

**ARTICOLE**

**PETITE HISTOIRE DES MESURES DE PROTECTION DES INCAPABLES EN DROIT FRANÇAIS**

**Dorin JOREA\***

**Abstract. Short History of the Protection Measures Designated for Incapable Persons in French Legal System.** *The way in which a society deals with its insane persons could be read as its statutory limits to the liberty of men. This paper represents a short introduction in the evolution of the measures of protection of the insane persons in France, aimed at the Romanian reader. Its goal is to provide answers to two simple questions: why and what? Why does the civil law care for the intellectually disabled and the mentally ill? And why are its institutions the way they are today in the Romanian Civil Code. With the Civil Code of 1864 we abandoned our traditions in this field (the κηδεμονικός (kydemonikos) et επιτροπίας (epotropias) were our byzantine modeled measures of protection) by enacting a foreign legislation, inspired by the Napoleonic Civil Code. In 2009, the Civil Code kept its promises with the past and maintained for the mentally ill the Interdiction and the curatorship found in our old Civil Code of 1864, with little or no change in relationship to the capacity of the insane, despite the evolutions in the international human rights and even in the French legal system.*

*Thus, our study begins: What are the measures of interdiction and curatorship, and how are they related to the legal capacity in the French law, are they evolving and how? Why are we treating the mentally ill the way we do today?*

**Keywords:** disability, French Ancien droit, protection measures, interdiction, curatorship

**Mots-clés:** déficience, ancien droit français, mesures de protection, interdiction judiciaire, curatelle

*Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.*  
Pomponius (libro 34 ed Sabinum), Dig, 50.17.40

Très souvent nous voudrions expliquer des institutions juridiques auxquelles nous sommes confrontés, sans percevoir leur évolution dans le temps. Mais, si nous voulons réfléchir aux institutions juridiques créées dans le droit civil en leur occurrence avec le

phénomène de la folie de l'homme, nous devons consulter l'histoire. C'est parce qu'elle seule est la scène et le témoin des hommes et leur droit. C'est aussi parce que derrière chaque règle de droit, reste un motif, un but envisagé par le législateur originel qui est, avec le temps, souvent oublié. La société applique mécaniquement la norme juridique, avec une compréhension précaire des cibles originelles. Le obligatoire de la norme juridique se réduit à une application obligatoire, mais les motifs qui justifient cette obligation, sont perdus. Le nouveau législateur doit faire un compromis entre rester en phase avec les évolutions sociales et le devoir de conserver la fonctionnalité chétive du système juridique. Voici le rôle qu'une étude historique des institutions juridiques peut jouer : un guide facile pour un nouveau législateur, un endroit de réflexion pour les autres.

Nous voudrions chercher dans l'histoire juridique ce que nous avons oublié – les raisons de la protection de certaines personnes physiques, leur censure dans le champ juridique, leur interdiction d'être égales dans la sphère du droit privé.

Pouvons-nous découvrir une ligne dominante de pensée qui a accompagné les personnes protégées dans les temps ?

Le droit romain a constitué le filon d'inspiration pour les réglementations françaises à propos de la folie avant le Code Napoléon. On va commencer par la recherche de ses institutions (§1). On va discuter de l'évolution des mesures de protection dans les régions françaises dans le Moyen-Âge (§2) et des transformations que le Code civil Napoléon a introduites dans la protection des personnes (§3), et les évolutions dans la Ve République (§4) Nous allons finir par les conclusions (§5).

### §1. Le droit romain et les mesures de protection

La famille romaine était le creuset de soins et la première mesure de protection de ses membres qui ne pouvaient pas se défendre eux-mêmes. Donc la généralisation ensuite des mesures comme la curatelle et la tutelle familiale est logique, et ils deviennent un devoir social<sup>1</sup> de citoyen en citoyen.<sup>2</sup> Les deux mesures, la tutelle et la curatelle, bien qu'elles aient des sujets distincts, apparaissent comme mesures similaires. Ils ont aussi une évolution comparable. Nées et organisées d'une manière unilatérale, « *comme toutes les puissances romaines, sous la forme des droits purs et simples reconnus, sans contreparties, aux tuteurs et aux curateurs dans leur propre intérêt<sup>3</sup>, sont devenues toutes deux, des charges qui leur sont imposées dans l'intérêt des incapables<sup>4</sup>, et si bien même que celle des tutelles qui ne pouvait s'accommoder à ce nouveau point de vue, la tutelle des femmes, a fini par disparaître.* »<sup>5</sup>

On va découvrir dans la recherche de droit romain quelques caractéristiques qui gravitent autour de la famille romaine. Ici le *pater familias*, citoyen romain, avait le plein contrôle de ce qui se regroupe sous son *patria potestas*. Lui seul avait la pleine capacité juridique et, si on discute des mesures de protection de la personne (dans le droit romain), on va découvrir qu'ils s'appliquent<sup>6</sup>, en principe, seulement aux hommes qui se trouvent *sui iuris*<sup>7</sup> - (ils étaient ou *pater familias*, ou femmes *sui iuris*<sup>8</sup>)<sup>9</sup> les hommes *alieni iuris*, s'ils sont affectés des maladies ou handicaps, ont demeuré sous la protection et la pouvoir de leur *pater*

*familias*<sup>10</sup>. Mais, quand une personne devenait *sui iuris*<sup>11</sup>, et devenait capable d'accomplir dans son propre nom des actes juridiques, elle commençait à être intéressante pour le droit et pour le patrimoine familial, donc susceptible d'être protégée par le droit et la famille.

Le droit romain a connu, dans le champ des mesures de protection, trois institutions distinctes : la tutelle, la curatelle et curatelle provoquée par l'interdiction. La première s'était appliquée aux orphelins impubères *sui iuris* et aux femmes *sui iuris*, d'âge nubile ou pas, la deuxième, aux fous et aux mineurs (ultérieurement), et la dernière, aux prodigues.

Certaines caractéristiques des mesures de protection envisagées par le droit romain attirent notre attention.

La *tutelle* a été définie par Servius Sulpicius comme « une puissance sur une personne libre, pour protéger celui qui, en raison de son âge, ne se peut défendre »<sup>12</sup> C. St. TOMULESCU aussi bien que J.P. LÉVY et A. CASTALDO ont ajouté à cette définition leurs observations. « Cette définition se situe historiquement à la charnière de deux conceptions<sup>13</sup>. La puissance... L'aspect autoritaire de l'institution, qui dans le passé, avait servi à protéger la famille que l'impubère lui-même<sup>14</sup>... (et) l'idée de protection de celui-ci (qui) va devenir dans le temps, exclusive, et la tutelle seront organisés en ce sens. »<sup>15</sup> Le tuteur a eu deux possibilités de gestion de la tutelle : *l'auctoritas* et *negotiorum gestio*. Le premier veut dire la participation active du tuteur à l'autorisation du contrat de son protégé. Mais, dans l'utilisation de ce procédé l'augmentation de la personnalité de pupille, le tuteur ne devaient partie au contrat de son protégé. Cet aspect de *l'auctoritas*, sera surpris dans l'expression des glossateurs médiévaux : « *Qui auctor est, non se obligat* ».<sup>16</sup> La dernière mode de gestion impliquait que « le tuteur agit seul et de son propre chef ».<sup>17</sup> Le droit romain n'a connu pas la représentation perdit des protégés avant le II<sup>ème</sup> siècle apr. J.-C.. Avant ce temps, avec le procédé de *negotiorum gestio*, le tuteur fait les actes de gestion mais les effets de ces actes passaient sur lui. Le tuteur devenait propriétaire, créancier ou débiteur avec une obligation de transfert des biens et des créances à son protégé à la fin de sa tutelle, et d'obtenir d'exonération des obligations ainsi contractée.<sup>18</sup>

La tutelle a connu une évolution nouée de la curatelle<sup>19</sup>, dans laquelle elle a été caractérisée par certains aspects comme l'acceptation de la mère comme tutrice de ses enfants<sup>20</sup>, l'amplification de la protection du protégé et du tuteur par la reconnaissance d'une nouvelle action *l'actio tutelae*<sup>21</sup> qui a attiré la fluctuation de la responsabilité de tuteur entre un administrateur idéal (*bonus pater familias*), et un administrateur diligent dans le temps de Justinien<sup>22</sup>. La tutelle des femmes, qui a été créée pour la « *mieux réalisation des intérêts économiques des agnats* »<sup>23</sup> et caractérisé par la manche de *negotium gestio* reconnaissait au tuteur, va disparaître dans la seconde moitié de la IV<sup>ème</sup> siècle apr. J.-C.<sup>24</sup>

Sous Justinien, les impubères et les mineurs de vingt-cinq ans sont assimilés pour une série d'interpolations au Digeste<sup>25</sup>. La curatelle des mineurs a emprunté les règles limitant les pouvoirs des tuteurs et mettant en cause leur responsabilité. La seule différence à cette époque était, disaient LÉVY et CASTALDO, que la curatelle était toujours *dativae*.<sup>26</sup>

Pour le aliéné, l'homme considéré comme frappé par une divinité supérieure ou possédé par un génie néfaste, par les furies (*furiosus*) par les mauvaise génie (*larvatus*), par Cérès (*cerritus*) « le droit romain ne fait que d'envisager des institutions pour prévenir les

malheurs dont la folie dangereuse et intermittente menaçait les familles »<sup>27</sup>. Il a connu une institution distincte de la tutelle, (qui a été réservée au « domaine des incapacités normales<sup>28</sup> ») - la curatelle. Le mot latin « cura » transcrit probablement, l'intention : *soin*<sup>29</sup>, mais un autre sens commun que ce mot a eu semble dominant : de *conduite, direction et administration*<sup>30, 31</sup>.

Dans le temps de la Loi de XII Tables, ULPPIAN mentionne dans ses Règles,<sup>32</sup> l'existence d'une mesure de protection applicable au fou furieux et au prodigue et le rôle des agnats dans cette protection. Voici le texte de CICÉRON<sup>33</sup> qui a mentionné le texte de la Loi « *Le Loi porte: Que [le soin]<sup>34</sup> de la personne et des biens des furieux sont confiés à l'un de ses agnats, et s'il n'en a pas, à une autre de ses parents* »<sup>35</sup> A ce texte, Joseph ORTOLAN<sup>36</sup> (et autres) a ajouté le texte du grammaticien FESTUS<sup>37</sup> qui a connu aussi le Loi des XII Tables: « (...) *furiosus (...) qui n'a pas de curateur* ». Donc le texte se lisait: „ La personne et les biens de furieux, qui n'a pas de curateur, sont confiés au pouvoir de l'une de ses agnats, et s'il n'en a pas, à une autre de ses parents. (gentils) ”

Cette mesure de protection, la curatelle, comme la tutelle, a connu deux sources: légitime, et dative. La dernière pouvait inclure la curatelle testamentaire<sup>38</sup> (si elle était approuvée par le magistrat.)

On va découvrir que la curatelle légitime dans les textes de la Loi de XII Tables, ne s'ouvrait que dans l'hypothèse où le *furiosus* avait reçu *ab intestat* l'héritage de son père ou d'un aïeul.<sup>39</sup> Au contraire, la curatelle dative était instituée dans l'hypothèse où on parle d'un affranchissement ou d'une curatelle testamentaire ou pour les autres manifestations de la folie.

Albert COUSIN, argüait que sous le régime de la loi des XII Tables, les mesures de protection du fou visaient seulement le fou avec des intervalles lucides<sup>40</sup>, ledit *fouriosus*, et ni le *mente captus*, l'homme fou sans intervalles lucides, „*incapables de toute volonté, de nuire jamais à la famille par des consentements irréfléchis*”<sup>41</sup>. La famille et la protection de ses intérêts transparaissent<sup>42</sup> dans la mesure de la curatelle légitime de *furiosus* (prise seulement par les agnats ou les gentils<sup>43</sup>) parce que la *furiosus* peut faire des actes juridiques valables<sup>44</sup> dans ses intervalles de lucidité<sup>45</sup> ou « *la capacité civile de furieux n'était en rien altérée, toute latitude était laissée à ce citoyen pour accomplir tous les actes de la vie civile. (...)*. Seulement au moment de la folie le „ « *furiosus* » est absolument incapable et ne peut gérer aucune affaire parce qu'il ne comprend pas ce qu'il fait”<sup>46</sup> »<sup>47</sup>. C'est à ces moments où « *l'agnat ou le gentil le plus proche pouvait prendre la direction de la personne du "furiosus" et l'administration de ses biens.* »<sup>48</sup>

L'évolution de l'institution va connaître l'apparition à travers le temps de *praetor* dans la langue juridique des autres termes que de *furiosus* pour qualifier le fou, : les *menti capti* et les *dements*. Mais la synonymie n'était pas parfaite. Les dernières furent les hommes ou „*il y a abilitération totale de l'intelligence, c'est-à-dire imbécillité ou idiotisme.*” Leur incapacité était permanente.<sup>49</sup> Pour les *menti capti* et les *dements*, la curatelle était toujours honoraire – après une intervention de la *praetor*. À la même période<sup>50</sup>, les sourds et muets et ceux qui souffraient d'une maladie incurable furent assimilés aux *furieux* et mis sous curatelle.<sup>51</sup>

Dans le droit de Justinien, Albert COUSIN nous dit que tous les fous, majeurs de vingt-cinq ans sont soumis à la même protection: de curatelle<sup>52</sup>.

Autres aspects novateurs qui ont apparus dans le temps de *praetor* incluent l'idée de protection du fou contre les actes préjudiciables que les agnats avaient la possibilité de faire parce que, la Loi des XII tables leur permettaient de faire des actes d'aliénation sur le patrimoine de *furiosus*<sup>53</sup>. Aussi un contrôle de *praetor*, une enquête<sup>54</sup>, sur l'état de fureur de la personne dite fou, la nominalisation comme curateur des autres personnes que les agnats, ou à leur place<sup>55</sup>, transformaient la curatelle, à la fin de la République, surement dans le temps de Justinien, dans une institution premièrement dative<sup>56</sup>.

Parce que la procédure de *l'auctoritas* était inapplicable avec un insensé<sup>57</sup>, la seule modalité de gestion des biens des fous restait la *negotiorum gestio*. Les règles de la tutelle déplaient et attrapaient la curatelle « *On en arriva, avec le temps, à appliquer au curateur toutes les règles sur les pouvoirs du tuteur et sa responsabilité (sauf que l'action de tutelle est remplacée par l'action de gestion d'affaires, qui donne des résultats assez sensiblement équivalents)* »<sup>58</sup>.

Mais, lesquelles étaient permises au fou dans le droit romain? Albert COUSIN identifié une règle pour trouver la réponse à cette question: les *actes* pour lesquels le « consentement » n'est pas requis.<sup>59</sup> Parce que, il nous rappelle, « le fou n'a pas de volonté »<sup>60</sup>. On peut voir la même règle si on lit ce texte de Digest : « *Un furieux n'a pas la faculté de faire un codicille; car en toute autre matière il est considéré comme ne pouvant faire aucun acte qui suppose la volonté*<sup>61</sup> (ici *aggere intelligitur*) et dans toutes les affaires il est regardé comme absent et incapable d'agir par lui-même.»

Le furieux reste propriétaire, la manifestation de volonté n'était pas nécessaire, en général, pour la préservation des droits réels et personnels<sup>62</sup>.

Mais beaucoup de problèmes ont apparus avec cette conception romaine sur la capacité naturelle du fou dans les intervalles lucides. Dans le champ de mariage<sup>63</sup>, de curatelle<sup>64</sup>, de succession<sup>65</sup> aussi comme dans le champ de droits réels<sup>66</sup> et de la possession. Proculus et Papinien disputent les effets de la folie sur la possession. Le premier croit que si on était possesseur quand il devenait fou, il ne perd pas le *animus* de la possession pendant la fureur. Le deuxième disait que la possession cesse où commence la folie.<sup>67</sup> La solution a été que le fou reste possesseur. Dans le champ des obligations, le fou ne pouvait pas devenir créancier ou débiteur en vertu d'un acte qui requérait une manifestation de son consentement. Il pourrait devenir créancier en vertu d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit. Il se peut obliger seulement par quasi-contrat.<sup>68</sup>

Une autre question liée à la capacité du fou, était la fin de la mesure de curatelle. Si la tutelle légitime cesse au moment où la folie dissipait, la curatelle dative a posé beaucoup des problèmes. Si la curatelle avait cessé avec un intervalle lucide, le magistrat aurait-il nommé un autre curateur ou la folie réapparaissait? Pour mettre fin à la multiplicité et le ridicule à la nomination du curateur, A. COUSIN nous dit que Justinien a décidé que les intervalles lucides ne firent plus que suspendre les fonctions du curateur, La curatelle est restée permanente.<sup>69</sup>

La dernière mesure de protection<sup>70</sup> la curatelle de prodigue provoqué par l'interdiction est restée dans le droit romain une mesure réservée à celui qui dilapidait les biens reçus *ab intestat* de la succession paternelle, à la manière d'un *prodigue*. ULPPIEN nous dit: „La

*Loi des XII Tables a interdit au prodigue l'administration de ses biens, solution qui fut d'abord introduite par la coutume. Aujourd'hui, les praetors et les gouverneurs de province ont l'habitude lorsqu'ils trouvent un homme qui méconnaît ainsi l'opportunité et les limites de dépenses et qui gaspille sa fortune en dilapidant ses biens et en les distribuant sans compter, de lui donner un curateur, sur le modèle de curateur de fou...*<sup>71</sup>

L'interdiction a été une mesure prononcée par le magistrat par décret - ici *la interdictus* lui conserve bien son sens.<sup>72</sup> Et si, dans la Loi de XII Tables elle visait les héritiers prodigues *ab intestat*<sup>73</sup>, dans l'époque classique, la mesure s'accroissait, englobant également les héritiers testamentaires et les affranchis.<sup>74</sup> Si le décret interdisait au début un acte particulier, déterminé, que l'on retrouvait dans la sphère des actes de *droit civil*, elle « *gagna rapidement tous les actes d'aliénation, et le prodigue interdit se trouva assimilé à l'impubère proche de la puberté, au mineur de vingt-cinq ans au Bas Empire* »<sup>75</sup>, sous le pouvoir d'un curateur. L'interdiction, au contraire de la folie, suspendait la capacité civile du prodigue<sup>76</sup>. Il devient incapable parce qu'il était prononcé incapable<sup>77</sup>. L'interdiction reflète donc, à l'envers de la folie, une mesure artificielle provoquée par l'infirmité morale d'une personne saine.<sup>78</sup> Cette incapacité ne finissait pas sans la mainlevée de l'interdiction, c'est-à-dire, sans une intervention précise du magistrat. Le professeur roumain, V. HANGA a saisi aussi le débat doctrinaire sur le texte de ULPAN<sup>79</sup> concernant la fin de la curatelle de prodigue ou moment de l'amélioration de son comportement. Sa conclusion était que seulement dans le temps de Justinien, la curatelle prenait fin, dans cette hypothèse, de plein droit.

Mais le prodigue n'était pas absolument incapable. Il pourrait faire des actes si ces actes lui faisaient sa condition meilleure.<sup>80</sup> La curatelle a eu pour le prodigue les mêmes caractéristiques de la curatelle du fou. P.F. GIRARD nous dit que „la doctrine selon laquelle le prodigue aurait procédé avec le *consensus curatoris* aux actes auxquels le pupille procède avec *l'auctoritas tutoris*, ne s'appuie pas sur un seul texte; et elle fait un pur anachronisme en rapport aux veilles curatelles des XII Tables des solutions admises tardivement, à la suite d'un développement indépendant, en matière de la curatelle des mineurs de 25 ans.”<sup>81</sup>

Il sera intéressant de voir comment la catégorie de prodigue rapprochera la catégorie de la folie et va fusionner dans la mentalité juridique dans le Moyen Âge français.

## §2 Le Moyen-Âge et les territoires français

Nous avons parlé jusqu'ici du droit romain parce que, les solutions de droit romain relatives à la folie et prodigalité ont fourni l'inspiration (dans la période coutumière) et ont fait leur place parmi les règles elles-mêmes des territoires français. Ici, le muettement des lois germaniques sur un régime propre applicable aux fous et aux prodigues (le *mundium* du plus proche parent mâle semble a été appliqué aux fous et aux faibles d'esprit, comme aux mineurs et femmes)<sup>82</sup> couplé avec une économie rudimentaire hostile a l'exercice de la prodigalité, ont fourni un territoire vierge aux institutions romaines, qui n'ont pas trouvé aucune résistance. Après les invasions, quand la société médiévale a eu besoin d'appliquer un statut au fou et au prodigue, celui-ci n'a pu être „que celui prévu par le droit romain, toujours en vigueur chez les populations gallo-romaines”<sup>83</sup>.

L'importance de la famille, étendue comme groupe familial élémentaire dans la protection des aliénés et des orphelins, va subsister dans les temps et sera amplifiée au Moyen-Âge où l'autorité étatique faible va nécessiter un moyen d'agrégation suffisant pour la protection des groupes familiaux<sup>84</sup>. La protection envisageait inclusivement la famille elle-même, une protection physique amplifiée couplée avec l'obligation de défense<sup>85</sup> et de faire guerre<sup>86</sup>, une censure de personne qui pourrait entrer dans la famille<sup>87</sup> par le mariage<sup>88</sup>, doublée par une protection des biens *immoblie*<sup>89</sup> qui ont formé la catégorie des biens *propres*<sup>90</sup>, destinés, par leur caractère perpétuel, à « sauvegarder les droits de la famille. ». L'aliénation d'un bien immobilière apparaît « dans la plus ancienne tradition coutumière, une chose fort grave, qui ne peut être justifiée que par la « pauvreté jurée » et, souvent, par l'autorisation de parents. ». Voici l'observation de Paul OURLIAC et Jean-Louis GAZZANIGA qui ont identifié aussi ce passage dans les *Établissements de Saint Louis*<sup>91</sup> : « celui qui vend sa terre est un prodigue, c'est-à-dire, un fou (Chap. 130) »<sup>92</sup>. Tout ça, accompagné par l'institution de retrait lignager, les clauses d'inaliénabilité, la lutte contre la mainmorte de seigneur et le droit d'aubaine - de conservation de la race et nom de famille -, toutes pointées vers la conclusion de Jean Philippe LEVY et André CASTALDO « à tout instant de la vie, l'individu est obligé au Moyen-Âge, de compter avec sa famille, parfois entendue presque jusqu'à l'infini »<sup>93</sup>.

Ce n'est pas étonnant que, les mesures de protection envisagées dans cette période ont été destinées à la préservation de la famille par la protection de ces biens.

Dans la période des coutumières de XIII<sup>ème</sup> et XIV<sup>ème</sup> siècles les conséquences de la folie et prodigalité ont été réglées dans l'esprit et parfois dans les termes mêmes de la législation romaine. Les seules mentionnées dans la législation ont été d'un simple curateur pour le fou, qui après, était absorbé dans la cellule famille, d'une reproduction des textes romaines<sup>94</sup> en ce qui concerne le prodigue, une notion très vague, sans intérêt pour la législation de la période.<sup>95</sup>

Après le XI<sup>ème</sup> siècle, de nouvelles mesures pour la protection de cette famille, autres que la seule mesure disponible à cette époque, l'émancipation de prodigue, furent ressenties.<sup>96</sup> L'Église catholique disposait d'une forme d'interdiction<sup>97</sup> calquée sur celle du droit romain qui a été additionnée dans la mentalité des auteurs coutumiers qui se sont déjà orientés vers les textes romains.

S. LANNES identifié une décision de L'Officiel<sup>98</sup> de Paris qui, en 1313 a interdit un clerc „*prodigus bonorum suorum*”<sup>99</sup>. Elle nous dit aussi que les Officialités pouvaient instruire toutes les demandes en interdiction formulées devant leurs juridictions et qu'elles useront de l'interdiction issue du droit romain<sup>100</sup> mais que ce pouvoir, plus tard leur sera refusé parce que l'interdiction devint étant du domaine „réel et temporel”<sup>101</sup>.

Si l'interdiction apparaît dans le XIII<sup>ème</sup> siècle dans le contexte de prodigalité, la pratique coutumière va détourner dans un seul siècle l'institution romaine, d'une manière unique. L'assimilation des faibles d'esprit aux prodiges fut suivie dans un délai très court par l'assimilation de tous les aliénés.

Dans la pratique jurisprudentielle une osmose entre les notions de prodigue et ce de faible d'esprit a été opérée. Beaucoup de raisons peuvent être invoquées: On peut voir dans les

requêtes en interdiction, comme dans les sentences qui l'accordaient que l'interdiction a été demandée et a été accordée pour l'association de ces deux notions.<sup>102</sup> Celle, a deux explications: la première qui émerge dans la thèse de S. LANNES est une conception qui voyait dans les faibles d'esprit un état d'esprit qui faisait très probable le comportement associé à la prodigalité, « craindre une mauvaise gestion du patrimoine, ou avançant la prodigalité elle-même. »<sup>103</sup> Aussi la prodigalité s'expliquait dans l'époque par rapport aux faibles d'esprit qui l'accompagne d'une manière implicite et logique.<sup>104</sup>

La deuxième explication, une confusion entre la capacité de plein droit du fou et la mesure d'interdiction par les glossateurs, donc par la société de l'époque, qui a conduit à cette pratique.<sup>105</sup> L'intensité du désir de ceux qui ont voulu l'interdiction d'un prodigue a fait que, pour assurer la mesure, ils décrivaient la personne comme prodigue et faible d'esprit.<sup>106</sup>

Aussi, beaucoup de requêtes pour l'annulation des actes juridiques pour folie,<sup>107</sup> formulées par simulateurs ou véritable fous ont signalé un problème romain: la difficulté de preuve. Incontestable en cas de folie manifeste, fureur ou démence, la preuve devenaient insurmontable dans les hypothèses où on parlait de faiblesse d'esprit. L'étendue de l'interdiction aux faibles d'esprit fut donc, vue comme une mesure pratique et bénéfique pour les faibles d'esprit.<sup>108</sup> S. LANNES note encore une autre théorie, exposée par Jean et Jaques BRISAUD, - la curatelle du fou aurait été étirée aux prodigues – une autre catégorie de faibles d'esprit<sup>109</sup>. Elle finit par conclure la connexité de ces notions et leur interférence inévitable.

On a déjà vu que les aliénés, les faibles d'esprit et les prodigues ont été précocement réunis dans la mesure d'interdiction. J.P. LÉVY et A. CASTALDO signalent un arrêt de 1313<sup>110</sup>, A. LEFEBVRE-TEILLARD, un arrêt du Parlement du Paris 1329 qui montrait qu'aucune obligation contractée par un aliéné qui a été mis sous interdiction, ne peut être valable.<sup>111</sup> S. LANNES signale un arrêt du Parlement du Paris de 1405 ou un certain „Johanneau” apparaissait comme „*insensatum aut saltem prodigum*”<sup>112</sup>. Aussi on voit que le prodigue a été considéré comme plus dangereux pour la famille que l'aliéné. C'est pourquoi l'intervention du Roi lui-même a été sollicitée pour eux<sup>113</sup>.

L'interdiction, avait été accompagnée par une curatelle. On peut signaler ici que la famille, les amis charnels<sup>114</sup> et *la personne elle-même* pouvaient solliciter la mesure. L'interdiction provoquait la perte des privilèges d'ainesse<sup>115</sup>, l'annulation de tous les actes civils de la personne interdite. (ses promesses, son testament). Devant la justice il était représenté par un *défenseur*<sup>116</sup>, une autre personne administrerait ses biens. Les amis charnels, réunis dans le conseil d'amis charnels ont joué un rôle central<sup>117</sup>. Au Moyen Âge le fou ne répondait pas civilement mais seulement la responsabilité civile de ses gardiens a été recherchée.<sup>118</sup> Il a été considéré aussi comme un mort et l'interdiction, une morte civile. Ni contractant, ni responsable, voici l'image de l'interdit. Ces faits sont devenus la responsabilité des autres. Sa famille, son gardien, sa communauté restaient responsables envers les tiers pour tous les dommages causés par lui.<sup>119</sup> Une responsabilité qui a conduit dans notre opinion, à leur isolation et internement. Voici la même idée exprimée par A. LEFEBVRE-TEILLARD: « *La responsabilité de la famille en cas de « mauvaise garde » persiste durant cette période (L'ancien Régime) : un arrêt de 1683 applique encore le principe en condamnant une famille à payer des*



*dommages-intérêts à la victime d'un fou qu'elle n'avait pas fait enfermer. Cet enfermement des fous caractérise le XVII<sup>ème</sup> siècle* ». <sup>120</sup> Mais S. LANNES observe que cette responsabilité civile a été glissée vers l'aliéné dans la deuxième moitié du XVII<sup>ème</sup> siècle pendant les derrières deux siècles de l'Ancien Régime, mais pour sanctionner la famille. Elle observe aussi que les officialités ont denièrement toute responsabilité de fous. <sup>121</sup>

Trois observations supplémentaires : Le fou et le prodigue ont été assimilés en ce qui concerne leur statut, aux mineurs. <sup>122</sup>

On rappelle que l'incapacité qui frappe le fou, et le prodigue, bien qu'ils soient sous la même institution de protection, l'interdiction, avait de *sources distinctes* comme dans le droit romain. L'incapacité du fou, était une incapacité dite *naturelle*, émanant de la folie elle-même, que l'interdiction ne fait que constater <sup>123</sup>. Dans la situation du prodigue, l'incapacité partait de l'interdiction « et ne concerne que ses biens. » <sup>124</sup> Nous verrons que la distinction, romaine par excellence, a contribué à de nombreuses discussions sur les actes accomplis par l'aliéné dans les périodes de « normalité ». Si le droit canonique lui avait reconnu un mariage contracté dans un intervalle de lucidité et la doctrine « dans son ensemble avait eu tendance à reconnaître la validité des actes » dans cette période lucide, la jurisprudence aurait tendu à se montrer réticente et « en présumant la folie tant que dure l'interdiction, aurait refusé la preuve contraire » <sup>125</sup> Aussi, la pratique judiciaire n'a pas tenu compte de principes romains et elle n'a pas reconnu la fin de l'incapacité du fou où la folie disparaissait. Pour le fou, aussi que pour tous ceux qui étaient mis sur la mesure de l'interdiction, l'incapacité finissait avec la mainlevée de l'interdiction. <sup>126</sup>

La troisième est une observation pertinente : l'intérêt de la préservation du nom, honneur et biens de la famille prévalait en tout cas, <sup>127</sup> mais le curateur devait actionner dans l'intérêt de l'interdit. <sup>128</sup>

L'institution de l'interdiction fut élaborée donc dans le XIII<sup>ème</sup> et XIV<sup>ème</sup> siècles et elle a conservé sa forme d'une manière approximativement constante jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Mais quelle était la nature du jugement de l'interdiction? Avait-elle une nature constitutive de l'incapacité ou une nature déclarative? Voici un autre aspect controversé que la doctrine romaine de l'incapacité naturelle du fou et l'incapacité artificielle prononcée pour le prodigue a suscité. S. LANNES traite ces aspects et l'évolution dans le XVIII<sup>ème</sup> siècle de la pensée juridique sur cet aspect dans un chapitre distinct de sa thèse. <sup>129</sup> à la fin de cette évolution, l'interdiction gagna un effet constitutif d'incapacité. Cette conception a engagé aussi la solution que les actes passent dans un temps voisin de celui où l'interdiction a été prononcée, peut être attaquée. Si la solution apparaît normale dans une pensée qui voyait dans la folie la seule cause de l'incapacité, au contraire, elle se montra comme difficile de comprendre quand l'interdiction elle-même est la source de l'incapacité. Donc, la règle de droit doit être entendue comme facilitant la preuve. L'interdiction institue une sorte de suspicion légale, une ombre de folie sur les actes qui l'ont immédiatement précédée. <sup>130</sup>

Bien que dans la pratique la situation de la prodigue s'améliorât (l'interdiction ne concerne que les cas les plus graves) <sup>131</sup> la situation des aliénés resta en place. La curatelle du prodigue a connu, avec l'inspiration parisienne <sup>132</sup>, une nouvelle *conseille judiciaire* <sup>133</sup>,

institution qui a connu une extension notable dès le XVII<sup>ème</sup> siècle. « *Le juge ne donne pas un curateur mais seulement un conseil qu'il nomme d'office et qu'il charge d'assister la personne dans un certain nombre de cas qu'il précise.* ».<sup>134</sup>

Les règles de la curatelle ont été, comme dans les temps romains, inspirées par la tutelle<sup>135</sup>.

Pour les orphelins, la garde seigneuriale, qui sera suivie par le bail familial de fiefs, la garde noble et la garde bourgeoise<sup>136</sup>, joue exactement le rôle de protection de la famille par ces biens. La tutelle romaine est réapparue avec l'import de droit romain en Forez<sup>137</sup> au XIII<sup>ème</sup> siècle et a été généralisée avec toutes ses caractéristiques complètement (dans le XIV<sup>ème</sup> siècle) dans les pays de droit écrit et dans les régions limitrophes.<sup>138</sup> Dans le temps de BEAUMANOIR, la tutelle s'est appliquée aux biens roturiers, et les autres régimes de protection, en raison de la qualité de la personne (la garde noble et la garde bourgeoisie) ou de biens (le bail familial de fiefs)<sup>139</sup>.

L'intérêt de l'Église dans la protection des orphelins et les transformations sociales envers leur protection ont apporté l'exercice de la justice dans la protection des orphelins roturiers.

Dans l'institution de la tutelle du Moyen-Âge on peut découvrir le premier organe nouveau de haute tutelle - l'ensellée de parents<sup>140</sup> promoteur du conseil de famille et qui réunissait aussi les voisins et les amis qui s'intéressaient de la personne protégée.<sup>141</sup> La tutelle est devenue une charge publique imposée par la justice. Et toutes les tourelles ont été datives.<sup>142</sup>

### §3. Le Code Napoléon

Certaines mesures attirent notre attention.

La mesure de l'interdiction a disparu pour la protection des parodiques<sup>143</sup> pour lequel un curateur avec des prérogatives réduites, sous le nom préféré de *conseil judiciaire*, a été mis en place<sup>144</sup>.

Les aliénés ont été divisés en deux catégories : la première contenant les cas plus sévères, destinés à être interdits, les autres, *faibles d'esprit*, destinés à être assimilés aux prodiges<sup>145</sup>.

L'article 489 du Code civil, contraire à l'ancienne doctrine,<sup>146</sup> a mis en place ce que la jurisprudence a déjà voulu.<sup>147</sup> l'interdiction aura produit des effets continus (voici aussi l'article 509). Mais quelle est la justification pour cette mesure ? Albert CAUSIN identifie dans sa thèse<sup>148</sup> l'opinion exprimée par M. EMMERY dans son *Exposé des motifs au Corps législatif* :

« *Ce n'est pas sur quelques actes isolés qu'on s'avisera jamais de décider qu'un homme a perdu le sens ou la raison : telle est la triste condition de l'humanité que le plus sage n'est pas exempt d'erreur. Mais, lorsque la raison n'est plus qu'un accident dans la vie de l'homme, lorsqu'elle ne s'y laisse apercevoir que de loin en loin, tandis que les paroles et les actions de tous les jours sont les*

*paroles et les actions d'un insensé, on peut dire qu'il existe un état habituel de démence, c'est alors le cas de l'interdiction." (art. 39 t. X du projet, Fenet, t. 1, p.96.) C'est dire que la démence légale est différente de la démence de fait qui ne donne pas lieu à l'interdiction, et dont ne s'occupe pas de titre de l'interdiction. Mais il n'est pas non plus essentiel que la maladie soit permanente et continue ; le même article ne veut pas qu'il soit tenu compte des intervalles lucides. En droit romain, les intermittences sont une source constante de contestation. En droit français, de question de fait souvent fait difficiles à résoudre auraient à tout moment entravé les affaires et exposé l'aliéné à toutes sortes de fraudes et de dangers. L'unique moyen de sauvegarder ses intérêts était de priver de l'exercice de ses droits même pendant les intervalles lucides. »*

La valeur constitutive d'incapacité que le jugement d'interdiction a eue, a contribué aussi à la même conclusion<sup>149</sup>.

Donc les rédacteurs du Code ont opté pour la nullité de tous les actes de la personne interdite, sans tenir compte d'intervalles de lucidité, non parce qu'ils ont voulu protéger les tiers ou la famille, mais afin de protéger l'interdit lui-même. Cette vision axée sur la protection de la personne a été continuée par les réformes successives dans le droit français. L'idéal de cette pensée est exprimé par M. PLANIOL et G. RIPERT ainsi : « en droit civil, la plupart des incapacités visant à protéger l'incapable, pour empêcher de se nuire par ses actes. Leurs sanctions frappent dans ses cocontractants, non l'incapable »<sup>150</sup>.

Mais la procédure d'interdiction conçue par le Code civil fut peu demandée<sup>151</sup>. « La raison fut que les familles redoutaient les frais de la procédure et, surtout, la publicité, qu'elle entraînait, révélant une « tare » dont elles n'étaient pas fières. Le plus souvent, la procédure s'armait à la nomination de l'administrateur provisoire. »<sup>152</sup>.

Dans la même période on remarque l'apparition dans la pensée française de la distinction doctrinaire entre capacité de jouissance et capacité d'exercice. Fondée sur les problèmes que la définition de droit subjectif a suscités<sup>153</sup> la distinction a voulu protéger le concept d'égalité entre « incapables » et les autres.<sup>154</sup>

#### **§4. Les évolutions suivantes**

La loi de 1938 a exprimé la vue dans l'époque : l'internement comme mesure de salut de l'insensé. La réforme de J. CARBONNIER survint en 1968. L'interdiction et le régime particulier du prodigue et faible d'esprit furent éliminés<sup>155</sup>, la séparation entre les mesures civiles et l'internement fut clarifiée. Trois nouvelles mesures furent ébauchées : la sauvegarde de justice, la tutelle, et la curatelle qui prit la place du conseil.<sup>156</sup> La catégorie des *majeurs protégés*<sup>157</sup> a été créée, ainsi que la profession de « mandataire judiciaire de protection des majeurs »<sup>158</sup>. C'est la première fois, dit J.P. LÈVY et A. CASTALDO que l'expression « les facultés corporelles qui « empêchent » l'expression de la volonté » fut dite formellement. »<sup>159</sup> Mais la loi de 1968 a apporté aussi la responsabilité civile du malade mental (actuellement l'article 414-3 Code civil, une création contraire à l'histoire de droit civil).

Dans les réformes suivantes, on retient que la tutelle légale fut supprimée, (2007) et la protection de la personne interne fut retouchée<sup>160</sup>. La capacité d'accomplir les actes à caractère personnel, une catégorie étendue, a été reconnue aux majeures protégées. Aussi le conseil de famille a connu son obsolescence. Après 2007 on discute d'un principe d'autonomie sur surveillance au lieu de l'incapacité, une notion morte et tant que mécanisme général de protection.<sup>161</sup>

### §5. Conclusions

La perpétuité de la famille ainsi que la protection du patrimoine a justifié pendant les siècles un traitement plus restrictif à ceux qui ont eu la mauvaise fortune d'être insensés ou des mineurs sans parents. Mais ces « soins » juridiques ont trouvé leur justification dans une vie fort dure, où les créanciers n'ont pas été de philanthropes, et la famille restait le seul sens d'existence non seulement pour l'insensé mais aussi pour les autres qui formaient le groupe familial lui-même.

Mais la réalité actuelle est différente,<sup>162</sup> une famille mononucléaire<sup>163</sup>, ou réduite aux époux et à leur enfant (s), un individualisme social accru, une évolution de l'être humain dans le champ de droit civil entre sujet abstrait des droits aux droits de personnalité, à la proclamation d'une nouvelle vision envers les malades mentaux, qui vise une protection par information, éducation et la découverte de leur voix cachée derrière la maladie. Cette réalité a justifié dans plusieurs États comme en France une réaction dans le champ du droit civil sur les règles et les institutions de protection qui, avant le XXI<sup>ème</sup> siècle ont été alimentées seulement avec des idées de conservation familiale, effectivité et l'efficacité des mesures dans les yeux des autres. Mais ce parallélisme entre les autres et la personne protégée en ce qui concerne les institutions de protection est aujourd'hui surmonté par une image de dignité humaine également distribuée et cette égalité juridique fait place à un discours des mesures d'augmentation de la capacité naturelle dans un état de pleine capacité civile par des mesures juridiques d'assistance de la capacité juridique et de surveillance de celui-ci.

---

\* Doctorant en droit, Université « Babeş-Bolyai » de Cluj-Napoca, Université de Nantes, Faculté de Droit et Sciences Politiques ; email : jorea\_dorin@law.ubbcluj.ro.

<sup>1</sup> Dans l'ancien droit romain, la surveillance des incapables, était un droit et, dans le même temps, une obligation des agnats. V. Vladimir Hanga, *Drept Privat Roman*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1977, p. 223. C. ST. TOMULESCU, *Manual de drept roman*, Ed. Litografia Învățământului, București, 1958, p. 252.

<sup>2</sup> Albert COUSIN, *Les incapacités résultant de la folie*, Thèse, Université de Paris, 1881, p. 27-28.

<sup>3</sup> Vladimir Hanga, *op. cit.* p. 224, C. St. TOMULESCU, *op. cit.* p. 253.

- <sup>4</sup> Cette évolution a été entretenue par le glissement de la famille agnatique vers la famille cognatique. V. Vladimir HANGA, op. cit. p. 224, V. HANGA, M. D. BOB, *Curs de drept privat roman*, 5<sup>ème</sup> ed., Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 135.
- <sup>5</sup> Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2003, p. 219
- <sup>6</sup> Les règles des incapacités de fait sont, en principe, également établis pour les personnes *alieni juris* et les personnes *sui juris*, mais ces incapacités requièrent des mesures spéciales seulement dans l'hypothèse de personnes *sui juris*. C'est parce que les personnes *alieni juris* n'avaient pas des biens propres, donc ils ne présentaient pas d'internes pour la famille ou pour le droit. V. P.F. GIRARD, op. cit. p. 219.
- <sup>7</sup> Vladimir Hanga, p. 223, Albert COUSIN, op. cit. p. 62.
- <sup>8</sup> Sur cet aspect, C. ST. TOMULESCU remarquait la contradiction dans la société romaine : être *sui juris* signifiait n'être pas sous l'autorité d'une autre, mais la femme *sui juris* avait besoin de l'auctoritas de son tuteur, et ce fait a constitué à l'origine, un pouvoir réel de ses agnats. v. C. ST. TOMULESCU, op. cit. p. 250.
- <sup>9</sup> V. P.F. GIRARD, op. cit. p.220.
- <sup>10</sup> Constantin Șt. TOMULESCU, op. cit. p. 250.
- <sup>11</sup> Le *pater familias* murissait, ou il souffrir *une capitis deminutio maxima* ou *media*, ou le fil a été émancipé avant sa puberté, ou la fille a été émancipée quelconque. Aussi on a discuté de tutelle dans l'affranchissement d'une jeune esclave de sexe masculin *antepubertatem*, par l'affranchissement quelconque des femmes, ou dans le cas de l'enfant naturel. (v. J.P. LÉVY et A. CASTALDO,, Histoire du droit civil, Dalloz, 2e édition, Paris, 2010, pp. 231. 254. A ces, P.F. GIRARD ajoute: la femme *in manu*, par la sortie de la *manus* qui suit le divorce. V. P.F. GIRARD, op. Cit. P. 221.
- Le mariage ne change pas la situation, ni pour le mari ni pour l'épousée. La première demeurait sous la même *patria potestas*, la deuxième, entrait sous la *patria potestas* du pater familias de son mari.. (v. Jean Philippe. LÉVY, André CASTALDO, Histoire *du droit privé*, Dallonz, Paris, 2010, p. 254.
- <sup>12</sup> Dig. 26, 1,1, « *pr. Tutela est, ut servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.* »
- <sup>13</sup> C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 254.
- <sup>14</sup> C. St. TOMULESCU remarquait que, dans le cas de la tutelle, le droit être tuteur n'existait pas là où il n'existait pas le droit de succéder. v. C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 252, p. 256.
- <sup>15</sup> J.P. LÉVY, A. CASTALDO, op. cit. p. 233.
- <sup>16</sup> v. Vladimir HANGA, op. cit. p. 227.
- <sup>17</sup> Idem, p. 235.
- <sup>18</sup> v. Vladimir HANGA, op. cit. p. 227, C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 257.
- <sup>19</sup> v. C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 258.
- <sup>20</sup> Les tuteurs légitimes étaient sélectionnés dans les personnes qui avaient la qualité de successeurs présomptifs. Dans l'époque impériale avec la reconnaissance de la parenté *naturelle* et d'un droit de succéder de ces parents, la mère, la grand-mère et les frères étaient mandés à la tutelle légitime. V. Vladimir Hanga, op. cit. p. 225.
- <sup>21</sup> v. Vladimir HANGA, op. cit. p. 229.
- <sup>22</sup> Vladimir HANGA, op. cit. pp. 229-230.
- <sup>23</sup> v. C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 253.
- <sup>24</sup> Vladimir HANGA, op. cit. p. 231.
- <sup>25</sup> J.P. LÉVY, A. CASTALDO, op. cit., p. 241, v. aussi Vladimir HANGA, op. cit. p. 234; V. HANGA, M.D. BOB, op. cit. p. 140.

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> Albert COUSIN, op. cit. p. 13.

<sup>28</sup> La distinction entre les incapacités normales et anormales est opérée par LÉVY et CASTALDO. Il a un but prioritaire didactique. La même distinction peut être trouvée dans l'écrit de P.F. GIRARD, ou les incapacités normales sont opposées aux incapacités « accidentelles » « susceptibles de varier à infini. V. J.P. GIRARD, op. cit. p. 241.

<sup>29</sup> v. J.P. LÉVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 260

<sup>30</sup> cf. F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, Hachette, Paris, 1934, p. 455.

<sup>31</sup> La *curatelle* va devenir une institution de *protection de l'aliéné*, et pas seulement de la famille, probablement dans le temps de la jurisconsulte Julianus citer dans les Digeste de Justinien (Dig. 27, 10, 7, *Iulianus libro 21 digestorum pr. « Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi. »*)

<sup>32</sup> Ulp. Regul. 12, 2 : « *Lex deodecim tabularum furiosum, itemque prodigum, cui bonnis interdictum est, in ruratione jubet esse agnatorum* » Cette règle peut se traduire par « *La Loi des douze tables veut que le fou ou le prodigue auquel on a ôté l'administration de ses biens, soit sous la curatelle de ses agnats.* » dans : « Livre particulier des règles de Domitius ULPIEN [en ligne] : <http://www.histoiredudroit.fr/Documents/Corpus/Suppléments%206.pdf> (Page consultée le 31/05/2015).

<sup>33</sup> Loi des XII Tables, Tabula V, 7.a « *Lex est, si furiosus est, agnatorum, gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* » Cicer., *De invent*, 2, 50; Aussi : Tuscul. *quest.*, 3, 5. ; *De repub.* 3, 23. Auctor Rhetor, *ad Heren.*, 1, 13.

<sup>34</sup> Le mot latin ici est *potestas*. Il peut-être traduit comme *pouvoir*, mais pas avec *soin*. Pour le même sens : C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 253.

<sup>35</sup> Pour cette traduction v. *Les fragments de la loi des XII Tables, Extraits fidèlement des auteurs qui nous les conservés, et disposés selon l'ordre du Digeste et du Code, suivis de notes explicative du Traducteur*, [En ligne] : <http://www.histoiredudroit.fr/Documents/Corpus/Suppl%C3%A9ments%202.pdf> (Page consultée le 31/05/15).

<sup>36</sup> Joseph ORTOLAN, *Histoire de la Législation Romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne et Généralisation du droit romain*, T. I., Dixième édition, par M.E. BONNIER, E. PLOT, Paris, 1876 « avec cette mention : Festus au mot *Nec* ». p. 109.

<sup>37</sup> « *Ast ei custis nec escit* »

Voici le texte de Fastus : « *Nec conjunctionem grammatici fere dicunt esse disjunctivam, ut nec legit nec scribit, cum si diligentius inspiciatur, ut fecit Sinius Capito, intelligi possit eam pisitam esse ab antiquis pro non ut et in XII. Est ast ei custos nec escit* ». La sens de mot *nec* ici semble d'être cette de *non* ou le Romains employaient généralement le mot *ne* cf. V. J.W. DONALDSON *Varronianus : a critical and historical introduction to the ethnography of ancien Italy and to the philological study of latin language*, London, 1852, p. 98 (et p. 210 pour le texte de Festus). Ils existe beaucoup des auteurs qui confrontent la compétence de CICERON lui même de comprendre la langue de la Loi de XII Tables. Pour la défaut de la mot *ast* voir : J.U. UNTERMANN *Die klassischen Autoren und das Altlatein*, dans G. BINDER (ed.), *Saeculum Augustum*, ii. Religion und Literatur. Darmstadt, 1988, p. 429-437 ; J.G.F. POWEL *Cicero's adaptation of legal Latin in the De Legibus*, dans T. REINHARDT, M. LAPIDGE and J.N. ADAMS (ed), *Abstract of the language of Latin Prese*, Oxford, 2005, p.136-137. Apud. David Longslow, *Archaic Latin inscriptions and Greek and Roman Authors*, dans Peter LIDDEL, Polly LOW (ed). *Inscriptions and their use in greek and latin literature*, Oxford, 2013, p. 189.

<sup>38</sup> La curatelle ne pouvait être testamentaire en droit romain, mais A. COUSIN a signalé l'existence dans les textes d'une coutume de confirmation du curateur désigné par le père ou la mère. V. A. COUSIN, op. cit. pp. 62-63. Aussi Dig. 27, 10, 16. Dig. 26, 3, 3, Inst. 1, 23, 1.

- <sup>39</sup> Cet est l'opinion de Albert COUSIN qui dit : « Ulpian lui-même nous permettrait de croire par l'assimilation constante dans ses écrits Reg. 12, 3 du « *rei furiosus* » au prodigue que la tutelle légitime de « *furiosus* » s'ouvrait au seul cas où le « *furiosus* » avait reçu *ab intestat* l'héritage de son père ou d'un aïeul ». , dans : Albert COUSIN, op. cit. p. 7.
- <sup>40</sup> Il existe aussi une autre doctrine pour laquelle le *furiosi* ont été des fous teints de folie ordinaire, à l'exclusion seulement des individus atteints du monomanie. V. P.F. GIRARD, op. cit. p. 242 et la bibliographie citée là. C'est aussi l'opinion de C. ST. TOMULESCU, qui a appuyé sur l'aspect ordinaire de la folie que le vocable *furiosus* l'a eu. Le professeur roumain insistait aussi en 1958, dans son cours, sur la distinction entre le *furiosus* romain et le *furieux*, terme qui a été utilisé dans le vocabulaire civil pour décrire le fol agité du Code Napoléon. v. CT. ST. TOMULESCU ? op. cit. p. 251.
- <sup>41</sup> Albert COUSIN, *Les incapacités résultant de la folie*, Thèse, Université de Paris, 1881, p. 6.
- <sup>42</sup> Cette institution a été envisagée à l'origine à la protection de la famille, non pas de l'aliéné: v. C. ST. TOMULESCU, op. cit. p. 251, J.P. LÉVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 260; Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction Historique Au Droit Des Personnes et De La Famille*. Paris: Presses universitaires de France, 1996, p. 434;
- <sup>43</sup> Albert COUSIN, op. cit. p. 6.
- <sup>44</sup> Dans les intervalles lucides, sa capacité était complète. V. Albert COUSIN, op. cit. p. 46.
- <sup>45</sup> On va découvrir que cette règle va comme une altération dans le droit moderne. Le motif? Un avancement de la pensée et une dynamisation de la vie privée, comme nous le verrons plus tard.
- <sup>46</sup> Inst, 3, 19, 8 « *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agit.* »
- <sup>47</sup> Albert COUSIN, op. cit. p. 11.
- <sup>48</sup> Albert COUSIN, op. cit. p. 6.
- <sup>49</sup> Idem., p. 8.
- <sup>50</sup> Albert COUSIN, op.cit. p. 8
- <sup>51</sup> Inst, 1, 23, 4 « *Sed et menti captis, et surdis et mutis, et qui perpetuo mordo laborant quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.* » (On doit aussi des curateurs à ceux qui sont en démence, aux sourds, et aux muets, et à ceux qui ont des maladies incurables, parce qu'ils ne sont pas en état de conduire leurs affaires eux-mêmes.) Aussi: V. Hanga, op. cit. p. 232, J. P. GIRARD, op. cit. p. 242.
- <sup>52</sup> Idem.
- <sup>53</sup> Albert COUSIN, op. cit. p. 12 : §64 GAIUS, II.
- <sup>54</sup> Albert COUSIN, op. cit. p. 63. La raison de cette enquête a été une seule : dépister ces qui « simulaient la fureur ou la démence ». Albert COUSIN, op. cit. Dig. 27, 10, 6. qui dit : « Le *praetor* doit avoir attention de ne point donner un curateur à quelqu'un, témérement et sans connaissance de cause, car il y a des gens qui affectent d'être fous ou insensé pour se débarrasser de toutes les fonctions civiles en recevait un curateur. ».
- <sup>55</sup> Dig. 27, 10, 13.
- <sup>56</sup> v. J.P. LÉVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 260, Anne LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit. p. 434, P.F. GIRARD, op. cit. p. 243.
- <sup>57</sup> L'explication peut être trouvée dans ce que nous avons déjà dit sur l'incapacité de *furiosus* et dans le sens que *l'auctoritas* a dans le droit romain. Cette *autoritas*, nous dit C. St. TOMULESCU et P.J. GIRARD ne doit pas être confondue avec les autorisations modernes. Elle n'était ni une autorisation ni une adhésion, mais une coopération. *L'auctoritas* ...doit au point de vue de la forme, être donnée par le (tuteur) présent ou pupille présent, au moment même de l'acte. P.F. GIRARD, op. cit. p. 229, C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 258. Mais on a déjà vu que, le *furiosus* pouvait faire des actes valables dans les intervalles lucides sans l'intervention de son curateur et que dans les moments de fureur il ne pouvait

- faire aucun acte et il était considéré comme absent. Donc *l'auctoritas* restait inopérable pour la gestion des affaires de *furiosus*. Pour la même conclusion, v. P.F. GIRARD, op. cit. p. 243, C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 257.
- <sup>58</sup> Ibidem, p. 261. v. aussi Anne LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit. p. 435. Albert COUSIN, op. Cit. P. 63. COUSIN dit que „*le curateur légitime existe toujours à côté du curateur honoraire, mais sa condition s’est rapprochée en ce que le curateur légitime ne peut pas se saisir de plein droit de l’administration des biens du fou, mais doit se présenter devant les personnes chargées de la „creatio”, du curateur honoraire et se faire investir.*”.
- <sup>59</sup> Albert COUSIN, op.cit., pp. 20, 36, 45.
- <sup>60</sup> Dig. 29, 2, 47 *Africanus libro quarto quaestionum*
- « *Qui servum suum heredem institutum adire iusserat, priusquam ille adiret, furiosus est factus. Negavit recte servum aditurum, quoniam non nisi voluntate domini adquiri hereditas potest, furiosi autem voluntas nulla est.* » (Un maître, après avoir donné ordre à son esclave d’accepter une succession, et tombé dans la fureur avant que l’esclave satisfasse à son ordre. Africain dit que l’esclave ne peut plus accepter valablement ; parce qu’un esclave ne peut acquérir une succession que du consentement et par la volonté de son maître : or un furieux n’a pas de volonté.)
- <sup>61</sup> Nous faisons ici une observation : toutes les traductions des textes latins en français que nous allons fournir ici sont affectées, dans notre opinion, du volontarisme existant dans la pensée juridique du temps où elles sont effectués. Donc, nous prenons avec incertitude l’excité des traductions qui fait appel à la volonté pour remplacer autres termes latins comme ici : *intelligitur*. Il existe aussi des textes latins qui utilise le mot *voluntas* expressivement : On a déjà vu le texte de Africanus, et celle de Pomponius. Nous ne connaissons pas exactement le sens de la volonté dans le droit romain, mais nous nous doutons qu’il est identique au sens actuel.
- <sup>62</sup> Albert COUSIN, op. cit. p. 33
- <sup>63</sup> Si le mariage reste valable, si la folie d’une épouse peut être raison de divorce, si le fou peut contracter un mariage.
- <sup>64</sup> Si le curateur devient fou, devra-t-il être changé? Un autre problème a été si le mari peut être curateur de sa femme. La réponse a été négative. La raison : le mariage a été interdit entre le tuteur, le curateur...Et le pupille de l’autre avant la reddition des comptes de la tutelle ou une année écoulée depuis la majorité du pupille. V. Albert COUSSIN, op. cit. p. 65.
- <sup>65</sup> Si le furioso peut être héritière ou fait son testament.
- <sup>66</sup> Les possibilités d’acquérir la propriété.
- <sup>67</sup> v. Albert COUSIN, op. cit. p. 34 avec ces citations : Dig. 41, 2, 27, et, Dig. 41, 3, 44, 6.
- <sup>68</sup> v. Albert COUSIN, op. cit. p. 44.
- <sup>69</sup> A. COUSIN, op. cit. p. 72., C, 70, 6.
- <sup>70</sup> La curatelle romaine a connu diverse autre forme. Nous avons mentionné déjà la curatelle des majeurs de 25 ans, pour les autres v. P.F. GIRARD, op. cit. p. 347.
- <sup>71</sup> ULPIEN, *Comentaire sur Sabinus* D. 27, 10, 1, pr.
- <sup>72</sup> Voici comme J.P. LÉVY et A. CASTALDO expliquent la signification de mot « *Le mot interdit vient de inter et dicere. Il s’agit d’une décision prononcée à titre provisoire et intérimaire entre les actes de la procédure, du moins à l’origine. On parle aujourd’hui de jugements interlocutoires, dont l’étymologie est la même. L’interdit est un ordre, positif ou négatif, ordre de faire ou de ne pas faire, mais l’habitude a fini par se prendre, pour les ordres positifs, de dire plutôt decretum, de telle sorte qu’interdit et interdire a fini par désigner seulement l’ordre négatif: c’est le sens que le mot a conservé en français.* » dans op. cit. p. 23.
- <sup>73</sup> P.F. GIRARD, op. cit. p. 244.



- <sup>74</sup> J.P. LÉVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 272., P.F. GIRARD, op. cit. Pp. 244-245. Voici le texte de Ulpian: Reg. 12, 3 « *A pretore constituitur curator, quem ipse pretor vulerit libertinis, prodigis, itemque iugenuis, qui ex testamento parentis heredes facit, malè dissipant bona; his enim ex lege curator dari non poterat; cum iugenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit partri: libertinus autem nullo modo partri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit.* » (Tout curateur ne tient son droit que du *praetor*. Le *praetor* nomme qu'il lui plait pour curateur aux affranchis, aux prodigues ou aux hommes de condition libre, qui après avoir été institués héritiers de leurs parents, dissipent leurs biens....)
- <sup>75</sup> Ibidem.
- <sup>76</sup> A. COUSIN, op. cit. p. 10.
- <sup>77</sup> A. COUSIN, op. cit. p. 9.
- <sup>78</sup> V. P.F. GIRARD, op. cit. p. 245, A. COUSIN, op. cit. pp. 10-13.
- <sup>79</sup> Dig. 27. 10, 1. Pr : « *...curatorem ei dare exemplo furiosi. Et tandiu erunt ambo in curatione, quandiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit. Quod si eveuerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum.* » (Les prêteurs...sont dans l'usage de nommer (aux prodigues) un curateur, comme ils le font pour des insensés. Les uns et les autres restent dans cette curatelle jusqu'à ce que l'un ait recouvré son bon sens, et que l'autre soit capable de se conduire sagement. Lorsque cela arrive, ils cessent de plein droit, d'être sous la puissance des curateurs.)
- <sup>80</sup> P.F. GIRARD, op. cit. p. 246, A. COUSIN, op. cit. p. 12
- <sup>81</sup> P.F. GIRARD, op. cit. p. 247.
- <sup>82</sup> Suzanne LANNES, *La condition des majeurs incapables dans l'ancien droit*, Thèse, Paris, 1964, p. 3.
- <sup>83</sup> S. LANNES, op. cit. p. 3.
- <sup>84</sup> V. P. OURLIAC, J. L. GAZZANIGA, *Histoire de droit privé français de l'An mil au Code Civil*, Albin Michel, Bibliothèque de synthèse historique, Paris, 1985, p. 252.
- <sup>85</sup> Sur le lignage, l'obligation de cojoureurs, v. M. BLOCH, *La société féodale*, Albin Michel, Paris, 1982, p. 126.
- <sup>86</sup> M. BOCH, op. cit. p. 128.
- <sup>87</sup> V. aussi, la mesure de l'interdiction de femme avec des enfants qui se remariait observé dans l'ordonnance de Blois par S. LANNES. Aussi l'application extensive de ces règles par la jurisprudence coutumière pour la simple intention de conclure un mariage défavorable à la famille, dans op. cit. pp. 22-23. La même conclusion pour les derniers siècles de l'Ancien Régime : pp. 81-82.
- <sup>88</sup> La vocation reconnue aux membres de la famille d'intervenir dans les futurs mariages, et la fixation du douaire par convention entre les parents des deux conjoints au XIII<sup>ème</sup> siècle est une réalité qui justifie notre observation. V. Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *op.cit.*, p 57. Aussi, on peut voir que le consentement familial au mariage des mineurs se maintient siècle après siècle. v. J. P. LÉVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 112.
- <sup>89</sup> Pour l'apparition de la distinction entre biens immeubles et meubles aussi que pour l'évolution des biens propres, voir Paul OURLIAC et Jean-Louis GAZZANIGA, op. cit., pp. 232-234
- <sup>90</sup> Les propres, dit P. LÉVY et A. CASTALDO, « sont des biens venus de la famille, principalement par succession et qui doivent y demeurer. » Les auteurs remarquent les liaisons entre la réserve successorale, le retrait ligner et les autres institutions similaires, aussi que la règle *paterna paternis, materna maternis* dans les successions *ab intestat* et les biens *propres*. V. Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, op. cit., p. 57.
- <sup>91</sup> 1272-1273 A.D.

- <sup>92</sup> P. OURLIAC, J.-L. GAZZANIGA, op. cit. p. 241
- <sup>93</sup> J. LEVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 57.
- <sup>94</sup> S. LANNES, op. cit. p. 12.
- <sup>95</sup> S. LANNES, op. cit. p. 3
- <sup>96</sup> S. LANNES, op. cit. p. 14.
- <sup>97</sup> Idem.
- <sup>98</sup> Juge ecclésiastique.
- <sup>99</sup> S. LANNES, op. cit. p. 15.
- <sup>100</sup> S. LANNES, op. cit. p. 15.
- <sup>101</sup> S. LANNES, idem.
- <sup>102</sup> S. LANNES, op. cit. p. 20.
- <sup>103</sup> S. LANNES, op. cit. p. 20.
- <sup>104</sup> S. LANNES, op. cit. p. 17.
- <sup>105</sup> Idem.
- <sup>106</sup> Idem.
- <sup>107</sup> S. LANNES, op. cit. p. 34.
- <sup>108</sup> S. LANNES, op. cit. pp. 19-20.
- <sup>109</sup> BIRSAUD, *Histoire du Droit Privé*, tII, Paris, p 1174. Apud S. LANNES, op. cit. p. 21.
- <sup>110</sup> Olim, t III, p. 849, n° 29 dans. op. cit. p. 272.
- <sup>111</sup> L'arrêt cité par P. C. TIMBAL, Les obligations contractuelles d'après la jurisprudence du Parlement (XII et XIVE s.), Paris, 1973- 1977, t II, p. 171. apud. A. LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit. p. 437.
- <sup>112</sup> Fou ou au moins, prodigue.
- <sup>113</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit. pp. 437-438,
- <sup>114</sup> Pour les amis charnels v. H. BOCH, op. cit. pp. 125-126. Pour leur importance dans la fonction de la mesure d'interdiction: S. LANNES, op. It. pp. 26-30.
- <sup>115</sup> Le privilège de primogéniture. Le droit roumain n'a jamais connu cet droit. v. Association « Henri Capitant » des amis de la culture juridique française Journées roumaines - Les successions, Bucarest Cluj-Napoca, 23-28 mai 2010, SUCCESSIONS ET FAMILLE, rapport roumain par M.D. BOB, en Studia Iurisprudentia, nr. 3/2010.
- <sup>116</sup> J.P. LÉVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 261.
- <sup>117</sup> S. LANNES, op. cit. p. 25-30.
- <sup>118</sup> S. LANNES, p. 5.
- <sup>119</sup> S. LANNES, op. cit. P. 5 qui mentionne les textes suivants: „Si un délit se trouve commis par un „desvé”(fou) « *l'on doit mettre lor corpes sor cels qui les doivent garder, comme il face tel fet par mauvaïse garde* » (Li Livre de Joustice et de Plet, I, 21, 5) et l'article 150 de Coutumes reformée de Normandie. Voici l'article 150 et 151: CL: « *Les parents doivent être foignaux de faire mettre en foure garde ceux qui font troublez d'entendement pour éviter qu'ils ne fassent damage à aucun* », CLI : « *Et si il n'y aurait parens, les voifins feront tenus de dénoncer en Juftice, & cependant les garder; & à faute de ce faire, les uns & les autresferont tenus civilement aux dommages & interefts qui en pourroient avenir.* » v: *La Coutume Reforme du païs et douche de Normandie, anciens ressorts et enclaves diceluy expliquée par plvsievrs arrets et Reglements, Et Commentée Par Me HENRY BESNAGE Ecuyer, Seigneur du Franquefney, Avocat au Parlement de Normandie, Rouen, 1678* [En ligne]: <https://books.google.fr/books?id=lz5v1FrfdgUC&lpg=PA143&ots=DxB9nO2W&dq=la%20coutume%20reform%C3%A9e%20de%20normandie&pg=PP1#v=onepage&q&f=false> (Page consulté le 04.06.15).

- <sup>120</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit. p. 437.
- <sup>121</sup> S. LANNES, op. cit. p. 48-50.
- <sup>122</sup> S. LANNES, op. cit. p. 30.
- <sup>123</sup> Idem.
- <sup>124</sup> Idem.
- <sup>125</sup> Ibidem. p. 349.
- <sup>126</sup> S. LANNES, op. cit. p. 40.
- <sup>127</sup> v. P. OURLLIAC et J.L. GAZZANIGA, op. cit. p. 283. « L'honneur de la famille et la protection du patrimoine importent plus que la personne de l'incapable. La perte de les privilèges d'ainées souligne dans notre avis, le même aspect. J. P. LÈVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 261.
- <sup>128</sup> S. LANNES, op. cit. p. 31.
- <sup>129</sup> S. LANNES, op. cit. pp.99-120.
- <sup>130</sup> S. LANNES, op. cit. p. 104.
- <sup>131</sup> J.P. LÈVY et A. CASTALDO, op. cit. pp. 272\_273.
- <sup>132</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, op.cit. p. 438
- <sup>133</sup> Aussi : P. OURLLIAC et J.L. GAZZANIGA, op. cit. p. 273.
- <sup>134</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit. p. 438.
- <sup>135</sup> Pour l'assimilation de curateur au tuteur, S. LANNES, op. cit. p. 127.
- <sup>136</sup> Dans les dernières, on va voir un développement jusqu'à la Révolution de XVIII<sup>ème</sup> siècle. v. LÈVY ET CASTALDO, ..., p. 59.
- <sup>137</sup> Dans le Midi les bourgeois, les nobles et les roturiers sont soumis aux mêmes règles - les règles de la tutelle romaine. v. P.OURLIAC et J. L. GAZZANIGA , op. cit., n° 8, pg. 393.
- <sup>138</sup> v. P.OURLIAC et J. L. GAZZANIGA , op. cit., p. 247.
- <sup>139</sup> Idem.
- <sup>140</sup> v. P.OURLIAC et J. L. GAZZANIGA , op. cit, p. 57 et 249.
- <sup>141</sup> V. aussi. P. OURLIAC et J.L. GAZZANIGA, op. cit. p. 280.
- <sup>142</sup> V. Loisel, n°165,, apud. P. OURLIAC et J.L. GAZZANIGA, op. cit., p. 281.
- <sup>143</sup> S. LANNES rapporte le décret de 2<sup>e</sup> septembre 1793. Dans op. cit. p. 143.
- <sup>144</sup> J. P. LÈVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 274.
- <sup>145</sup> Ibidem, p. 274, n°1. Si la demande d'interdiction avait été rejetée, la Cour aurait pu nommer un conseil judiciaire.
- <sup>146</sup> S. LANNES mentionne que la doctrine tout entière a été unanime à reconnaître la validité des dispositions prises par un aliéné durant un intervalle lucide. V. S. LANNES, op. cit. p 109.
- <sup>147</sup> Pour cette jurisprudence v. S. LANNES, op. cit. pp. 109-111.
- <sup>148</sup> A. CAUSIN, op. cit., p. 86-87.
- <sup>149</sup> S. LANNES, op. cit., p. 153.
- <sup>150</sup> M. PLANIOL, G. RIPER, R. SAVATIER, J. SAVATIER & A. BESSON *Traite pratique de Droit Civil Français, 2<sup>ème</sup> édition, Tome I, Les personnes, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris,, 1952, p. 328.*
- <sup>151</sup> S. LANNES, op. cit. p. 155.
- <sup>152</sup> J.P. LÈVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 263.
- <sup>153</sup> Ingrid MARIA: *Les incapacités de jouissance étude critique d'une catégorie doctrinale*, thèse, Defrenois, Paris, 2010, pp. 28-47.
- <sup>154</sup> Ibidem, p. 36.
- <sup>155</sup> J.P. LÈVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 263.

<sup>156</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit. p.442-443.

<sup>157</sup> « La catégorie des prodigues et fables d'esprit a été reprochée de l'aliénation ... et l'aliénation des facultés corporels lui a aussi été assimilée. » v. J. P. LÉVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 260.

<sup>158</sup> Idem, p. 270.

<sup>159</sup> Idem, p. 266.

<sup>160</sup> Ibidem.

<sup>161</sup> Valerie de Silva, *La protection des mineurs et des majeurs en curatelle et en tutelle en matière personnelle*, L'Harmattan, livre numérique, empl. 326.

<sup>162</sup> Pour l'évolution de la famille en droit roumain v. Emese FLORIAN : *Evoluția reglementărilor relațiilor de familie, de la familia autoritară, la familia asociativă, (L'évolution des réglementations sur les relations de famille: de la famille autoritaire à celle associative)* en *Studia Iurisprudentia*, n° 4/2012, v. aussi Association « Henri Capitant » des amis de la culture juridique française Journées roumaines - Les successions, Bucarest Cluj-Napoca, 23-28 mai 2010, SUCCESSIONS ET FAMILLE, rapport roumain par M.D. BOB, en *Studia Iurisprudentia*, nr. 3/2010.

<sup>163</sup> Pour l'évolution de la famille française, v. Pierre BECQUÉ, *L'évolution de la notion de famille et ses conséquences en matière successorale en droit français* en *Studia Iurisprudentia*, n°. 2/2013.