

**JOURNÉES INTERNATIONALES DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT 2018
MONTRÉAL ET OTTAWA : « LA VULNÉRABILITÉ »**

RAPPORT BRÉSILIEN

– RÉPONSES AU QUESTIONNAIRE N. 1 : « VULNÉRABILITÉ ET APTITUDE » –

par

Gustavo TEPEDINO

Professeur à l'Université de l'État de Rio de Janeiro – UERJ

Cintia KONDER

Docteur en droit à l'Université de l'État de Rio de Janeiro – UERJ

Pablo RENTERIA

Professeur à l'Université Catholique Pontificale de Rio de Janeiro – PUC-Rio

Fernanda SABRINI

Docteur en droit et ATER à l'Université Panthéon-Assas Paris II

– I –

MAJEUR INAPTE

1- Les divers régimes de protection

Décrivez brièvement les divers régimes de protection du majeur notamment sous l'angle de l'administration de ses biens¹.

Au Brésil, il existe trois régimes de protection de personnes vulnérables.

Pour les mineurs il y a la tutelle, qui est déclarée avec la mort des deux parents, lorsqu'ils sont jugés absents par le juge ou destitués du pouvoir familial.

Pour les majeurs vulnérables il existe la curatelle et la « prise de décision assistée ».

Sont soumis à curatelle : les majeurs qui ne peuvent pas exprimer leur volonté en vertu d'une autre raison transitoire ou de longue durée ; les personnes habituellement ivres ; les toxicomanes et les prodiges (article 1.767, I, III et V du Code civil).

En ce qui concerne les personnes handicapées c'est-à-dire celles ayant un handicap physique, mental, intellectuel ou sensoriel, de longue durée qui empêche une interaction pleine et effective et en égalité avec les autres dans la société (article 2 de la loi 13.146 de 2015 - Loi brésilienne sur l'inclusion ou le statut de la personne handicapée - EPD), l'ordre juridique brésilien prévoit la « prise de décision assistée » : la personne

¹ **ATTENTION AU VOCABULAIRE.** Pour la bonne compréhension de tous, veuillez préciser le degré d'inaptitude en regard du terme employé. Ex : Au Québec, la curatelle = inaptitude totale et permanente ; tutelle = inaptitude partielle ou temporaire. (À la différence d'autres droits où les mêmes mots ont un sens différent ou opposé. Ex : France, Belgique).

handicapée élit au moins deux personnes idoines avec lesquelles il existe un lien de confiance. Ces personnes seront responsables pour soutenir l'handicapé dans la prise de décisions sur les actes de la vie civile, en leur fournissant les éléments et les informations dont ils ont besoin pour exercer leur capacité (article 1783-A du Code civil). La « prise de décision assistée » est faite devant le tribunal et avec la participation du ministère public.

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

Les valeurs qui reflètent les mécanismes juridiques actuels de protection des majeurs inaptes en droit brésilien sont : le respect de la dignité, de l'autonomie individuelle et de l'indépendance, notamment après la ratification par le Brésil de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées et de son Protocole facultatif, signés à New York, le 30 mars 2007, entrée en vigueur en tant qu'amendement constitutionnel en 2009.

Avec la promulgation du « Statut de personnes handicapées », le système pour la détermination de l'incapacité a été modifié. Dès lors, on considère que les personnes handicapées mentales sont pleinement capables et que la curatelle est devenue une mesure de protection extraordinaire. Ainsi, le majeur incapable aura son autodétermination préservée autant que possible. Si cela n'est pas possible, on cherche à la préservation d'une autonomie même résiduelle.

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

Les régimes de protection privilégient les situations existentielles par rapport aux situations patrimoniales. La protection de la personne a une plus grande pertinence dans l'ordre juridique brésilien en vertu du principe constitutionnel de la protection de la dignité de la personne humaine. Par conséquent, la législation infra-constitutionnelle devrait être adaptée à la promotion de la personne.

Afin de privilégier l'autonomie des personnes handicapées dans la sphère existentielle, le « Statut des personnes handicapées » a limité la curatelle aux actes liés aux droits patrimoniaux et des affaires (« Statut des personnes handicapées », article 85). Cependant, le nouveau Code de procédure civile - CPC (Loi n° 13.105 de 2015), entré en vigueur après le « Statut des personnes handicapées », n'a pas pris en considération la distinction entre les actes patrimoniaux et les actes existentiels, cela ayant occasionné des controverses par rapport à la portée de la curatelle (article 755, I et II du Code de la procédure).

Par soucis du respect de la dignité de la personne, votre droit protège-t-il certains biens du patrimoine de l'inapte qui ont un caractère personnel et qui ont une signification « sentimentale » pour lui² ?

Non, la loi brésilienne ne protège pas d'une façon différente les biens du patrimoine de l'inapte.

² Ex : protection du milieu de vie (logement, meuble), souvenirs, objets personnels

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

Seulement par voie judiciaire, avec l'avis du ministère public et la décision du juge.

2- Les inaptitudes partielles

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

L'incapacité est traitée dans le Code civil brésilien de manière binaire, divisée en incapacité absolue ou incapacité relative selon la cause et le degré de discernement de la personne. Les mineurs âgés entre seize et dix-sept ans sont automatiquement considérés comme relativement incapables.

Dans le cas des adultes et certaines situations, le Code civil prévoit la possibilité de reconnaître l'incapacité relative par un processus d'interdiction. C'est le cas de ceux qui ne peuvent pas exprimer leur volonté mais également les personnes habituellement ivres, les toxicomanes et les prodiges (article 1.767, I, III et V du Code civil).

Pour ces personnes mentionnées ci-dessus, il leur faudra un curateur. Le juge doit établir les limites de la curatelle en fonction de l'état et du développement mental de l'interdit, tout en tenant compte de leurs caractéristiques personnelles, de leurs capacités physiques ou mentales, de leurs souhaits et préférences (articles 755, I et II du Code de procédure civile), en garantissant ainsi la préservation et le respect de la capacité résiduelle.

Comme indiqué dans la première question, la personne atteinte d'une déficience est considérée comme pleinement capable, la curatelle ne sera donc qu'une mesure protectrice extraordinaire.

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

Oui comme indiqué dans la question ci-dessus, dans l'hypothèse d'une curatelle extraordinaire, le juge devra en établir les limites en faisant appel à une équipe pluri et interdisciplinaire (« Statut des personnes handicapées », article 2, §1) pour une évaluation biopsychosociale ; afin de considérer les facteurs psychologiques, personnels, socio-environnementaux et la restriction de la participation aux activités (« Statut des personnes handicapées », article 2, § 1, II et IV). Dans la décision de justice favorable à l'interdiction et à la curatelle, le juge doit fixer les limites comme expliqué au n. 2 ci-dessus. De cette manière, l'ordre juridique vise à créer un régime de protection personnalisé, dans le but de respecter les choix et les désirs de la personne tout en cherchant une inclusion sociale et une participation effective dans la société.

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

Si l'incapacité relative de la personne est reconnue et qu'il est établi dans la décision de justice qu'il ne peut pas pratiquer des actes patrimoniaux, il ne pourra pas faire de testament ou de don, sauf pour des actes existentiels par exemple : le don d'ovules, la

cession temporaire de l'utérus et dans le cas du testament, des dispositions autres que non patrimoniales.

3- Régimes de protection : intervention publique ou privée

Dans votre droit, le législateur favorise-t-il la prise en charge de l'inapte par la famille (un régime de protection privé) ou par l'état ? Si votre droit favorise l'ouverture d'un régime de protection privé, quelles mesures prend-t-il pour encourager les proches à s'investir auprès d'une personne inapte³ ? Ces mesures suffisent-elles à inciter les proches à prendre en charge l'inapte ?

Le législateur a prévu un système de protection privée, dans lequel les personnes de la famille sont les potentiels curateurs des majeurs incapables lorsque la mesure extraordinaire de la curatelle s'impose. Le curateur est nommé par le juge dans un processus judiciaire de curatelle / interdiction. Il y a un ordre préférentiel à respecter parmi les membres de la famille pour être nommé le curateur. L'ordre de préférence est prévu dans l'article 1.775 selon lequel : le conjoint ou le partenaire, s'il n'est pas séparé de fait ou judiciairement, est de droit le curateur de l'autre, en cas d'interdiction. En cas d'absence du conjoint ou du partenaire, le curateur légitime est le père ou la mère et en l'absence de ceux-ci, le descendant qui démontre avoir la plus grande aptitude à la fonction. Parmi les descendants, les plus proches précèdent les plus éloignés. En cas d'absence des personnes indiquées le juge choisira le curateur.

Dans l'ordre juridique brésilien, la curatelle est vue plutôt comme une « charge », une fonction publique car le curateur rend un service d'ordre social et juridique. De manière générale, il n'existe pas un régime pour encourager les proches à s'investir dans la curatelle. Néanmoins, il est possible de mentionner la possibilité de percevoir une rémunération proportionnelle à l'importance des biens administrés (articles 1.774 et 1.752 du Code civil). Le système de responsabilité civile du curateur est objectif (articles 932, II et 933 du Code civil).

Ainsi, bien qu'il n'existe que de très rares mesures d'encouragement existantes, celles-ci ne suffisent pas à encourager les membres de la famille à être nommés curateurs des incapables ; comme déjà mentionné la curatelle est une fonction sociale imposée par la loi.

Une fois nommé, le curateur peut présenter des excuses prévues par la loi ou toute autre excuse, qui sera donc appréciée par le juge pour libérer de la charge de curateur. Sont exemples d'excuses prévues par la loi : avoir plus de soixante ans, avoir une incapacité en raison d'une maladie, avoir sous son autorité plus de trois enfants, exercer déjà une tutelle ou une curatelle, habiter loin du lieu d'exercice de la curatelle ... (article 1.736 du Code civil).

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

Selon l'article 1.745 du Code civil, les biens du mineur seront remis au tuteur par un acte les spécifiant, ainsi que leurs valeurs même si les parents l'ont dispensé. Lorsque le

³ Ex : abolition de l'exigence d'une sûreté, assouplissement des règles de la responsabilité civile en regard des gestes posés par l'inapte, possibilité de rémunération etc...

patrimoine du mineur a une valeur considérable, le juge peut conditionner l'exercice de la curatelle à la prestation d'une caution suffisante qui peut être dispensée si l'honnêteté du tuteur est bien reconnue.

Pendant la curatelle, le curateur avec l'autorisation du juge aura le rôle de : payer les dettes du mineur ; accepter à son nom des héritages, des legs ou des donations, même soumises à des charges ; transiger ; vendre les biens meubles, dont la conservation n'est pas opportune, et les immeubles, dans les cas où cela est permis ; intenter des actions en justice ou y assister le mineur et adopter toutes les mesures à son bénéfice de même que le défendre dans les actions intentées contre lui. En cas de manque d'autorisation, l'efficacité de l'acte du curateur dépend de l'approbation ultérieure du juge (article 1.748 du Code civil).

Les immeubles appartenant aux mineurs en curatelle ne peuvent être vendus que lorsqu'il y a des avantages manifestes, sujets à une évaluation judiciaire préalable à l'approbation du juge (article 1.750 du Code civil). Le curateur est obligé de rendre compte sauf lorsque le curateur est le conjoint ; et que le régime matrimonial est celui de la communauté universelle (article 1.783 du Code civil), sauf en cas de détermination judiciaire.

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

Non, les obligations ne sont pas insuffisantes pour une protection patrimoniale adéquate et n'impliquent pas d'obstacles pour les curateurs ni pour que les membres de la famille se désintéressent d'être curateurs.

4- Mandat de protection

Dans votre droit y a-t-il des mécanismes conventionnels qui permettent d'éviter l'ouverture d'un régime de protection lorsqu'une personne devient incapable⁴ ? Une personne capable peut-elle prévoir les modalités de la gestion de ses biens si elle devient incapable ? Si tel est le cas, décrivez brièvement ces mécanismes. Comment sont-ils mis-en-œuvre ? Comment prennent-ils fin ? L'intervention du tribunal est-elle nécessaire ?

Il existe en droit brésilien deux mécanismes mais non réglementés par la loi. Pour cette raison, il est téméraire d'affirmer que l'intervention du tribunal n'est pas nécessaire.

Le premier mécanisme est ce que l'on appelle les « directives anticipées de volonté » (DAVs). Le patient exprime les soins et les traitements qu'il voudra ou pas recevoir lorsqu'il sera incapable d'exprimer librement et de manière autonome sa volonté. Cela est prévu dans la Résolution n° 1995 du Conseil fédéral de médecine, qui régit l'action des médecins dans les décisions concernant les soins et le traitement des patients incapables de communiquer ou d'exprimer librement et de manière indépendante leurs volontés.

Cette Résolution détermine que les médecins doivent prendre en considération les « directives anticipées de volonté » (DAVs), qui seront donc appelés « testament

⁴ Ex : mandat de protection (droit québécois), mandat pour cause d'incapacité (droit suisse), mandat de protection future (droit français)

vital»⁵. Si le patient préfère choisir quelqu'un pour prendre des décisions médicales lorsqu'il ne pourra plus le faire, le DAV prendra la forme d'un mandat durable ou d'une procuration pour les soins de santé.

Le deuxième mécanisme est l'auto-curatelle. Il s'agit d'un acte juridique à travers lequel une personne encore capable mais est sûre d'être atteinte dans le temps d'une incapacité prévisible par exemple dans le cas d'une maladie dégénérative.

Cette dernière va donc organiser sa propre curatelle, en choisissant le ou leurs curateurs, qui sera responsable des soins existentiels et patrimoniaux de cette personne, selon les dispositions prises par celle-ci avant d'être considérée incapable. Selon la doctrine majoritaire, il n'est pas nécessaire d'avoir recours au tribunal pour sa confection mais cela le sera pour sa mise en œuvre car elle touche l'incapacité de fait et de droit.

Incapacité ou inaptitude. La mis-en-œuvre d'un tel mécanisme entraîne-t-elle une incapacité juridique ou simplement une inaptitude de facto ? La procuration (mandat ordinaire) donnée antérieurement à l'inaptitude continue-t-elle de produire des effets juridiques ?

Les « directives anticipées de volonté » sont mises en œuvre en cas d'une incapacité de fait. L'auto-curatelle est mise en œuvre lors d'une incapacité de fait et de droit. Le mandat ordinaire dont l'instrument est la procuration, prend fin par l'interdiction (article 682, II du Code civil).

Mesures de contrôle. Si de tels mécanismes existent dans votre droit, quelles sont les mesures mises en place pour assurer une protection du patrimoine ? Sûreté ? Inventaire ? Reddition de compte ? Surveillance par un organisme externe (ex. Curateur public ?) Ces mécanismes sont-ils suffisants pour assurer la bonne exécution du mandat et la protection des intérêts de l'inapte ? Le tribunal peut-il réviser le mandat de protection ? Peut-il en modifier le contenu pour assujettir le mandataire à d'autres obligations ? Dans quelles circonstances, le mandataire (ou autre représentant selon votre droit) peut-il être destitué ? Y a-t-il d'autres sanctions si le mandataire (ou le représentant) n'exécute pas correctement ses fonctions ?

Il n'existe pas en droit brésilien de mesures de contrôle spéciales pour assurer une protection du patrimoine car comme indiqué précédemment, il n'existe pas de réglementation légale spécifique de ces mécanismes.

Inaptitude partielle. Dans la mise-en œuvre de ces mécanismes fait-on prévaloir l'autonomie de la volonté ou la capacité résiduelle ? Le mandat de protection a-t-il préséance sur l'ouverture d'un régime de protection ? Si le mandant a accordé « pleins pouvoirs » à son mandataire, fait-on prévaloir l'autonomie de la volonté du mandant lors de la rédaction du mandat ou écartera-t-on le mandat au profit de l'ouverture d'un régime de protection qui laisse une place à la capacité résiduelle de l'inapte⁶ ? Le tribunal peut-il restreindre la portée du mandat de protection et les pouvoirs du mandataire ? Peut-il en moduler l'application ?

La loi au sens strict ne réglemente pas ces mécanismes. Les auteurs qui défendent la validité de ces instruments, malgré l'absence de prévision légale, soutiennent que dans

⁵ En droit français il s'agit des « directives anticipées ».

⁶ Ex : Au Québec, ouverture d'une tutelle (incapacité partielle)

la mesure du possible, la volonté de celui qui a réalisé la « directive anticipée de volonté » ou l'auto-curatelle devrait prévaloir. S'il existe une capacité juridique résiduelle et que le patient peut manifester sa volonté en ce qui concerne sa santé, il n'y aura pas besoin de mettre en œuvre des « directives anticipées de volonté » ou l'auto-curatelle. Dans l'auto-curatelle, s'il existe une capacité partielle, le juge établira les points de la curatelle liés à ce que l'incapable n'a pas la capacité de décider en fixant une curatelle partielle tout en préservant la volonté et les décisions pour lesquelles il a la capacité de décider.

5- Les actes posés par l'incapable ou l'incapable

Quelles sont les sanctions des actes posés par l'incapable ou le majeur protégé ? Nullité relative ou nullité absolue ? L'acte peut-il être maintenu et les obligations réduites ? L'incapacité est-elle suffisante à elle seul pour remettre en cause un contrat ou doit-on dans certains cas également prouver la lésion ? Cette lésion est-elle objective (disproportion importante des prestations) ou subjective (obligation estimée excessive eu égard à la situation patrimoniale de la personne, aux avantages qu'elle retire du contrat et à l'ensemble des circonstances) ? Si l'acte est attaqué pour lésion, l'incapable doit-il en plus prouver préjudice ?

Les actes pratiqués par les majeurs relativement incapables qui pratiquent des actes sans l'assistance du curateur sont annulables ; il n'est pas nécessaire en aucun cas de prouver la lésion (CC, article 171, II⁷). Comme il s'agit d'une annulation, si elle n'est pas évoquée dans les délais prévus par la loi, l'acte peut être validé en raison de la décadence ou de la caducité.

Le mandant dont le mandat de protection a été mis-en-œuvre est-il un « majeur protégé » ? Peut-il invoquer lésion ?

6 - Autres vulnérabilités

Y a-t-il des mécanismes ou des règles juridiques qui visent à protéger les personnes vulnérables⁸ contre certaines formes d'exploitation ou d'abus hors du cadre des régimes de protection légaux ou conventionnels ? Ex : protection des personnes âgées ou handicapées contre l'exploitation⁹, protection contre l'éviction des personnes âgées de 70 ans et plus (bail résidentiel), incapacité de recevoir par legs ou donations¹⁰ etc... ? Quels sont les sanctions ou recours ?

Oui il existe un mécanisme appelé « prise de décision assistée ». Il s'agit d'un processus par lequel la personne handicapée élit au moins deux personnes idoines avec lesquelles il existe un lien de confiance. Ces personnes seront responsables pour soutenir l'handicapé dans la prise de décisions sur les actes de la vie civile, en leur fournissant les éléments et les informations dont ils ont besoin pour exercer leur capacité (article 1783-A du Code civil). D'autres règles de protection sont prévues dans la législation

⁷ Article 171, II : Outre les cas expressément prévus par la loi, l'acte juridique est annulable. II – pour vice résultant d'erreur, de dol, de contrainte, d'état de danger, de lésion ou de fraude contre les créanciers.

⁸ Personnes vulnérables qui ne sont pas incapables et qui ne sont pas soumises à un régime de protection.

⁹ art. 48 Charte des droits et libertés de la personne (Québec)

¹⁰ Ex : art. 761 ou 1817 C.c.Q. Ex : La donation en faveur d'un propriétaire, administrateur ou salarié d'un établissement de santé est nulle si elle a été faite au moment où le donateur y recevait des services.

spéciale, par exemple : le « Statut des personnes âgées » loi n° 10.741 de 2003, le « Statut de l'enfant et de l'adolescent » loi n° 8.069 de 1990 et le Code de la consommation brésilien, loi n. 8 078 de 1990.

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

Il n'existe pas de prévisions légales. Néanmoins, la doctrine brésilienne défend la possibilité de création d'un patrimoine fiduciaire qui sera géré par un professionnel indépendant afin de garantir l'autonomie des décisions concernant des aspects inhérents à la santé et à la vie de l'incapable – lorsqu'il était encore en mesure de prendre de décisions.

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

Non comme indiqué ci-dessus, la loi prévoit que le conjoint ou le partenaire figurent en premier lieu dans l'ordre de préférence légale pour assumer la charge en tant que curateur s'il n'est pas séparé de fait ou judiciairement.

– II – MINORITÉ

Quel est l'âge de la majorité ?

L'âge de la majorité est fixé à dix-huit ans (code civil, article 5). Avant seize ans, tout mineur est réputé absolument incapable (code civil, article 3). Il ne peut s'engager seul. Il est placé sous l'autorité de ses parents ou, en l'absence de ceux-ci, d'un tuteur, qui est chargé de veiller sur lui, de gérer ses biens et de le représenter dans les actes juridiques (code civil, articles 1634 et 1690).

À l'âge de seize ans, le mineur devient partiellement capable (code civil, article 4, I). Il accède alors à un régime de pré-majorité, lui ouvrant la possibilité de s'engager avec l'assistance de ses parents (ou de son tuteur), qui doivent surveiller ses intérêts (code civil, article 1634 et 1690).

Avant d'atteindre la majorité, le mineur peut acquérir la capacité pleine en obtenant l'émancipation. Celle-ci n'intervient qu'en l'occurrence de l'une des hypothèses établies à l'article 5, paragraphe unique, du code civil. Celles-ci correspondent à des événements bien précis et ne supposent pas l'évaluation du degré de discernement du mineur :

- (i) l'octroi de la majorité par les parents, ou par l'un d'eux en l'absence de l'autre;

- (ii) l'octroie de la majorité par le tuteur, sous condition qu'elle soit également autorisée par le juge;
- (iii) le mariage;
- (iv) l'exercice d'un poste dans la fonction publique;
- (v) l'accomplissement d'études supérieures;
- (vi) constat que le mineur ayant plus de seize ans mène une activité professionnelle qui lui assure une autonomie financière.

La capacité juridique s'acquière-elle progressivement, graduellement ?¹¹ Cette acquisition graduellement réfèrent-elle à des critères objectifs (ex : 14 ans, 16 ans ou un événement précis tel le mariage) ou à des critères subjectifs (qui dépendent du degré de discernement) ?

Le mineur partiellement capable peut participer personnellement à la gestion de son patrimoine avec l'assistance de ses parents, ou en l'absence de ceux-ci, de son tuteur. Il peut s'engager dans des actes juridiques, mais l'engagement pris n'est valable qu'à condition que ses parents (ou son tuteur) apportent leur consentement. Il peut néanmoins tester sans l'assistance d'autrui, car le testament est considéré un acte strictement personnel (code civil, article 1860, paragraphe unique).

Quel est l'emprise du mineur sur son patrimoine ? Le mineur peut-il dans certaines circonstances gérer son patrimoine ? L'aliéner ? Le donner ? Tester ? Comment protège-t-on les intérêts patrimoniaux du mineur ? La tutelle au mineur est-elle légale ou dative ?

Le mineur partiellement capable peut participer personnellement à la gestion de son patrimoine avec l'assistance de ses parents, ou en l'absence de ceux-ci, de son tuteur. Il peut s'engager dans des actes juridiques, mais l'engagement pris n'est valable qu'à condition que ses parents (ou son tuteur) apportent leur consentement. Il peut néanmoins tester sans l'assistance d'autrui, car le testament est considéré un acte strictement personnel (code civil, article 1860, paragraphe unique).

Le mineur est placé sous l'autorité de ses parents, qui sont chargés de gérer ses biens et de veiller à ses intérêts (code civil, articles 1634 et 1689). Certains biens sont soustraits à la gestion des parents, notamment les dons et les biens laissés en héritage ou en legs au mineur sous condition qu'ils soient ôtés de l'administration des parents, et encore ceux que le mineur âgé de seize ans acquiert grâce à son activité professionnelle (art. 1693).

Les parents peuvent prendre au nom de leurs fils mineurs tout engagement nécessaire à la bonne gestion des biens qui leur sont confiés. Néanmoins tout acte dépassant « l'administration ordinaire » doit être autorisé par le juge au préalable (code civil, article 1691).

¹¹ Ex. en regard des actes relatifs à son emploi art. 156 C.c.Q.; pouvoir de contracter seul pour des besoins ordinaires et usuels art. 157 C.c.Q.

Par ailleurs, la loi brésilienne encadre plus sévèrement la gestion des immeubles des mineurs. Ces biens ne peuvent être aliénés ou grevés qu'avec l'approbation du juge et qu'en cas de nécessité avérée ou d'intérêt manifeste du mineur (code civil, article 1691).

Les enfants mineurs sont d'ordinaire placés sous l'autorité de leurs parents. En l'absence de l'un des parents, l'autorité est exercée par l'autre, sauf si celui-ci est légalement empêché de l'exercer. En l'absence des deux parents, ou si les deux sont empêchés d'exercer l'autorité parentale, le mineur est alors mis sous tutelle (code civil, article 1728).

La loi brésilienne établit trois modalités de tutelle : (i) volontaire, (ii) légitime et (iii) dative. Il revient aux parents de nommer dans leur testament ou dans un acte notarié celui qui sera chargé de la tutelle de leur enfant mineur (code civil, articles 1634, VI, et 1729). Ils peuvent également nommer plusieurs tuteurs et établir l'ordre selon laquelle ils seront appelés à accomplir la fonction.

En l'absence d'un tuteur désigné par les parents, la tutelle sera accordée à l'un des parents consanguins du mineur jusqu'au troisième degré, suivant l'ordre établie à l'article 1731. Nonobstant l'ordre légal, le juge peut, tenant compte des intérêts de l'enfant, choisir parmi les parents consanguins celui qui s'avère le plus apte à exercer la fonction de tuteur. En l'absence de tutelle volontaire et légitime, le tuteur est alors nommé par le juge en prenant en compte les intérêts de l'enfant (code civil, article 1732).

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

D'après l'article 1733 du code civil, il est possible de nommer dans le testament une personne qui sera en charge de gérer les biens laissés au mineur héritier ou légataire. En ce cas, les biens échappent à l'administration de ceux qui exercent l'autorité parentale (parents ou tuteur). Cette règle s'avère importante en pratique, car le tuteur est souvent un proche parent dont les intérêts peuvent entrer en conflit avec ceux du mineur. En plus, le tuteur n'a pas nécessairement les connaissances et l'expérience nécessaires à la bonne administration des biens.

Malgré l'existence de diverses propositions législatives, la fiducie n'a toujours pas été introduite au Brésil. En matière de protection des intérêts patrimoniaux des mineurs, la fiducie aurait des avantages évidents, car elle permettrait de placer une universalité de biens sous l'administration d'un tiers professionnel et indépendant. À cet égard l'article 1733 s'avère insuffisant puisque la clause testamentaire ne peut porter que sur des biens singuliers, et non pas sur une collectivité de biens.

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

Si le mineur âgé de moins de 16 ans ne se fait pas représenté par son responsable légal (parents ou tuteur), l'acte est nul (code civil, article 166, I). Toute personne ayant un intérêt ou le Ministère Public peut demander la nullité de l'acte (article 168). Le juge peut d'office prononcer la nullité de l'acte lorsqu'il en prend connaissance (article 168, paragraphe unique). Il n'est pas nécessaire de prouver que l'acte a porté préjudice au mineur.

D'autre part, l'acte posé par un mineur ayant entre 16 et 18 ans sans l'assistance de son responsable légale présente une nullité relative. La nullité ne peut être demandée que par celui qu'en souffre les conséquences (article 177). Par ailleurs, les parents du mineur ou son tuteur peuvent à tout moment ratifier l'acte (article 172). Le mineur une fois devenu majeur ou émancipé peut lui aussi le ratifier.

D'après l'article 181 du code civil, le mineur ayant entre 16 et 18 ans ne peut se refuser à accomplir un engagement contractuel si au moment de poser l'acte il a déclaré qu'il était majeur ou s'il a délibérément manqué d'informer son âge quand l'autre partie lui a demandé.

Si le tuteur a respecté toutes les formalités, le mineur ne peut invoquer lésion que si les conditions posées à l'article 157 du code civil soient remplies, c'est-à-dire : l'inexpérience de l'assistant ou le besoin pressant de contracter, et le défaut évident d'équivalence entre les prestations. Il faut toutefois remarquer que les actes portant sur les biens immeubles aussi bien que les actes qui dépassent « l'administration régulière du patrimoine de l'enfant » sont soumis au contrôle préalable du juge.

Maxime infans conceptus¹². Existe-t-il une protection des intérêts patrimoniaux de l'enfant conçu avant sa naissance¹³ ? Quel est l'impact des méthodes de procréation assistée? L'implantation post mortem est-elle permise ? L'embryon conçu mais non implanté a-t-il des droits successoraux s'il naît vivant et viable ?

Le droit civil brésilien en fait de la maxime *infans conceptus* l'un de ses principes majeurs, de sorte que les intérêts patrimoniaux de l'enfant sont mis à l'abri depuis sa conception (code civil, article 2). Ainsi, d'après l'article 1798 du code civil, le fœtus conçu au moment de l'ouverture de la succession peut hériter pour autant qu'il naisse vivant. Il peut être aussi donataire ou légataire (art. 542).

¹² « L'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il s'agit de ses intérêts »

¹³ Ex : l'enfant conçu pour autant qu'il naisse vivant et viable peut hériter art. 617 C.c.Q. Cette question est posée que sous l'angle des droits patrimoniaux. Il ne s'agit pas de discuter si le fœtus a la personnalité juridique, ce qui est un tout autre débat.

On admet également que certains biens soient laissés par testament à un enfant non conçu pourvu que l'un de ses géniteurs (désigné dans le testament) soit vivant au moment de l'ouverture de la succession (code civil, art. 1799). Cependant cette clause testamentaire perd tout effet si l'enfant n'est pas conçu dans les deux ans qui suivent l'ouverture de la succession (art. 1799, paragraphe 4).

Les méthodes de procréation assistée sont admises en droit brésilien. On admet notamment l'implantation *post mortem* d'embryons congelés ou la fécondation *post mortem* avec des spermatozoïdes congelés. Mais la loi brésilienne ne fixe aucun délai pour ce que ces techniques soient utilisés, ce qui pose de nombreux problèmes en matière successorale, car la naissance de l'enfant pourrait intervenir plusieurs années après l'ouverture de la succession du géniteur décédé. La question reste largement controversée. On ne saurait dégager une solution de l'actuelle jurisprudence.

D'une part, la loi brésilienne reconnaît le lien de filiation entre les géniteurs et les enfants gérés à partir de leur matériel biologique (sperme et ovule), même si la fécondation ou la conception intervient après le décès du géniteur masculin (code civil, art. 1597, III e IV). Elle reconnaît aussi que les fœtus conçus au moment de l'ouverture de la succession ont droit à recueillir la succession de leur géniteur décédé. C'est le cas des embryons congelés qui pourraient être implantés *post mortem*. En contrepartie, la loi brésilienne fixe un délai de dix ans pour que quiconque puisse réclamer un héritage, ce qui pourrait entraîner une limitation temporelle aux droits patrimoniaux des embryons congelés.

En ce qui concerne les spermatozoïdes congelés, la question s'avère encore plus complexe, car si la fécondation n'intervient pas avant le décès du géniteur, tout droit successoral pourrait être refusé à l'enfant, car il n'était pas encore conçu au moment de l'ouverture de la succession.

– III –
RESPONSABILITÉ¹⁴ civile (et non pénale)

Dans votre droit, les personnes privées de discernement en raison de l'âge ou de leurs facultés mentales peuvent-elles être tenues responsables de leurs actes et des dommages causés à autrui ? Quelle est la place de la faute dans votre système de responsabilité civile ?

L'obligation de réparer les dommages causés par des personnes atteintes de déficience mentale ou intellectuelle repose sur deux motifs. Le premier se réfère aux personnes atteintes de déficience mentale ou intellectuelle qui peuvent exprimer leur volonté. Dans cette hypothèse, la personne atteinte de déficience sera considérée comme pleinement capable, conformément aux articles 6 et 84 du « Statut des personnes handicapées » et sera tenue d'indemniser les dommages causés selon les articles 186¹⁵ et 927¹⁶ du Code civil.

Le second motif concerne les personnes atteintes de déficience mentale ou intellectuelle qui ne peuvent pas exprimer leurs volontés. Dans ce cas, s'appliquera la règle de responsabilité civile prévue à l'article 928 du Code civil¹⁷, qui concerne les personnes relativement incapables.

Il convient de souligner que la personne atteinte de déficience psychique ou intellectuelle est à première vue, vraisemblablement et à toutes fins, douée de discernement et donc capable de fait. En droit brésilien, la tendance consiste à analyser la culpabilité à travers la soi-disant « fragmentation du modèle de conduite », en tenant compte de différents paramètres pour chaque comportement individualisé ; c'est-à-dire, des normes spécifiques (des *standards*) pour chaque cas concret analysé.

La personne atteinte d'une déficience mentale ou intellectuelle, capable ou relativement incapable, est responsable pour les dommages causés. Cette obligation d'indemniser se pose sur l'analyse de la faute. La faute étant élément nécessaire de la responsabilité, doit être analysée de façon objective. La faute subjective ou psychologique doit être écartée dans l'attribution de la responsabilité civile aux personnes atteintes d'une déficience mentale ou intellectuelle.

L'article 928 du code civil annonce que tout mineur répond des dommages causés à autrui, si celui chargé de veiller sur lui (parents ou tuteur) n'a pas les moyens de faire face au paiement de l'indemnisation. Le cas échéant, l'indemnisation doit être établie de façon équitable et en aucun cas peut priver le mineur et ceux qui dépendent de lui des ressources nécessaires à leur subsistance. Par contre, si le mineur ayant entre douze ans et dix-huit ans commet une infraction, il répond solidairement, au même titre que son responsable légal, des dommages causés à autrui.

¹⁴ Je tiens à remercier la professeure Mariève Lacroix pour son apport à la réflexion qui a mené à cette section du questionnaire.

¹⁵ Article 186 : « Celui qui, par action ou omission volontaire, négligence ou imprudence, viole un droit et cause un préjudice à autrui, même exclusivement moral, commet un acte illicite ».

¹⁶ Article 927 : Celui qui, par un acte illicite (articles 186 et 187), cause un dommage à autrui, est obligé de le réparer. Paragraphe unique : Il y a obligation de réparer le dommage, indépendamment de faute, dans les cas prévus par la loi, ou quand l'activité normalement exercée par l'auteur du dommage implique, par sa nature, un risque aux droits d'autrui ».

¹⁷ Article 928 : « L'incapable répond des préjudices qu'il cause, si les personnes qui en sont responsables n'ont pas l'obligation de le faire ou si elles ne disposent pas de moyens suffisants ».

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

Selon le « Statut de l'enfant et de l'adolescent », (« Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA »), loi n. 8.069 du 13 juillet 1990, l'enfant est responsable à partir de l'âge de 12 ans, c'est-à-dire lorsqu'il est considéré comme un adolescent. Il sera donc responsable des infractions (on ne parle pas de crime) et peut être soumis à des mesures socio-éducatives. Il répond solidairement, au même titre que son responsable légal, des dommages causés à autrui.

Une personne privée de discernement qui ne peut être tenue responsable, peut-elle néanmoins être tenue à réparation pour le dommage causé ? Si tel est le cas, quel est le fondement de cette règle ?¹⁸

La responsabilité civile de la personne atteinte de déficience mentale ou intellectuelle et incapable d'exprimer sa volonté (article 4, III, du Code civil brésilien) est analysée selon les fondements de l'article 928 du Code civil : « L'incapable répond des préjudices qu'il cause, si les personnes qui en sont responsables n'ont pas l'obligation de le faire ou si elles ne disposent pas de moyens suffisants. L'indemnité prévue par le présent article, qui devra être équitable, n'aura pas lieu si elle prive du nécessaire l'incapable ou les personnes qui en dépendent ». La responsabilité de la personne atteinte de déficience mentale ou intellectuelle et relativement incapable sera établie de manière subsidiaire par rapport à celle de ses responsables et déterminée de manière équitable.

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

En règle générale, les personnes soumises au « pouvoir familial », à la tutelle ou à la curatelle ne sont pas imputables. Selon les articles 932, II¹⁹ et 933²⁰ du Code civil répondent civilement par les actes commis par la personne privée de discernement : les parents, les tuteurs et les curateurs, c'est-à-dire leurs représentants légaux, qui sont responsables objectivement, conformément aux dispositions des articles 932, II et 933 du Code civil (*supra* cités).

Néanmoins, selon l'article 928 du Code civil brésilien l'incapable répond des préjudices qu'il cause si les personnes qui en sont responsables n'ont pas l'obligation de le faire ou si elles ne disposent pas de moyens suffisants. Il faut remarquer qu'il s'agit d'une règle complémentaire et subsidiaire qui ne sera applicable que dans l'hypothèse où les personnes qui en sont responsables n'ont pas l'obligation de le faire ou si elles ne disposent pas de moyens suffisants.

Qui est responsable pour le mineur ? Le parent qui en a la garde ? Les deux parents quel que soit la situation ? Le parent déchu de l'autorité parentale peut-il être tenu responsable ? Le parent peut-il s'exonérer de sa responsabilité s'il

¹⁸ Ex : Suisse (art.54 Code des obligations), Belgique art. 1386 C.c.

¹⁹ Article 932 : « Sont aussi responsables de la réparation civile : II – le tuteur ou le curateur, pour les pupilles et les personnes sous curatelle, qui se trouvent dans les mêmes conditions ».

²⁰ Article 933 : « Les personnes indiquées dans les alinéas I à IV de l'article précédent, même s'il n'y a pas de faute de leur part, répondront des actes commis par les tiers qui y sont mentionnés ».

prouve absence de faute dans la garde, l'éducation et la surveillance de l'enfant mineur ? Y a-t-il d'autres causes d'exonération possibles pour le parent ?

D'après l'article 932 du code civil, le parent est tenu responsable des dommages causés à autrui par son enfant mineur placé sous son autorité parentale et qui se trouve en sa compagnie. Il s'agit d'une responsabilité stricte, qui ne relève pas de la faute du parent (code civil, article 933). Par conséquent, le parent ne peut s'exonérer de leur responsabilité en prouvant l'absence de faute de sa part. Il est tenu responsable même s'il n'a pas la garde de l'enfant ou s'il n'était pas présent au moment où l'enfant a causé les dommages. Il ne peut s'exonérer que s'il a été déchu de l'autorité parentale ou si la surveillance de son enfant a été confiée de façon justifiée à un tiers (par exemple, un établissement d'enseignement).

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

Le représentant d'un majeur peut être responsable des actes du majeur protégé. En ce qui concerne à cette obligation d'indemniser les dommages causés, il s'agit d'une responsabilité subsidiaire selon la règle prévue par l'article 928 du Code civil. Il faut remarquer que la règle de l'article 928 s'applique de manière exceptionnelle, c'est-à-dire, quand le responsable de l'incapable n'a pas l'obligation de répondre par les préjudices causés par l'incapable ou quand le responsable ne dispose pas de moyens suffisants. Il faut aussi ajouter que cette indemnité devra être équitable et n'aura pas lieu si elle prive du nécessaire l'incapable ou les personnes qui en dépendent.

Les déficients psychiques ou intellectuels relativement incompetents seront responsables des dommages qu'ils causent, à titre subsidiaire et sur la base de la règle d'équité prévue dans l'article 928 du Code civil, dans le but de protéger la subsistance et l'entretien de la personne inapte.

Cette indemnisation sera basée de manière équitable. Cela est une exception du principe de la réparation intégrale prévue dans l'article 944 du Code civil²¹, pour permettre la protection de la personne atteinte d'une incapacité dans une situation de vulnérabilité.

Selon l'énoncé numéro 39 des Journées de droit civil du Suprême Tribunal de Justice brésilien : « l'impossibilité de privation du nécessaire à la personne, prévue dans l'article 928, traduit un devoir d'indemniser basé sur l'équité et selon le principe de protection de la dignité humaine. Par conséquent, les parents, les tuteurs et curateurs bénéficieront également de la limite humanitaire du devoir d'indemniser, de sorte à ce que le patrimoine des incapables soit protégé. Ainsi le patrimoine des incapables ne sera touché que lorsque toutes les ressources de la personne responsable seront épuisées ».

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

En l'absence des personnes responsables du majeur non doué de raison, il est directement et intégralement responsable des dommages causés ; la règle de la subsidiarité ne s'appliquera pas. Les personnes atteintes d'une déficience psychique ou

²¹ Article 944 : « L'indemnité se mesure par rapport à l'étendue du dommage ».

intellectuelle relativement incapables, seront responsables des dommages qu'ils causent, à titre subsidiaire et sur la base de la règle d'équité prévue dans l'article 928 du Code civil afin de protéger la subsistance et l'entretien de la personne incapable.

Les articles 6 et 84 du « Statu des personnes handicapées » prévoient que les personnes atteintes d'une déficience psychique ou intellectuelle, capables sont imputables et en cas d'absence d'un responsable s'applique la règle de la responsabilité directe et intégrale. Il faut aussi ajouter que cette nouvelle loi prévoit aussi la « prise de décision assistée » et dans ce cas les personnes atteintes d'une incapacité peuvent prendre des décisions dans la vie des affaires et seront donc responsables pour les dommages causés à autrui.