|  |
| --- |
| UNIVERSITE DE BORDEAUXFaculté de droit |
| ***DROIT DES REGIMES MATRIMONIAUX*** |
| **Master I DROIT**  **Semestre I 2021-2022**    **Chargés de travaux dirigés** : Monsieur Julien Barinkhoo (groupes 10 et 11) ; Monsieur Quentin Prim (groupes 4, 5 et 6). |

## THEME n° 4

**Les mesures de crise**

**Séance n° 4**

**Discussion :**

- Quels sont, selon vous, les critères à retenir pour conseiller à un époux, dont le conjoint ne peut exprimer sa volonté, d’aller vers un placement sous tutelle, plutôt que d’utiliser les articles 217 et 219 ou de demander l’ouverture d’une habilitation familiale ?

- Comment est assurée la protection d’un époux contre les violences de son conjoint ? Quelles sont les insuffisances de cette protection ?

- Quelles sont, selon vous, les faiblesses de l’article 220-1 C. civ. ?

**Exercices :**

*- Veuillez résoudre le cas pratique suivant*

Gérard Manvupire a de graves soucis. Il vient d’apprendre que sa mère, âgée de 82 ans, est atteinte de la maladie d’Alzheimer à un stage encore précoce. Toutefois, le médecin pense que l’altération de ses facultés sera rapide. Les parents de Gérard sont mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts depuis 54 ans et son père est manifestement compétent pour gérer les affaires du couple. Gérard se demande comment il sera possible de gérer les affaires de sa mère lorsque cette dernière ne sera plus apte à le faire elle-même. Sa mère est titulaire d’un compte bancaire ouvert à son nom et d’un compte joint avec son mari. Elle possède divers portefeuilles de valeurs mobilières. Elle est propriétaire, en propre, de la maison dans laquelle vit le couple. Ce dernier a également acquis, pendant le mariage, une maison de campagne près de Périgueux. Il sera sans doute nécessaire de vendre leur résidence principale pour acheter un appartement plus adapté. Pour la maison de campagne, on verra plus tard.

Mais les ennuis de Gérard ne s’arrêtent pas là. Son épouse, Marie, s’adonne à la boisson depuis quelques mois et a déjà causé plusieurs accrochages avec sa voiture. Gérante et associée d’une clinique réputée, elle a commencé à vendre une partie de ses parts pour payer des voyages à son amant. Elle envisage d’ailleurs d’acquérir prochainement un voilier pour ce dernier. Gérard est d’autant plus inquiet que sans le salaire et les revenus de son épouse, il aura du mal à payer l’emprunt de la maison qui abrite le couple et les mensualités de la voiture. Sa femme refuse d’ailleurs, depuis plusieurs mois, de payer les frais de scolarité des enfants et Gérard craint qu’il ne soit obligé de payer l’achat d’un home vidéo réalisé par sa femme. Il apparaît que Marie ne vient plus que très épisodiquement à la clinique mettant ainsi en péril la gestion de cette entreprise.

Pour payer ses dettes, Marie refuse d’ailleurs de vendre une maison héritée de ses parents.

Enfin, il vous avoue que sa femme, sous l’emprise de l’alcool, se montre violente. Pour protéger ses enfants et lui-même, il se demande s’il ne serait pas opportun de changer de domicile.

- Dissertation :

Veuillez réaliser une introduction et un plan détaillés, au choix, sur l’un des deux sujets suivants :

* Sujet 1 : *Les pouvoirs du juge issus du régime primaire impératif.*
* Sujet 2 : *La correction, par le régime primaire impératif, du régime légal.*

**🡪Ingrid Maria, Droit de la famille, mars 2012, comm. 53**

## Quand le régime matrimonial suffit à la protection de l'époux

[Cass. 1re civ., 1er févr. 2012, n° 11-11.346, P+B+I](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R2%22,%22title%22:%22Cass.%201re%20civ.,%201er févr.%202012,%20n° 11-11.346,%20P+B+I%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent)

(...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Colmar, 22 novembre 2010), que M. François D. et Mme A., mariés le 13 octobre 1972 sous le régime de la communauté universelle de biens, ont eu un enfant, Emmanuel, né en 1974 ; que M. D. ayant été plongé dans un coma végétatif depuis le 15 août 2003 sans espoir d'amélioration, un jugement du 1er octobre 2004 a autorisé Mme D. à substituer son époux dans l'exercice de ses pouvoirs résultant du régime matrimonial ; que, par acte du 13 octobre 2009, M. Emmanuel D. a saisi le juge des tutelles afin que son père soit placé sous tutelle ;

Attendu que M. D., représenté par le tuteur nommé en première instance, fait grief à l'arrêt de dire n'y avoir lieu à mesure de protection à son égard, alors, selon le moyen :

*1°/ que la mesure de protection ne peut être ordonnée que lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par application des règles relatives aux droits et devoirs des époux et des règles des régimes matrimoniaux ; qu'en se bornant, pour ne pas décider d'une mesure de protection à l'égard de M. D., à retenir que les époux D. avaient opté pour le régime matrimonial de la communauté universelle et que, par jugement du 1er octobre 2004, le tribunal de grande instance de Saverne avait autorisé sa femme à le substituer dans l'exercice de ses pouvoirs résultant du régime matrimonial, sans préciser en quoi le choix du régime matrimonial des époux et l'autorisation donnée à Mme D. de substituer son époux dans l'exercice de ses pouvoirs étaient de nature à pourvoir suffisamment aux intérêts de ce dernier, ni même constater la capacité de sa femme à prendre en charge, de manière suffisante et effective, ses intérêts, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'[article 428 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R6%22,%22title%22:%22article 428%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22428%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent) ;*

*2°/ qu'en se bornant encore, pour refuser une mesure de protection au profit de M. D., à se fonder sur la circonstance que la condamnation de Mme D. à des dommages intérêts ne suffisait pas à établir qu'elle entendait dilapider les biens appartenant à la communauté, circonstance non susceptible d'établir que cette dernière pourvoyait aux intérêts de son mari par une gestion avisée, la cour d'appel a violé l'[article 428 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R7%22,%22title%22:%22article 428%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22428%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent) ;*

Mais attendu qu'après avoir exactement rappelé qu'en vertu de l'[article 428 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R8%22,%22title%22:%22article 428%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22428%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent), la mesure de protection ne peut être ordonnée que lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par application des règles relatives aux droits et devoirs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, la cour d'appel, constatant que les époux avaient opté, au moment de leur mariage, pour le régime de la communauté universelle, que Mme D. était depuis 2004 substituée à son époux dans l'exercice des pouvoirs résultant de ce régime et que les actes qui lui étaient reprochés n'établissaient pas un risque de dilapidation des biens communs, a pu en déduire qu'il n'y avait pas lieu de placer M. D. sous un régime de protection ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi (...).

## Note :

Comme chacun le sait la réforme du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs a placé deux principes en tête des dispositions communes aux mesures de protection judiciaires : le principe de nécessité et le principe de subsidiarité. En vertu de ceux-ci, une mesure de protection judiciaire ne peut être ouverte par le juge qu'en cas de nécessité, lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne concernée par l'application d'autres règles. L'article 428 évoque plus précisément quatre types de règles susceptibles de suffire à la protection d'une personne dont les facultés sont altérées : les règles du droit commun de la représentation, celles « *relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux* », celles résultant de la mise en place d'une mesure de protection judiciaire moins contraignante ou encore celles s'appliquant au mandat de protection future. Était en cause en l'espèce le deuxième cas à savoir la primauté ou la priorité des mesures matrimoniales de crise sur le système tutélaire (cette priorité était déjà connue avant la réforme mais se trouve renforcée par cette formalisation dans le Code civil mais aussi dans l'[article 1218 du Code de procédure civile](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R9%22,%22title%22:%22article 1218%20du%20Code%20de%20procédure%20civile%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221218%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent). – V., par exemple, *J. Massip, Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs : Defrénois, 2009, n° 267)*. L'arrêt rendu par la première chambre civile le 1er février dernier permet de mesurer concrètement la portée des principes de nécessité et de subsidiarité et l'intérêt d'ouvrir une mesure de protection judiciaire lorsque la personne vulnérable est mariée.

En l'espèce, une épouse avait été autorisée par jugement du 1er octobre 2004 à substituer son mari plongé dans un coma végétatif dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime de communauté universelle. Le fils unique du couple saisissait toutefois le juge des tutelles en octobre 2009 afin de voir placer son père sous tutelle. Il s'opposait à un refus des juges du fond qui estimaient n'y avoir pas lieu à mesure de protection. Le fils formait alors un pourvoi en cassation arguant de ce que les juges du fond auraient du préciser en quoi le choix du régime matrimonial des époux est de nature à pourvoir suffisamment aux intérêts de son père. Il soulignait aussi un risque de dilapidation des biens appartenant à la communauté. Aucun de ces arguments n'emporte cependant la conviction des juges de cassation qui estiment que la cour d'appel pouvait déduire l'inutilité d'un placement sous protection de l'autorisation de substitution de l'épouse dans les pouvoirs de son mari et de l'absence du risque de dilapidation des biens communs.

La solution nous paraît justifiée au regard de la formulation de l'[article 428 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R11%22,%22title%22:%22article 428%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22428%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent) et de son association à l'[article 1218 du Code de procédure civile](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R12%22,%22title%22:%22article 1218%20du%20Code%20de%20procédure%20civile%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221218%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent). En effet, il ne semble pas que le législateur ait soumis la primauté des règles du régime matrimonial sur l'ouverture d'un régime de protection à l'exigence d'une preuve de la suffisance de ces règles pour protéger la personne concernée. À lire l'[article 428 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R13%22,%22title%22:%22article 428%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22428%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent), on comprend que ces règles du régime matrimonial sont présumées suffire à protéger le conjoint vulnérable. C'est au demandeur à prouver qu'« *il ne peut pas être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne* » par l'application de ces règles. Le confirme l'[article 1218 du Code de procédure civile](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R14%22,%22title%22:%22article 1218%20du%20Code%20de%20procédure%20civile%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221218%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent) qui impose que la requête comporte, sous peine d'être déclarée irrecevable, « *l'énoncé des faits qui appellent cette protection au regard de l'article 428* ». Or, en l'espèce, le fils qui sollicitait l'ouverture d'une mesure de protection pour son père ne rapportait nullement cette preuve se contentant de reprocher aux juges du fond de ne pas avoir précisé en quoi le choix du régime matrimonial des époux et l'autorisation judiciaire donnée à sa mère « étaient de nature à pourvoir suffisamment aux intérêts de ce dernier ». Ce faisant, le demandeur inversait, en quelque sorte, la charge de la preuve. Il pensait pouvoir se décharger de ce fardeau sur les juges mais les Hauts magistrats ne s'y trompent légitimement pas. Mais était-il seulement possible de rapporter la preuve de l'insuffisance des règles matrimoniales en place ? On peut fortement en douter dès lors que l'épouse avait obtenu d'un juge une substitution générale et non limitée dans le temps dans les pouvoirs du conjoint (probablement sur le fondement de l'[article 1426 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22article 1426%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221426%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent)) et que le mari était plongé dans un coma végétatif depuis plusieurs années sans espoir d'amélioration. Seule sans doute la preuve de l'impossibilité de faire confiance à l'épouse aurait permis de remettre en cause cette substitution générale mais cette preuve n'est pas considérée comme rapportée en l'espèce (on peut tout de même s'interroger sur la condamnation de l'épouse à payer des dommages et intérêts mentionnée dans le pourvoi). La solution retenue s'imposait donc. Elle ne doit pas pour autant signifier que tout époux dont les facultés sont altérées ne peut se voir placé sous un régime de protection dès lors qu'une des mesures de crise prévues par le régime matrimonial existe (en ce sens, *J. Massip, op. cit. n° 267, p. 227)*. Ainsi, par exemple, si une autorisation judiciaire est simplement donnée sur le fondement de l'[article 217 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R16%22,%22title%22:%22article 217%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22217%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent), elle sera sans doute trop parcellaire pour espérer suffire à pourvoir à tous les intérêts de l'époux vulnérable. Il en est de même si la représentation n'est autorisée que pour certains actes sur le fondement de l'[article 219 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R17%22,%22title%22:%22article 219%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22219%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent). Il n'est par ailleurs pas exclu que les magistrats préfèrent parfois ne délivrer une telle habilitation que pour certains actes particuliers plutôt que d'accorder un pouvoir de représentation général. C'est ainsi que récemment, la cour d'appel de Versailles *([CA Versailles, 1re ch., 2e section, n° 11/03170, 20 sept. 2011](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R18%22,%22title%22:%22CA%20Versailles,%201re%20ch.,%202e%20section,%20n° 11/03170,%2020 sept.%202011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent) : [JurisData n° 2011-022058](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R19%22,%22title%22:%22JurisData%20n° 2011-022058%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent))* a préféré limiter l'habilitation délivrée sur le fondement de l'article 219 à une épouse mariée sous un régime de communauté légale à la vente de l'exploitation agricole commune qui était déficitaire et pour laquelle un acquéreur s'était présenté. En effet, l'habilitation générale demandée ne lui paraissait pas opportune au regard des dissensions familiales existantes (les enfants avaient demandé l'ouverture d'une mesure de tutelle). Enfin, et l'arrêt commenté l'illustre bien, même la mise en place de mesures de crise résultant de règles communautaires *([C. civ., art. 1426 ou 1429](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R20%22,%22title%22:%22C.%20civ.,%20art. 1426%20ou%201429%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221426%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent))* n'exclut pas totalement l'ouverture d'une mesure de protection. Cela sera possible si un risque de dilapidation du patrimoine de l'époux vulnérable est prouvé ou, plus généralement, s'il apparaît, pour une raison quelconque, qu'il est « impossible de faire confiance au conjoint soit qu'il ait besoin d'être conseillé dans la gestion du patrimoine de son époux, soit qu'il se révèle totalement inapte à celle-ci, soit même qu'il se désintéresse du sort de son époux malade ou cherche à faire fructifier ses intérêts propres aux dépens de ceux de l'incapable » *(J. Massip, loc. cit)*. Il sera également possible de passer outre cette priorité matrimoniale s'il est établi que la protection de la personne du majeur n'est pas assurée par les mesures communautaires (ce qui semblera toujours possible de souligner, ces mesures n'ayant qu'une vocation exclusivement patrimoniale, V. *A. Batteur, Les conditions d'ouverture des régimes de protection des majeurs : Dr. et patrimoine 2009, n° 180)*.

Les hypothèses d'ouverture d'un régime de protection judiciaire lorsque la personne concernée est mariée ne sont donc pas pure fiction. Mais le principe de subsidiarité demeure tout de même et explique que, si le juge décide de recourir à une mesure de protection judiciaire malgré les règles de protection des régimes matrimoniaux, la Cour de cassation se doit de contrôler la pertinence et la suffisance des motifs des juges du fond (sur la question, V. *J. Massip ss Cass. 1re civ., 20 déc. 2000. – [Cass. 1re civ., 30 mai 2000, n° 98-13.609](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R22%22,%22title%22:%22Cass.%201re%20civ.,%2030 mai%202000,%20n° 98-13.609%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent) : [Juris-Data n° 2000-002405](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R23%22,%22title%22:%22Juris-Data%20n° 2000-002405%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent) ; [JCP G 2001, II, 10529](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview1_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R24%22,%22title%22:%22JCP%20G%202001,%20II,%2010529%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-372757_0KTM%22%7d" \t "_parent), obs. Th. Fossier. – Cass. 1re civ., 22 mai 1972 : Bull. civ. 1972, I, n° 94)*. Le but fondamental du législateur d'éviter une ouverture trop fréquente de telles mesures est ainsi sauvegardé. L'arrêt rendu par la première chambre civile le 1er février dernier paraît donc parfaitement conforme à la lettre à et l'esprit de la réforme de 2007.

🡪 Cass. civ. 1ère, 9 novembre 1981

VU L'ARTICLE 219, ALINEA 1ER, DU CODE CIVIL ; ATTENDU QUE CE TEXTE EST APPLICABLE, MEME SI LE CONJOINT DONT LA REPRESENTATION EST DEMANDEE AURAIT PU, EN RAISON DE SON ETAT, ETRE PLACE SOUS LE REGIME DE LA TUTELLE ; ATTENDU, SELON LES ENONCIATIONS DES JUGES DU FOND, QUE M. MAURICE Z..., NEE EN 1890, A, EN 1934, EPOUSE EN SECONDES NOCES, SOUS LE REGIME DE LA SEPARATION DE BIENS, MME LUCIE Y... ; QU'EN 1975, MME A..., DONT LE MARI, ALORS AGEE DE 85 ANS, ETAIT HORS D'ETAT DE MANIFESTER SA VOLONTE, EN RAISON DE L'ALTERATION DE SES FACULTES MENTALES, A SOLLICITE DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE, SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 219 DU CODE CIVIL, L'AUTORISATION DE REPRESENTER SON EPOUX B... PROCEDER A LA VENTE D'UN IMMEUBLE, DIT "L'HERMITAGE" , APPARTENANT A CELUI-CI ; QUE CETTE HABILITATION LUI A ETE ACCORDEE PAR JUGEMENT DU 18 SEPTEMBRE 1975, ET QUE, PAR ACTE NOTARIE DU 14 OCTOBRE 1975, L'IMMEUBLE DONT IL S'AGIT A ETE VENDU AUX EPOUX X... ; QUE M. MAURICE Z..., PETIT-FILS DE M. MAURICE Z..., APPELE A LA SUCCESSION DE CELUI-CI PAR REPRESENTATION DE SON PERE, ISSU DE PREMIER MARIAGE DU DEFUNT, A FRAPPE DE TIERCE OPPOSITION LE JUGEMENT PRECITE DU 18 SEPTEMBRE 1975, QUI AVAIT AUTORISE LA VENTE ;

ATTENDU QUE, POUR ACCUEILLIR CETTE TIERCE OPPOSITION, ANNULER LA VENTE ET ORDONNER L'EXPULSION DES EPOUX X..., L'ARRET INFIRMATIF ATTAQUE RETIENT QUE L'ARTICLE 219 DU CODE CIVIL ETAIT INAPPLICABLE EN LA CAUSE, AU MOTIF QUE L'ARTICLE 498 DU MEME CODE "EN LIMITE D'APPLICATION, EN CAS D'ALTERATION DES FACULTES MENTALES, AUX SITUATIONS DANS LESQUELLES IL PERMET DE POURVOIR SUFFISAMMENT AUX INTERETS DE LA PERSONNE PROTEGEE" , CE QUI N'ETAIT PAS LE CAS EN L'ESPECE, DE SORTE QU'IL N'Y A MEME PAS LIEU DE RECHERCHER SI LA VENTE LITIGIEUSE AVAIT OU NON, ETE NECESSAIRE ET CONFORME AUX INTERETS DE FEU MAURICE Z... ; ATTENDU QU'EN SE DETERMINANT COMME ELLE L'A FAIT, ALORS QUE L'ARTICLE 498 - DESTINE SEULEMENT, EN CAS D'EXISTENCE D'UN CONJOINT, A EVITER, DANS LA MESURE DU POSSIBLE, L'OUVERTURE D'UNE TUTELLE - NE LIMITE PAS, EN DROIT, LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 219, DONT LES DISPOSITIONS SONT GENERALES, LA COUR D'APPEL, QUI ETAIT AU SURPLUS INCOMPETENTE POUR APPRECIER SI MAURICE Z... AURAIT DU ETRE PLACE SOUS LE REGIME DE LA TUTELLE, A VIOLE LE TEXTE SUSVISE ;

PAR CES MOTIFS, ET SANS QU'IL SOIT BESOIN DE STATUER SUR LES TROIS AUTRES BRANCHES DU MOYEN ; CASSE ET ANNULE, EN SON ENTIER, L'ARRET RENDU LE 9 JUILLET 1980, ENTRE LES PARTIES, PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS ; REMET, EN CONSEQUENCE, LA CAUSE ET LES PARTIES AU MEME ET SEMBLABLE ETAT OU ELLES ETAIENT AVANT LEDIT ARRET ET, POUR ETRE FAIT DROIT, LES RENVOIE DEVANT LA COUR D'APPEL D'AMIENS, A CE DESIGNEE PAR DELIBERATION SPECIALE PRISE EN LA CHAMBRE DU CONSEIL ; (…).

🡪 Gilles Raoul-Cormeil, Le conjoint de la personne vulnérable (L’articulation du système matrimonial et du système tutélaire), Defrénois 2008, art. 38791, p. 1303.

1. Tel le phénix qui renaît de ses cendres, la loi du 3 janvier 1968 - qui fêtera bientôt son quarantième anniversaire d'application [1](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn1) - renaîtra au 1er janvier 2009, jour de l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 qui a rénové et développé ce pan du Livre Ier du Code civil. Il n'est qu'à suivre la pensée de l'auteur de la réforme de 1968, « l'idée de protection enlève à l'incapacité sa signification perverse de capitis diminutio, de mutilation de la personne. De fait, sous l'incapacité, la personnalité du malade demeure vivante, dans son autonomie, avec ses droits subjectifs » [2](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn2).

2. La multiplication et la diversification des personnes vulnérables [3](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn3) réalisent plus que jamais un phénomène de masse à la résolution duquel répond en partie la loi no 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs [4](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn4). Cette loi n'a cependant supprimé ni les mots, ni les notions d'incapables et d'incapacité, comme l'illustrent les articles 495-3 et 1124 du Code civil [5](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn5). Néanmoins, la loi du 5 mars 2007 évite cette terminologie et la remplace parfois [6](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn6). Selon l'article 415 du Code civil, « Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire ». Précisément, il s'agit de « toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté » [7](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn7). Quand la loi désigne ses destinataires, elle n'est ni vague, ni bavarde et maintient, de surcroît, un style respectueux et avenant. A ce propos, la loi de 2007 est bien la fille légitime de la loi du 3 janvier 1968, qui avait rompu avec les termes stigmatisants d'aliénés, de déments ou d'interdits qu'employait naguère le Code Napoléon. N'a-t-on pas conservé, même au prix de certains ajustements, la triade « Sauvegarde, tutelle, curatelle », au sujet de laquelle le Doyen Carbonnier disait la « précaution qu'on ait eue d'employer des mots courtois et apaisants » [8](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn8) ?

Techniquement, cela ne signifie pas qu'il faille confondre les catégories d'incapables et de personnes vulnérables [9](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn9), ni refuser demain qu'elles intègrent le premier Livre du Code civil en tant que catégorie spéciale [10](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn10). A ce jour, les personnes vulnérables sont surtout visées par le Code pénal pour attacher à la qualité de la victime une circonstance aggravante à de nombreuses infractions [11](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn11). Dans cette étude, la personne vulnérable sera définie comme la personne faible d'esprit qui pourrait être déclarée incapable [12](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn12) si sa condition d'époux ne la protégeait pas déjà [13](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn13).

3. A ce sujet, les statistiques sont éloquentes : sur dix personnes qui bénéficient du statut civil de personne protégée, une seulement est mariée. Il serait saugrenu d'en déduire que les époux sont protégés contre l'altération des facultés mentales ou personnelles. Mais en mariage, plus rares sont les motifs de quitter le régime de la pleine capacité juridique. Le nombre des conjoints de personnes vulnérables est alors plus considérable que le nombre des conjoints d'incapables. Le titre de la présente étude n'est donc pas guidé par la complaisance du verbe, mais par la réalité des situations plus diverses qu'il n'y paraît.

Le mariage endigue aujourd'hui les recours au « système tutélaire » [14](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn14), expression qui désigne la triade dorénavant hiérarchisée : sauvegarde de justice, curatelle, tutelle. Le mariage limite donc le nombre des personnes majeures officiellement reconnues. C'est le signe qu'il n'a plus le même sens qu'autrefois. Historiquement, en effet, jusqu'à la loi du 18 février 1938 [15](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn15), le mariage plaçait la femme dans un état d'infériorité et de dépendance par rapport à son mari [16](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn16). Le Code Napoléon ne concevait pas un mariage en dyarchie ; la famille ne pouvait être tirée par un attelage à deux têtes. Mais, après les deux guerres mondiales, les femmes ont fait la preuve de leur courage et de leur indépendance, travaillant dans les usines d'armement, dans les champs, et faisant preuve d'héroïsme par des actes de résistance. Elles obtinrent le droit de vote en 1944 et la totalité des droits civils [17](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn17) : la législation Carbonnier a métamorphosé le droit de la famille [18](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn18). Réformant le droit des régimes matrimoniaux, la loi du 13 juillet 1965 a rehaussé la femme mariée là où il n'y avait qu'un mari, puis la loi du 4 juin 1970 a fait apparaître dans le Code civil le couple des père et mère là où il n'y avait que la puissance d'un père [19](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn19). Depuis ces réformes, opérées pan par pan, du Livre premier du Code civil, l'homme et la femme qui se marient ne sont plus, en droit, un mari chef de famille [20](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn20) et une femme incapable, mais deux personnes jouissant de la pleine et égale capacité juridique.

4. Le thème du conjoint de la personne vulnérable est aujourd'hui soumis à une poignée de textes dispersés dans le Code civil, qui sont placés pour l'essentiel dans les effets directs du mariage, dans le régime de la communauté légale réduite aux acquêts, mais aussi dans le Titre XI du Livre Ier consacré aux « majeurs qui sont protégés par la loi ». Sous l'angle des sources, la loi du 5 mars 2007 n'a pas opéré de réforme d'ampleur. Le législateur a maintenu l'ascendance du droit du mariage sur le droit des majeurs protégés. En théorie du droit, le sujet semble aujourd'hui encore sous l'emprise du mariage, propre à faire l'éloge d'une institution [21](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn21) caractérisée par un régime juridique nuancé, raffiné et d'une richesse sans commune mesure avec les formes alternatives de vie en couple. Le concubinage est placé dans le giron de la théorie générale des obligations, tandis que le pacte civil de solidarité souffle à l'article 515-4 du Code civil un vague devoir d'assistance réciproque sans porter de remède à des crises conjugales.

Techniquement, la question se pose alors de la combinaison du système tutélaire et du système matrimonial. En abordant le problème à partir des réalités, deux situations seraient à distinguer : la célébration du mariage, d'une part, l'altération des facultés mentales, d'autre part. L'enchaînement chronologique de ces deux situations laisse entrevoir des réalités différentes et inégales par leur nombre. En ce domaine aussi, il faut être attentif au plerumque fit. Il y a bien plus de mariages célébrés antérieurement à l'altération des facultés mentales d'un époux que de mariages célébrés par des personnes déjà placées dans l'impossibilité d'exprimer une volonté saine et éclairée. Nous nous en tiendrons donc, pour l'essentiel, au cas le plus fréquent où une personne mariée est privée de sa santé mentale.

5. La combinaison de ces deux systèmes, matrimonial et tutélaire, est gouvernée par la règle dite « de subsidiarité ». Au jour où une personne mariée perd son discernement, comme au jour où le majeur incapable entre en mariage, une seule question se pose : le droit du mariage et des régimes matrimoniaux est-il suffisant pour protéger sa personne et ses biens ? Dans l'affirmative, la règle de subsidiarité marque le primat du système matrimonial (I) ; au soutien de la négative, cette règle de principe commande le relais du système tutélaire (II).

# I. Le primat du système matrimonial

6. Le droit des régimes matrimoniaux offre une batterie de remèdes à l'époux sain d'esprit qui a besoin du consentement de son conjoint pour accomplir un acte juridique qui engage le mode de vie ou le patrimoine de ce dernier. Usant de la technique du renvoi [22](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn22), le système tutélaire vise expressément la plupart de ces remèdes. Leur exposé invite à placer l'accent sur la distinction entre les cas où l'époux pourra agir en dépit de l'impossibilité de son conjoint de manifester son consentement (A) et ceux où il pourra passer outre son refus (B).

## A. Les remèdes à l'absence de volition

7. Le principe de subsidiarité est exprimé, selon une terminologie variée de la doctrine, par « la prééminence » [23](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn23), « la prévalence » [24](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn24), « la prépondérance » [25](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn25), « la priorité » [26](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn26) ou « la primauté » [27](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn27), des mesures matrimoniales de crise sur le recours au système tutélaire. De telles mesures peuvent empêcher le juge de prononcer des mesures d'accompagnement judiciaire [28](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn28) ou l'inviter à mettre fin à un contrat de protection future [29](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn29).

La raison est aisée : le mariage repose sur la confiance et fait naître entre époux une obligation mutuelle d'assistance. C'est dire, tout d'abord, que les époux jouissent par les règles élémentaires qui régissent le fonctionnement de leur régime matrimonial des moyens de suppléer à la défaillance de l'un d'eux. Spécialement lorsque la confiance s'exprime, en profondeur, par l'ouverture d'une communauté de biens [30](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn30). L'article 1421 du Code civil est en effet le siège de la gestion concurrente. Ce texte n'est pas réservé à la communauté réduite aux acquêts ; il est, sauf stipulation contraire, applicable à tous les régimes de communauté, comme le précise l'article 1497, alinéa 3, du Code civil. La plupart des actes juridiques pourront alors être accomplis par la signature du seul époux sain d'esprit, mais avec des conséquences patrimoniales parfois réduites en ce qui concerne le droit de gage général du créancier (cautionnement, emprunt).

8. A ce mode légal de gestion, s'ajoute la technique du mandat souvent pratiquée par les époux lorsqu'ils se donnent procuration sur leurs comptes bancaires. Le mandat se décline en différentes figures juridiques : des figures similaires selon que la formation du mandat est expresse ou tacite, des figures voisines lorsque l'immixtion d'un époux dans la gestion des biens appartenant à l'autre s'est réalisée au mépris d'une opposition de sa part. Ainsi, même si les textes fondent des différences dans la nature et l'étendue de la responsabilité encourue par l'époux gestionnaire, les régimes du mandat conventionnel et du quasi-contrat de mandat sont trop proches pour justifier de disjoindre leur analyse : la doctrine a tenu à « rappeler ici avec quelle faveur la loi du 13 juillet 1965 accueille l'ingérence d'un époux dans les affaires de l'autre » [31](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn31). Connus, ces textes ne suscitent guère de nouveaux commentaires [32](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn32).

9. La représentation sans mandat exprès a ses limites. La conclusion de certains actes de gestion exige parfois le consentement exprès de l'époux privé de la totalité de ses facultés personnelles ou mentales. Prenons, par exemple, la vente du logement familial. Un homme est dépressif depuis son licenciement. Il suit un lourd traitement médicamenteux qui obscurcit sa pensée. Sa femme se voit proposer une promotion dans le Nord de la France à Bergues. Peut-elle vendre seule l'immeuble affecté au logement de la famille et contraindre ainsi son époux à quitter le climat ensoleillé de Marseille ? Le ciel du nord de la France sera-t-il propice à sa guérison ? Là où l'article 215, alinéa 3, du Code civil, requiert ad validitatem le consentement des deux époux, les mesures de crise conjugales permettent l'accomplissement de cet acte par le consentement d'un seul [33](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn33). Le droit des régimes matrimoniaux recourt à deux techniques différentes pour admettre et organiser le dépassement licite des pouvoirs de gestion, mais seule l'habilitation permet de dépasser la situation de blocage née de l'absence de volition d'un époux. L'objectif des mesures de crise est sinon de faire face aux apparences, du moins de protéger « le crédit » [34](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn34) du ménage. Parmi d'autres raisons, ajoutons le besoin de sauvegarder l'autonomie du couple de l'emprise de « la famille extérieure au ménage » [35](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn35) qui demanderait des comptes, ainsi que la possibilité de préserver la discrétion sur la faiblesse d'esprit d'un époux. Autant que l'état civil ne garde pas en mémoire une déchéance causée par l'âge à laquelle fait face sans trop de difficulté le conjoint diligent vis-à-vis des tiers.

10. La technique de l'habilitation a pour but de suppléer à la volonté défaillante d'un époux. Le domaine d'application de l'article 219 du Code civil est vaguement défini comme couvrant tous les cas où « un époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté ». Le texte ne s'arrête donc pas à l'hypothèse où un époux ne jouit plus de toutes ses facultés mentales, mais il ne l'exclut pas [36](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn36). L'article 219 du Code civil ne pourrait pas, cependant, s'appliquer à la situation de l'époux qui manifesterait, malgré une altération avérée de ses facultés mentales, un net refus à la passation de l'acte projeté. En dehors de ce cas, mais pour tous les autres : altération partielle des facultés mentales, coma ou disparition, l'époux diligent a le moyen de suppléer à cette situation de blocage.

11. Quelle est alors la procédure ? Selon l'article 1286, alinéa 2, du Code de procédure civile, issu du décret no 2004-1158 du 29 octobre 2004, le juge compétent est le juge des tutelles. L'article 219 du Code civil s'applique à l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial. L'époux requérant pourra ainsi gérer seul n'importe quel bien commun et conclure un acte normalement soumis à cogestion [37](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn37), comme il pourra être autorisé à gérer seul les biens propres de son conjoint. Tous les actes de gestion exclusive sont placés sous l'initiative d'une seule main. L'interdiction de la clause de main commune [38](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn38) connaît donc des tempéraments. Faisons ici état d'un arrêt de principe : « quelque soit le régime matrimonial, le mariage crée entre les époux une association d'intérêts à raison de laquelle chacun d'eux à vocation à représenter son conjoint dans l'exercice des pouvoirs du régime matrimonial » [39](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn39).

La compétence pour juger de ces requêtes gracieuses, autrefois dévolue au tribunal de grande instance, a été « discrètement » [40](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn40) transmise au juge des tutelles : « ce cavalier décrétal » de la réforme du divorce est la conséquence tardive d'un rapport d'enquête sur le fonctionnement du dispositif de protection des majeurs rendu en juillet 1998 aux trois autorités ministérielles qui l'avaient diligenté [41](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn41), et dans lequel étaient dénoncées les raisons pour lesquelles était menacé le principe de subsidiarité. Dorénavant, dans le cas où l'époux requérant n'aura pas à passer outre le refus de son conjoint, il lui est possible de formuler à moindre coût et facilement, c'est-à-dire sans avoir à recourir au ministère d'un avocat, une demande d'habilitation. Cette souplesse se justifie parce que le remède suppose le consentement du conjoint empêché de manifester sa volonté. La loi requiert plus de précautions lorsque la mesure de crise conjugale a pour effet de paralyser la volonté d'opposition du conjoint.

## B. Les remèdes à une volonté d'opposition

12. En visant les mesures de crise conjugale, le système tutélaire se laisse aussi occulter par un autre mécanisme du système matrimonial. A la technique de l'habilitation, qui a pour but de suppléer à la volonté défaillante d'un époux, s'ajoute la technique de l'autorisation. La philosophie est ici plus radicale. La loi permet à l'époux diligent de saisir le juge pour lever le veto opposé par son conjoint qui a perdu la raison. Le requérant a parfois le choix du fondement. S'il est marié sous un régime de séparation de biens, il ne pourra agir que sur le fondement de l'article 217 du Code civil. Ce texte applicable en régime de communauté, comme l'est aussi l'article 1426 du Code civil qui permet à l'époux sain d'esprit d'être autorisé à passer outre le refus de son conjoint pour une période « durable ». Autre distinction, l'article 217 ne vise que des actes soumis à cogestion : en effet, un époux ne peut se faire autoriser sur ce fondement à passer seul un acte pour lequel, en temps ordinaire, son consentement ne serait pas requis. En revanche, l'article 1426 couvre une autorisation pour une large série d'actes soumis à cogestion ou à la gestion exclusive de l'époux récalcitrant.

Passées les différences, quels sont les points communs entre les articles 217 et 1426 ? Tout d'abord, leur libellé est d'une grande variété, bien qu'il ne vise pas spécialement l'altération des facultés mentales d'un conjoint. Ensuite, aucun de ces textes n'est attentif à la séparation de fait des époux, car elle pourrait être imputable à l'époux qui n'est pas sain d'esprit. Cette indifférence à l'égard de la réalité de la communauté de vie n'est pas anodine. Enfin, puisqu'il s'agit de passer outre le refus du conjoint, la procédure appelle des garanties : selon l'article 1286, alinéa 1er, du Code de procédure civile, la requête devra être formée devant le tribunal de grande instance. L'époux requérant devra être assisté d'un avocat ; l'époux opposant sera invité à se présenter et à expliquer en quoi son refus est justifié par l'intérêt de la famille. L'affaire sera instruite et jugée en chambre du conseil. En tout état de cause, l'acte pour lequel le conjoint sera autorisé à agir seul n'engagera pas le conjoint jugé empêché : l'acte produira sans nul doute des effets dans son patrimoine, mais sans l'exposer aux recours des créanciers. En cela, l'acte lui sera opposable [42](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn42).

13. Précisons par ailleurs qu'à ces mesures, ayant pour but d'étendre les pouvoirs de gestion d'un époux, d'autres textes du droit des régimes matrimoniaux ont pour objet la restriction des droits subjectifs de l'époux qui, parce qu'il est privé de ses facultés mentales, pourrait mettre en péril les intérêts patrimoniaux de la famille. A la procédure de dessaisissement régie par l'article 1429 du Code civil, il faut ajouter les articles 220-1 à 220-3 du Code civil qui sont applicables à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial. A s'en tenir à la lettre de l'article 428 du Code civil, le principe de subsidiarité paraît se limiter aux quatre articles 217, 219, 1426 et 1429 du même code. Pourtant, rien ne semble justifier l'exclusion des mesures de crise dites « de restriction », et ce d'autant plus qu'il est moins attentatoire à la liberté que le juge interdise la gestion ou le déplacement des biens plutôt qu'il n'autorise le conjoint à les gérer lui-même par autorité de justice au nom de l'intérêt de la famille ou en forçant la technique de la représentation lorsque les circonstances la rendent envisageable. Précisons, toutefois, que le juge compétent pour ordonner les mesures restrictives de droits n'est ni le juge des tutelles, ni le tribunal de grande instance, mais le juge aux affaires familiales, ce qui peut créer un problème en cas de multiplication de demandes. Ne faudrait-il pas qu'un seul juge puisse se saisir de l'ensemble des requêtes ? Ou vérifier la cohérence des mesures ainsi décidées ? C'est l'un des cas où se justifierait le basculement du système matrimonial vers le système tutélaire. D'ailleurs, en pratique, les médecins hospitaliers et les travailleurs sociaux cèdent, par méconnaissance du droit des régimes matrimoniaux, à la tentation de saisir le procureur de la République et le juge des tutelles, redoutant ici, à tort, une « tutelle de fait » [43](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn43).

# II. Le relais du système tutélaire

14. Le relais du système tutélaire marque les insuffisances du système matrimonial. Le conjoint de la personne vulnérable n'est pas exclu pour autant. Il a un rôle à jouer dans l'ouverture et dans le fonctionnement du système tutélaire. Mais au coeur de ce système, la loi du 5 mars 2007 a placé la protection de la personne incapable. Le conjoint, s'il n'est pas mis à l'écart, doit justifier son attachement au majeur protégé. Toujours lié par l'obligation d'assistance née du mariage, en vertu de l'article 212 du Code civil, le conjoint n'est peut-être plus la meilleure personne indiquée pour protéger l'incapable. Il convient donc d'étudier le rôle et la place du conjoint, cependant concurrencé par des tiers dans l'ouverture (A) et le fonctionnement du système tutélaire (B).

## A. Le conjoint concurrencé dans l'ouverture du système tutélaire

15. Aussi, à propos de la saisine du juge des tutelles aux fins de mettre en place des mesures de protection, le conjoint a un rôle à jouer, un rôle que la loi ne lui réserve pas [44](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn44). Le rôle du conjoint dans l'ouverture du système tutélaire était autrefois prévu à l'article 493 du Code civil. Le conjoint figurait en première place de la liste des personnes désignées par la loi pour saisir le juge des tutelles d'une requête en ouverture de la tutelle. Le conjoint primait déjà, en 1968, les ascendants, les descendants, les frères et les soeurs, le ministère public comme le juge des tutelles qui pouvait se saisir d'office. Dans la famille nucléaire, mariage rime avec ménage : la personne la plus proche d'une personne mariée est donc, tout naturellement, son conjoint, mais dans le cas seulement où la communauté de vie n'aura pas cessé entre eux. La loi du 5 mars 2007 n'a pas changé la teneur de ce texte, si l'on se place du seul point de vue du conjoint. Pourtant, ainsi replacé dans une perspective d'ensemble au regard de la dérive de la priorité familiale [45](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn45), l'article 430 du Code civil donne une autre vision de la famille.

Le partenaire lié par un PACS et même le concubin sont traités comme le conjoint, dotant ainsi ces modes alternatifs de conjugalité d'une dimension extrapatrimoniale ; l'essentiel est, du point de vue de la demande d'ouverture de la mesure, l'absence de cessation de la communauté de vie. Les parents, alliés, amis, voisins, toutes les bonnes volontés sont conviées lorsqu'il s'agit d'alerter les autorités du besoin de mettre en place une mesure de protection civile au profit d'une personne majeure. La comparaison de l'ancien et du nouveau texte montre aussi que le juge des tutelles a perdu la possibilité de se saisir d'office. Enfin, au regard de la suppression de la tutelle des ascendants depuis longtemps proposée par la doctrine, « la tutelle de 2007 [se présente] plus qu'en 1968 [comme] une institution de ménage et non de lignage » [46](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn46). Tout cela a déjà été dit. En revanche, la question que pose l'articulation du système matrimonial et du système tutélaire est l'analyse des motifs qui font basculer d'un système dans l'autre.

16. Quel motif impulsif et déterminant peut animer le conjoint d'une personne vulnérable à vouloir le déclarer officiellement incapable ? Quels sont les avantages du système tutélaire et, en particulier, du nouveau système tutélaire que ne procure pas déjà le système matrimonial ? La considération du passé comme de l'avenir projette chacun leur avantage.

17. Dans le passé tout d'abord, l'époux dont les facultés mentales sont un peu altérées a pu s'engager à la légère et exposer le patrimoine au remboursement d'un crédit à un taux effectif global élevé. L'acte pourrait être contesté si le conjoint n'a pas donné son consentement dans un intervalle de lucidité [47](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn47). La preuve de l'insanité mentale est sans nul doute difficile à rapporter. C'est pourquoi, aux termes de l'article 464 du Code civil, issu de la loi de 2007, « les obligations résultant des actes accomplis par la personne protégée moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la mesure de protection peuvent être réduites sur la seule preuve que son inaptitude à défendre ses intérêts, par suite de l'altération de ses facultés personnelles, était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés ». Où l'on voit que ce texte ouvre une période suspecte de deux ans qui peut faciliter la réduction des engagements excessifs. Le système tutélaire offre ici un avantage sur le système matrimonial.

Le juge conserve son pouvoir d'appréciation et le demandeur à l'action en réduction devra prouver non pas que le cocontractant était de mauvaise foi, au sens où il a voulu tirer profit de la faiblesse d'une personne, mais que cet état de vulnérabilité ne lui était pas inconnu. La loi elle-même place au degré le plus bas l'élément probant de la mauvaise foi : la connaissance de l'état de faiblesse plutôt que la volonté de tromper ou de nuire.

18. L'ouverture du système tutélaire peut aussi produire quelques avantages dans l'avenir. Outre la sécurité dans la gestion des biens de la personne protégée, on songe, par exemple, au cas où l'époux sain d'esprit et prévoyant jugerait qu'il serait dans leur double intérêt de changer de régime matrimonial et d'adopter un régime à vocation successorale (tel que la communauté universelle avec une clause attribuant la communauté au conjoint survivant). Avant la loi du 5 mars 2007, tout portait à croire que le couple marié comprenant au moins un incapable majeur constituait la seule catégorie des personnes souffrant encore de l'immutabilité du changement de leur régime matrimonial. En effet, dans le silence des textes, aucune procédure ne semblait adéquate pour encadrer le consentement de l'époux incapable.

Tout raisonnement par analogie avec l'article 1399 du Code civil, qui commande l'assistance des père et mère ou, à défaut, du conseil de famille pour le consentement à une première convention matrimoniale, est à exclure [48](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn48), parce que ce texte désigne les personnes devant assister le majeur incapable lors de la célébration de son mariage. L'acte notarié de changement de régime matrimonial est, rappelons-le, « un contrat entre époux, [et] non un pacte de famille » [49](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn49). Faudrait-il en ce cas se contenter du consentement du tuteur [50](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn50) ou du curateur, comme il a été proposé ou jugé [51](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn51) ? Rien n'est moins sûr ; si le conjoint de l'incapable est tuteur, alors il est placé, à l'égard de cette convention, dans une situation de conflit d'intérêts : comment pourrait-il consentir en son nom à une convention qui pourvoit à ses propres intérêts et, par ailleurs, assister son conjoint afin de défendre ses intérêts contre lui ?

La loi de 2007 comble ici une regrettable lacune de la loi du 13 juillet 1965, laissée par la loi du 3 janvier 1968. L'article 1397 du Code civil est grossi d'un nouvel alinéa 7, aux termes duquel « Lorsque l'un ou l'autre des époux fait l'objet d'une mesure de protection juridique dans les conditions prévues au Titre XI du Livre 1er, le changement ou la modification du régime matrimonial est soumis à l'autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué » [52](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn52).

La procédure sera peut-être jugée trop lourde : lorsque la tutelle aura été constituée sans conseil de famille et que le majeur protégé et son conjoint auront des enfants mineurs, la requête en changement de régime matrimonial devra être présentée successivement devant le juge des tutelles, puis devant le juge de l'homologation [53](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn53). Le double examen de cette requête gracieuse ne sera peut-être pas inutile, car ces deux juridictions remplissent des offices distincts : l'intérêt du majeur protégé ne recouvre pas la même réalité que l'intérêt de la famille. La Cour de cassation a jugé, dans l'arrêt Alessandri [54](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn54), que l'intérêt de la famille peut se réduire à l'intérêt du conjoint survivant. Objectons que l'intérêt d'un conjoint survivant sain d'esprit n'est peut-être pas le même que celui d'un conjoint survivant en tutelle.

19. Le basculement du système matrimonial dans le système tutélaire n'est pas forcément à l'initiative du conjoint. « De nombreux troubles mentaux ont pour origine des conflits de caractère familial, surtout conjugal » [55](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn55). Il peut se réaliser à la requête des parents ou de tiers qui ont été témoins de la triste situation dans laquelle se trouvait ce conjoint vulnérable, victime de délaissement, d'enfermement ou, plus généralement, de maltraitance [56](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn56). Il s'agira alors, pour le juge des tutelles, de vérifier le bien-fondé de la requête et la véracité de la situation de détresse de la personne du conjoint. L'ouverture du système tutélaire procure un net avantage sur le droit des régimes matrimoniaux, parce que les crises conjugales sont résolues dans le souci de préserver les intérêts de l'époux sitôt après l'avoir déclaré « majeur à protéger ».

Là est en effet la philosophie des mesures de crise depuis la loi du 22 septembre 1942. « Si l'on va au fond des choses, [écrivait Jean Carbonnier en 1947] ce n'est pas dans la personne dont la manifestation de volonté est attendue qu'il convient de placer le centre de gravité de la notion légale [de mesure de crise], mais bien dans la notion de personne qui attend cette manifestation de volonté. L'impossibilité de manifester sa volonté (...) n'a pas été prise en considération par la loi [c'est-à-dire le droit des régimes matrimoniaux,] pour la protection de celui qui ne peut agir. C'est, en réalité, une organisation particulière de la théorie de la force majeure ou, si l'on veut, de la théorie de la nécessité, dans l'intérêt de ceux qui ont des droits subordonnés à la volition d'autrui. Devant l'impossibilité d'obtenir cette volition indispensable, comme devant n'importe quelle nécessité, le droit doit fléchir les règles ordinaires, et le consentement qui manque sera suppléé ou supposé » [57](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn57).

A suivre la réflexion du Doyen Carbonnier, il ne faut pas s'inquiéter que l'intérêt du conjoint passe au second plan lorsque, dans le cas le plus fréquent, le gardien de l'intérêt de la famille sera un époux diligent et bienveillant. En sollicitant du juge une autorisation ou une habilitation à agir seul, il agira dans l'intérêt de la famille, sauvegardant par là-même l'intérêt de l'époux empêché. Mais, dans le cas où leurs intérêts viendraient à s'éloigner et à s'opposer, le conjoint vulnérable est exposé aux excès du conjoint sain d'esprit. Le principe de subsidiarité justifie le repli autant que le relais du système tutélaire. C'est alors que ce qui est présumé doit être prouvé en cas de doute : le conjoint de la personne vulnérable prend-il en considération un intérêt familial qui dépasse son ego ? Dans le cas contraire, il est alors nécessaire de ralentir le système matrimonial et d'amorcer le système tutélaire.

## B. Le conjoint concurrencé dans le fonctionnement du système tutélaire

20. Une fois activé, le système tutélaire ne demande qu'à fonctionner. Ici aussi, il faut distinguer le rôle du conjoint et le rôle des tiers, selon que le conjoint est curateur ou tuteur, ou tenu à l'écart de toute mission de protection. Précisons cependant que la loi du 5 mars 2007 ne fait plus référence à l'administration légale sous contrôle judiciaire.

21. En cas d'entente conjugale, rien ne justifie d'écarter le conjoint de la tutelle ou de la curatelle. Bien au contraire, le devoir d'assistance conjugale justifiait la teneur des articles 496 et 509-1, alinéa 2, du Code civil : l'époux est de droit tuteur ou curateur de son conjoint, même si en pratique l'usage s'est instauré de le désigner expressément « afin de permettre au conjoint investi de la tutelle de justifier aisément de sa qualité » [58](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn58). La loi du 5 mars 2007 maintient ce principe sous certaines réserves. Arrêtons-nous aux conséquences qui découlent de ce principe. L'époux tuteur ou curateur de son conjoint n'est pas regardé comme un tuteur ordinaire. Passons sur le caractère non rémunéré de la mission, qui n'est pas sans lien avec la possibilité de faciliter la gestion de l'époux : le juge des tutelles peut ainsi dispenser le conjoint tuteur d'établir un compte annuel de gestion [59](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn59), le compte final [60](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn60), et de les soumettre à l'approbation du greffier en chef. En outre, la mission de cet époux n'est pas limitée à cinq ans, même si le juge ne pourra soumettre une personne majeure à une mesure civile de protection sans justifier son renouvellement tous les cinq ans ou à l'arrivée du terme qu'il avait fixé [61](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn61). Il reste à envisager le cas de la mésentente conjugale.

22. Au principe que l'époux est tuteur ou curateur de son conjoint, la loi du 3 janvier 1968 avait ajouté deux exceptions qu'elle avait laissées à l'appréciation du juge des tutelles : à la cessation de la communauté de vie [62](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn62), s'ajoutait la considération de l'intérêt réel du majeur protégé que la loi demandait au juge d'estimer in concreto [63](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn63). C'est ici que la loi du 5 mars 2007 va bien plus loin. Le choix du tuteur ou du curateur appartient d'abord à la personne majeure si, en état de pleine santé mentale, elle l'a désignée dans la perspective d'une inaptitude virtuelle ou à venir. L'article 449 du Code civil, issu de cette loi de 2007, réserve en effet la faculté personnelle de désigner soi-même « une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de tuteur ou de curateur pour le cas où [l'on] serait [placé] en tutelle ou en curatelle ». En creux, ce nouveau droit subjectif permet à toute personne mariée de désavouer son conjoint, au profit d'une personne plus proche, un parent, un ami, une maîtresse ou un amant... Ce choix n'est absolument pas décisif : le législateur a dit qu'il s'impose au juge, sauf à ce que l'intérêt de la personne protégée commande de l'écarter. Le juge sera sans doute attentif à la situation de la personne protégée : continue-t-elle à vivre avec son conjoint ou séparément ? Quelle est la nature du régime matrimonial des époux ? La séparation de biens ou un régime avec communauté ?

23. L'époux sain d'esprit qui n'est désigné ni tuteur, ni curateur, n'est pas dénué de recours s'il rencontre des difficultés.

D'une part, en cas de difficultés pour gérer un bien commun ou indivis, il pouvait hier saisir le juge d'une requête fondée sur l'article 217 ou 219 du Code civil ; dans l'arrêt Carruzzo, la Cour de cassation a jugé que l'article 219 du Code civil « est applicable même lorsqu'un régime de protection a été mis en place » [64](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn64). Cette jurisprudence sera-t-elle maintenue sous l'empire de la loi nouvelle ? Techniquement, aucun texte ne s'y oppose, même si en l'espèce l'époux requérant avait la qualité de tuteur de son conjoint. La loi de 2007 n'a-t-elle pas envisagé de surcroît la situation d'une pluralité de représentants, en distinguant par exemple de partager la tutelle à la personne et la tutelle aux biens ? Des circonstances s'y prêteront même peut-être ; mais, pour le cas le plus fréquent, cette situation de concurrence entre le tuteur et l'époux pour gérer les biens du majeur protégé entrant dans la communauté risque de nuire à ce dernier. En outre, la philosophie nouvelle de la réforme est d'articuler les systèmes entre eux et non de les combiner. La consécration des mesures d'accompagnement social personnalisé, comme l'instauration de mesures d'assistance judiciaire, conçues comme des alternatives au système tutélaire ou matrimonial, montre l'incongruité d'une superposition des mesures, ce qui en soi est une rupture avec l'état actuel de la jurisprudence [65](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn65).

D'autre part, il conviendra peut-être d'envisager une requête en divorce. La confrontation des articles 249 à 249-4 du Code civil, tels qu'ils ont été réécrits par la loi du 26 mai 2004 [66](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn66), s'agence plutôt bien avec la loi du 5 mars 2007 [67](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn67). Tout d'abord, l'action en divorce n'est pas réservée au conjoint sain d'esprit ; elle pourrait être présentée par le tuteur au nom du majeur en tutelle, sous les réserves posées par l'article 249 du Code civil. Dans notre hypothèse de mésentente conjugale, le tuteur ou le curateur est déjà un tiers par rapport au conjoint de la personne protégée. Ensuite, du point de vue des causes de divorce, l'action en divorce ne peut être fondée que sur la faute conjugale ou l'altération définitive du lien conjugal. C'est ici que la loi du 26 mai 2004 a changé la donne : elle a institué un « droit au divorce » dont pourra se prévaloir l'époux innocent de toute faute conjugale, même à l'encontre de l'époux frappé d'une altération subite de ses facultés mentales (art. 229 et 249-4, C. civ. combinés). Enfin, précisons que si la perspective du divorce se concrétise, l'époux qui serait placé, à compter du 1er janvier 2009, sous la sauvegarde de justice parce que cette mesure de protection serait adaptée à son état de santé, ne pourrait plus le rester : l'article 249-3 du Code civil prescrit la transformation de cette mesure en curatelle ou en tutelle et retarde jusqu'à cette organisation l'examen de la demande en divorce.

24. Il ne faut surtout pas conclure que l'avenir du mariage de l'incapable est dans le divorce. A rebours de cette cause de dissolution du mariage, l'article 146 du Code civil se révèle être la clef de voûte de cette institution. « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». Texte à propos duquel la pensée du Doyen Carbonnier avait évolué, puisque dans la vingtième édition refondue de son manuel de droit de la famille, il avait corrigé son « état des questions » : « si ce n'est pas l'amour qui est dans l'article 146, c'est au moins l'affection » [68](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn68). Le conjoint de l'incapable restera-t-il alors fidèle à son engagement d'époux, à son obligation d'assistance et plus largement à l'affection qu'il a eue envers la personne qu'a été l'incapable ? La réponse n'est plus du domaine du droit, elle est dans les faits, dans nos moeurs ; elle est donc à la portée de tous.

Au pied de la législation, le juriste peut s'incliner devant la cohérence et l'unité du Livre Ier du Code civil. Au Panthéon des architectes de la loi, Jean Carbonnier siège en bonne place, car par-delà la réécriture à ce jour permanente de la lettre du Code civil, ses institutions demeurent et demeureront pour longtemps tant sa vision de la famille n'est pas aussi datée qu'on a bien voulu le dire [69](https://www-labase-lextenso-fr.docelec.u-bordeaux.fr/defrenois/AD2008DEF1303N1#ftn69).

\*\*\*

(1) La loi no 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs devait entrer en vigueur six mois après sa publication au Journal officiel, mais une loi no 68-696 du 31 juillet 1968 reporta cette date au 1er novembre 1968. Pour un examen critique, v. J. Savatier, « le risque, pour l'homme, de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil », D. 1968, chron., p. 109-116. V. aussi, parmi les nombreuses rééditions de son commentaire de la première loi précitée et des textes pris pour son application, J. Massip, Les incapacités (Etude théorique et pratique), préface J. Carbonnier, éd. Défrénois, 2002

(2) J. Carbonnier, Essais sur les lois, éd. Défrénois, 2e éd., 1995, p. 63-78, spéc. p. 77 ; adde « L'état des questions », par J. Carbonnier, in Droit civil, vol. 1, PUF, coll. Quadrige Manuels, 2004, nos 334-335, 343-344 et 350-352.

(3) La vulnérabilité est le genre, l'incapacité l'espèce. Sur ces notions, v. Ph. Malaurie, Droit civil, Les personnes, Les incapacités, éd. Defrénois, 3e éd., 2007, no 493 ; adde J. Hauser, « La notion d'incapacité », LPA, no 164 du 17 août 2000, p. 3-8, où l'auteur montre l'hétérogénéité de la catégorie des incapables majeurs et les confusions liées au caractère unitaire de la notion.

(4) J.O. du 7 mars 2007, p. 4325 ; Défrénois 2007, Lég., p. 219 et s. Parmi les commentaires d'ensemble, v. Ph. Malaurie, « Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs », Defrénois 2007, art. 38510, p. 13-23 ; « La réforme de la protection juridique des majeurs (Loi no 2007-3008 du 5 mars 2007) », Defrénois 2007, art. 38569, p. 557-572 ; J. Hauser, « Des incapables aux personnes vulnérables », Dr. Famille, mai 2007, étude no 14, p. 5-7 ; T. Fossier, « La réforme de la protection des majeurs, Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », JCP éd. G 2007, I, 118, p. 13-23 ; A.-M. Leroyer, « Chron. légis. franç. : no 4 », in RTD civ. 2007, p. 394-407.

(5) A l'article 495-3 du Code civil, cette loi du 5 mars 2007 énonce que « sous réserve des dispositions de l'article 495-7, la mesure d'accompagnement judiciaire n'entraîne aucune incapacité ». Ce qui fait écho à l'article 1123 du Code civil dans sa rédaction maintenue depuis 1804 : « Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ».

(6) Ainsi selon l'article 10, 2e, 4e, 5e b et 7e de la loi du 5 mars 2007, les articles 249-2, 1304, alinéa 2, 1399 et 2410 du Code civil ne désignent plus « l'incapable », mais « la personne protégée » ou « la personne en tutelle ou en curatelle ».

(7) Cf. art. 425, C. civ. (réd. L. du 5 mars 2007). Rappr., art. 490, C. civ. (réd. L. du 3 janvier 1968). Ces définitions ont pu sembler imprécises : V. Toudic-Mikalef et A. Cermolacce, « Catégorie de personnes et capacité », in P. Bloch, C. Duvert et N. Sauphanor-Brouillaud, Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil, Economica, coll. Etudes juridiques, t. 23, 2006, p. 41-59, no 40, in fine.

(8) J. Carbonnier, Essais sur les lois, op. cit., spéc. p. 73

(9) Ph. Malaurie, Dictionnaire de la culture juridique, Vo Capacité, PUF-Lamy, 2004, p. 160-167.

(10) En ce sens, J. Hauser, « Les difficultés de la recodification : les personnes », in Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, Dalloz-Litec, 2004, p. 201-218, notamment p. 217, dans le plan proposé du Livre Ier du Code civil. Adde, J. Hauser, « Des incapables aux personnes vulnérables », art. préc

(11) Si la loi est ici d'interprétation stricte, la vulnérabilité n'en est pas moins mal définie. Elle désigne toutes sortes de faiblesses dues à l'âge, la maladie, l'infirmité, une déficience physique ou psychique, mais aussi un état de grossesse s'il est apparent ou connu de l'auteur. V. par exemple, à propos du viol, l'article 222-24, 3o, du Code pénal.

(12) L'incapacité peut se définir comme l'état de la personne majeure qui relève du système tutélaire (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle) afin de la priver, pour la protéger contre elle-même, de la jouissance de certains droits subjectifs dont la gravité lui échapperait ou, si elle reste titulaire desdits droits, d'encadrer leur mise en oeuvre par le recours à l'autorisation, à l'assistance ou la représentation d'un tiers. La notion d'incapacité a d'autres sens, comme celle qui interdit à certains professionnels de recevoir des biens à titre gratuit ; cf. notre étude : « L'incapable résultant du nouveau droit des libéralités et des successions », JCP éd. N 2007, I, 1202, p. 36-42. La diversité de ces significations jette le doute sur l'unité de la notion. C'est pourquoi R. Houin (in « Les incapacités », RTD civ. 1947, p. 383-405) a préféré mettre en avant la distinction entre l'incapacité de protection, sanctionnée par la nullité relative, et l'incapacité d'indisponibilité, sanctionnée par la nullité absolue.

(13) Le tribunal ne saurait refuser l'application d'un texte du droit des régimes matrimoniaux, en l'espèce une demande d'habilitation fondée l'article 219 du Code civil, au seul prétexte que l'état de santé de l'époux justifierait de le placer sous l'empire d'un régime de protection civile : cf. Cass. civ. 1re, 9 novembre 1981, Mme Hyenne Vve Larivière et épx Blanchod c. Maurice Larivière, Bull. civ. I, no 333 ; Defrénois 1982, art. 32851, p. 423-427, obs. G. Champenois ; JCP éd. G 1982, II, 19808, note J. Prévault, cassation de CA Paris, 9 juillet 1980, JCP éd. G 1981, II, 1936, note J. Prévault ; RTD civ. 1982, p. 137-140, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi

(14) Cette expression est empruntée à G. Cornu, Droit civil, Les personnes, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13e éd., 2007, p. 227-238, spéc. no 104 (Annexe : La protection juridique des majeurs)

(15) Pour un commentaire approbatif de la loi du 18 février 1838 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, v. M. Nast, DP 1939, 4, p. 1-12 ; P. Esmein, « La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée » JCP éd. G 1938, I, 55. Contra : H. Lalou, « L'incapacité de l'homme marié », DC 1941, chron., p. 1-4. Précisons que cette loi a été conçue à partir d'un projet de loi déposé au Sénat le 23 juin 1932 par le ministre de la Justice, garde des Sceaux. Sur lequel, v. H. Capitant, « L'abolition de l'incapacité de la femme mariée », DH 1932, chron., p. 97-100 ; P. Voirin, « La suppression de l'incapacité de la femme mariée », DH 1934, chron., p. 65-68. Le projet était beaucoup plus ambitieux, car la consécration de la capacité de la femme mariée devait prendre toute sa mesure dans la refonte du régime légal : en remplaçant la communauté par une séparation de biens avec participation aux acquêts, la capacité de la femme mariée aurait pu devenir effective. Mais, en conservant le régime de communauté, le législateur a donné la capacité d'exercice à la femme mariée sans lui donner de pouvoir de gestion sur les biens communs. Sur les regrets formulés à propos de cette loi essentiellement symbolique, v. L. Julliot de la Morandière, « La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée », DH 1938, chron., p. 25-2

(16) C'était toutefois davantage le mariage que la seule considération du sexe qui était la source de cette inégalité. En ce sens, C. Aubry et C. Rau, Cours de droit civil français, t. 1, LGDJ, 1869, § 86, spéc. p. 362. Pour preuve, la femme mariée devenue veuve retrouvait la pleine capacité promise à ses 21 ans.

(17) Rappelons que le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame en son alinéa 3 que : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme »

(18) Pour une démonstration, v. P. Catala, « La métamorphose du droit de la famille », in 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 341-358 ; G. Cornu, Droit civil, La famille, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 9e éd., 2006, no 6, où l'auteur conclut à une « révolution tranquille ». Adde, parmi de nombreuses et riches études récentes, Ph. Malaurie, « La pensée juridique de Jean Carbonnier », in Hommage à J. Carbonnier (sous l'égide de l'Association Henri Capitant), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 52-60 ; et dans cet ouvrage, P. Catala, « L'esprit de la législation », p. 159-166.

(19) En ce sens, M. Gobert, « L'enfant et les adultes », JCP éd. G 1971, I, 2421, no 3.

(20) Neutralisée par la loi du 18 février 1938, préc. ad notam, l'institution du chef de famille a été réactivée par la loi 22 septembre 1942, y compris au profit de la femme mariée dans le cas singulier d'empêchement du mari. Pour un commentaire, v. H. Solus, « Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942 », RTD civ. 1943, p. 81-98 ; L. Julliot de la Morandière, « La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux », JCP éd. G 1943, I, 304 ; M. de Juglart, « Les pouvoirs de la femme commune en biens depuis la loi du 22 septembre 1942 », JCP éd. G 1943, I, 327.

(21) Bien que le mariage ait eu, à toutes les époques, des adversaires. Sur les courants d'hostilités à cette institution, v. Ph. Malaurie et H. Fulchiron, Droit civil, La famille, éd. Defrénois, 2e éd., 2006, no 127. Pourtant, « le droit au mariage » s'affirme. Sur ce paradoxe, v. F. Terré et D. Fenouillet, Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités, Dalloz, coll. Précis, 7e éd., 2005, no 338.

(22) Cf. art. 428, C. civ. (réd. L. du 5 mars 2007). Rappr., art. 498, C. civ. (réd. L. du 3 janvier 1968)

(23) J. Carbonnier, « L'habilitation de la femme à représenter son mari aliéné, à l'effet de vendre des immeubles de la communauté », note sous CA Poitiers, 13 novembre 1946, Dame Cottet, D. 1947, Juris., p. 397-400 ; Ph. Malaurie, Droit civil, Les personnes, Les incapacités, op. cit., no 750.

(24) M. de Béchillon, « Habilitation judiciaire donnée à un époux pour représenter l'autre sur le fondement de l'article 219 du Code civil », note sous TGI Paris, 11 octobre 1996, D. 1998, Juris., p. 39-42, spéc. p 40 ; V. Larribau-Terneyre, « Le régime matrimonial de l'incapable », JCP éd. N 1999, p. 843-849, spéc. p. 844.

(25) M. Rebourg, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », Dr. Famille, mai 2007, chron. no 16, p. 11-14, spéc. no 13.

(26) M. Culioli, « La maladie d'un époux. Idéalisme et réalisme en droit matrimonial français », RTD civ. 1968, p. 253-285, spéc. p. 262 ; J.-F. Sagaut, « Empêchement ou impéritie des époux : les solutions du droit des régimes matrimoniaux », AJ Famille avril 2003, p. 124-129, spéc. la conclusion ; C. Philippe, « Régimes matrimoniaux et altérations des facultés mentales », Dr. Famille, mai 2006, p. 33-36, spéc. no 10

(27) M. Culioli, « La maladie d'un époux. Idéalisme et réalisme en droit matrimonial français », art. préc. ; V. Larribau-Terneyre, « Le régime matrimonial de l'incapable », art. préc., spéc. p. 847

(28) Cf. art. 495, al. 2, C. civ. : « Il n'y a pas lieu de prononcer cette mesure à l'égard d'une personne mariée lorsque l'application des règles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux permet une gestion satisfaisante des prestations sociales de l'intéressé par le conjoint »

(29) Cf. art. 483, C. civ. : « lorsque les règles du droit... [des] régimes matrimoniaux apparaissent suffisantes pour qu'il soit pourvu aux intérêts de la personne par son conjoint avec qui la communauté de vie n'a pas cessé ».

(30) Ce n'est pas à dire que le choix par les époux de la séparation de biens, dans leur régime matrimonial initial ou après les deux premières années de mariage, signifie nécessairement la défiance. Bien au contraire, les régimes séparatistes sont choisis assez souvent pour protéger le patrimoine d'une personne mariée du droit de gage général des créanciers professionnels de l'autre époux

(31) D. Langé, « Le conjoint de l'aliéné », RTD civ. 1984, p. 33-68, spéc. no 24.

(32) Outre l'article 218 du Code civil, applicable à tous les régimes matrimoniaux, v. les articles 1431 et 1432 régissant la communauté et les articles 1539 et 1540 placés dans le régime de séparation de biens. Parmi les nombreux commentaires, v. G. Cornu, Droit des régimes matrimoniaux, PUF, coll. Thémis, 7e éd., 1995, p. 154-163 (« L'état des questions ») ; A. Colomer, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Litec, 12e éd., 2004, p. 63-80 ; F. Terré et Ph. Simler, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Dalloz, 4e éd., 2005, nos 126 et s., p. 101-115 ; B. Beignier, Les régimes matrimoniaux, Montchrestien, coll. Cours LMD, 2008, nos 25 et s., p. 53-59.

(33) Cas de la vente de l'immeuble affecté au logement de la famille mais qui fut la propriété exclusive de l'époux sain d'esprit. Pour un exemple où la requête a été reçue, v. CA Aix-en-Provence, 13 janvier 2005, Juris-Data no 2005-270338 ; JCP éd G 2005, I, 163, spéc. p. 1564, obs. G. Wiederkehr.

(34) J. David, « Observations sur l'ingérence maritale en régime légal », RTD civ. 1974, p. 1-45, spéc. no 61.

(35) J. Massip, Les incapacités, op. cit., no 582, p. 476-477.

(36) Comme l'avait écrit naguère le Doyen J. Carbonnier (in « L'habilitation de la femme à représenter son mari aliéné ... », note préc., p. 399), on peut ici considérer que « cette clausula generalis embrasse, bien évidemment, dans son indétermination, le cas de la folie comme tous les autres ». L'arrêt commenté était relatif à l'application de l'article 213, alinéa 3, du Code civil, issu de la loi du 22 septembre 1942, selon lequel : « la femme remplace le mari dans sa fonction de chef [de famille] s'il est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause ».

(37) Dans le cas où l'époux dont les facultés mentales altérées ne manifeste pas de refus, l'époux requérant a le choix du fondement : il peut aussi fonder sa demande sur l'article 217 du Code civil. Le juge des tutelles reste compétent, comme l'indique l'article 1286, alinéa 2, du Code de procédure civile.

(38) V. les anciens art. 1505 et 1506, C. civ.

(39) L'arrêt ajoute : « L'article 219 du Code civil, en permettant à un époux de représenter son conjoint dans l'exercice des pouvoirs du régime matrimonial, vise donc tous les pouvoirs d'ordre patrimonial sans exclure ceux de l'époux séparé de biens sur ses biens personnels », cf. Cass. civ. 1re, 1er octobre 1985, Yves-Marie Larivière c. Dame Hyenne, Vve Larivière et Epx Blanchod, Bull. civ. I, no 236 ; JCP éd. N 1986, II, p. 249-250, obs. Ph. Simler.

(40) En ce sens, M. Douchy-Oudot, « Contentieux familial », D. 2005, Pan., p. 1821-1827, spéc. p. 1825.

(41) Ministre de l'Economie, des finances et de l'industrie, ministre de la Justice, garde des Sceaux et ministre de l'Emploi et de la solidarité. Sur ce rapport et ses conclusions, v. F. Delbano, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », D. 1999, chron., p. 408-413, spéc. p. 411, où l'auteur, qui est magistrat, met en évidence que la complexité de la saisine du tribunal de grande instance fut un frein au respect du principe de subsidiarité

(42) Sur ce rayonnement limité de l'acte imposé, v. J.-C. Montanier, « L'autorisation de justice en droit matrimonial (propositions pour une interprétation nouvelle de l'article 217 du Code civil) », RTD civ. 1984, p. 1-32, spéc. p. 11.

(43) Distincte de l'application des mesures de crise conjugale, la tutelle de fait désigne la situation où « une personne exercera sans droit les fonctions de tuteur d'un majeur ». Sur cette définition et pour un exposé, v. L. Leveneur, Situations de fait et droit privé, préface M. Gobert, thèse, coll. Bibl. de dr. privé, LGDJ, t. 212, 1990, spéc. no 31, in fine et, plus généralement, p. 37-44.

(44) Sur les personnes pouvant provoquer l'ouverture de la tutelle, v. J. Massip, Les incapacités, op. cit., nos 544-546.

(45) Sur laquelle, v. notamment J. Hauser, « La famille et le conjoint d'abord », RTD civ. 1999, p. 814.

(46) A.-M. Leroyer, « Chron. légis. franç. », art. préc., spéc. p. 404. Rappr. : M. Gobert et G. Durry, « La réforme de l'administration légale et de la tutelle à l'épreuve du temps », in Mélanges en hommage à J. Foyer, Leges tulit, jura docuit, PUF, 1997, p. 377-390, spéc. p. 383 et

(47) Cf. art. 414-1, C. civ. (réd. L. du 5 mars 2007). Rappr. : art. 489, C. civ. (réd. L. du 3 janvier 1968).

(48) Contra : C. Aubry et C. Rau, Droit civil français, t. VIII, Régimes matrimoniaux, 7e éd., par A. Ponsard, Litec, 1973, no 117, spéc. p. 215, texte et note 82.

(49) Cf. G. Cornu, Droit des régimes matrimoniaux, op. cit., p. 239 ; G. Champenois, Les régimes matrimoniaux, Armand Colin, coll. U, 2e éd., 1995, no 205.

(50) En ce sens : C. Philippe, « Régimes matrimoniaux et altérations des facultés mentales », art. préc., no 7. La question est cependant peu étudiée en doctrine. Les auteurs raisonnant surtout sur le cas du mineur : v. A. Colomer, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, op. cit., no 347 ; F. Terré et Ph. Simler, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, op. cit., no 242, texte et note 2 ; Ph. Malaurie, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, éd. Defrénois, 3e éd., 2007, no 248

(51) V. par exemple : Cass. civ. 1re, 6 janvier 2004, Dr. Famille 2004, comm. no 57, note T. Fossier ; D. 2004, Juris., p. 1856-1857, obs. Ph. Delmas-Saint-Hilaire. Les auteurs approuvent cet arrêt, car le juge de l'homologation a les moyens d'apprécier, par le prisme de l'intérêt de la famille, si l'intérêt du majeur protégé a été suffisamment pris en compte par la convention modificative

(52) Pour un commentaire, v. B. Beignier et alii, « Le changement de régime matrimonial depuis le 14 janvier 2007. Loi du 23 juin 2006 réformée par la loi du 5 mars 2007 », Dr. Famille, avril 2007, étude no 11, p. 8 à 15, spéc. no 16.

(53) Soit le tribunal de grande instance de la résidence de la famille : article 1300 du Code de procédure civile.

(54) Cass. civ. 1re, 6 janvier 1976, Epoux Alessandri, D. 1976, Juris., p. 253 et s., note A. Ponsard ; JCP éd. G 1976, II, 18461, note J. Patarin ; RTD civ. 1978, p. 123 et s., note R. Nerson ; H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1, Dalloz, 12e éd., 2007, no 90, p. 532 à 540 ; adde, M. Henry, « L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux », D. 1979, chron., p. 179-188.

(55) Ph. Malaurie, Droit civil, Les personnes, Les incapacités, op. cit., no 694.

(56) Parmi de nombreux dossiers d'études, v. Les petits frères des pauvres, Infos, no 4, mars 2007, p. 8-9.

(57) J. Carbonnier, « L'habilitation de la femme à représenter son mari aliéné ... », note préc., p. 398-399.

(58) J. Massip, Les incapacités, op. cit., no 633, in fine.

(59) V. art. 512, C. civ.

(60) V. art. 514, al. 3, C. civ.

(61) V. art. 441 et 453, C. civ., combinés.

(62) Il faut ici préciser que le juge peut juger que la communauté de vie n'a pas cessé lorsque c'est en raison de la maladie de l'époux placé sous curatelle que les époux ont choisi de résider dans des lieux distincts (hospitalisation de longue durée, internement, long séjour en maison de convalescence ou de retraite). V. par exemple, Cass. civ. 1re, 28 mai 1991, Defrénois 1991, art. 35142, no 98, p. 1259-1260, obs. J. Massip.

(63) Pour un exemple, v. Cass. civ. 1re, 11 mai 1999, JCP éd. G 1999, II, 10143, note T. Fossier. En l'espèce, la cause interdisant de confier la tutelle à l'époux était de préserver la paix des familles et de maintenir un tiers neutre en qualité de gérant de la tutelle, puisque le conjoint et sa belle-famille étaient en conflit.

(64) Cass. civ. 1re, 18 février 1981, Mme Vve Hyenne et Epx Blanchod c. Maurice Larivière, Bull, civ. I, no 60 ; Defrénois, 1981, art. 32697, p. 694, obs. G. Champenois ; JCP éd. N 1981, II, p. 155-156, note Ph. Rémy. En l'espèce, sur les précautions à prendre dans le cas où l'époux serait évincé de la mission de tuteur ou de curateur, v. J. Flour et G. Champenois, Les régimes matrimoniaux, op. cit., no 134.

(65) Sur le cumul des mesures de protection civile (Loi du 3 janvier 1968) et de la tutelles aux prestations sociales (Loi du 18 octobre l966), v. Cass. civ. 1re, 18 avril 1989, Bull. civ. I, no 516 ; D. 1989, Juris., p. 493, note J. Massip ; JCP éd. G 1990, II, 21467, note T. Fossier ; Cass. civ. 1re, 3 juin 1998, Dr. Famille 1998, comm. no 177, note B. Beignier ; Cass. civ. 1re, 14 juin 2000, Dr. Famille, 2000, comm. no 135, note T. Fossier.

(66) Pour un commentaire, v. T. Fossier, « Le divorce des incapables », JCP éd. G 2005, I, 216. V. aussi J. Klein et F. Gemignani, « Du mariage et du divorce de la personne protégée (de quelques particularités liées à la conclusion ou à la rupture de l'union) », Defrénois 2006, art. 38404, p. 887-897, spéc. p. 892 et s.

(67) En ce sens T. Fossier, « La protection de la personne, un droit flexible », Dr. Famille, mai 2007, étude no 17, p. 15-20, spéc. no 16 : « Le divorce du majeur protégé, réformé par la loi du 26 mai 2004, n'appelle pas de commentaires nouveaux ».

(68) Cf. J. Carbonnier, Droit civil, t. 2, La famille, l'enfant, le couple, PUF, coll. Thémis, 21e éd., 2002, p. 435. Formule qui figure, depuis 1999, dans la 20e édition où l'étude de la condition de l'enfant passe devant celle relative au couple, p. 412. Jusqu'à cette édition, l'auteur écrivait que « c'est, au fond, l'amour qui est visé dans l'article 146 », v. par exemple, La famille, 8e éd., 1969, no 11, p. 43 ; 13e éd., 1989, no 36, p. 71 ; 19e éd., 1998, no 36, p. 76.

(69) V. F. Dekeuwer-Defossez, « L'accueil en législation », in Hommage à J. Carbonnier, art. préc., p. 207-220, spéc. p. 215. Précisons toutefois que dans ce texte écrit pour le 20 janvier 2006 célébrant à Poitiers « Carbonnier, le législateur », son auteur reconnaît que le droit des majeurs protégés est « encore intégralement en vigueur », ajoutant que c'est une « question de mois ». Sans aucun esprit de louange, en revanche, elle pointe le droit des régimes matrimoniaux : « Carbonnier avait parfaitement conscience du caractère inachevé de sa réforme, et du fait qu'une véritable égalité serait un jour consacrée. On peut donc sans hésitation classer la loi du 23 décembre 1985 dans les " lois de perfection ". Il n'en demeure pas moins que le résultat est très nettement différent de ce qui a été voté à l'origine ». Notre étude montre au contraire, même si l'angle de la recherche est étroit, que le régime primaire est intact pour l'essentiel : ni la loi du 23 décembre 1985, ni celle du 5 mars 2007 n'ont corrigé les mesures matrimoniales de crise. Bien au contraire, la re-réforme du divorce opérée par la loi 26 mai 2004 ajoute même une mesure de restriction à l'article 220-1 du Code civil.

🡪 Laurence Mauger-Vielpeau, Une nouvelle réforme de l’ordonnance de protection, Dr. fam. 2020, Etude 11.

**L'ordonnance de protection, introduite dans notre droit aux [articles 515-9 à 515-13 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R1%22,%22title%22:%22articles%20515-9%20à%20515-13%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-9%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent)** **[Note 1](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20%C3%A9tude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \l "ffam2003et00011_1) , fait encore l'objet d'une nouvelle réforme destinée à en développer l'utilisation. On peut espérer que les compléments apportés par la [loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R2%22,%22title%22:%22loi%20n° 2019-1480%20du%2028 décembre%202019%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent) y contribueront sous certaines réserves procédurales qui devront être levées par le décret d'application.**

1. - Parmi les mesures retenues pour lutter contre les violences faites aux femmes, figure l'ordonnance de protection qui fait l'objet de nouvelles dispositions. Celle-ci a été créée, il y a une dizaine d'années seulement, par la [loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R3%22,%22title%22:%22loi%20n° 2010-769%20du%209 juillet%202010%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent) relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, loi qui s'est avérée, très vite, trop peu protectrice des femmes. Quatre ans plus tard, le législateur tente d'améliorer le dispositif avec la [loi n° 2014-873 du 4 août 2014](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R4%22,%22title%22:%22loi%20n° 2014-873%20du%204 août%202014%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent) pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes. Le résultat est resté très décevant, pour ne pas dire alarmant. Le dernier rapport établi en la matière[Note 2](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20%C3%A9tude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \l "ffam2003et00011_2) montre le faible volume d'ordonnances de protection délivrées sur le territoire national et surtout les différences de pratiques en la matière suivant les juridictions. La [loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R5%22,%22title%22:%22loi%20n° 2019-1480%20du%2028 décembre%202019%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent) visant à agir contre les violences au sein de la famille[Note 3](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20%C3%A9tude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \l "ffam2003et00011_3) tend de nouveau à remédier aux insuffisances du dispositif : les conditions de délivrance de l'ordonnance de protection **(A)**, la procédure la régissant **(B)** et les mesures susceptibles d'être ordonnées par le juge aux affaires familiales **(C)** évoluent.

## 1. Les conditions de délivrance de l'ordonnance de protection

2. - La loi du 28 décembre 2019 introduit deux modifications majeures relatives aux modes de vie des couples concernés et à la non-exigence d'une plainte pénale préalable.

3. - D'une part, les membres du couple (mariés, pacsés ou en concubinage ou anciens époux, anciens partenaires de pacs ou anciens concubins) au sein duquel les violences ont été exercées peuvent ne pas vivre ensemble, voire même n'avoir jamais vécu ensemble. En effet, la condition de cohabitation est expressément écartée par l'[article 515-9 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R7%22,%22title%22:%22article 515-9%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-9%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent) qui vise tant le couple actuel, *« y compris lorsqu'il n'y a pas de cohabitation »*, que le couple passé, *« y compris lorsqu'il n'y a jamais eu de cohabitation »*. On comprend l'objectif du législateur qui consiste à appliquer le dispositif à toute forme de vie conjugale, présente ou passée. La formule est étonnante. Elle fait peu de cas de la communauté de vie en mariage *([C. civ., art. 215](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R8%22,%22title%22:%22C.%20civ.,%20art. 215%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22215%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent))* et en pacs *([C. civ., art. 515-1 et 515-4](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R9%22,%22title%22:%22C.%20civ.,%20art. 515-1%20et%20515-4%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-1%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent))*, condition même de validité de l'union. Mais peu importe ! Elle remédie surtout aux lacunes de la définition contestable et contestée du concubinage qui retient qu'il s'agit d'une *« union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité » ([C. civ., art. 515-8](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R10%22,%22title%22:%22C.%20civ.,%20art. 515-8%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-8%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent))*. Cet ajout est inspiré du droit pénal *([C. pén., art. 132-80](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R11%22,%22title%22:%22C.%20pén.,%20art. 132-80%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22132-80%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent))*. Il en ressort une conception autonome de la vie de couple propre à l'ordonnance de protection. Nécessité fait loi.

4. - D'autre part, il est formellement énoncé que la délivrance de l'ordonnance de protection *« n'est pas conditionnée à l'existence d'une plainte pénale préalable » ([C. civ., art. 515-10](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R12%22,%22title%22:%22C.%20civ.,%20art. 515-10%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-10%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent))*, laquelle ne constitue donc ni une condition de recevabilité, ni une condition de bien-fondé de la mesure. On ne peut que se satisfaire de cette adjonction qui évitera des refus d'octroi par certains juges aux affaires familiales d'une ordonnance de protection en l'absence d'une telle plainte, comme le faisaient certains, ladite condition étant devenue *contra legem.*

5. - On peut aussi espérer que cette exclusion rende les magistrats – les juges aux affaires familiales comme le ministère public – moins exigeants quant aux modes de preuve de la vraisemblance des faits de violence allégués et à l'appréciation du danger auquel la victime ou un ou plusieurs enfants sont exposés. En effet, les moyens de preuve exigés pour établir le caractère vraisemblable des violences sont parfois drastiques : une plainte pénale ou à tout le moins une main-courante, un certificat médical, de multiples attestations... Quant au danger, il est parfois considéré comme n'existant plus au moment de l'audience car la victime est provisoirement à l'abri ou parce que les violences n'ont pas été suffisamment répétées. Évidemment, les situations de violence psychologique sont beaucoup plus difficiles à démontrer que les violences physiques dont les caractéristiques peuvent être affichées plus ostensiblement. Sur ce point, on peut regretter que la nouvelle réforme ne prenne pas en compte expressément le particularisme des situations de violence psychologique, même si elles accompagnent, le plus souvent, les actes de violence physique.

## 2. La procédure régissant l'ordonnance de protection

6. - Les [articles 515-10 et 515-11 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R13%22,%22title%22:%22articles%20515-10%20et%20515-11%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-10%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent) apportent deux précisions importantes en ce qui concerne la procédure. Si la première n'appelle pas de remarque particulière, la seconde laisse pour le moins perplexe.

7. - En premier lieu, l'article 515-10 *in fine* confère un caractère obligatoire au caractère non public de l'audience qui désormais *« se tient en chambre du conseil »* alors que ce n'était qu'une simple faculté auparavant. En outre, *« à la demande de la partie demanderesse, les auditions se tiennent séparément »*. La possibilité d'auditions séparées existait déjà, mais l'initiative en revient désormais à la victime qui la sollicitera si elle souhaite ne pas se retrouver au contact de son bourreau. Il ne faut toutefois pas omettre qu'il s'agit d'une procédure contradictoire ; il convient donc de veiller à ce que le défendeur ait connaissance des éléments produits ou relatés par la victime contre lui lors de son audition pour éventuellement y apporter une contradiction.

8. - En second lieu, l'[article 515-11 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R14%22,%22title%22:%22article 515-11%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-11%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent) précise désormais que le juge aux affaires familiales doit délivrer l'ordonnance *« dans un délai maximal de six jours à compter de la fixation de la date de l'audience »*. La longueur du délai de délivrance des ordonnances de protection constitue l'un des dysfonctionnements majeurs du système : le délai moyen de délivrance a été estimé, en 2016, à 42,4 jours[Note 4](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20%C3%A9tude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \l "ffam2003et00011_4) . C'est négliger le caractère urgent d'une procédure censée protéger rapidement les femmes victimes de violences conjugales. À l'origine, la loi du 9 juillet 2010 ne prévoyait aucun délai. La question fut discutée à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2014, laquelle a retenu en définitive que « l'ordonnance de protection est délivrée dans les meilleurs délais », expression bien vague et incertaine qui n'a pas accéléré le délai de délivrance des ordonnances de protection. Bien au contraire, celui-ci s'est encore accru.

9. - Dans la proposition de loi enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale, le 28 août 2019, était visé « un délai de cent quarante-quatre heures maximal à compter du jour de la saisine »[Note 5](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20%C3%A9tude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \l "ffam2003et00011_5) , soit six jours. En définitive, les parlementaires ont opté pour un délai maximal de six jours à compter de la fixation de la date de l'audience. On peut s'interroger sur la cause de ce changement de rédaction. Les travaux parlementaires nous éclairent : « cette nouvelle rédaction permettra au magistrat de porter une appréciation sur la recevabilité de la requête avant que la partie défenderesse prenne connaissance de l'affaire. Il s'agit donc d'un moment au cours duquel la victime de violence ne subit pas un risque supplémentaire imputable aux lenteurs de la procédure. Cette évolution permet également à la juridiction d'organiser plus facilement son activité et de faire du traitement des ordonnances de protection une priorité »[Note 6](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20%C3%A9tude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \l "ffam2003et00011_6) . Ce n'est pourtant pas si évident...

10. - Rappelons qu'au vu du Code de procédure civile en vigueur, le juge aux affaires familiales est saisi par une requête remise ou adressée au greffe *([CPC, art. 1136-3](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R17%22,%22title%22:%22CPC,%20art. 1136-3%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221136-3%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent))* ou par voie d'assignation, selon la nouvelle procédure accélérée au fond devant les juridictions judiciaires *([D. n° 2019-1419, 20 déc. 2019](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R18%22,%22title%22:%22D. n° 2019-1419,%2020 déc.%202019%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent) : JO 22 déc. 2019, texte n° 2)*. En effet, l'[article 1136-4 du Code de procédure civile](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R20%22,%22title%22:%22article 1136-4%20du%20Code%20de%20procédure%20civile%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221136-4%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent) prévoit que *« le demandeur peut également former sa demande par assignation à une date d'audience communiquée au demandeur selon les modalités définies à l'article 751 »*.

11. - Retenir comme point de départ ou *dies a quo* du délai de six jours la fixation de la date de l'audience et non la saisine du magistrat offre effectivement à ce dernier plus de latitude en cas de requête, comme le suggère le rapport parlementaire précité. Temps lui est ainsi laissé d'apprécier l'urgence de la situation au vu du dossier et de fixer une date en conséquence, laquelle pourra notamment être supérieure à six jours après le dépôt de la requête du demandeur. C'est d'ailleurs la situation actuelle et on ne voit pas en quoi la procédure se trouverait de ce point de vue accélérée, si ce n'est – une fois la date fixée – de devoir délivrer l'ordonnance de protection dans les six jours. Là encore, chaque juge aux affaires familiales appréciera. Certains seront plus enclins à la célérité que d'autres pour fixer la date de l'audience... Considérer alors que la victime de violences « ne subit pas un risque supplémentaire imputable aux lenteurs de la procédure » est pour le moins discutable.

12. - En revanche, dans l'hypothèse d'une assignation soumise à la nouvelle procédure accélérée au fond devant les juridictions judiciaires, la procédure pourrait en l'état des textes être plus rapide – même si le juge aux affaires familiales peut aussi prendre le temps d'apprécier le dossier avant de communiquer une date au demandeur – si l'on considérait que la date d'audience communiquée au demandeur présupposerait sa fixation à partir de laquelle commencerait à courir le délai de six jours... Pour le moins, elle serait fixée au moment de sa communication au demandeur. Dans l'intervalle, il faudrait que l'assignation ait été délivrée par l'huissier de justice, qu'une copie de l'assignation ait été remise au greffe pour saisir le magistrat, que l'audience soit intervenue... Il semble indispensable qu'un décret soit adopté pour éclairer les praticiens sur l'application de cette nouvelle procédure applicable à l'ordonnance de protection, particulièrement sur le point de départ du délai de six jours. Plus généralement, que l'on soit en présence d'une requête ou d'une assignation, il faudra expliciter le point de départ du délai : à quel acte (matériel ou processuel) faut-il rattacher la fixation de la date de l'audience ? Quant au délai de six jours en cas de saisine du magistrat par requête, il rend impossible la convocation des parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception par le greffe *([CPC, art. 1136-3](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R21%22,%22title%22:%22CPC,%20art. 1136-3%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221136-3%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent))*. Il est sans doute destiné à développer la convocation des parties par voie administrative (par officier de police judiciaire), dont il ne faut pourtant pas omettre les conditions, car elle n'intervient qu'*« en cas de danger grave et imminent pour la sécurité d'une personne concernée par une ordonnance de protection ou lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen de notification » ([CPC, art. 1136-3](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R22%22,%22title%22:%22CPC,%20art. 1136-3%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221136-3%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent))*. Encore faut-il que les services de police et de gendarmerie aient le temps et les moyens d'y procéder... Le juge aux affaires familiales devra, en outre, veiller à ce que les droits de la défense de l'auteur des violences soient respectés. À défaut, il n'aura d'autre choix que de renvoyer et ne pourra pas délivrer l'ordonnance dans le délai imparti...

13. - Cela étant dit, quant à la prétendue obligation qui incombe désormais aux juges aux affaires familiales de délivrer l'ordonnance de protection *« dans un délai maximal de six jours à compter de la fixation de la date de l'audience »*, on peine à en déterminer la sanction. Hormis une éventuelle responsabilité de l'État... Il n'est donc pas assuré que ce nouveau dispositif donne plus de résultats que le précédent.

## 3. Les mesures ordonnées par le juge aux affaires familiales

14. - En ce qui concerne les mesures susceptibles d'être ordonnées, le magistrat doit désormais recueillir les observations des parties sur chacune des mesures prévues par la loi *([C. civ., art. 515-11, al. 1er](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R23%22,%22title%22:%22C.%20civ.,%20art. 515-11,%20al. 1er%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-11%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent))*. Il s'agit de faire du « sur-mesure » et de vérifier, dans chaque espèce, la pertinence de telle ou telle mesure. Surtout, cela va permettre aux parties de faire de nouvelles demandes à l'occasion de l'audience, particulièrement si elles ne sont pas assistées d'un avocat. À l'inverse, l'avocat du demandeur veillera à se prononcer sur l'application – ou la non-application – de toutes les mesures prévues par la loi dès l'acte introductif d'instance et celui du défendeur par voie de conclusions ou à l'audience et le juge aux affaires familiales statuera sur chacune d'elles.

15. - À ce titre, de nouvelles mesures sont créées. Elles sont issues pour l'essentiel du droit pénal. D'abord, une nouvelle interdiction peut être imposée à la partie défenderesse : celle de se rendre dans certains lieux, spécialement désignés par le juge aux affaires familiales, dans lesquels se trouve de façon habituelle la partie demanderesse *([C. civ., art. 515-11, 1° bis](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R24%22,%22title%22:%22C.%20civ.,%20art. 515-11,%201°%20bis%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-11%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent))*. Il s'agit d'éviter tout contact avec la victime. Du fait de l'atteinte à la liberté d'aller et venir du défendeur qu'elle représente, le juge aux affaires familiales devra désigner certains lieux spéciaux avec vigilance et mesure. On pense bien entendu au logement de la victime ou à son lieu de travail, voire à l'école en présence d'enfants. Ensuite, est proposée à la partie défenderesse une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique ou un stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et sexistes. En cas de refus de la partie défenderesse, le juge aux affaires familiales en avise immédiatement le procureur de la République *([C. civ., art. 515-11, 2°](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R25%22,%22title%22:%22C.%20civ.,%20art. 515-11,%202°%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-11%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent) bis)*. Que fera alors ce dernier ? Rien n'est dit... On ne peut cependant que se féliciter de cette nouvelle mesure destinée à aider l'auteur des violences à remédier à ses démons, s'il en est d'accord, car c'est une proposition, pas une injonction, comme en matière pénale. Pour autant, les thérapies en la matière donnent des résultats plutôt satisfaisants. Enfin, le port d'un bracelet électronique anti-rapprochement est introduit dans l'arsenal des mesures de l'ordonnance de protection à l'[article 515-11-1 nouveau du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R26%22,%22title%22:%22article 515-11-1%20nouveau%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-11-1%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent) [Note 7](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20%C3%A9tude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \l "ffam2003et00011_7) . C'est un dispositif électronique mobile anti-rapprochement permettant de signaler, à tout moment, que la partie défenderesse se trouve à moins d'une certaine distance de la partie demanderesse fixée par l'ordonnance. Il est toutefois conditionné au consentement des deux parties. En cas de refus de la partie défenderesse, faisant obstacle au prononcé de cette mesure, le juge aux affaires familiales en avise immédiatement le procureur de la République. Que fera alors ce dernier ? Toujours aucune précision dans les textes... Surtout, le port d'un bracelet électronique anti-rapprochement constitue une mesure accessoire d'une autre mesure : l'interdiction faite à la partie défenderesse de recevoir ou de rencontrer certaines personnes spécialement désignées par le juge aux affaires familiales, ainsi que d'entrer en relation avec elles, de quelque façon que ce soit. On pense à la victime directe elle-même ou aux enfants exposés à la violence. Il s'agit alors de renforcer l'exécution de cette interdiction. Mais que se passera-t-il en cas de non-respect de la distance fixée par l'ordonnance de protection ? Qui pourra intervenir ? Dans quel délai ? Un décret devrait en préciser les conditions et les modalités dans la mesure où il fait l'objet d'un traitement de données à caractère personnel.

16. - Cette interdiction à la partie défenderesse de recevoir ou de rencontrer certaines personnes est accompagnée de deux autres protections. D'une part, si le juge aux affaires familiales décide de ne pas interdire la détention ou le port d'arme, sa décision doit être spécialement motivée *([C. civ., art. 515-11, 2°](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R27%22,%22title%22:%22C.%20civ.,%20art. 515-11,%202°%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-11%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent))*. Au sujet de cette mesure, un article L. 312-3-2 est créé, dans le Code de la sécurité intérieure, afin d'interdire l'acquisition et la détention d'armes de toutes catégories par les personnes faisant l'objet d'une interdiction de détention ou de port d'arme dans le cadre d'une ordonnance de protection en application [du 2° de l'article 515-11 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R28%22,%22title%22:%22du%202°%20de%20l'article 515-11%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-11%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent). D'autre part, le juge doit spécialement motiver sa décision s'il décide de ne pas ordonner l'exercice du droit de visite du parent violent dans un espace de rencontre désigné ou en présence d'un tiers de confiance, comme le prévoit l'[article 373-2-9 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R29%22,%22title%22:%22article 373-2-9%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22373-2-9%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent), auquel l'article 515-11, 5° du même code renvoie. C'est dire qu'en cas d'interdiction de tout contact avec la victime, le principe est d'interdire à l'auteur des violences la détention ou le port d'une arme et lui imposer d'exercer son droit de visite en lieu neutre ou avec un tiers de confiance. On ne peut que se satisfaire de ces ajouts qui vont permettre de renforcer l'effectivité de l'absence de toute relation entre le bourreau et sa victime, souvent terrorisée à l'idée de le croiser... Dans le même ordre d'idées, l'[article 373-2-10 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R30%22,%22title%22:%22article 373-2-10%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22373-2-10%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent) a été fort heureusement complété pour que le juge aux affaires familiales ne propose plus une médiation familiale *« si des violences sont alléguées par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant »*. On sait que, là encore, la mise en présence est insupportable pour la victime ou les victimes apeurées, et surtout qu'aucun dialogue constructif et respectueux n'est possible en raison du lien de domination établi entre les personnes concernées. Quant à l'interdiction de la détention ou du port d'une arme, c'est un moyen de lutter contre les « féminicides », lequel n'y mettra certainement pas fin, mais contribuera à en limiter la possibilité.

17. - En ce qui concerne l'attribution de la jouissance du logement, l'article 515-11, 3° et 4° du Code civil a été réécrit afin de souligner que la jouissance du logement conjugal ou commun est attribuée à la victime des violences, si elle en fait la demande. C'est une précision bienvenue, car il arrive que celle-ci ne souhaite pas rester dans les lieux qui ont été le théâtre des violences subies tant dans son intérêt que dans celui des enfants. En revanche, exiger du juge aux affaires familiales une ordonnance spécialement motivée pour le cas où il ne la lui attribuerait pas et l'attribuerait donc à l'auteur des violences, alors que le texte lui imposait déjà – et lui impose toujours – de justifier de circonstances particulières, semble superfétatoire. Il serait bon de ne pas imposer trop de contraintes formelles à ces magistrats si on veut qu'ils rendent rapidement des ordonnances de protection... À propos du logement, l'article 15 de la loi du 28 décembre 2019 met en place, à titre expérimental, pour une durée de trois ans, de nouveaux moyens intéressants pour que les victimes de violences puissent se reloger. Ainsi sera mise en place la location par des organismes HLM de logements à des établissements ayant pour objet de les sous-louer à titre temporaire aux victimes de violences bénéficiant d'une ordonnance de protection. De même, sera institué, au profit de ces mêmes victimes, sur l'ensemble du territoire national, un dispositif d'accompagnement adapté pour les aider à fournir un dépôt de garantie ou des garanties locatives et payer les premiers mois de loyer.

18. - En définitive, les modifications apportées par la loi du 28 décembre 2019 sont, pour la plupart, bienvenues, hormis les incertitudes entourant le nouveau délai de six jours à compter de la fixation de la date de l'audience, et devraient encourager l'usage de l'ordonnance de protection sur l'ensemble du territoire national. Néanmoins, on regrettera, dans un contexte de réduction des moyens humains et financiers dans le domaine de la Justice, comme dans de nombreux services publics, que n'ait pas été créé un juge des violences conjugales, spécialement délégué à cette fonction. Ce juge serait notamment à même de délivrer, très rapidement, des ordonnances de protection lorsque ses conditions d'octroi sont réunies. Il aurait pu statuer sur le volet pénal de ces violences, à l'image de ce qu'a mis en place l'Espagne, dont les réformes en matière de violences conjugales et les très bons résultats obtenus ont inspiré la loi du 28 décembre 2019.

[Note 1](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20%C3%A9tude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \l "Note_1) *[L. n° 2010-769, 9 juill. 2010](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R34%22,%22title%22:%22L.%20n° 2010-769,%209 juill.%202010%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent)* .

[Note 2](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20%C3%A9tude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \l "Note_2) *S. Jouanneau (dir.), Violences conjugales. Protection des victimes : usages et conditions d'application dans les tribunaux français des mesures de protection des victimes de violences au sein du couple, rapport final de recherche : Mission de recherche Droit et Justice, 2019*.

[Note 3](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20%C3%A9tude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \l "Note_3) *JO 29 déc. 2019, texte n° 2* .

[Note 4](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20%C3%A9tude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \l "Note_4) *Min. Justice, Infostat Justice, sept. 2019, n° 17*.

[Note 5](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20%C3%A9tude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \l "Note_5) *Prop. loi, art. 2*.

[Note 6](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20%C3%A9tude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \l "Note_6) *Rapp. AN n° 2283, 2 oct. 2019, A. Pradié.*

[Note 7](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20%C3%A9tude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \l "Note_7) *Créé par [L. n° 2019-1480, 28 déc. 2019, art. 4](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview3_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R36%22,%22title%22:%22L. n° 2019-1480,%2028 déc.%202019,%20art. 4%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%224%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-589014_0KTM%22%7d" \t "_parent)* .

🡪 Laurence Mauger-Vielpeau, Ordonnance de protection : un décret chasse l’autre, Dr. fam. 2020, comm. 17.

**Le [décret d'application du 27 mai 2020](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R1%22,%22title%22:%22décret%20d'application%20du%2027 mai%202020%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) de la loi du 28 décembre 2019 relatif à l'ordonnance de protection prévoyait de nouvelles règles procédurales contraignantes, voire dissuasives, pour les victimes de violences intra-familiales. C'est pourquoi un autre [décret en date du 3 juillet 2020](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R3%22,%22title%22:%22décret%20en%20date%20du%203 juillet%202020%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) a rapidement été adopté pour corriger ces malfaçons.**

[D. n° 2020-636, 27 mai 2020](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R4%22,%22title%22:%22D.%20n° 2020-636,%2027 mai%202020%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) portant application des [articles 2 et 4 de la loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R5%22,%22title%22:%22articles%202%20et%204%20de%20la%20loi%20n° 2019-1480%20du%2028 décembre%202019%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%222%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) visant à agir contre les violences au sein de la famille : JO 28 mai 2020, texte n° 2, mod. par [D. n° 2020-841, 3 juill. 2020](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R7%22,%22title%22:%22D. n° 2020-841,%203 juill.%202020%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) modifiant les [articles 1136-3 du Code de procédure civile](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R8%22,%22title%22:%22articles%201136-3%20du%20Code%20de%20procédure%20civile%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221136-3%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) et [R. 93 du Code de procédure pénale](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R9%22,%22title%22:%22R. 93%20du%20Code%20de%20procédure%20pénale%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22R.%2093%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) : JO 4 juill. 2020, texte n° 9

## Note :

Le [décret du 27 mai 2020](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R11%22,%22title%22:%22décret%20du%2027 mai%202020%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) était attendu depuis la récente réforme du régime juridique de l'ordonnance de protection résultant de la [loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R12%22,%22title%22:%22loi%20n° 2019-1480%20du%2028 décembre%202019%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) visant à agir contre les violences au sein de la famille *(P. Bonfils, Le renforcement de la lutte contre les violences au sein de la famille, Commentaire de la loi du 28 décembre 2019 : [Dr. famille 2020, étude 10](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R14%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20étude%2010%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent). – L. Mauger-Vielpeau, Une nouvelle réforme de l'ordonnance de protection : [Dr. famille 2020, étude 11](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R15%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20étude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent))*. En effet, celle-ci a notamment modifié l'[article 515-11 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R16%22,%22title%22:%22article 515-11%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-11%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) en prévoyant que le juge aux affaires familiales délivre l'ordonnance de protection dans un délai maximal de six jours à compter de la fixation de la date de l'audience. Même si le texte ne prévoit aucune sanction, comme le souligne la circulaire de présentation des nouveaux textes *(Circ. n° CRIM/2020-3/H2, 23 janv. 2020)*, « ce délai, qui ne s'impose donc pas aux parties mais au juge, nécessite toutefois l'organisation au sein des juridictions d'un circuit de traitement garantissant une décision rapide, dans le respect du principe du contradictoire et des droits du défendeur ». Toutefois, comme il avait alors été exposé, il semblait indispensable qu'un décret soit adopté pour éclairer les praticiens sur l'application de cette nouvelle procédure régissant l'ordonnance de protection, particulièrement sur le point de départ du délai de six jours. Plus précisément, il fallait expliciter le point de départ du délai, l'acte (matériel ou processuel) auquel serait rattachée la fixation de la date de l'audience *([Dr. famille 2020, étude 11](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R17%22,%22title%22:%22Dr.%20famille%202020,%20étude%2011%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent), L. Mauger-Vielpeau, préc., spéc. n° 12)*. C'est l'un des objets du [décret du 27 mai 2020](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R18%22,%22title%22:%22décret%20du%2027 mai%202020%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) qui était annoncé par la circulaire afin d'organiser un nouveau cadre procédural et de formaliser l'acte de fixation de la date d'audience. C'est donc chose faite. Pour le reste, ce décret a mis en place un dispositif contraignant préjudiciable aux victimes de violences. Plusieurs associations de défense des victimes se sont à juste titre insurgées contre ce texte, ce qui a donné lieu à sa réécriture partielle par le [décret du 3 juillet 2020](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R19%22,%22title%22:%22décret%20du%203 juillet%202020%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent).

Ainsi, il a été décidé de revoir les modes de saisine du juge aux affaires familiales. La faculté pour le demandeur de former sa demande par assignation en la forme des référés est supprimée (l'[ancien article 1136-4 du CPC](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R20%22,%22title%22:%22ancien%20article 1136-4%20du%20CPC%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221136-4%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) est abrogé). Elle n'a plus lieu d'être car l'[article 1136-3 du CPC](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R21%22,%22title%22:%22article 1136-3%20du%20CPC%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221136-3%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent), qui a été réécrit, prévoit une nouvelle procédure propre à la délivrance d'une ordonnance de protection. Les parties ne sont plus convoquées à l'audience par le greffier par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Désormais, le juge est saisi par voie de requête remise ou adressée au greffe (qui doit comporter, à peine de nullité, outre les mentions prescrites par l'[article 57 du CPC](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R22%22,%22title%22:%22article 57%20du%20CPC%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%2257%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent), un exposé sommaire des motifs de la demande et, en annexe, les pièces sur lesquelles celle-ci est fondée), puis il rend sans délai une ordonnance fixant la date de l'audience. C'est cette ordonnance de fixation de la date d'audience (à ne pas confondre avec l'ordonnance de protection) qui constitue le *dies a quo* du délai de six jours dont dispose le juge aux affaires familiales pour délivrer l'ordonnance de protection. Sa nature juridique est précisée par le texte : c'est une mesure d'administration judiciaire et pas un acte juridictionnel, ce qui se comprend vu son objet. Elle ne sera donc sujette à aucun recours *([CPC, art. 537](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R23%22,%22title%22:%22CPC,%20art. 537%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22537%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent))*, contrairement à l'ordonnance de protection qui est toujours *« susceptible d'appel dans un délai de quinze jours suivant sa notification » ([CPC, art. 1136-11](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R24%22,%22title%22:%22CPC,%20art. 1136-11%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221136-11%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent))*. Cette nouvelle disposition a le mérite de fixer précisément le point de départ du délai de six jours, alors que la loi de 2019 ne prévoyait rien à ce sujet. À moins qu'il ne soit l'auteur de la requête, le ministère public est aussitôt avisé par le greffier du dépôt de la requête et de la date de l'audience fixée par le juge aux affaires familiales.

L'ordonnance du juge est notifiée au demandeur, par le greffe, par tout moyen donnant date certaine (on peut songer à un scan envoyé par voie électronique ou à un fax) ou par remise en mains propres contre émargement ou récépissé et au défendeur, par voie de signification à l'initiative du demandeur ou du ministère public lorsqu'il est l'auteur de la requête, lequel dans ce dernier cas fait également signifier l'ordonnance à la personne en danger. Cette nouvelle charge pesant sur le demandeur, quand il a l'initiative de la procédure (ce qui est souvent le cas), de devoir faire signifier l'ordonnance de fixation de la date d'audience, ainsi qu'une copie de la requête et des pièces qui y sont jointes, au défendeur a été unanimement critiquée car elle engendre pour lui un coût prohibitif vu l'urgence, ou à tout le moins une avance de fonds si le défendeur est finalement condamné aux dépens, sauf s'il relève de l'aide juridictionnelle... Une telle charge allait amener certaines victimes à renoncer à demander une ordonnance de protection. Ajoutée à cela la remise au greffe de l'acte de signification dans un délai de vingt-quatre heures à compter de l'ordonnance fixant la date de l'audience, à peine de caducité de la requête, la coupe était pleine ! Ce délai était trop court, voire impossible à tenir, car il nécessitait une réaction très rapide des huissiers de justice pour accomplir leur mission. Ceci, d'autant que la signification à personne doit être privilégiée si l'on veut que le défendeur puisse assurer utilement sa défense et préserver le caractère contradictoire de la procédure pour les deux parties dans la mesure où l'audience interviendra vite, puisque le juge doit rendre sa décision dans un délai maximal de six jours à compter de la fixation de la date de l'audience. D'ailleurs, la notification de l'ordonnance vaut convocation des parties.

Ces nouvelles contraintes qualifiées, à raison, par les associations de victimes comme « une régression » ont été revues. Dès le mois de juin, suite à des échanges avec les acteurs et les professionnels concernés, notamment les huissiers de justice, le garde des Sceaux a annoncé un nouveau projet de décret *(Communiqués de presse du ministère de la Justice en date des 10 et 23 juin 2020)* qui a donné lieu au [décret du 3 juillet 2020](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R25%22,%22title%22:%22décret%20du%203 juillet%202020%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent). L'[article 1136-3 du CPC](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R26%22,%22title%22:%22article%201136-3%20du%20CPC%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221136-3%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) est partiellement réécrit. Désormais, la copie seulement (pas l'original, ce qui fait gagner du temps car il n'y a pas de nécessité de se faire remettre l'original immédiatement) de l'ordonnance est signifiée au défendeur par le demandeur seulement s'il est assisté ou représenté par un avocat (qui s'en chargera) ; à défaut c'est le greffe qui y procédera. En outre la signification doit être faite au défendeur dans un délai de deux jours (et non plus vingt-quatre heures) à compter de l'ordonnance fixant la date de l'audience, afin que le juge puisse statuer dans le délai maximal de six jours fixé à l'[article 515-11 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R27%22,%22title%22:%22article 515-11%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-11%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent), dans le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense. La sanction automatique de la caducité de la requête pour non-respect du délai est ainsi supprimée ! Là encore, pour gagner du temps, la copie de l'acte de signification doit être remise au greffe au plus tard à l'audience. Enfin et surtout, dans tous les cas, c'est l'État qui prend en charge les frais et dépens de l'acte de signification de l'ordonnance fixant la date d'audience *([CPP, art. R. 93, II, 3e bis](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R28%22,%22title%22:%22CPP,%20art. R. 93,%20II,%203e%20bis%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22R.%2093%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent))*.

En outre, et fort heureusement, le juge peut toujours recourir à la convocation par voie administrative en cas de danger grave et imminent pour la sécurité d'une personne concernée par une ordonnance de protection ou lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen de notification. Dans ce cas l'[article 1136-10 du CPC](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R29%22,%22title%22:%22article 1136-10%20du%20CPC%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221136-10%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) précise que *« l'autorité administrative, requise par le greffier pour notifier par la voie administrative l'ordonnance fixant la date de l'audience ou l'ordonnance de protection, y procède par remise contre récépissé. Elle informe, dans les meilleurs délais, le greffier des diligences faites et lui adresse le récépissé ».*

L'[article 1136-6 du CPC](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R30%22,%22title%22:%22article%201136-6%20du%20CPC%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221136-6%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) apporte quelques compléments conformes aux ajouts apportés par la loi du 28 décembre 2019 à l'[article 515-10 du Code civil](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R32%22,%22title%22:%22article 515-10%20du%20Code%20civil%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%22515-10%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent). Ce dernier prévoyant que l'audience se tient toujours en chambre du conseil et uniquement à la demande de la partie demanderesse, les auditions se tiennent séparément, le premier précise que *« l'affaire est instruite et débattue en chambre du conseil, après avis du ministère public. Lors de l'audience, le juge procède à l'audition des parties. Il les entend séparément s'il le décide ou si l'une des parties le sollicite. Cette décision fait l'objet d'une simple mention au dossier ».*

Par ailleurs, le [décret du 27 mai 2020](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R33%22,%22title%22:%22décret%20du%2027 mai%202020%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) crée un [article 1136-15 du CPC](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R34%22,%22title%22:%22article 1136-15%20du%20CPC%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%221136-15%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) qui ouvre une nouvelle passerelle pour le juge aux affaires familiales lorsqu'il rejette la demande d'ordonnance de protection. *« Il peut néanmoins, si l'urgence le justifie et si l'une ou l'autre des parties en a fait la demande, renvoyer celles-ci à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il veille à ce que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense. Cette ordonnance emporte saisine du juge et il est ensuite procédé comme il est dit aux articles 1179 et suivants ».* Cette passerelle est intéressante car elle permettra d'obtenir une décision rapide en matière d'autorité parentale. Cependant, elle ne doit pas être source d'abus et permettre de détourner l'ordonnance de protection de sa finalité : protéger des victimes de violences domestiques et non obtenir une décision de justice plus rapide en matière d'autorité parentale...

Pour finir, l'[article 9 du décret du 27 mai 2020](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R35%22,%22title%22:%22article 9%20du%20décret%20du%2027 mai%202020%22,%22pinpointLabel%22:%22article%22,%22pinpointNum%22:%229%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) précise que *« les dispositions du présent décret s'appliquent aux requêtes introduites à compter du lendemain de sa publication »*. Il est donc applicable aux requêtes introduites depuis le 29 mai 2020. De la même manière, le [décret du 3 juillet 2020](https://www-lexis360-fr.docelec.u-bordeaux.fr/Docview.aspx?&tsid=docview2_&citationData=%7b%22citationId%22:%22R36%22,%22title%22:%22décret%20du%203 juillet%202020%22,%22docId%22:%22PS_KPRE-598713_0KTM%22%7d" \t "_parent) est applicable aux requêtes introduites à compter du lendemain de sa publication, soit aux requêtes introduites depuis le 5 juillet 2020.