	• Sous l'égide de l'Ancien Code pénal : <i>*art. 326 et 327 ACP</i> - <u>TGI, juridictions compétentes pour statuer sur les réclamations d'état civil</u> - Action criminelle contre un délit de suppression d'état civil ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état = Question préjudicielle à l'action publique dans son entier obstacle à la mise en mouvement des poursuites pénales et rend nuls la procédure entamée, l'arrêt de condamnation rendu en violation de cette exigence légale. CAR crainte de voir les plaideurs tourner les règles du droit civil sur la preuve de filiation en usant de la voie pénale pour établir par témoin la preuve recherchée ET préférable de laisser aux familles le soin de décider de l'utilité d'intenter des procédures que de s'en remettre à l'initiative du Parquet, au risque de troubler l'honneur + repos des fam. • Depuis le Nouveau Code Pénal : <i>*art. 311-5 et 311-6 NCP</i> - TGI seul compétent MAIS SI action pénale, T. Corr doit surseoir à statuer → jugement civil soit passé en force de chose jugée - Exception préjudicielle au jugement pénal : Désormais, le Parquet peut agir d'office MAIS repos des familles n'est pas garanti ⊕ et le pénal sert les modes de preuves de la filiation au civil • Point de départ du délai de prescription : apparition de l'infraction <i>*Crim. 5 juin 2004</i>		

CHAPITRE 3 : LA PROTECTION DU DROIT DE GARDE

① L'ENLEVEMENT DU MINEUR

- **Dans l'Ancien Code Pénal :** *art. 354 à 356 ACP
 - « Fait de ceux qui avaient enlevé, entraîné, détourné ou déplacé des mineurs »
 - Distinction selon que l'acte était accompli AVEC fraude ou violence (criminel) (rapt de violence), SANS fraude ou violence (corr.) (rapt de séduction) et *Crim. 13 mai 1953, *Finali* extension de « sans » à l'absence de déplacement physique de l'enfant. OR cette hypothèse était prévue par l'art. 345 al. 4 ACP aux sanctions plus sévères (criminelles)
F : directrice d'une institution catholique s'était vue confiée deux enfants Juifs dont les parents étaient morts en déportation. Leur tante (Israël), a réclamé ces enfants et Dame Catho a refusé de lui les rendre.
- **Nouveau Code Pénal :** *art. 227-7 et art. 227-8 NCP

I – DETOURNEMENT PAR UN ASCENDANT

A – STRUCTURE

- **condition Préalable :** Qualité d'ascendant de l'auteur de l'infraction : le délit n'est concevable que de la part d'un parent (grands parents, personne. Investie de prérogatives de garde) légitime ou naturel
- **Elément matériel :** Soustraction de l'enfant mineur des mains de ceux qui exercent l'autorité parentale
 - la loi entérine, par une autre terminologie, la *Jp *Finali* CAR enfant soustrait tant pas un détournement qu'en ne le représentant pas. « soustraction » : même vocable que pour le vol
 - la loi condamne une autre Jp pour laquelle enlèvement et détournement peuvent constituer deux délits, l'un instantané, l'autre continu.
 - Lieu de soustraction : tout endroit toléré, appréciation vaste (école, domicile, centre de loisirs...)
 - Durée : pendant une nuit (ACP), aujourd'hui c'est trop MAIS critère de soustraction (ou non) à l'AP
 - Moyens utilisés : indifférence à la fraude et ou violence exercée sur l'enfant ou sur ses gardiens légitimes.
- **Elément moral :** dol, indifférence aux mobiles

B. REGIME

- **Peines :** 1 an + 15 000 € : faibles CAR indifférence avec/sans violence, art. 227-7 se suffit à lui-même, pas de cumul avec 224-1 CP
- **Circonstances aggravantes :** infirmité ou mort de l'enfant (224-2 joue) avec des Paliers d'aggravation
 - détenu > 5 jours sans informer le titulaire des droits ou retenu hors du territoire de la République : 3 ans + 45 000 € depuis *Loi du 4 mars 2002
 - auteur déchi de l'AP : 3 ans + 45 000 € (*227-10 CP)
- **Tentative punissable**

II - DETOURNEMENT PAR UNE AUTRE PERSONNE

A – STRUCTURE

- **Condition Préalable :** tout autre personne d'un ascendant *art. 227-8 CP
- **Elément matériel :** soustraction des mains de ceux qui exercent l'AP / chez qui le mineur était confié, soustraction sans fraude ni violence nécessairement.
- **Elément moral :** dol général. Pas d'exigence que le coupable se soit proposé d'abuser / séduire sa victime, erreur du l'âge personne impunissable

B – REGIME

- **5 ans + 75 000 €**
- **Tentative punissable**
- **Prescription :** Apd cessation de l'état de soustraction de l'enfant (*Crim. 29 fév. 2000)
- **Art. 356 al. 2 ACP** ⇔ mineur adulte qui épouse son ravisseur
 - Annulation du mariage pour condamner le coupable
 - Plainte préalable des personnes ayant qualité pour demander l'annulation du mariage, condition de recevabilité de l'action publique.

- **Art. 345 al. 4 ACP* : réclusion criminelle (5 à 10 ans) ceux qui étant chargé d'un enfant, ne le représentaient point aux personnes qui ont le droit de le réclamer : **non représentation d'enfant volontairement confié**; texte court-circuité par ** Jp Finali* au profit de l'*art. 356 ACP* ⇔ Phénomène de correctionnalisation judiciaire
- **Art. 357 ACP* : 1 an + 30 000 F : **Non représentation d'enfant en violation d'une décision de justice**
- **Art. 227-5 NCP* : **Fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer** → Libellé plus vague, mélange des deux hypothèses de l'ACP en prenant le relais surtout de l'*art. 357 ACP*

I – STRUCTURE A – CONDITION PREALABLE

- **Décision de justice ⇔ à la garde de l'enfant :**
 - Sanction de l'inobservation de toute décision relative au droit de visite / garde
 - En pratique : Celui des parents qui retient l'enfant au mépris du droit de garde attribué à l'autre OU attributaire du droit de garde qui retient l'enfant au mépris du droit de visite
 - Domaine : décisions ⇔ garde de l'enfant, droit de visite, déchéance de l'AP, mauvais traitement exercée sur les enfants, attribution de la garde au père naturel ou une personne autre que ses parents légitimes
 - Nature : provisoire – définitive – mesure de sûreté (**ORD. 1945*)
 - Contre exemples : ORD. REF mettant fin à la situation irrégulière créée par l'un des parents, jugement arrêté sur la situation de l'enfant, validité de délibération CDF
- **Décision exécutoire provisoire ou définitive**
 - Caractère exécutoire de droit ⇔ ORD de non conciliation rendue au début d'une instance en divorce nonobstant appel ou opposition OU convention judiciairement homologuée SI DCM
- *Arrêt Laboube* : discernement du mineur
- *Arrêt Josserand* : garde confiée au sourd-muet, Mme invoque l'erreur de droit jugée surmontable !
 - Décisions au fond par TGI/CA : immédiatement exécutoire SSI juge ordonne spécialement exécution provisoire
 - Mesures de garde prises au début d'une procédure de divorce = valeur non exécutoire SI jugement non exécutoire DONC mesure de garde exécutoire SSI jugement définitif et non frappé d'appel ou d'opposition ou de pourvoi en cassation
 - RJp : Mesures ⇔ garde de l'enfant immédiatement exécutoire sans que le jugement qui les prononce n'ait besoin de le préciser CAR caractère urgent. **Crim. 8 mai 1975*
 - Connaissance de la décision par celui qui doit la respecter :
 - Notification
 - Présence à l'audience
 - Exercice d'une voie de recours **Crim. 23 juin 1999*
 - Décision valide et effective
- **Hypothèse de l'inexécution de la décision exécutoire**
 - Inexécution de la décision demeure délictueuse SSI existait au moment des faits
 - Constitution du délit non affecté par événement postérieur : annulation ultérieure du mariage, transfert de garde d'un époux à l'autre, réconciliation sans suite judiciaire

B – ELEMENT MATERIEL	• Fait de refuser de représenter le mineur à ceux en droit de le réclamer : Obstacle mis à l'exercice du droit d'autrui . Ex. : enlèvement à la sortie de l'école, retrait d'un centre d'éducation... • Fait de ne pas déployer tous les efforts personnels nécessaires pour l'exercice normal du droit d'autrui : <u>commission par omission</u> Résistance du mineur inopérante
C – ELEMENT MORAL	• Dol spécial, volonté de se soustraire à l'injonction judiciaire au-delà du comportement <i>*Crim. 18 déc. 2002</i> : stratagème mis en place mère/grand-mère/ « enfant malade » soupçon d'atteinte sexuelle, mère relaxée (mère à l'étranger)

II - REGIME

A – REPRESSION	• 1000 condamnations par an • 1 an + 15 000 € • Tentative non punissable	• Complicité punissable • Infraction instantanée • plainte préalable de la victime facultative
B – JUSTIFICATION	C – LOCALISATION	
• Résistance de l'enfant : ineffectivité du moyen de déf • Ado de 15/16 ans, attitude brutale et immorale du titulaire de garde : nervosité, Gds-parents Algérie, prison	• Lieu de la remise du mineur déterminé dans décision • Domicile de la personne en droit de réclamer l'enfant • Remise à l'étranger à un étranger impunissable en Fce!	

III – INCRIMINATION COMPLEMENTAIRE **art. 227-6 NCP / *art. 356-1 ACP*

- Déplacement du domicile du gardien de ce celui de l'enfant sans avertir le titulaire du droit de garde
- Généralisation regrettée en doctrine → **Loi 16 juill. 1996* inclus le divorce

PARTIE 2 : LA PROTECTION DE L' EXISTENCE MATERIELLE DE LA FAMILLE

CHAPITRE 1^{er} : L'ABANDON PHYSIQUE D'ENFANT

① DELAISSEMENT DU MINEUR

I – ANCIEN CODE PENAL

- ***art. 349 à 353 ACP Fuite devant les obligations qui résultent de la garde de l'enfant.** Victime = enfant ou incapable hors d'état de manifester sa volonté
- **Elément matériel :** exposition OU délaissement
 - Exposition : Déposer, dans un lieu autre que celui où il se trouve normalement et où il trouvera aide et protection, en vue de se soustraire à l'obligation de prendre soin de cet enfant.
 - Délaissement : Suite de l'exposition, abandon de l'enfant seul sans se préoccuper de savoir s'il sera recueilli dans un délai +/- bref.
- **Elément moral :** intention coupable
- **Répression :**
 - Abandon par une personne quelconque dans un lieu non solitaire : 1 an + 15 000 F
 - Abandon par une personne ayant autorité dans un lieu non solitaire : 2 ans + 15 000 F
 - Lieu solitaire : 3 ans + 15 000 F
 - Par une personne ayant autorité : 5 ans + 20 000 F

II – NOUVEAU CODE PENAL

- ***art. 224-1 NCP : Mineur de 15 ans**
 - Elément matériel : délaissement en un lieu quelconque
 - Elément moral : intention implicite
 - Peines : 7 ans + 100 000 €
 - Fait justificatif : santé et sécurité du mineur garanties par les circonstances du délaissement
 - Circ. Aggravantes : mutilation, IP (20) / mort(30)
- ***art. 223-3 NCPC : Mineur de 15 à 18 ans**
 - Elément matériel : Délaissement d'une personne non en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique
 - Peines : 5 ans + 75 000 €, peines complémentaires, circonstances aggravantes

② PROVOCATION A L'ABANDON

I – ANCIEN CODE PENAL

- *** art. 353-1 ACP** punit de 6 mois + 20 000 F : 3 faits unis par la même finalité
 - but unique : pourvoir au marché de l'adoption en cherchant à se procurer auprès de parents disposés à se prêter à ce trafic les enfants qui seront proposés à des personnes désireuses de devenir adoptants.
 - 1° & 2° faits : tout personne qui dans un esprit de lucre provoque des parents ou l'un d'eux à abandonner leur enfant né ou à naître + apporter ou tente d'apporter son entreprise pour faire recueillir ou adopter un enfant.
 - *Continuité d'une même action* : crainte que celui qui provoque à l'abandon soit celui qui apportent aux adoptants désireux moyennant argent
 - *Provocation à l'abandon punissable qu'elle ait manqué ou non à son effet* : mobile spécial d'appât du gain → exclusion de la provocation à ne pas avorter pour que l'enfant à naître soit adopté !
 - 3° fait : tout personne qui fait ou tente de faire souscrire par les parents un acte par lequel il s'engage à abandonner leur enfant à naître, ou qui détient fait ou tente de faire usage d'un tel acte.
 - *Décisions irréfléchies d'abandon valables qu'7 naissance évitées*
 - *Pression des tiers sur les parents rétractés évitée*
 - *Esprit de lucre non exigé*

II – NOUVEAU CODE PENAL

- ***art. 227-12 NCP** dans section « atteintes à la filiation » → ☹ Doctrine : non infraction c/ état civil + ***Loi 22 juill. 1994, Respect du corps humain**
- **Structure :**
 - Enfants conçu : enfants [né ou à naître]
 - *Provocation à l'abandon d'enfant* : acte réalisé à l'égard d'un ou deux parents, provocation directe punie SI
 - avec but de lucre : perspective d'un trafic
 - pressions sur les parents par dons, promesses, menaces, abus d'autorité pour qu'ils procèdent à l'abandon
 - *Entremise entre un ou deux parents désireux d'abandonner l'enfant et un candidat à l'adoption* : but de lucre nécessaire pour répression CAR principe de l'adoption = aucun contact direct entre famille d'origine / adoptive.
 - Enfants à concevoir : Fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et la femme qui accepte de le porter et de leur remettre
- **Régime**

	Provocation	entremise
- Peines	6 mois + 7500 €	1 an + 15 000 €
- Tentative	Oui	Non

- RPPM
- CA : but de lucre + habitude

CHAPITRE 2 : L'ABANDON MORAL ET EDUCATIF DE L'ENFANT

I – ANCIEN CODE PENAL

- **art. 357-1 ACP* : **3 délits** punis d'1 an + 20 000 F
 - 1° : Abandon du foyer par un des parents en présence d'enfant mineur
 - 2° : Abandon du foyer par le père alors qu'il sait sa femme enceinte
 - 3° : Abandon moral = inconduite grave des parents méconnaissant le devoir d'éducation qui leur incombe
- **Commentaires :**
 - 1^{er} + 2° : incrimination non d'un seul oubli des obligations pécuniaires (quoi que l'abandon de foyer se double généralement d'un abandon alimentaire) : reproche de désertion foyer, conjoint et enfants fuyant ses engagements.
 - 3° : coupable est demeuré au foyer MAIS ne satisfait pas les obligations d'éducation

II – NOUVEAU CODE PENAL

- **art. 227-17 NCP* : Fait par le père ou la mère légitime, naturel ou adoptif de se soustraire sans motif légitime à ses obligations légales au point de compromettre gravement la santé, la sécurité et la moralité ou l'éducation de son enfant mineur

① ABANDON MORAL

I – STRUCTURE

A – CONDITIONS PREALABLES

- **Disparition de l'exigence d'une résidence familiale effective** requise quand on reprochait au coupable de l'avoir quittée.
- **Nécessité de lien de filiation** subsiste : délit commis que par père ou la mère à l'exclusion de toute autre personne (grand-père etc...)
- **Incrimination dans une famille naturelle ?**
 - *Crim. 28 mars 1984* : non
 - *art. 227-17 NCP* : oui
- **Père et mère** : indifférence au divorce ou séparation de corps

B – ELEMENT MATERIEL

- **Inexécution des obligations d'ordre moral ou matériel découlant de l'autorité parentale ou de la tutelle légale des père et mère**
- **Indifférence à l'antérieure déchéance de l'AP** par le prévenu ou **déserte du foyer**.
 - Comportement : rester au foyer tout en se soustrayant à des devoirs (inexécution partielle des obligations)
 - Comportement doit avoir pour effet de compromettre la sécurité, santé, éducation, moralité...
- **Exemples**

OUI : infraction	NON : relaxe
<i>*Crim. 11 juill. 1994</i> : secte indienne	<i>*Crim. 17 oct. 2001</i> : 10 jours à 6 ans en Inde - ivrognerie - adultère au W

C – ELEMENT MORAL

- **Infraction intentionnelle** : abandon volontaire et non simple imprudence
 - *Crim. 21 oct. 1998* : père laisse des photos porno dans la chambre, la fille les découvre (non)
- **Motif légitime justifiant l'infraction** :
 - nécessité de trouver un W dans une autre ville
 - mauvais traitements de la part de sa femme
 - vie en commun moralement impossible
 - incarcération du prévenu ne cessant d'habiter avant/après : OUI (motif légitime) => NON (0 infr°)
 - antipathie du prévenu pour sa belle-mère
 - inconduite à l'appui d'une demande en divorce : NON (motif légitime) => OUI (infr°)

II – REGIME

A – FOND

- **2 ans + 30 000 €**
- **Abandon moral → déchéance de l'AP**
- **RPPM**

B – FORME

- **Deux règles de procédure sous l'ACP** :
 - plainte du conjoint SI mariage
 - Action MP si divorce + interpellation + PV + 8 jrs pour se conformer aux obl° alimentaires SINON nullité

SYNTHESE DES DOCUMENTS PERSONNELS

I – STATUT PERSONNEL ET GENETIQUE

- **Intérêt supérieur de l'enfant, de l'admission des effets d'une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation ?** Marie Lamarche *A propos de CA Paris, 25 oct. 2007* ** 01 **
 - Effet direct de la CIDE en droit français admis Civ. 18 mai 2005 : art. 3-1 « ISE, considération primordiale »
 - Effet dévastateur de l'ISE : règle (date de naissance de l'enfant) ou critère d'application d'une règle, ISE intègre le paysage français du droit de la famille, étendard du droit des enfants → superflue une partie des I° (fam.+ F°)
 - CA Paris 25 oct. 2007 : effet à CMP passée Outre Atlantique CAR conformité EC FR/AMQ au nom de l'ISE DONC Tourisme procréatif a un effet sur le lien de filiation, risque d'écarter la filiation incestueuse de l'interdit
 - Appréciation in concreto : variable selon situations / juges / enfants / moments
 - Pourquoi pas opposition au nom de l'ISE au divorce de ses parents ou filiations de ses frères et sœurs ?
- **Maternités de substitution, filiation et état civil. Panorama européen** F. Granet-Lambrechts ** 02 **
 - PMA permet de surmonter causes d'infertilité et à de fonder une famille sur la base d'un projet parental : ☺ couple ou femme seule en Belg. , PBas, Grèce, Suède donc aussi couple homosexuel, et post mortem admis ☹ don de sperme et d'ovocyte par All, Autriche, Suisse, Dk, Nrvg, Turquie
 - CMP : *mater semper certa est* partout en € (sauf It), accouchement sous X interdit sauf It, Fce, Lux, CMP admise en GB et Grèce
 - Prohibitions CMP et incidence sur la filiation :
 - o Nullité All, Autriche, Es, PBas, Suisse, France (le + précis, art. 16-7, 227-12 CP 1 an + 15 000 €)
 - o CMP en France : révélation de suspicion par adoption de l'épouse / concubine du père qui a reconnu l'enfant = illicite + détournement d'institution
 - Licéité et encadrement légal : *Surrogacy Arrangements Act, 1985* modifié par Loi 1^{er} nov. 1990, Grèce 19 déc. 2002
- **Filiation et génétique, deux poids et deux mesures ?** P. Murat, ** 03 **
 - Rapprochement entre Projet de loi sur la maîtrise de l'immigration / revendications des couples de même sexe.
 - Notion de congé de paternité → congé d'accueil du jeune enfant ouvert au concubin, partenaire.... (Pdt Halde)
 - Effet ciseau de la filiation : volonté individuelle (essor des parentés d'intention / biologie où lien de filiation est le duplicata du lien biologique grâce aux tests ADN) => ☹ vérification par la biologie du lien de filiation (Loi du 20 nov. 2007) + automaticité du lien de filiation avec la personne qui ne l'a pas procréée (homo)
- **Prénom de l'enfant et nom de la concubine homosexuelle : Chronique d'un détournement refusé**, Marie Lamarche, ** 04 ** *A propos de TGI Bordeaux, 20 mars 2008*
 - Reconnaissances juridique de familles homo : lien juridique de filiation OU autorité parentale (DAP)
 - Enfant né après insémination artificielle a donné le nom de sa concubine en 2° prénom pour qu'il y ait apparence d'homoparenté MAIS refus TGI car méconnaît ISE et droits des tiers à voir protéger leur nom de famille DONC 0 allusion à OP ou impossibilité d'établir une filiation d'un enfant d'un couple homosexuel
 - Pas d'appel mais la mère envisage de faire une DAP !
- **Acte d'enfant sans vie**, P. Murat *A propos de Cass. Civ. 1^{ère} 6 fév. 2008* ** 05 **
 - Absence de personnalité juridique CAR 0 certificat médical possible pour démontré que l'enfant est né vivant ou viable MAIS individualisation de l'enfant selon art. 467-2 de l'IGEC et mention sur le livret de famille
 - Refus de lien juridique de filiation : selon IGEC, logique compassionnelle, état civil = répertoire des personnes juridiques seulement potentielles, clé de l'accès à l'individualisation minimale, expression du deuil périnatal* « l'acte de naissance n'est pas une pierre tombale » (J Hauser)
 - Art. 79-1 al. 2 = enfant viable mais mort-né / vivant mais non viable / ni vivant ni viable donc AESV. La CA Nîmes = « espoir raisonnable de vie autonome présentée par le fœtus » Cass. censure « AESV non subordonné au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse »
 - ESV et IVG : singularité du fœtus jamais niée, complémentarité ☺

II – AUTORITE PARENTALE ET FILIATION

- **Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants**, A. Gouttenoire ** 06 **
Promotion des droits et intérêts supérieurs de l'enfant : droit d'être informé et de participer aux procédures judiciaires, expression de son opinion, participation effective à la procédure
- **Délai de rétractation de la mère « accouchée sous X », CEDH 10 janv. 2008** ** 07 **
 - accouchement sous X en France d'une Irlandaise demande la restitution de l'enfant après délai de 2 mois
 - accouchement anonyme absence de reconnaissance volontaire DONC mère non juridique DONC pas de consentement à l'adoption mais n'a pas à consentir donc pas de preuve de vice du consentement
 - Enfant pupille de l'Etat à titre provisoire puis définitif (L224-4 CASF), délai ramené à 2 mois CAR volonté de faire bénéficier à l'enfant de relations affectives stables rapidement
 - Accouchement en France car refus droit irlandais, accompagné d'un avocat, information juridique avant l'accouchement, longs entretiens avec les services sociaux, infirmière + médecin parlaient anglais DONC interprètes, notice avec délai et condition d'abandon ou de restitution de l'enfant = information suffisante !
- **Indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant naturel : La Cour de cassation prend la vitesse de l'ordonnance** P. MURAT *A propos de Civ. 1^{ère} 14 fév. 2006* **08**
 - F : Dm nationalité française (art. 8 C. Civ.) car père (Algérie Française) et mère Israélite (D. 24 oct. 1870)
CA : pas de filiation maternelle car pas de reconnaissance ni possession d'état ou mariage des parents
Cass. : mère désignée dans l'acte de naissance donc filiation établie.
 - Indication du nom de la mère dans l'acte de naissance même sans PE = filiation maternelle
RJp car jusque là jurisprudence classique (notamment Civ. 1^{ère} 14 juin 2005) ne donne aucun effet aux mentions de l'acte de naissance sur l'établissement de la filiation maternelle non corroborées par la possession d'état.
 - Discrimination des enfants naturelle (art. 8 + 14 Cedh) car # entre art. 319 et 337 DONC lissage du droit que l'enfant soit né avant ou après l'ordonnance du 4 juillet 2005 EEV le 1^{er} juillet 2006.
 - Eviter les appétits successoraux (dispositions transitoires) car indication du nom de la mère dans l'acte d'état civil de l'enfant abandonné pour autant jamais adopté !
- **La résidence alternée en droit international privé** A. DEVERS **09**
 - Résidence alternée, modalité d'exercice commun de l'AP de parents séparés rares en Europe : France, Belg, Es
 - Fixation de la résidence alternée :
 - o Bruxelles II Bis (juges compétent) / Conv de La Haye 5 oct 1961 – 19 oct. 1996 à venir (loi)
 - o Modification de la résidence alternée : intra-étatique (BIIB résidence habituelle, 1070 CPC sinon les 2) / transfrontière (alternance de la résidence ou double résidence ☺)
- **Le partage de l'autorité parentale après la séparation du couple de même sexe** P. MURAT *A propos de TGI Lille 18 déc. 2007* **10**
 - Qqsoit circonstance de la naissance : exercice conjoint de l'AP
 - Discrimination d'exclure un enfant du partage de l'AP voulu par la mère et son ancienne amie
 - Cass. 24 fév. 2006 : DAP au sein du couple homosexuel admis
 - Familles homosexuelles et familles hétérosexuelles ont les mêmes problèmes : statut du tiers !

III – HOMOPARENTE / HOMOPARENTALITE

• **Promotion de l'engagement parental du père** **11**

- Conquête de l'égalité conjugale, Voir Cours F. Granet
- Père donne un bain à son bébé = identité paternelle a une place croissante dans l'identité masculine et le père voit un accomplissement de soi dans l'enfant DONC Exit père « pourvoyeur » place au père aimant, disponible et proche de ses enfants
- Enfant confié à la mère dans 85,5% des cas.

• **Vers la reconnaissance de l'homoparentalité ?** J. Sainte-Rose **12** A propos de civ. 1^{ère} 24 fév. 2006

- Assouplissement des la DAP qui excluait les couples homosexuels :
 - o Homosexualité non d'actualité lors de la loi du 4 mars 2002 (377 s.) ; réponse aux recompositions familiales et volonté de donner un statut du « beau parent » ; dérogation à l'indisponibilité des droits
 - o DAP au tiers = rôle parental, quasi substitut d'adoption
- Renonciation à tout contrôle : conditions DAP strictes : circonstances l'exigent, transfert de l'AP doit être indispensable dans l'ISE
- Conséquence de Jp 24 fév 2006 :
 - o Entre OP et volonté individuelle, contournement de la législation sur la PMA concerne tous les couples ne voulant pas procréer de façon « classique »
 - o Cass. AP 31 mai 1991 : prohibition des conventions de mères porteuses MAIS peut-on faire produire des effets juridiques malgré un processus illégal ? NON pour Cass. (Civ. 1^{ère} 9 déc. 2003), l'adoption subséquente doit disparaître CAR détournement et contournement d'institution.
 - o Appréciation d'une partie de l'opération en principe indivisible MAIS divisibilité de la filiation existait en 1972, adoption entre concubins (regard porté sur l'adopté et non sur la relation des parents) DONC délégation d'AP peut être appréciée en dehors des circonstances de conception de l'enfant.
 - o Divisibilité de l'exercice de l'AP consacré par la Cour de cassation le 24 fév. 2006 (parenté / éducation) Conséquences
 - adoption plénière du conjoint d'un couple hétéro après CMP non condamnable tout comme DAP d'un couple homosexuel CAR il n'est en rien moins grave de déléguer l'AP que de créer un lien de filiation
 - refus d'adoption simple pour détournement d'institution s'évanouit
 - refus d'adoption pour contourner l'interdiction de filiation incestueuse
 - o Feindre ignorer l'opération à la base de la délégation (ce qui signifie que l'on distingue procréation et parenté ou parenté et éducation) = détournement d'institution et interdiction de PMA disparaissent !

• **Homoparentalité, protection de l'enfant** C. Méary **13**

- Famille métamorphosée en 4 décénies : déconnexion entre sexualité / procréation, engouement pour l'adoption
- Protection juridique d'un enfant né ou élevé par deux personnes de même sexe
 - o Adoption simple : juxtaposition avec le lien de filiation d'origine, parent d'origine renonce à l'exercice de l'AP. MAIS refus d'adoption simple par le beau parent de même sexe (CA Riom 27 juin 2006) CAR contraire à l'intérêt de l'enfant. (transfert de l'AP du parent d'origine vers le nouveau)
 - ⊗ décision judiciaire tribunaire du juge, Jugement du Roi Salomon, méconnaissances des parents homosexuels
 - o Délégation volontaire d'AP : n'inscrit pas l'enfant dans la généalogie. DAP au profit d'un concubin de même sexe admise (Cass. 24 fév. 2006 et 5 mai 2006)

• **Repenser politiquement le droit de la famille, l'exemple de l'homosexualité** J. Commaille **14**

Dissociation procréation / sexualité (couple conjugal / couple parental), au-delà de la différence de sexe. Label « vie familiale »

• **Réception de l'homoparentalité en droit européen** **15** Anne Péliissier

- Tolérance mesurée à la protection organisée de l'homosexualité : droit d'un individu protection de choix sexuels comme religieux MAIS sur le terrain de la famille, bousculements...
- Conservation, respect du lien biologique = Salgueiro Da Silva, PMA MAIS lien sociologique (XYZ c/ RU, 24 fév. 2006 DAP au sein d'un couple homosexuel
- Création du lien : adoption rejet (Fretté, EB car adoption a pour but d'offrir une famille à un enfant et non un enfant à une personne qui en réclame). CEDH hostile jusqu'à quand ?

IV – LA PLACE DES GRANDS PARENTS

- **Un beau parent peut en cacher un autre, A. Gouttenoire** **17**
 - Beau-parentalité = situation familiale où il existe une relation de sang entre un adulte et un enfant d'une part, et d'autre part une relation de couple impliquant une vie commune entre deux adultes.
 - 3° adulte : parent d'addition ou de substitution
- **La place des grands-parents, Le droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses grands-parents, A.G.** **18**
 - Droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants : 371-4 = tous ascendants y compris le mari de la grand-mère (Cass. 18 janv. 2007) via administrateur ad hoc pour l'enfant, MP pour les grands parents MAIS dm accueillie (CA Paris 2 mars 2005)
 - L'intérêt de l'enfant, limite le droit des grands parents : visites contraire à l'intérêt de l'enfant suffisant
- **Substitution des grands parents aux parents, Marie Lamarche** ** 19**
 - Grands parents de substitution, suppléants légaux car parents des parents : consentement au mariage d'un mineur, obligation alimentaire, donation
 - Substitution renouvelée : mesure d'assistance éducative, CPC si inf° pénale, DAP, adoption
- **JAF, parents et grands parents, aspects procéduraux,** Laurent Gebler **20**
 - Saisine JAF SSI : droit de visite refusé par un parent (371-4) , résidence de l'enfant (373-3), DAP (377)
- **Responsabilité des grands parents du fait de leurs petits enfants** **21**
 - Rejet de 1384 al. 4 : systématique SAUF adoption intrafamiliale
 - Eventuelle application : grands parents gardiens occasionnels (non, Cass. 18 sept 96), gardiens permanents (oui mais ☹ Cass. 5 juillet 2001), pouvoirs de garde d'origine légale ou judiciaire (Tiers ☺ !)
 - Art. 1382 : faute de surveillance
- **Grands parents et prestations familiales ?** **22**
 - Enfant à charge : art. 513-1 CSS : personne qui assume la charge effective et permanente = notion de fait DONC droit de visite sans incidence MAIS résidence habituelle oui (CE 11 juill 1988 Albi c/ Malaterre)
 - Substitution de fait : incapacité des parents, incarcération, impécuniosité, parents aux USA, déclaration sur l'honneur
 - Substitution de droit : art. 373-3, 377
 - Conditions particulières : liées aux pensions alimentaires (en ce soir voir API)
- **Droit de visite des grands parents en DIP : Bruxelles II Bis** **23**
- **Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel** HF **24**
 - Mariage à Bègles ou une révolution juridique manquée !
 - Explicite :
 - o *Ubi lex non distinguit* : la différence de sexe n'apparaît pas dans le code civil.
 - o « Droit d'établir les détails de son identité d'être humain » : Goodwin (11 juill 2002à,
 - Implicite :
 - o Fermer le mariage aux homo = discrimination MAIS CEDH « différence de traitement manquant de justification objective et raisonnable entre individus placés dans une situation analogue »
 - o Admettre mariage homo = découpler mariage et procréation
 - o *Juris prudentia* Cass. 13 mars 2007

• **Le prix de la filiation ou le prix du bonheur ?** Marie Lamarche **25**

- Affaire Donna : gestation pour autrui avec sperme du futur père : 8000 € en Belgique MAIS 15 000 € aux Pays Bas DONC Mme feint une fausse couche => juridiction Neerlandaise favorable au lien de filiation avec parents adoptifs

- Affaire Mennesson, CA Paris 25 oct 2007 : intérêt de l'enfant a guidé la décision du juge
- Soit intérêt de l'enfant de pouvoir se développer dans une famille qui l'élève depuis sa naissance et l'entoure d'affection, bonheur des parents, prix du bonheur / filiation biologique doit prévaloir

- Affaire Donna : somme reçue par la mère porteuse prévaut (« Donna, vendue par Internet, restera aux parents les plus offrants »)

- Réflexion sur la légalisation des CMP : considérations subjectives jusque là MAIS Groupe de W présidé par Michèle André

- Légalisation dans + en + de pays DONC couples FR vont à l'étranger et reviennent en Frce OR Pb d'état civil
- Interdiction de toute rémunération MAIS indemnisation des frais doit pouvoir aboutir
- Pbs ensuite des légalisations des CMP # selon les pays, Pb du DIP !

• **A propos de la maternité pour autrui,** Aude Mirkovic

- CA Paris, 25 oct. 2007 : débat sur la maternité pour autrui relancé MAIS condamnation par Jp (Cass. Ass. 31 mai 1991) et par la loi (art. 16-7 C. Civ. et 227-12 CP) ET *Que faire des enfants nés de mère de substitution ?*

- Gestation pour autrui (embryon constitué avec les gamètes du couple demandeur transférées dans l'utérus de la gestatrice) # mère porteuse (insémination de la mère porteuse avec le sperme de l'homme du couple demandeur) : enfant génétiquement du couple ou du mari seulement

- Prohibition de la maternité protectrice des femmes : nouvelle forme d'exploitation

➤ Légalisation de la maternité de substitution SI élément décisif = consentement de la gestatrice « pour exclure toute forme d'instrumentalisation, degré le plus bas de l'aliénation humaine, et de protéger la vraie générosité, forme la plus haute de liberté » MAIS lien argent ne peut être nié CAR femmes aisées non intéressées (sauf famille)

➤ Prise en charge des frais et dédommagement illusoire CAR : CMP à titre gratuit mais « cadeau » possible (et dans le contrat)

➤ Interdiction de la rémunération = illusion CAR solidarité féminine ☺, protocole médical lourd

➤ Gratuité ☺ : pressions de la famille si stérilité (cf. don d'organe), femme « outil de fabrique de l'enfant » pour le livre a des tierces personnes MAIS risques physiques et psychiques (« services gestationnels », maternité classique = base de la responsabilité, dissociation du somatique et du psychique), contraire financière (15 000 \$ refus car handicapé mais enfant du mari !)

- Protection des enfants : intérêt de l'enfant

➤ Pratique à part entière, « pas comme les autres » : place de l'enfant au sein de sa famille, rôle fondamental de l'aspect biologique OR conception hors engendrement = difficulté psychologique DONC recours PMS SSI procréation naturelle impossible.

➤ Remise de l'enfant au couple commanditaire : conception = gestation, naissance, remise

➤ Lien enfant / mère porteuse : deuil / schizophrénie

➤ Adoption # : accueil par parent ni conçu ni porté. Offrir une famille à un enfant qui n'en a pas/plus et non pas pourvoir le couple du droit à l'enfant ou d'un enfant !

➤ Intérêt de l'enfant = maintien de la prohibition

o Filiation paternelle : contestation de la paternité du mari de la mère porteuse PUIS reconnaissance par le père commanditaire

o Filiation maternelle : mater semper certa est DONC filiation % femme commanditaire = admettre effet d'une CMP. Adoption ☺ Car détournement d'institution !

o Comment organiser ? (statut du tiers ?)

▪ Partage de l'exercice de l'AP

▪ Organisation par le juge

▪ Adoption simple de l'enfant devenu majeur

o Conflits de mères : femme gestatrice veut garder l'enfant ? quel intérêt de l'enfant ? l'enfant porte le litige.

- o Régularisation auj de l'enfant né d'une mère porteuse CAR intérêt de l'enfant CAR état civil MAIS conformité de sa génération 'nest-elle pas préférable ?
- o Intérêt in concreto..OR loi in abstracto !
- o Justice Fr devant le fait accompli : prendre acte des décisions étrangères CAR ISE MAIS c/ OP ?

• **Absence d'effets successoraux en France du mariage homosexuel d'un Français aux Pays-Bas** E. Fongaro

- Mariage homosexuel admis dans de nombreux pays y compris pour les étrangers dont la loi nationale n'autorise pas le mariage homosexuel. *Quels effets de telles unions en France lorsqu'elles concernent un français ?*
- Invalidité du mariage homosexuel
 - Successions = lois du domicile du défunt (meubles) / lieu de situation (lex rei sitae) pr immeubles
 - Conditions de forme des unions homosexuelles = lex loci celebrationis / fond : loi personnelle de chq époux
 - 2 époux de même nationalité = validité du mariage % loi personnelle de chaque époux (RM 26/07/05) DONC loi nationale admet MH, MH valable MAIS si loi nationale prohibe, mariage nul (c'est le cas de 2FR a l'étranger)
 - 2 époux de nationalité # : application distributive (loi de chaque époux, solution préconisée par Réponse ministérielle du 26/07/05) ou cumulative (loi la plus sévère des deux). OR en matière de # de sexe, application cumulative seulement possible ! = sens de la réponse ministérielle du 24/01/08.
- Inopposabilité du mariage homosexuel
 - Mariage d'un français aux Pays Bas : non reconnu en France, art. 171-5 (loi 14 nov 2006) empeche transcription de l'acte sur les registres FR, inopposabilité aux tiers en France.
 - Loi 14 nov 2006, contrôle de la validité des mariages :certificat de capacité de mariage délivré par le consulat du lieu de célébration, indices sérieux quant à la validité du mariage etc..
 - Célébration à l'étranger MAIS transcription précédée par audition des époux, nullité possible par MP
 - CA Bordeaux, 19 avr 2005 : nullité du mariage célébré à Bègles (sur art. 75), Cass. 13 mars 2007 = mariage homme + femme (# de sexe implicite)