

QUESTIONNAIRE RÉLATIF AU THÈME N°1 : VULNÉRABILITÉ ET APTITUDE

RAPPORT ESPAGNOL

Cristina Guilarte Martín-Calero
Professeur
Université de Valladolid
Espagne

MAJEUR INAPTE

Articles 171 Cc et arts.216 et suivants du Code civil (Cc).

Articles 756 et suivants de la Loi de procédure civile (LEC)

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21053>)

Convention de New York relative aux droits des personnes handicapées 6 novembre 2006 (CNY).

1. Les divers régimes de protection

-Décrivez brièvement les divers régimes de protection du majeur notamment sous l'angle de l'administration de ses biens.

En 1981, lors de la réforme de l'autorité parentale, le législateur a introduit (art.171 Cc) l'autorité parentale prolongée (en arrivant la majorité, l'enfant continue à être soumis à l'autorité parentale au motif du handicap) et l'autorité parentale réhabilitée, lors de l'ouverture d'une mesure de protection d'un enfant majeur célibataire qui vit avec ses parents).

Les régimes de protection en droit espagnol ont été réformés par la loi de 1983, introduisant un nouveau système organisé sur une pluralité de régimes (art.215 Cc); la tutelle ¹(représentation légale), la curatelle ² (assistance), le défenseur judiciaire (représentation légale ou assistance provisoire aux motifs prévus par la loi³) et la garde de fait ⁴. Il faut tenir compte que l'application directe de la Convention de New York relative aux droits de personnes handicapées a motivé une jurisprudence de la Cour de Cassation

¹ Art.222 et suivants Cc

² Art.286 et suivants Cc

³ Art. 299 et suivants Cc

⁴ Des régions espagnoles qui ont législation civil spécial (Aragón, Catalogne, Navarre) présentent quelques particularités, notamment la Catalogne qui ajoute l'assistance (asistencia), comme une sorte de mesure qui n'atteint pas la capacité des personnes, le procurant une protection non contraignante (art.226 Cccat).

espagnole, déclarant la préférence pour la curatelle comme système de protection des personnes vulnérables (plus conforme à la CNY) ⁵.

En 2003, on introduit le mandat de protection et le patrimoine protégé des personnes handicapés (patrimoine séparé destiné à satisfaire les besoins d'une personne handicapée et soumis à un régime d'administration et contrôle spécifiques). Il s'agit d'un régime patrimonial applicable aux personnes atteintes d'un handicap physique, intellectuel, mental ou sensoriel, visant, sur tout, à octroyer des avantages fiscaux.

-Quelles sont les valeurs qui sous-tendent les mécanismes juridiques de protection des majeurs inaptes? Mesures de protection dans le respect de la personne? Respect de l'autonomie résiduaire? Droit à l'autodétermination?

Même si le législateur lors de la réforme de 1983 a insisté sur la nécessité de protéger la personne, face au vieux système qui ne s'intéressait qu'au patrimoine, les normes du Code civil sont loin d'encadrer une protection personnelle, se limitant à signaler que l'exercice des fonctions de protection se fera en intérêt de la personne et dans son bénéfice. Nous n'avons pas de règles générales, comme en droit français ou en droit belge, concernant la dignité, le respect des droits fondamentaux, l'autonomie et la prévalence des choix et de préférences de la personne vulnérable.

Les grandes lignes de la réforme se reposaient sur les principes de proportionnalité (la protection sur mesure), de pluralité de systèmes de protection (tutelle, curatelle, défenseur judiciaire et la garde de fait) et de contrôle judiciaire de la protection (juge et Ministère Public), face à l'ancien encadrement qui ne connaissait que la tutelle contrôlée par le Conseil de Famille et qui rendait la même protection (incapacité totale et absolue) à toutes les personnes vulnérables, sans distinction.

Les juges ont appliqué ces règles, leur permettant de faire une protection sur mesure, d'une façon uniforme, déclarant les personnes incapables totalement inaptes pour régir leur personne et leurs biens. Il n'y avait de la place ni pour l'autonomie ni pour la capacité résiduelle. La déclaration d'incapacité représentait, selon la jurisprudence actuelle, la mort civile des personnes protégées. C'est le principe dit de précaution (plus de protection, meilleur protection). Cette pratique s'est étendue jusqu'à l'entrée en vigueur de la

⁵ En Espagne, après l'adhésion de la CNY, il y a eu un grand débat concernant l'adéquation des règles internes aux principes du texte internationale (le respect de la dignité intrinsèque, de l'autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix, et de l'indépendance des personnes) ; en particulier, si le système de protection des majeurs vulnérables (qui parle encore d'incapacité et qui privilégie la tutelle et la représentation légale) est conforme à l'article 12 CNY, Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Ce débat est arrivé à la Cour de Cassation et, récemment, à la Cour constitutionnelle, en matière de droit de vote (art.29 CNY), Participation à la vie politique et à la vie publique. La Cour de Cassation, déclarant les principes de l'autonomie personnelle et la proportionnalité comme les piliers de la protection des personnes majeurs, réinterprète le système légal du Code civil à la lumière de la CNY ; la nouvelle jurisprudence, bien que timide pour les associations du handicap, permet, en attendant la réforme, d'appliquer la loi, qui date de 1983, aux besoins actuels. Cet évolution, encore inachevée, n'a pas été facile ; d'une part, il faut tenir compte que les familles aperçoivent la procédure comme une agression (s'il agit des jeunes souffrant de troubles mentaux ou de handicap intellectuel) ou comme un mal nécessaire (s'il agit des personnes âgées) et pour cela cette protection devient, en Espagne, la dernière ratio, une mesure non désirée vulnérant la dignité de personnes mais nécessaire, vues les exigences du trafic juridique. Et d'autre part, il a fallu détruire la croyance des juges de fond (plus de protection, meilleur protection) qui déterminait, en la pratique, la mise sous tutelle et la représentation légale pour tous les actes de la vie civile dans la plupart des cas, même si le Code civil préconise un système à différents degrés, dans le but d'instaurer des mesures qui soient proportionnelles et reflètent la situation de l'intéressé. Vid.GUILARTE, « La Cour de Cassation espagnole et la Convention de New York relative aux droits des personnes handicapées : un nouveau paradigme », Droit de la Famille, Lexis Nexis, n°3, 2017, Dossier, p.44 et suivants

Convention de New York, déterminant d'une nouvelle application judiciaire imposée par la Cour de Cassation (vid. note n°5).

Le droit à l'autodétermination est reconnu lors de la réforme 2003, introduisant le mandat de protection (art.1732 Cc) et la possibilité de choisir la personne chargée de la protection, tout en fixant des règles et des contrôles spécifiques (art.223.2 Cc).

-Les régimes de protection visent-ils à protéger autant sinon plus la personne que ses biens ou mettent-ils l'emphase sur la protection du patrimoine de l'inapte au détriment de sa personne?

Les règles du Code civil centrent la protection plutôt dans le patrimoine au détriment de la personne⁶.

-Par soucis du respect de la dignité de la personne, votre droit protège-t-il certains biens du patrimoine de l'inapte qui ont un caractère personnel et qui ont une signification «sentimentale» pour lui?

Non

-L'ouverture d'un régime de protection passe-t-il obligatoirement par la voie judiciaire ou peut-il être mise en place autrement?

En droit espagnol la voie judiciaire est le moyen d'assurer le respect des droits fondamentaux ; il s'agit d'une lourde procédure (contradictoire) avec des garanties procédurales incontournables (certificat médical, examen personnel par le juge de la personne vulnérable et audience des proches) visant à protéger la personne concernée (art.759 LEC), dont la manqué détermine la nullité de la procédure. L'article 200 Cc déclare que nulle personne ne peut être déclarée incapable que par une décision judiciaire (arrêt).

2. Les inaptitudes partielles

-Quelle place laisse votre droit à la capacité résiduelle? De quelle façon les inaptitudes partielles sont-elles traitées dans votre droit?

-Votre droit permet-il de moduler la teneur des régimes et de créer un régime de protection sur mesure?

D'abord il faut préciser que, en Droit espagnol, le juge doit déterminer si la protection adéquate exige un régime de représentation ou d'assistance (art.760 LEC). Comme je l'ai déjà expliqué, avant les juges choisissaient la représentation pour tous les actes de la vie civile (personnels et patrimoniaux), donc la tutelle était le régime naturel, pas de place pour la capacité résiduelle.

Aujourd'hui la Cour de Cassation insiste sur le fait que la curatelle, permettant la personne protégée d'agir accompagnée par le curateur, est conforme à la CNY et doit, donc, être mise en avant ; après, la Cour de Cassation demande aux juges de fond de vérifier la capacité résiduelle et de dessiner un vêtement sur mesure, c'est-à-dire, de fixer les actes que la personne doit accomplir assistée par son curateur, étant capable pour les autres. Alors, d'abord régime d'assistance (si possible) et après le vêtement sur mesure (ne protéger que là où il existe nécessité) ; c'est possible, bien-sûr, combiner assistance et

⁶ Par exemple, les actes soumis au contrôle du juge (autorisation) ce sont, la plupart, des actes patrimoniaux (administration et disposition de biens) art.271 n°2-10 et seulement le n°1 concerne la personne (internement).

représentation si la protection de la personne le demande ; imposer l'assistance ou la représentation pour un type d'acte (disposition), pour un domaine précise (la santé)... Le juge est libre de créer la protection, il n'est limité que par la preuve pratiquée... ce vêtement sur mesure peut être contrôlé par la Cour de Cassation qui vérifie le régime adopté (assistance ou représentation) et la liste d'actes soumis à tel régime.

-Une personne partiellement inapte peut-elle faire une libéralité (testament, donation)? Dans votre droit, laisse-t-on une certaine capacité juridique aux personnes inaptes?

En droit espagnol, le testament (art.665 Cc), le mariage (art.56 Cc) et la reconnaissance d'un enfant (art.121 Cc) sont des actes, se régissant par des propres règles. Il y a un contrôle ad hoc qui vérifie la capacité pour accomplir l'acte au moment précis. Les juges (mariage et reconnaissance) ou les notaires (testament) sont chargés d'apprécier la capacité.

La Cour de Cassation déclare que ces actes-ci ne peuvent pas être inclus sur la liste des actes atteints par le régime de représentation ou d'assistance (STS 8 novembre 2017). Récemment la Cour de cassation a validé le testament rédigé par une jeune handicapée intellectuelle (STS 146/2018, 15 mars 2018) et le mariage célébré par un homme atteint de la maladie d'alzheimer (STS 145/2018, 15 mars 2018).

3. Régimes de protection : intervention publique ou privée

-Dans votre droit, le législateur favorise-t-il la prise en charge de l'inapte par la famille (un régime de protection privé) ou par l'état?

Le législateur favorise la prise en charge par la famille et, à défaut de famille, intervient l'Etat (art.239 bis Cc). L'article 234 Cc liste les personnes qui doivent prendre en charge la fonction de protection : conjoint, concubin, parents, ascendants, descendants... Aussi la loi envisage la prolongation et la réhabilitation de l'autorité parentale plus souple que la tutelle (art.171 Cc).

La loi caractérise la fonction de protection comme en devoir des familles (art.216.2 Cc), même si la loi prévoit les excuses qui pourront fournir les proches pour éviter prendre en charge la personne vulnérable (en raison de l'âge, maladie, affaires personnels ou professionnels ou n'importe quelle cause qui rend la charge trop lourde (art.251 Cc).

S'il n'y a pas de proches qui peuvent prendre en charge la fonction de protection, l'organisme de l'Etat chargé de la protection des vulnérables s'en occupe de la tutelle ou la curatelle des majeurs (à l'image de la protection des enfants).

-Si votre droit favorise l'ouverture d'un régime de protection privé, quelles mesures prend-t-il pour encourager les proches à s'investir auprès d'une personne inapte? Ces mesures suffisent-elles à inciter les proches à prendre en charge l'inapte?

Aucune.

-Quels sont les mécanismes qui visent à assurer la protection du patrimoine de l'inapte? Le tuteur ou le curateur a-t-il des sûretés à fournir ou a-t-il d'autres obligations à remplir afin de s'assurer qu'il accomplira sa tâche loyalement et que le patrimoine de l'inapte sera protégé?

Le juge peut exiger des sûretés à fournir par le tuteur, déterminant la modalité et le *quantum* (art.260 Cc); ainsi, il pourra suspendre les sûretés fournies à n'importe quel moment et pour n'importe quelle cause (art.261 Cc). L'État, par contre, si prend en charge la tutelle de la personne vulnérable, ne sera pas obligé de fournir telles sûretés. Dans la pratique, les sûretés ne sont pas accordées si le tuteur est un proche.

Le tuteur doit faire un inventaire (art.262 Cc) et les biens meubles d'une valeur extraordinaire pourront être déposés à l'ordre du juge (art.265 Cc).

-Jugez-vous que ces obligations sont trop contraignantes ou au contraire insuffisantes pour protéger adéquatement le patrimoine de l'inapte? Font-elles obstacle à l'implication des curateurs ou tuteurs privés? Incitent-elles les familles à se désintéresser de prendre en charge un parent inapte?

Les garanties prévues en Droit espagnol ne sont pas très contraignantes car le juge peut en décider librement et tenir compte des circonstances du cas échéant. Dans la pratique les sûretés ne sont pas exigées au cercle familial et l'inventaire c'est une mesure adéquate quand il s'agit de gérer le patrimoine des tiers. Les familles, en général, se plaignent plus de la reddition annuelle de compte que des garanties adoptées à fin de garantir l'accomplissement de la tâche de protection.

4. Mandat de protection ⁷

-Dans votre droit y a-t-il des mécanismes conventionnels qui permettent d'éviter l'ouverture d'un régime de protection lorsqu'une personne devient inapte? Une personne apte peut-elle prévoir les modalités de la gestion de ses biens si elle devient inapte?

Oui

-Si tel est le cas, décrivez brièvement ces mécanismes.

En Droit espagnol, lors de la réforme 2003, on a introduit, un petit paragraphe dans l'article 1732 (extinction du mandat ordinaire), qui fait exception aux règles générales de l'extinction du mandat ordinaire :

-le mandat ordinaire donné antérieurement continue de produire des effets juridiques s'il a été ainsi décidé par le mandant.

-le mandat, dit de protection, qui commence lors de l'incapacité survenue du mandant.

Le droit catalan, par contre, encadre le mandat de protection dans les règles générales des régimes de protection et stipule que le mandant pourra établir le moment de la mise en œuvre et un organisme de fiscalisation de l'activité du mandataire (art.222-2 Cccat).

-Comment sont-ils mis-en-œuvre?

⁷ Vid.AMUNÁTEGUI, Incapacitación y Mandato, La Ley, 2010.

Dans le droit espagnol, il n'y a pas de règles encadrant le régime du mandat de protection ; c'est le mandant qui décide le moment où le mandat commence à produire ces effets ; décision que, bien-sûr, ne pourra pas être repoussé au moment même d'être devenu incapable. Les auteurs, à fin de remplir cette lacune, proposent que le mandant déclare que le mandat commencera : *selon l'avis du Notaire, sur la base des certificats médicaux ou selon l'avis des proches...*

-Comment prennent-ils fin?

Le juge peut décider la fin du mandat de protection lors de l'ouverture de la mesure de protection ou plus tard. Les règles générales permettent de mettre fin au mandat à n'importe quel moment. Les auteurs proposent de le maintenir si possible au même temps que l'on adopte d'autres mesures (tuteur de la personne, les règles du droit matrimonial...) à fin de parfaire la protection.

-L'intervention du tribunal est-elle nécessaire?

Non.

-Mesures de contrôle. Si de tels mécanismes existent dans votre droit, quelles sont les mesures mises en place pour assurer une protection du patrimoine? Sûreté? Inventaire? Reddition de compte? Surveillance par un organisme externe (ex. Curateur public?) Ces mécanismes sont-ils suffisants pour assurer la bonne exécution du mandat et la protection des intérêts de l'incapable?

Comme j'ai déjà dit, l'encadrement du mandat de protection en droit espagnol, se limitant à admettre l'institution dans le cadre du mandat ordinaire, n'établit pas de mécanismes de contrôle ; ce sera le mandant qui devra adopter les mesures adéquates de contrôle et surveillance, octroyant même la possibilité de mettre fin au mandat, parmi les facultés de l'organisme de contrôle.

-Le tribunal peut-il réviser le mandat de protection? Peut-il en modifier le contenu pour assujettir le mandataire à d'autres obligations?

En droit espagnol, le mandat de protection est encadré dans le mandat ordinaire et non dans les régimes de protection⁸, donc il sera réglé par l'autonomie de la volonté et, à défaut, par les règles générales du mandat ordinaire du Code civil (arts.1714 y ss). Le juge ne peut ni le réviser ni le modifier. Le juge peut uniquement déclarer son extinction.

-Dans quelles circonstances, le mandataire (ou autre représentant selon votre droit) peut-il être destitué? Y a-t-il d'autres sanctions si le mandataire (ou le représentant) n'exécute pas correctement ses fonctions?

Par l'application des règles générales du mandat ordinaire, on pourra mettre fin au mandat de protection si le mandataire n'exécute pas correctement le mandat, ne respecte pas les instructions du mandant, ne se comporte pas avec la diligence d'un bon père de famille, il ne fait pas la reddition de comptes... Le mandataire sera jugé plus sérieusement si le mandat est onéreux (arts.1718 y ss Cc).

Il existe la possibilité d'indemniser les dommages et intérêts conséquent de l'inexécution du mandat (art.1718 Cc).

⁸ En Catalogne, le mandat est encadré dans les règles générales des régimes de protection dont l'ouverture est interdite s'il existe un mandat de protection future (art.222-2 Cc).

S'il existe un abus du mandataire (exercice à sa faveur), il est possible d'utiliser la voie pénale.

N'importe quelle personne peut communiquer au juge l'inexécution du mandat et le besoin de protection de la personne du mandant (art.216 Cc et 158.6° Cc).

-Inaptitude partielle. Dans la mise-en œuvre de ces mécanismes fait-on prévaloir l'autonomie de la volonté ou la capacité résiduelle? Le mandat de protection a-t-il préséance sur l'ouverture d'un régime de protection? Si le mandant a accordé « pleins pouvoirs » à son mandataire, fait-on prévaloir l'autonomie de la volonté du mandant lors de la rédaction du mandat ou écartera-t-on le mandat au profit de l'ouverture d'un régime de protection qui laisse une place à la capacité résiduelle de l'inapte? Le tribunal peut-il restreindre la portée du mandat de protection et les pouvoirs du mandataire? Peut-il en moduler l'application?

-L'encadrement du mandat de protection est si insuffisant que l'on ne peut pas répondre aux questions posées catégoriquement. Entre autonomie de la volonté et capacité résiduelle, le mandat l'emporte. Même si le principe de nécessité n'est pas dans le Code civil, l'application directe de la CNY déclare que l'accompagnement ne sera mis en œuvre que si la protection se rend nécessaire, donc si l'autonomie du majeur a construit le système de protection, même s'il est plus contraignante qu'une mesure de protection, reconnaissant la capacité résiduelle, il doit être maintenu.

Si l'on applique les règles générales de la protection des majeurs on peut affirmer : Le juge a pleins pouvoirs pour protéger la personne vulnérable (art.216.2 Cc et art.158.6° Cc) : pourra ouvrir la mesure de protection si le mandat de protection n'arrive pas à remplir la protection précisée par le mandant, notamment concernant les aspects personnels. Il pourrait partager les fonctions entre le mandataire et le tuteur... Mais cela si la protection n'est pas assurée par le mandat.

Nous n'avons pas de jurisprudence relative au mandat de protection.

5. Les actes posés par l'inapte ou l'incapable

-Quelles sont les sanctions des actes posés par l'inapte ou le majeur protégé? Nullité relative ou nullité absolue?

Nullité relative

-L'acte peut-il être maintenu et les obligations réduites?

Non

-L'incapacité est-elle suffisante à elle seul pour remettre en cause un contrat ou doit-on dans certains cas également prouver la lésion? Cette lésion est-elle objective (disproportion importante des prestations) ou subjective (obligation estimée excessive eu égard à la situation patrimoniale de la personne, aux avantages qu'elle retire du contrat et à l'ensemble des circonstances)? Si l'acte

est attaqué pour lésion, l'inapte doit-il en plus prouver préjudice? Le mandant dont le mandat de protection a été mis-en-œuvre est-il un « majeur protégé »? Peut- il invoquer lésion?

En droit espagnol la nullité relative est la sanction prévue pour les actes posés par les mineurs et les majeurs protégés. L'incapacité est suffisante à provoquer l'annulation de l'acte et la lésion n'est pas exigée (art.1300 Cc)⁹. Même s'il s'agit d'un incapable de fait, la sanction est la même, mais la charge de la preuve appartient à l'incapable, régissant la présomption de capacité, tandis que la situation d'incapacité déclarée (sous régime de protection) ne requiert plus de preuve.

L'acte pourra être attaqué pour lésion s'il a été conclu par le tuteur et la lésion (objective) subie par le majeur vulnérable a été supérieure à un quart de la valeur des choses objet du contrat (art.1290.1 Cc).

6. Autres vulnérabilités

-Y a-t-il des mécanismes ou des règles juridiques qui visent à protéger les personnes vulnérables contre certaines formes d'exploitation ou d'abus hors du cadre des régimes de protection légaux ou conventionnels ? Ex : protection des personnes âgées ou handicapées contre l'exploitation, protection contre l'éviction des personnes âgées de 70 ans et plus (bail résidentiel), incapacité de recevoir par legs ou donations etc...? Quels sont les sanctions ou recours?

Non.

Les règles sont adoptées dans le cadre des régimes de protection, par exemple, l'article 221 Cc interdit les tuteurs ou curateurs de recevoir par legs ou donations avant la reddition de comptes ; sauf s'il s'agit de proches de la personne protégée (art.753 Cc).

La sanction prévue c'est la nullité absolue.

-Existe-t-il dans votre droit un mécanisme juridique qui permet de détenir des biens au bénéfice d'un inapte ou d'un incapable dans un cadre juridique autre que les règles des régimes de protection? Ex : fiducie dont l'inapte est bénéficiaire. Quels sont les avantages et les inconvénients de ces mécanismes?

Le patrimoine protégé des personnes handicapées¹⁰. Il s'agit d'une mesure qui vise à protéger les personnes handicapées dès l'angle patrimoniale, fournissant un régime fiscale avantageux aux contributions faites par les proches et les tiers au patrimoine protégé dont la titularité appartient à la personne handicapée. La finalité c'est de procurer les revenus nécessaires à satisfaire les besoins de la personne handicapée.

⁹ Explicitement le Code civil catalan choisit la nullité partielle comme la sanction adéquate aux actes faits sans respecter les formalités (art.222-46, 223-8 et 224-4 Cc).

¹⁰ Vid.DIAZ ALABART, S., La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad), Ibermutuamur, Madrid, 2004.

Les personnes handicapées qui peuvent être titulaires d'un patrimoine protégé sont :

- a) Les personnes ayant un handicap intellectuel (fixé au 33%).
- b) Les personnes ayant un grand handicap physique (fixé au 65 %).

C'est une autorité administrative qui est chargé d'agréeer le pourcentage exigé. S'il s'agit de handicap mental ou intellectuel la déclaration légale d'incapacité (aujourd'hui appelée modification légale de la capacité) vaut.

Le patrimoine protégé est formé par un ensemble des droits et des biens apportés par la personne handicapée, ses proches ou des tiers, visant à assurer la satisfaction des besoins vitaux de la personne titulaire du patrimoine ; cette masse de biens est séparée du patrimoine personnel de la personne handicapée et est-il géré par un administrateur qui est aussi le représentant légal de ce patrimoine séparé. Cet administrateur est obligé d'obtenir l'autorisation du juge pour les actes d'administration extraordinaire et de disposition concernant les biens du patrimoine protégé (comme le tuteur, art.271 Cc).

La création de ce patrimoine séparé doit se faire devant le notaire à la demande de la personne handicapée ayant capacité suffisante ou des parents ou des tuteurs/curateurs/gardien de fait si elle n'en a pas (art.3.1 LPP). Le tiers, prouvant un intérêt légitime, pourra aussi créer un patrimoine protégé (art.3.2 LPP).

La mort de la personne handicapée met fin au patrimoine protégé, s'intégrant ces droits et ces biens dans le patrimoine personnel de la personne handicapée (patrimoine héréditaire) ou retournant au patrimoine originaire si c'était ainsi prévu (art.6 LPP).

Ce mécanisme, strictement patrimonial, ne vise pas à protéger la personne handicapée (intellectuelle et mentale) qui devra obtenir l'accompagnement dans les régimes de protection traditionnels. Il s'agit donc d'une mesure patrimoniale qui assure des moyens économiques à la personne handicapée, donnant ainsi une réponse à la préoccupation des parents des enfants handicapées, craignant le futur de son enfant à l'arrivée du jour où ils ne seront plus là.

-Dans votre pays, les règles du droit matrimonial ou autres permettent-elles de contourner l'obligation d'ouvrir un régime de protection? Le conjoint (marié ou partenaire) peut-il gérer les biens de son conjoint si ce dernier devient inapte sans recourir à l'ouverture d'un régime de protection?

Il existe la possibilité de contourner l'ouverture d'un régime de protection dans le régime de communauté (sociedad legal de gananciales) ; si l'un des époux est dans l'impossibilité de consentir, le juge, à la demande de l'autre époux, pourra transférer l'administration et disposition de bien communs (art.1388 Cc). Cette mesure ne concerne que les biens communs, donc c'est possible, existant des biens privés, que l'ouverture de la mesure de protection s'impose.

Si l'ouverture de la mesure de protection, s'impose et le régime adoptée c'est la tutelle, le conjoint tuteur devient le seul administrateur et représentant légal du patrimoine commun par ministère de la loi (art.1387 Cc).

MINORITÉ

Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor de 15 de enero de 1996

<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

-Quel est l'âge de la majorité?

18 ans (article 12 Constitution Espagnole et art.315 Cc).

-La capacité juridique s'acquière-elle progressivement, graduellement?

Oui.

L'article 1263.1 Cc permet aux mineurs non émancipés consentir sur les biens et services de la vie courant, appropriés à son âge et de conformité avec les règles sociales (réformé en 2015). La réalisation d'autres actes spécifiques est permise au mineur, si les conditions d'âge ou discernement sont remplies.

-Cette acquisition graduellement réfère-t-elle à des critères objectifs (ex : 14 ans, 16 ans ou un événement précis tel le mariage) ou à des critères subjectifs (qui dépendent du degré de discernement)?

Selon le type d'acte, la capacité réfère à des critères objectifs ou subjectifs.

- a) Critères objectifs : l'âge (12 ans : consentir l'adoption ¹¹ et l'accueil familial ¹² ; être écouté dans les affaires le concernant¹³. 14 ans : testament notarié ¹⁴ ; 16 ans : faire la reconnaissance des enfants¹⁵, émancipation¹⁶. Cette émancipation est exigée pour conclure le mariage ¹⁷. L'enfant mineur de 14 ans peut exercer l'autorité parentale sur ses enfants (art.157 Cc).
- b) Critères subjectifs (degré de discernement) : si le mineur est âgé de moins de 12 ans, il sera écouté dans les affaires le concernant s'il a un degré de discernement suffisant (adoption, l'accueil familial, procédure de divorce et séparation des parents ¹⁸ ...).

-Quel est l'emprise du mineur sur son patrimoine? Le mineur peut-il dans certaines circonstances gérer son patrimoine? L'aliéner? Le donner? Tester?

La règle générale c'est l'existence d'une administration et d'une représentation légale qui correspond aux parents (autorité parentale) et, à défaut d'autorité parentale, au tuteur

¹¹ Art.177.1 Cc

¹² Art.173.2 Cc

¹³ Art.9 LOPJM

¹⁴ Art.663.1 Cc

¹⁵ Art.121 Cc

¹⁶ Arts.317, 319 et 320 Cc

¹⁷ Art.46.1 Cc

¹⁸ Art.92.6 Cc

(tutelle). La gestion du patrimoine des mineurs est encadrée par les règles de l'autorité parentale (art.162 et suivants Cc) et de la tutelle (art.270 et suivants Cc). Les actes de dispositions sont interdits aux mineurs, mais il peut tester (art.663.1 Cc).

Seulement l'émancipation donne au mineur une emprise sur son patrimoine. Il peut gérer son patrimoine mais pour les actes de disposition, il doit compter sur l'assistance de ses parents ou de son curateur (art.323 Cc).

Le mineur âgé de 16 ans peut administrer les biens acquis avec son travail ou industrie, mais le consentement de ses parents sera requis pour conclure des actes d'administration extraordinaire (art.164.3 Cc et art.222-42 Cccat).

-Comment protège-t-on les intérêts patrimoniaux du mineur?

Le législateur soumet les actes de disposition du représentant légal (parents ou tuteur) à l'autorisation du juge et au contrôle du Ministère Public (art.166 Cc et 273 Cc). La disposition doit être exigée par des raisons de nécessité et d'utilité (art.166.1 Cc).

Si la gestion patrimoniale des parents met en péril le patrimoine du mineur, le juge peut adopter n'importe quelle mesure, visant à protéger le patrimoine (exiger des sûretés, même désigner un administrateur (art.167 Cc). L'intervention judiciaire peut être demandée par le mineur même, le Ministère Public ou les proches.

Les parents répondent, moyennant le dol, des dommages et intérêts dérivés de la perte injustifiée des biens (art.169 Cc).

-La tutelle au mineur est-elle légale ou dative?

Le Code civil encadre la tutelle comme une mesure de protection des mineurs à défaut de l'autorité parentale. Le juge ouvre la tutelle et doit choisir un tuteur parmi les personnes listées à l'article 234 Cc (personne déterminée par les parents en testament, à défaut, les proches). Le juge est libre d'altérer l'ordre de l'article 234 Cc si l'intérêt de l'enfant l'exige (art.235 Cc).

-Les clauses testamentaires d'administration prolongée peuvent-elles permettre d'éviter l'intervention du tuteur au mineur pour gérer ses biens? D'autres mécanismes permettent-ils d'arriver aux mêmes fins? Ex. fiducie. Dans de tels cas, les intérêts patrimoniaux du mineur sont-ils adéquatement protégés?

L'article 227 Cc permet à toute personne, faisant un acte à titre gratuit (leg ou donation) à la faveur d'un mineur ou d'une personne protégée, encadrer l'administration et disposition des biens légués ou donnés, et même désigner un administrateur. Les fonctions non attribuées à l'administrateur correspondent au tuteur.

-Quelles sont les sanctions lorsqu'un acte est posé par un mineur qui n'a pas la capacité d'exercice? Le mineur doit-il prouver lésion pour obtenir l'annulation de l'acte? En est-il de même du mineur privé de discernement? Le mineur peut-il invoquer lésion si le tuteur a contracté en respectant les formalités ?

Même régime que pour les majeurs protégés ou incapables.

***Maxime infans conceptus.**

-Existe-t-il une protection des intérêts patrimoniaux de l'enfant conçu avant sa naissance?

Oui. L'article 29 Cc déclare que le *infans conceptus* se présume né pour tous les effets qui lui sont favorables, à condition de naître vivant, une fois séparé du lien maternel.

-Quel est l'impact des méthodes de procréation assistée? L'implantation post mortem est-elle permise? L'embryon conçu mais non implanté a-t-il des droits successoraux s'il naît vivant et viable?

La PMA post mortem est permise en Espagne.

La loi espagnole admet l'établissement de la filiation *post mortem* si le matériel reproducteur se trouve dans l'utérus quand le mari ou le conjoint meurt ; si ce n'est pas le cas, seulement si le mari (ou le conjoint) consente l'insémination post mortem ¹⁹ sera admis l'établissement de la filiation à son égard ²⁰ .

RESPONSABILITÉ civile (et non pénale)

En droit espagnol, la responsabilité pénale est réglée dans une loi spéciale, considérant responsable le mineur majeur de quatorze ans et mineur de dix-huit. Les parents ont une responsabilité directe, objective et solidaire qui peut être modéré par le juge pénal ²¹ .

-Dans votre droit, les personnes privées de discernement en raison de l'âge ou de leurs facultés mentales peuvent-elles être tenues responsables de leurs actes et des dommages causés à autrui?

Non.

Sur le plan civil, ce sont les représentants légaux qui sont tenus comme responsables de dommages causés à autrui (parents et tuteur), en raison de l'âge (mineurs de 18 ans) et en raison de son état mental (majeurs protégés) : art.1903 Cc

Sur le plan pénal, les majeurs de 18 ans privés de discernement, (art.120 CP) ne sont pas tenus responsables mais leurs parents ou tuteurs (alors sous régime de protection :

¹⁹ Jusqu'à 12 mois après le décès du mari ou partenaire (art.9 LTRHA); neuf mois et encore trois mois si le juge l'autorise (art.235-8 Cccat).

²⁰ Vid. Arrêt du Conseil d'Etat français 31 mai 2016 qui autorise à la veuve espagnole à récupérer les gamètes de son défunt époux en vue de procéder à une insémination artificielle en Espagne (pratique prohibée en France).

²¹ Article 61 LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad penal del menor.

autorité parentale prolongée ou tutelle).

-Quelle est la place de la faute dans votre système de responsabilité civile?

Le système est construit sur la faute ; la faute in educando et in vigilando. La Cour de Cassation est si exigeante que prouver l'actuation diligente est devenu une *probatio diabolica*. La responsabilité est presque objective, la faute est présumée et la charge de la preuve repose sur les représentants légaux.

-A quel âge considère-t-on qu'un enfant est « doué de raison »?

Sur le plan pénal, à partir de quatorze ans.

Sur le plan civil, à l'arrivée de la majorité (18 ans).

-Une personne privée de discernement qui ne peut être tenue responsable, peut-elle néanmoins être tenue à réparation pour le dommage causé ? Si tel est le cas, quel est le fondement de cette règle?

Non

-Si la personne privée de discernement ne peut être tenue responsable, les personnes qui en ont la garde peuvent-elles être tenues responsables du fait d'autrui?

Oui. Ce sont les parents qui ont la garde de l'enfant ou du majeur protégé (autorité parentale prolongée) ou le tuteur qui vit avec le mineur ou le majeur protégé (art.1903 Cc).

-Qui est responsable pour le mineur? Le parent qui en a la garde? Les deux parents quel que soit la situation?

La norme parle de « garde », alors la controverse se pose, lors de parents séparés ou divorcés. Les décisions en justice tranchent, soit les deux parents sont tenus responsables, soit le parent qui en a la garde au moment où l'acte est commis (même lors de visites).

Le parent déchu de l'autorité parentale peut-il être tenu responsable?

Non

Le parent peut-il s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve absence de faute dans la garde, l'éducation et la surveillance de l'enfant mineur?

Sur le plan théorique (art.1903.VI Cc), oui les parents pourront prouver l'absence de faute (garde, éducation et surveillance exquises), mais, dans la pratique, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Cassation entrave énormément cette libération. La faute est présumée, aux parents de prouver une diligence que, presque jamais, sera acceptée telle quelle.

Y a-t-il d'autres causes d'exonération possibles pour le parent?

Non

-Le représentant d'un majeur peut-il être tenu responsable des actes du majeur protégé? Si oui, quelles sont les limites de sa responsabilité?

Oui, le représentant est tenu responsable à condition de vivre avec le majeur protégé (art.1903 Cc).

-Comment votre droit traite-t-il la situation du majeur non doué de raison mais qui n'est pas sous un régime de protection? Peut-il être tenu responsable de ses actes? Qu'en est-il de la responsabilité du mandataire?

Il n'y pas de norme qui règle cette situation. Les auteurs proposent des solutions à fin de réparer les préjudices causés à la victime : tenir responsable aux proches qui s'en occupent du majeur (garde de fait) ou tenir responsable aux proches à qui correspondait demander l'ouverture du régime de protection (art.229 Cc) ; il n'y a pas de consensus sur cette question.

Rien n'est prévu pour le mandataire.