

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Administration provisoire et testament

Reusens, Florence

Published in:

Liber Amicorum Jean-François Taymans

Publication date:

2013

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Reusens, F 2013, Administration provisoire et testament: pour un respect de la liberté testamentaire de la personne protégée apte à manifester une intention libérale. dans *Liber Amicorum Jean-François Taymans*. Larcier , Bruxelles, pp. 323-338.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

ADMINISTRATION PROVISOIRE ET TESTAMENT : POUR UN RESPECT DE LA LIBERTÉ TESTAMENTAIRE DE LA PERSONNE PROTÉGÉE APTÉ À MANIFESTER UNE INTENTION LIBÉRALE

Florence Reusens

Assistante au CeFAP (U.C.L.)

Chercheuse au Df&Ls (UNamur)

Dans les discussions aussi passionnantes que passionnées que j'ai pu avoir avec le professeur Jean-François Taymans à propos des « aptitudes testamentaires » des personnes soumises à une mesure d'administration provisoire ou plus généralement de personnes que l'on peut qualifier de « fragilisées », mon interlocuteur a toujours manifesté, tant comme praticien que comme scientifique, le souci du respect de celles-ci et d'une maximalisation de leur autonomie. Non pas qu'il exprime le souhait de préserver à n'importe quel prix une liberté qui n'en a plus que le nom : il s'agit plus raisonnablement pour lui de se détacher de toute idée préconçue ou représentation erronée quant à une fragilité déclarée ou constatée et de prendre dûment en compte les aptitudes résiduelles du testateur. Les quelques commentaires qui jalonnent les lignes qui vont suivre sont dédiés à celui qui a alimenté et enrichi ma réflexion sur un sujet qu'il sait m'être cher.

I. Rappel des principes avant et après la loi du 3 mai 2003

1. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 3 mai 2003 modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental (1), la question de la possibilité pour la personne protégée d'effectuer une libéralité a fait couler beaucoup d'encre. Pour une doctrine largement majoritaire, la personne protégée ne pouvait faire de libéralités entre vifs si son administrateur provisoire était investi

(1) *M.B.*, 31 décembre 2003, p. 62266.

de la mission générale prévue à l'article 488*bis*, f), alinéa 1^{er} ancien, du Code civil, ou si ses pouvoirs le cas échéant limités comprenaient les actes d'aliénation des biens. De son côté, l'administrateur provisoire ne pouvait consentir à ces libéralités puisqu'elles constituent des actes qui n'admettent pas la représentation. La personne protégée était dès lors frappée d'une sorte d'incapacité de jouissance (2).

Face à ce constat, le professeur Delnoy préconisait que le juge de paix, lors de la nomination de l'administrateur provisoire, soit attentif à exclure explicitement l'accomplissement des libéralités du champ des pouvoirs de celui-ci, s'il en croyait la personne protégée apte. Si tel n'avait pas été le cas, le conseiller de la personne protégée devait veiller à ce qu'il soit demandé au juge de paix, préalablement à l'accomplissement de la libéralité, de modifier son ordonnance initiale et de déclarer explicitement cette personne capable d'accomplir un tel acte (3).

Concernant plus précisément la question des dispositions de dernières volontés, une doctrine majoritaire se démarquait de cette position que le professeur Delnoy appliquait à toutes les libéralités, estimant que la personne soumise au régime de l'administration provisoire était capable de tester quelle que fût l'ampleur de la mission dévolue à l'administrateur provisoire (4). Pour cette doctrine, le seul élément que l'on pouvait retirer du statut d'administré en matière testamentaire était une présomption de l'homme que la personne protégée-testatrice n'avait pas pu donner un consentement éclairé (5) ou renforcé, c'est-à-dire conforme à l'exigence de l'article 901 du Code civil.

2. En 2003, le législateur a pris le parti de soumettre les libéralités envisagées par une personne soumise à une mesure d'administration provisoire à l'autorisation préalable du juge de paix. Celui-ci doit, à la requête de la personne protégée (6), juger de son aptitude à exprimer valablement sa volonté. À cet effet et sauf en cas d'urgence, un certificat

(2) Voy. à cet égard P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, « Les personnes », t. I, livr. VIII, 1998, p. 261 ; E. VIEUJEAN, « Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens », *R.G.D.C.*, 1993, p. 133.

(3) P. DELNOY, « De la capacité de l'administré provisoire de faire une libéralité », *Rec. gén. enr. not.*, 1998, p. 469 ; « Les incapacités civiles au lendemain de la loi du 18 juillet 1991 dans le domaine des libéralités », in *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs : le droit belge après les réformes*, coll. Famille et Droit, Diegem, Story-Scientia, 1996, p. 321.

(4) P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, « Les personnes », t. I, livr. VIII, 1998, p. 262 ; E. VIEUJEAN, « Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens », *R.G.D.C.*, 1993, p. 133.

(5) E. VIEUJEAN, *ibidem* ; T. DELAHAYE, « L'administration provisoire - La loi du 3 mai 2003 », in *Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Les dossiers du Journal des juges de paix et de police, Bruges, la Charte, 2004, p. 169.

(6) Même si l'administrateur provisoire de celle-ci est chargé de la représenter en justice : E. VIEUJEAN, « Le droit des personnes », *Chronique de droit à l'usage du notariat*, vol. XXXVIII, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 41.

médical circonstancié, décrivant l'état de santé de la personne protégée et ne datant pas de plus de quinze jours, doit être joint à la requête. Le juge de paix peut également désigner un expert médical pour rendre un avis sur cet état de santé. Il rassemble par ailleurs toutes les informations utiles et peut convoquer par pli judiciaire tous ceux qui pourront l'éclairer, en vue de les entendre en chambre du conseil. Il appelle à la cause l'administrateur provisoire. Le juge de paix peut enfin refuser l'autorisation à disposer par donation si celle-ci menace d'indigence la personne protégée ou ses créanciers d'aliments (article 488bis, h), § 2)(7). Le même régime est d'application pour les dispositions de dernières volontés, si ce n'est que dans ce cas, le juge de paix n'appellera pas à la cause l'administrateur provisoire, puisque le testament n'aura aucune incidence sur sa gestion, celui-ci sortant ses effets lorsque sa mission aura pris fin.

Outre que l'on peut se poser la question de l'opportunité(8) de soumettre à une autorisation judiciaire préalable un acte aussi personnel que le testament, qui ne produit du reste ses effets que postérieurement au décès de la personne protégée, on relèvera que toute discussion n'a pas disparu à la suite des modifications législatives de 2003, ces dernières n'ayant finalement que déplacé les incertitudes.

3. À l'occasion des premiers commentaires de la loi du 3 mai 2003, d'aucuns(9) reprochaient au législateur d'avoir fait fi de la nature même du régime de l'administration provisoire qui a toujours été envisagé comme devant constituer, ainsi que le précisait le regretté professeur Vieujean, un « *costume sur mesure* », fonction tant de l'étendue de l'incapacité présentée par la personne à protéger, que de la nature

(7) Le texte de la loi peut ici paraître quelque peu restrictif, dès lors que d'autres circonstances peuvent rendre le projet de donation inacceptable, telle la création frauduleuse d'une insolvabilité (T. DELAHAYE, « L'administration provisoire – La loi du 3 mai 2003 », in *Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Les dossiers du Journal des juges de paix et de police, Bruges, la Charte, 2004, p. 169).

(8) On ne peut en revanche plus, à l'instar de Thierry Delahaye à l'occasion des modifications législatives de 2003 (T. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil) - Loi du 3 mai 2003*, Les dossiers du J.T., n° 45, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 121, p. 89), se poser la question de la constitutionnalité et de la compatibilité de cette condition d'autorisation avec les dispositions internationales protectrices des droits de l'homme, en particulier avec l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Par un arrêt du 30 septembre 2009, la Cour constitutionnelle a en effet jugé qu'« en ce qu'il s'applique au testament, l'article 488bis, h), § 2, alinéa 1^{er}, première phrase, du Code civil ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution lus en combinaison avec l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (C. const, 30 septembre 2009, n° 147/2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010/1, p. 75 ; *NjW*, 2010, livr. 214, p. 22, note B.W. ; *T. Fam.*, 2010, livr. 2, p. 28, note F. SWENNEN, « De testeervrijheid van de beschermd persoon onder voorlopig bewind: grondwetsconform ».

(9) E. VIEUJEAN, « Le droit des personnes », *Chronique de droit à l'usage du notariat*, vol. XXXVIII, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 41 ; F. REUSENS, « L'administration provisoire revue et corrigée : aperçu des nouvelles dispositions introduites par la loi du 3 mai 2003 », *Rev. not. b.*, 2005, pp. 231-232.

et de la composition du patrimoine à gérer. En effet, la place de l'exigence d'une autorisation préalable avant de pouvoir tester en bonne et due forme au sein des dispositions relatives à l'administration provisoire ne laisse guère de doute quant aux administrés censés solliciter pareille autorisation : tous le doivent, puisque tous sont désormais *a priori* incapables d'effectuer une libéralité, peu importe que l'administrateur ait été chargé d'une mission d'assistance ou de représentation ou que sa mission porte sur tous les actes juridiques relatifs aux biens de la personne protégée ou seulement sur une partie de ceux-ci, fût-elle minime. D'autres estimaient cependant que cette interprétation paraissait contraire à l'économie d'une loi voulant précisément adapter l'incapacité à la situation particulière de la personne, de sorte que l'exigence d'autorisation préalable ne pouvait raisonnablement être imposée à une personne soumise à une mesure de protection limitée, qui la laissait capable de disposer de ses biens (10).

La Cour constitutionnelle a mis fin à la controverse dans un arrêt du 14 octobre 2010 (11), prononcé à la suite d'une question préjudicielle portant précisément sur la constitutionnalité de l'article 488*bis*, h), § 2, du Code civil, « *en ce qu'il impose à toute personne placée sous le régime de l'administration provisoire de solliciter l'autorisation du juge de paix pour pouvoir valablement arrêter des dispositions de dernières volontés* ». Pour la Cour, qui a répondu négativement à cette question, il n'y a en effet « *pas lieu de distinguer, en ce qui concerne l'exigence d'une autorisation préalable du juge de paix pour les dispositions testamentaires des personnes placées sous le régime de l'administration provisoire, selon que la personne protégée serait partiellement ou totalement incapable de gérer ses biens, dès lors que l'autorisation préalable du juge a précisément pour objet de vérifier et d'établir si la personne protégée est apte à disposer de ses biens par testament* » (12).

4. Le texte nous dit par ailleurs que le magistrat cantonal juge de l'aptitude de la volonté de la personne protégée. L'on semble se situer ici sur le plan du consentement qui, s'il existe, c'est-à-dire s'il est libre, éclairé et même « renforcé » puisque le contexte est celui d'une libéralité, permet une levée de l'incapacité de principe découlant du régime de

(10) P. MARCHAL, *op. cit.*, n° 336, pp. 290-291 ; F. SWENNEN, « Het voorlopig bewind hervormd », R. W., 2004-2005, n° 1, p. 11, n° 58. Dans le même sens, voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 199, p. 186, qui réserve l'autorisation préalable du juge de paix aux personnes protégées placées sous un régime d'administration provisoire qu'il qualifie de « normal », à savoir « *représentation et plénitude de pouvoirs de l'administrateur* ».

(11) C. const., 14 octobre 2010, n° 144/2010, *Act. dr. fam.*, 2011/6, p. 110 et note T. VAN HALTEREN, « La constitutionnalité de l'autorisation préalable du juge de paix nécessaire pour qu'une personne sous administration provisoire puisse léguer ses biens (*bis*) » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/1, p. 44 (somm.).

(12) Point B.6.3.

protection de la personne vulnérable. La question se pose à cet égard de savoir sur quels éléments le juge va fonder son appréciation de l'« aptitude de la volonté » de la personne protégée. La jurisprudence diverge et les décisions judiciaires publiées ne donnent à notre sens qu'un aperçu très parcellaire de la variété des pratiques. Il n'existe aucune unanimité non plus au sein des auteurs dont certains privilégient une appréciation *in concreto* (13), tandis que d'autres entendent « limiter » le rôle du juge à une évaluation *in abstracto* (14), c'est-à-dire détachée du contenu des dispositions de dernières volontés projetées (15).

II. En pratique

1. Une des premières choses à bien avoir en vue dans le cadre de l'appréciation de l'« aptitude de la volonté » d'une personne soumise à une mesure d'administration provisoire est que les éléments relatifs à l'état de santé de la personne protégée qui lui servent de base sont bien distincts de l'« état de santé » dont question à l'article 488*bis*, a), du Code civil et justifiant le recours à la mesure d'administration provisoire. En d'autres termes, on ne peut inférer purement et simplement une incapacité à manifester un consentement valable en matière de libéralités de la seule circonstance que l'intéressé a été placé sous administration

(13) W. PINTENS, « De testeerbekwaamheid van de onder bewind gestelde », note sous J.P. Aarschot, 12 février 2004, *R.W.*, 2004-2005, n° 13, p. 519 ; B. DELAHAYE et F. TAINMONT, « La capacité », in J.-L. RENCHON (dir.), « Les libéralités – Examen de jurisprudence (1988-2008) », *R.C.J.B.*, 4^e trim. 2010, n° 25, p. 574. Plus nuancé, P. Marchal pense « que le juge de paix peut se faire communiquer l'acte testamentaire s'il l'estime nécessaire, la loi l'obligeant à rassembler toutes les informations utiles » (P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, « Les personnes », t. I, livr. VIII, 1998, n° 337, p. 293). Cette position nuancée est partagée par J. BAEL, « Schenkingen, testamenten en erfovereenkomsten », *Rechtskroniek voor het Notariaat*, partie 15, die Keure, 2009, n° 37, p. 179 et Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 199, p. 238.

(14) F. SWENNEN, « De testeervrijheid van de beschermdde persoon onder voorlopig bewind : grondwetsconform », note sous C. const, 30 septembre 2009, n° 147/2009, *T. Fam.*, 2010, livr. 2, n° 9, p. 34 ; T. VAN HALTEREN, « Le testament d'une personne sous administration provisoire », *Act. dr. fam.*, 2010/3-4, n° 16, pp. 46-47 (cet auteur range en effet la mise à la disposition du juge de paix du projet de testament parmi les conditions illicites) ; A. VAN DEN BOSSCHE, « Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd - Toch een taak voor de notaris ? », note sous J.P. Lier, 15 mars 2007, *J.J.P.*, 2007, pp. 227-228, n°s 18 et 19 ; F.-J. WARLET, *L'administration provisoire des biens - Manuel pratique de l'administration provisoire des biens des personnes vulnérables*, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 157, n° 211 ; T. WUYTS, « Het machtigingssysteem tot testeren bij voorlopig bewind niet strijdig bevonden met de Grondwet », *Not. Fisc. M.*, 2010, 10, p. 320, n° 21 et p. 328, n° 43. Voy. aussi A.-C. VAN GYSEL, « Entre capacité et consentement : les libéralités faites par les personnes fragiles à la lumière des dernières modifications législatives », in *Actualités de droit familial - Le point en 2003*, Formation permanente C.U.P., vol. 66, Liège, 2003, p. 211.

(15) Dans son ouvrage publié à l'occasion de l'entrée en vigueur des modifications législatives de 2003, T. Delahaye précisait que le juge de paix n'a « pas égard au contenu du projet de testament, qui reste une œuvre personnelle de son rédacteur » (T. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil) - Loi du 3 mai 2003*, coll. Les dossiers du J.T., n° 45, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 121, p. 88).

provisoire(16). Un arrêt de la cour d'appel de Liège, s'appuyant sur l'enseignement du professeur Delnoy(17), illustre parfaitement cette idée et rappelle que « *la notion de santé mentale n'est pas identique en matière de libéralités qu'en psychiatrie ; quelqu'un peut-être affecté d'une maladie mentale selon le psychiatre, tout en étant apte à faire un testament valable au regard de l'article 901 du Code civil* » (18). Certes, ce n'était pas la question de l'autorisation préalable de tester dont il était débattu devant la cour (19), mais bien celle de la « santé » d'esprit du testateur au sens de l'article 901 du Code civil(20), mais le principe que l'on peut en dégager est clair. Une conception différente rendrait l'exigence d'autorisation préalable aussi insensée que parfaitement inutile pour une quantité non négligeable de personnes soumises à une mesure d'administration provisoire...

À l'inverse, mais dans le même ordre d'idées, on ne peut raisonnablement tirer d'une autorisation cantonale d'effectuer une libéralité, la conséquence que la mesure d'administration provisoire à laquelle le disposant est soumis ne se justifie plus(21).

2. Les travaux préparatoires de la loi du 3 mai 2003 fournissent quelques indications sur ce que le législateur a identifié comme étant « l'aptitude de la volonté ». Selon la justification de l'amendement n° 102 du gouvernement qui a donné lieu au libellé actuel de l'article 488bis, h), § 2, du Code civil, « *l'aptitude de la volonté doit être comprise comme étant l'aptitude à émettre une volonté juridique valable (consentement dans*

(16) J.P. Tielt, 10 juillet 2006, *T. not.*, 2007, livr. 10, p. 558 : « *Uit de loutere, abstracte, algemene onbekwaamheid gevolg aan het algemeen voorlopig bewind, kan niet zonder meer worden geconcludeerd tot de wilsongeschiktheid, gezien zulks de bepaling van artikel 488bis, h), § 2 B.W. zinledig zou maken* ». Le juge de paix a en l'espèce déclaré non fondée la requête en autorisation de disposer de la nue-propriété d'un portefeuille de titres, car il s'avérait que plus aucun contact personnel n'était possible avec la personne protégée, qui n'était du reste pas en mesure de réagir. Dans le même sens, mais sous l'empire des anciennes dispositions relatives à l'administration provisoire, voy. J.P. Soignies, 22 février 1999, *J.L.M.B.i.*, 1999/19, p. 819, note P. DELNOY, « *De la capacité d'une personne pourvue d'un administrateur provisoire de faire un testament* » : « *la capacité de tester d'une personne n'est nullement altérée par le constat qu'elle est, en raison de son état de santé, dans l'incapacité de gérer ses biens et d'assurer leur protection* ».

(17) P. DELNOY, *Les libéralités - Chronique de jurisprudence 1988-1997*, coll. Les dossiers du J.T., n° 22, Bruxelles, Larcier, 2000, n° 12, p. 34.

(18) Liège, 19 mai 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 483.

(19) Le testament litigieux était antérieur aux modifications législatives de 2003.

(20) Qui, pour rappel (voy. *supra*, point I, 4), ne semble pas différente de celle qui servira de base à l'appréciation du juge de paix chargé de statuer sur une demande d'autorisation d'effectuer une libéralité.

(21) J.P. Zomergem, 3 mars 2006, *R.W.*, 2006-2007, n° 43, p. 1776 : « *De gezondheidstoestand in de zin van voormeld wetsartikel (article 488bis, a), C.civ.) moet worden onderscheiden van de wilsgeschiktheid in de zin van art. 488bis, b), § 2, B.W., dat handelt over de mogelijkheid voor een beschermde persoon om schenkingen te doen of een testament op te stellen. Uit de eerder verleende machtiging om te schenken, kan daarom op zichzelf geen voldoende argument worden gehaald om zonder meer een einde te maken aan een bescherming* ».

le sens de l'article 1108 du Code civil) (22), à apprécier à la lumière des facultés mentales » (23). Le gouvernement poursuit en précisant que « le contenu de l'acte juridique est en principe étranger à ceci » (24), ce qui plaide déjà (25) en faveur d'une appréciation du juge de paix *in abstracto*. Le juge chargé de se prononcer sur une demande d'autorisation de tester émanant d'une personne soumise à une mesure d'administration provisoire empruntera, aux fins de juger de son « aptitude de la volonté », les critères d'appréciation qui permettent d'identifier l'existence ou l'absence d'un consentement renforcé dans le chef de l'auteur de la libéralité (26). Pour qu'une personne soumise à une mesure d'administration provisoire puisse être considérée comme étant apte à tester, il convient donc qu'elle ait conscience de la configuration de son patrimoine et de l'impact d'éventuelles dispositions testamentaires sur la dévolution de celui-ci (27). Il faut en d'autres termes que la personne protégée dispose de tous les éléments nécessaires au choix qu'elle traduira dans ses dispositions de dernières volontés. Il faut également qu'elle ne soit pas sujette à des pressions extérieures (28). On relèvera toutefois que l'appréciation du juge de paix restera nécessairement générale et, pourrait-on dire, « décontextualisée » puisque, naturellement, cette appréciation intervient antérieurement à l'accomplissement de l'acte pour lequel l'autorisation est le cas échéant donnée. Même si le législateur paraît avoir conféré à l'intervention du juge de paix une portée tant à l'égard de la question de la capacité que de la question de la validité du consentement, on ne voit pas comment on pourrait

(22) *Sic* ? Il apparaît aujourd'hui que le consentement dont il est question en filigrane dans l'article 488bis, h), § 2, du Code civil, n'est pas un consentement conforme aux exigences de l'article 1108 du Code civil, mais bien un consentement qui revêt les qualités qu'exige l'article 901 du même Code. Voy. notamment T. VAN HAELTEREN, « Le testament d'une personne sous administration provisoire », *Act. dr. fam.*, 2010/3-4, n° 27, p. 50, note n° 5.

(23) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2002-2003, n° 2-1087/6, p. 11.

(24) *Ibidem*.

(25) Pour d'autres arguments, voy. *infra*, n°s 2.4 et 3.

(26) Dans le même sens, P. DELNOY, « Le consentement et la capacité dans la confection d'un testament par un majeur pourvu d'un administrateur provisoire », in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2009*, Bruxelles, la Charte, 2009, p. 175, n° 31. L'auteur distingue et définit plus loin les deux éléments qui doivent caractériser ce consentement, à savoir la conscience et la liberté (pp. 180 à 192).

(27) Voy. à cet égard W. PINTENS, « De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003 », in *Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, Les dossiers du Journal des juges de paix et de police, Bruges, la Charte, 2004, p. 39, n° 91, en particulier les références citées à la note n° 136. Voy. également J.P. Saint-Trond, 7 septembre 2005, *R. W.*, 2006-2007, p. 377.

(28) Voy. également la justification d'un amendement n° 101 du gouvernement, finalement retiré (voy. *infra*, note n° 64) : « La personne protégée est en principe incapable de faire des donations (donation et disposition de dernières volontés) tant qu'elle est sous administration provisoire. Le juge de paix peut cependant lui donner un mandat ad hoc pour ce faire. Le contrôle de l'aptitude de la volonté qu'il opère à ce moment, consiste aussi en ce qu'il vérifie que la volonté de la personne protégée n'est pas influencée par l'administrateur provisoire (ou une personne intervenante) » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 2002-2003, n° 2-1087/6, p. 10).

induire de ce que celui-ci aurait considéré que la personne était apte à exprimer son consentement lorsqu'il l'a rencontrée, qu'elle l'était encore effectivement au moment où elle a rédigé ses dispositions de dernières volontés (29).

3. Dans la jurisprudence publiée, les cas de refus d'accéder à une demande d'autorisation émanant d'une personne protégée sont motivés par la méconnaissance par celle-ci de sa situation financière, les réserves émises par le médecin certificateur et l'expert quant à sa capacité d'action et l'intervention ambiguë du « potentiel légataire » qui n'était autre que l'administrateur provisoire (30) ; la rancune de la personne protégée à l'égard des membres de sa famille, basée sur une situation familiale tendue qui était indubitablement la conséquence d'un raisonnement unilatéral, lui-même causé par l'accident vasculaire cérébral dont l'administré avait été victime treize ans plus tôt (31) ; une absence de conscience réaliste de son patrimoine par la personne protégée et des réalités financières de même qu'une absence de volonté libre et consciente de « donner » (32). Deux autres décisions inédites dont il nous a été donné de prendre connaissance concernent une personne protégée ayant elle-même manifesté, lors de son audition par le juge de paix, le refus de faire un testament (33), ainsi qu'un administré provisoire qui ne réalisait plus les conséquences d'un bon nombre d'actes et dont la volonté testamentaire paraissait influencée par une conscience erronée et partielle du passé, elle-même conditionnée par des éléments sélectifs glanés auprès de tiers (34).

(29) F. REUSENS, « L'administration provisoire revue et corrigée : aperçu des nouvelles dispositions introduites par la loi du 3 mai 2003 », *Rev. not. b.*, avril 2005, p. 231.

(30) J.P. Saint-Trond, 7 septembre 2005, R.W., 2006-2007, p. 377. L'oncle de la personne protégée, par ailleurs administrateur provisoire de cette dernière, apparaissait lui avoir demandé de faire un testament pour maintenir le patrimoine dans sa branche.

(31) J.P. Bruges, 4^e cant., 6 septembre 2004, *J.J.P.*, 2005, p. 502 « (...) de rancune ten overstaan van zijn familieleden gebaseerd op de gespannen familiale toestand welke ontegensprekelijk het gevolg is van het éézijdig redeneren dat alleszins veroorzaakt is door het cerebrovasculair accident van 1991 ». Il convient de relever que le juge de paix chargé de statuer en cette espèce avait pris connaissance de l'identité de la personne que l'administré provisoire entendait gratifier.

(32) J.P. Bruges, 4^e cant., 19 décembre 2007, *T.G.R.*, 2008, p. 93. La personne protégée avait été victime d'un grave accident, qui l'a rendue totalement dépendante et a causé une absence de tout affect à l'égard des tiers.

(33) J.P. Durbuy, 1^{er} février 2006, rôle n° 06/B2, rép. n° 48, inédit : « *Il ressort de cette audition que Mme D. ne souhaite pas rédiger un testament et qu'elle se désiste de l'instance. Si l'on devait considérer que ces propos dénotent une confusion dans son esprit, il faudrait en conclure qu'elle n'a pas l'aptitude de tester. Dans les deux cas de figure, l'autorisation spéciale de tester ne peut être accordée* ».

(34) J.P. Bruges, 14 mars 2011, rôle n° 10B352, rép. n° 886/2011, inédit : « *Dat waar de betrokene zich verder door haar gestoord begripsvermogen de gevolgen van een aantal handelingen niet meer realiseert, dit wel degelijk een invloed heeft op de testeewil waar moet worden aangenomen dat een beslissing gebaseerd op een slechts partieel besef van het verleden, beïnvloed door selectief aangereikte elementen van derden, nooit kan leiden tot een correcte inschatting van de gevolgen, en met name niet of teweeg gebracht het gevolgen zouden overeenstemmen met de beoogde gevolgen, laat staan met de beoogde gevolgen moest zij alle gegevens correct kunnen percipieren, begrijpen en*

Les autorisations sont quant à elle très régulièrement conditionnées, soit que la forme authentique⁽³⁵⁾ ⁽³⁶⁾ ou plus simplement l'intervention d'un notaire est exigée⁽³⁷⁾, soit qu'elles ne sont accordées qu'en faveur d'un bénéficiaire bien précis⁽³⁸⁾, ce qui atteste d'une prise de connaissance par le magistrat cantonal, si pas du contenu précis du testament projeté, à tout le moins des intentions libérales de la personne protégée. D'autres encore, parfois les mêmes que celles qui viennent d'être évoquées⁽³⁹⁾, limitent la durée de l'autorisation dans le temps⁽⁴⁰⁾.

À notre connaissance, il n'existe qu'une seule décision d'autorisation pure et simple publiée⁽⁴¹⁾, ce qui n'est évidemment pas révélateur de ce qui se passe réellement en pratique⁽⁴²⁾. L'espèce concernait une personne souffrant d'une cécité complète, ce qui ne lui ôtait évidemment pas ses facultés mentales et donc la volonté requise aux fins de tester valablement.

inschatten; Dat aldus de rechtbank dient te besluiten dat ook aan de vereisten van helderheid niet is voldaan, en in deze omstandigheden geen volwaardige wil aanwezig is om te testeren ».

(35) J.P. Zelzate, 21 novembre 2006, *T. not.*, 2007, livr. 10, p. 562 ; J.P. Zottegem, 12 mars 2010, *R.W.*, 2010-11, n° 2, p. 74.

(36) Notons que d'aucuns estiment que la loi n'autorise pas le juge à imposer une forme particulière à l'acte : F. DEMBOUR et V. VERLY, « Contrats et autorisations spéciales du juge de paix : personnalisation accrue de la mission de l'administrateur », in *Administration provisoire, questions pratiques : gestion des avoirs financiers et conclusion de contrats*, Commission Université-Palais, vol. 115, Liège, Anthemis, 2010, p. 151 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 199, p. 187 ; V. WYART, « Règles communes aux libéralités », in *Précis du droit des successions et des libéralités*, A.-C. VAN GYSEL (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 117.

(37) J.P. Bruges, 4^e cant., 7 novembre 2005, *T.G.R. -T.W.V.R.*, 2007, livr. 3, p. 170. Il convient de relever que cette espèce concernait un homme de 51 ans dont le quotient intellectuel était très bas et qui souffrait de troubles schizo-affectifs ayant pour conséquences, aussi bien des phases maniaques que des troubles de contact avec la réalité et son entourage. Il a été considéré comme étant apte à tester valablement au regard du caractère constant, stable et bien réfléchi des dispositions qu'il souhaitait prendre.

(38) J.P. Lierre, 15 mars 2007, *J.J.P.*, 2007, p. 230 : « *Machtigt Magdalena M. om een testament te maken met haar schoonzuster Greta C. als begunstigde* ». Voy. également J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 25 juillet 2006, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 72 : « *Autorisons la partie requérante, D., à tester conformément à son acte du 22 mai 2006 lequel pourra être inscrit au registre central des testaments* ».

(39) J.P. Bruges, 4^e cant., 7 novembre 2005, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2007, livr. 3, p. 170 ; J.P. Zottegem, 12 mars 2010, *R.W.*, 2010-2011, n° 2, p. 74.

(40) J.P. Aarschot, 12 février 2004, *R.W.*, 2004-2005, n° 13, p. 516 et note W. PINTENS, « *De testeerbekwaamheid van de onder bewind gestelde* ». Dans cette décision, le juge de paix a prescrit, au regard de la limitation dans le temps de l'autorisation accordée, des mesures complémentaires de nature à obtenir une garantie quant à la date du testament olographe. Il s'agissait d'insérer une photocopie du testament dans une enveloppe fermée, sur laquelle la personne protégée devait écrire elle-même à la main que cette enveloppe contenait le testament. Cette mention devait être datée et signée et le greffe devait quant à lui rédiger un acte de dépôt du testament en ses services.

(41) J.P. Overijse-Zaventem, 3 juin 2004, *J.J.P.*, 2005, livr. 8-9, p. 494.

(42) Voy. F. REUSENS, F. SWENNEN et S. BRUSSELMANS, *La protection de la personne atteinte de la maladie d'Alzheimer et de ses biens*, série : Apprivoiser la maladie d'Alzheimer (et les maladies apparentées), Fondation Roi Baudouin, mars 2009, p. 74 : l'étude de terrain menée par les auteurs met notamment en évidence, pour le nord du pays, la rareté de la remise du projet de testament au juge de paix chargé de statuer sur une demande d'autorisation de tester introduite par une personne mise sous administration provisoire.

4. Dans un ouvrage collectif consacré à la maladie d'Alzheimer, le chercheur français Fabrice Gzil (43) et sa compatriote gériatre Florence Latour attireraient l'attention sur ce qu'au regard des conséquences que peut avoir l'évaluation de la capacité décisionnelle des personnes fragilisées, celle-ci ne doit pas être menée à la légère, sous peine de courir le risque « *qu'elle reflète moins l'état du malade que les besoins ou l'intolérance des tiers* » (44). C'est précisément pour endiguer ce risque qu'il convient à mon sens de privilégier une appréciation *in abstracto*, seule évasive de toute tentation de censure (45). On pourrait d'ailleurs se poser la question, au même titre que Thierry Delahaye à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 3 mai 2003 (46), de savoir si l'article 488*bis*, h), du Code civil, lu comme permettant au juge de paix de conditionner son autorisation d'effectuer des dispositions de dernières volontés à la production d'un projet de testament, n'est pas disproportionné à l'objectif poursuivi par cette disposition, à savoir, pour paraphraser la Cour constitutionnelle dans ses arrêts précités des 30 septembre 2009 (47) et 14 octobre 2010 (48), la protection d'une personne qui se trouve dans une situation de faiblesse... On relèvera à cet égard que les principes de proportionnalité et de subsidiarité des mesures prises à l'égard des personnes fragilisées reviennent comme un leitmotiv dans les recommandations et dispositions internationales qui les concernent (49).

(43) Institut d'histoire et de philosophie des sciences et des techniques, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I.

(44) F. GZIL et F. LATOUR, « Alzheimer : respect de l'autonomie », *Repenser ensemble la maladie d'Alzheimer – Éthique, soin et société*, Paris, Vuibert, 2007, p. 127. Ces auteurs soulignent comme de nombreux autres (voy. notamment *infra*) qu'un mauvais score MMSE (Mini Mental State Examination), un diagnostic de maladie d'Alzheimer ou une mesure de protection juridique ne signifient pas que la personne a perdu la compétence de prendre des décisions. La capacité décisionnelle est « *une capacité relative, qui dépend de la nature et de la complexité des décisions* ». Pour eux, « *de même que l'on accorde aux personnes mises en examen une présomption d'innocence, il faudrait accorder aux personnes atteintes de la MA une présomption de compétence* ».

(45) T. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil)*, coll. Les dossiers du J.T., n° 68, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 146, p. 105 ; A. VAN DEN BOSSCHE, « Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd – Toch een taak voor de notaris ? », note sous J.P. Lier, 15 mars 2007, *J.J.P.*, 2007, p. 228.

(46) Voy. note infrapaginale n° 658. Pour rappel, la question de constitutionnalité que se posait T. Delahaye à ce moment était plus globalement liée à l'exigence d'autorisation préalable, et non spécifiquement aux modalités de cette autorisation.

(47) C. const, 30 septembre 2009, n° 147/2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010/1, p. 75 ; *NjW*, 2010, livr. 214, p. 22, note B.W. ; *T. Fam.*, 2010, livr. 2, p. 28, note F. SWENNEN, « De testeevrijheid van de beschermde persoon onder voorlopig bewind : grondwetsconform ».

(48) C. const., 14 octobre 2010, n° 144/2010, *Act. dr. fam.*, 2011/6, p. 110 et note T. VAN HALTEREN, « La constitutionnalité de l'autorisation préalable du juge de paix nécessaire pour qu'une personne sous administration provisoire puisse léguer ses biens (*bis*) » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/1, p. 44 (somm.).

(49) Voy. *infra*, notes 72 et 73.

III. Pour un respect de la liberté testamentaire de la personne protégée apte à manifester une intention libérale

1. Nous avons vu qu'il ne fait plus de doute que toute personne soumise à une mesure d'administration provisoire, quelle que soit l'étendue de son incapacité, est censée solliciter une autorisation du juge de paix afin de pouvoir tester. Il convient par ailleurs de ne pas perdre de vue que le régime de protection est applicable aux personnes qui en raison de leur état de santé – *physique* ou mental – sont totalement ou *partiellement* aptes à gérer leurs biens. Dans le panel des personnes soumises à cette mesure, il en existe dès lors qui sont parfaitement aptes à manifester une intention libérale (50).

Les travaux de recherche en neuropsychologie démontrent à cet égard que chaque domaine particulier requiert une aptitude mentale distincte. Les différentes activités d'une personne mettent en œuvre des processus mentaux différents de sorte que les aptitudes d'une personne ne peuvent être abordées de manière unitaire (51). Ainsi, le professeur Xavier Seron a interpellé son auditoire à l'occasion du congrès des notaires qui s'est tenu fin septembre 2011, en bousculant certaines représentations et idées reçues concernant l'aptitude décisionnelle des personnes en difficultés cognitives qui se présentent devant un notaire. Il a insisté sur l'importance de ne pas établir un lien direct entre un diagnostic de démence et une inaptitude à effectuer une libéralité. « *Un diagnostic de démence peut être posé chez une personne au tout début de la maladie. Ce diagnostic indique à ce moment-là que la personne se met à avoir des difficultés de mémoire et d'autres troubles cognitifs dans la vie quotidienne. Elle peut être ralentie, faire des erreurs dans son activité professionnelle, mais être parfaitement consciente des tenants et aboutissants des dispositions qu'elle prend en faveur d'un tiers* » (52).

Dans un contexte de maladie d'« Alzheimer » par exemple, les troubles que celle-ci engendre, au début de la pathologie surtout, « *sont fluctuants dans le temps : ils peuvent entraîner des troubles de la mémoire, mais pas du jugement* » (53). Ainsi, une personne atteinte de démence peut, jusqu'à un certain stade de sa maladie, avoir la conscience

(50) Dans le même sens : T. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil)*, coll. Les dossiers du J.T., n° 68, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 145, p. 104.

(51) F. REUSENS et X. SERON, « Vivre longtemps et vieillir un peu... – Regards croisés du juriste et du neuropsychologue », *La protection de la personne des malades mentaux : éthique, médecine et justice*, Bruxelles, la Charte, 2011, p. 196.

(52) X. SERON, *Praticiens du droit et personnes âgées – Pour des interactions réussies*, Fondation Roi Baudouin, 2011, p. 44.

(53) M.-F. HIRIGOYEN, *Abus de faiblesse et autres manipulations*, Lattès, 2012, p. 37.

suffisante aux fins de valablement tester ou révoquer des dispositions antérieurement prises(54).

Prenons le cas, très fréquent(55), d'une personne soumise à une mesure d'administration provisoire à la suite d'un certain déclin cognitif dû à son avancée en âge. Celle-ci a certes le droit d'être protégée contre les manœuvres de tiers intéressés, familiers ou non. Ce droit doit toutefois être mis en balance avec une liberté tout aussi importante – parfois la seule qui lui reste à un moment de sa vie où les dessaisissements sont multiples(56) – de décider librement de la destination de son patrimoine le jour où elle ne sera plus. Il ne faudrait dès lors pas que cette liberté soit trop facilement « frustrée » par une prise en compte, nécessairement subjective, du contenu d'un acte dont il faut rappeler le caractère éminemment intime(57).

2. Une tendance encore tenace est par ailleurs de déduire trop systématiquement de l'existence d'une mesure d'incapacité qui empêche le cas échéant la personne protégée d'effectuer certains actes à titre onéreux, une inaptitude à effectuer une libéralité, nécessitant quant à elle un consentement renforcé(58), à savoir, selon la formule célèbre de Daguesseau(59), « *une sagesse moins équivoque, une raison plus éclairée, une volonté plus ferme* » que pour s'engager dans un contrat. Aussi, d'aucuns estiment que la protection des héritiers importe également(60). C'est cependant omettre que les régimes d'incapacité sont des régimes de protection de la seule personne protégée(61) et que s'ils touchent aussi ou exclusivement le patrimoine de celle-ci, c'est dans

(54) M. VERRYCKEN, *op. cit.*, 2009, p. 274.

(55) Voy. à cet égard M. VERRYCKEN, « L'administration provisoire et les personnes âgées - Réflexions de lege ferenda », in *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 535.

(56) Aussi bien physiques, cognitifs et psychiques, que sociaux : B. VERDON, « Excellence, endurance, performance : violence de la compétence chez l'adulte âgé », *Devenir vieux - Les enjeux de la psychiatrie du sujet âgé*, Wolters Kluwer France, 2012, p. 43. Selon la formule du sociologue Michel Billé, vieillir, c'est perdre, mais également vivre des deuils (M. BILLÉ et D. MARTZ, *La tyrannie du « bien vieillir »*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2010, pp. 57 et 58).

(57) Voy. à cet égard la motivation de J.P. Zelzate, 21 novembre 2006, *T. not.*, 2007, livr. 10, p. 562 et J.P. Zottegem, 12 mars 2010, *R.W.*, 2010-11, n° 2, p. 74.

(58) A.-C. VAN GYSEL, « Entre capacité et consentement : les libéralités faites par les personnes fragiles à la lumière de dernières modifications législatives », in *Actualités de droit familial - Le point en 2003*, Liège, Formation permanente C.U.P. (vol. 66), 2003, p. 194.

(59) Cité par P. DELNOY, *Les successions et les libéralités : précis de droit civil*, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 42.

(60) Voy. P. DELNOY, « De la capacité d'une personne pourvue d'un administrateur provisoire de faire un testament », note sous Civ. Nivelles, 3 décembre 1998 et J.P. Soignies, 22 février 1999, *J.L.M.B.i.*, 1999/19, p. 819 : « *Nous ne partageons pas l'idée que l'objet de la loi de 1991 est la protection de l'inapte seulement et non de sa famille. C'est que, de manière générale, les entraves légales à la réalisation de libéralités sont destinées à protéger la famille du disposant, autant que le disposant, parfois même davantage la première que le second* ».

(61) P. Marchal voit dans les régimes d'incapacité des « *mesures de protection prévues par la loi en faveur des personnes inaptes en raison de leur état mental* » (c'est nous qui soulignons) : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, « Les personnes », t. I, livr. VIII, 2007, p. 85, n° 12.

son intérêt propre et non dans celui des tiers (62) et en particulier de ses héritiers... Ceux-ci ne sont toutefois pas omis et font également l'objet d'une protection, par le biais d'autres mécanismes toutefois (63). Parmi ceux-ci, la réserve héréditaire bien entendu, mais également la possibilité de solliciter l'annulation du testament sur la base de l'article 901 du Code civil, s'il s'avère que le disposant n'était pas sain d'esprit au moment de l'accomplissement de l'acte litigieux (64). En effet, au même titre que l'autorisation du juge de paix n'aurait pas pour effet de dispenser le notaire d'effectuer les vérifications nécessaires en matière de consentement, au moment où il reçoit les dispositions de dernière volonté (65) (66), cette même autorisation n'emportera pas nécessairement l'impossibilité pour les héritiers de remettre en cause la libéralité effectuée (67) (68), en prouvant l'état d'insanité mentale de leur auteur

(62) W. PINTENS, « De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003 », Les dossiers du Journal des juges de paix et de police, *Actualités en matière d'autorité parentale, de tutelle et d'administration provisoire*, in Bruges, la Charte, 2004, p. 39, n° 89 *in fine*.

(63) Civ. Nivelles, 3 décembre 1998, *J.L.M.B.i.*, 1999/19, p. 814 et note P. DELNOY, « De la capacité d'une personne pourvue d'un administrateur provisoire de faire un testament ».

(64) Dans le même sens : T. VAN HALTEREN, « Le testament d'une personne sous administration provisoire », *Act. dr. fam.*, 2010/3-4, p. 49, n° 22. Dans le cadre de la justification d'un amendement – finalement retiré, car absorbé par d'autres – qui entendait supprimer l'assimilation de l'administré provisoire au mineur, destinée à lui appliquer l'interdiction de tester en faveur de l'administrateur provisoire, le gouvernement, à qui l'on doit le libellé actuel du texte de l'article 488bis, h), § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil, s'exprimait en ces termes : « *Les possibilités de contestation sur la base de l'influence et de la suggestion restent finalement possibles également après le décès. L'autorisation par le juge ne couvre pas la donation sur ce point* » (amendement n° 101 du Gouvernement, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2002-2003, n° 2-1087/6, p. 10).

(65) Rappelons en effet que le trouble mental de nature à invalider une libéralité doit exister au moment de l'acte (L. RAUCENT, *Les libéralités*, Maison de droit de Louvain, 1990, p. 53 ; J. SACE, « Les libéralités – Dispositions générales », *Rép. not.*, « Successions - Donations et testaments », t. III, livr. VI, 1993, p. 158 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, vol. I, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 141).

(66) En ce sens : K. BOONE, « Het voorlopig bewind hervormd », *La Basoche*, septembre 2004, p. 13 : « *de notaris die desgevallend het testament moet verlijden, moet de gezondheid van geest van de testator blijven controleren ondanks de machtiging* ».

(67) P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, « Les personnes », t. I, livr. VIII, 2007, n° 337, p. 294 ; T. VAN HALTEREN, « Le testament d'une personne sous administration provisoire », *Act. dr. fam.*, 2010/3-4, p. 47, n° 17 et p. 50, n° 27 et s. ; F.-J. WARLET, *op. cit.*, p. 157, n° 211. Le professeur Delnoy, dans une contribution décortiquant excellemment la matière qui nous occupe, précise quant à lui que « *même si le jugement de l'aptitude de la volonté de la personne protégée ne s'impose pas juridiquement au juge ultérieur de la validité du testament il s'imposera certainement en fait* » car « *on peut gager, en effet, que les cours et tribunaux donneront un grand poids à l'appréciation du juge de paix, s'il prend la peine de motiver soigneusement sa décision* » (P. DELNOY, « Le consentement et la capacité dans la confection d'un testament par un majeur pourvu d'un administrateur provisoire », *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2009*, Bruxelles, la Charte, 2009, p. 200, n° 72).

(68) Comp. A.-C. VAN GYSEL, « Entre capacité et consentement : les libéralités faites par les personnes fragiles à la lumière des dernières modifications législatives », in *Actualités de droit familial – Le point en 2003*, Liège, Formation permanente C.U.P. (vol. 66), 2003, p. 213. Selon cet auteur, la décision du juge de paix, dans la mesure où elle concerne l'état des personnes, « *paraît être revêtue d'une autorité de chose jugée erga omnes* », de sorte qu'une contestation ne pourrait être entamée sur la base de l'article 901 du Code civil qu'après une tierce opposition menée avec succès contre la décision d'autorisation du juge de paix.

au moment de la rédaction de l'acte, car il y a bien lieu de distinguer, même si les notions sont trop souvent confondues, la capacité juridique à effectuer un acte par le biais le cas échéant d'une autorisation judiciaire et le discernement nécessaire à l'accomplissement de cet acte (69) (70) qui s'analyse précisément au moment de cet accomplissement (71).

IV. Perspectives

1. Poussé par des recommandations (72), puis par des dispositions internationales contraignantes (73), le législateur s'est remis à l'ou-

(69) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, vol. I, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 126 : « Nous savons qu'en droit commun, la volonté et la capacité constituent deux éléments distincts de la validité d'un acte juridique. Il faut tout d'abord que le consentement existe, et ne soit pas vicié ; il faut ensuite que la personne qui accomplit l'acte ne soit pas frappée par la loi d'une incapacité générale ou spéciale, la rendant à ce titre (et indépendamment de toute question de volonté) inapte à agir ».

(70) Le professeur Delnoy s'exprime à cet égard en ces termes : « L'autorisation de tester donnée par le juge de paix est évidemment la condition sine qua non de validité d'un testament fait par une personne pourvue d'un administrateur provisoire : elle lui rend la capacité testamentaire dont la prive, en principe, l'article 488bis, b), §2, alinéa 1^{er}, du Code civil. Mais pour tester valablement, il ne suffit pas à la personne protégée – pas plus qu'à une autre personne d'ailleurs – d'être capable : il faut encore, notamment, qu'elle consente valablement » (P. DELNOY, « Le consentement et la capacité dans la confection d'un testament par un majeur pourvu d'un administrateur provisoire », *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2009*, Bruxelles, la Charte, 2009, n° 71, p. 199).

(71) Si l'on peut suivre le professeur Van Gysel lorsqu'il précise que, *rationae personae*, la décision du juge de paix autorisant un administré provisoire à tester est revêtue d'une autorité de chose jugée *erga omnes*, il faut également s'interroger sur le champ d'application *rationae materiae* de cette autorité qui ne s'étend qu'à ce qui est tranché par le juge au regard de la question litigieuse qui lui a été soumise. Or cette question était celle de l'état de santé de la personne protégée sollicitant l'autorisation, à un moment X. On rejoindra dès lors le professeur Delnoy lorsqu'il précise qu'« il est évident que les risques que le testament de la personne protégée ne soit attaqué avec quelque chance de succès sur la base de l'article 901 du Code civil s'accroîtront au fur et à mesure que la personne protégée tardera à exprimer ses dernières volontés » (P. DELNOY, « Le consentement et la capacité dans la confection d'un testament par un majeur pourvu d'un administrateur provisoire », *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2009*, Bruxelles, la Charte, 2009, p. 201, n° 75). Pour le dire autrement, en termes empruntés à la mécanique de la chose jugée, il n'y a plus autorité de chose jugée, parce qu'il n'y a plus identité de question litigieuse, lorsqu'un laps de temps trop long se sera écoulé entre l'autorisation de tester donnée par le juge de paix et la réalisation du testament. Toute la difficulté consistera évidemment à quantifier en fait ce délai dont l'importance s'apprécie en droit. Pour d'excellents développements relatifs à l'impact que peut avoir la chose jugée sur des litiges ultérieurs, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, « L'autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige », in *L'effet de la décision de justice : contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Commission Université-Palais, vol. 102, Liège, Anthemis, 2008, pp. 174-217. Quant à la fonction positive et probatoire de l'autorité de la chose jugée, voy. également J.-F. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, « L'effet positif de la chose jugée », *J.T.*, 2009, pp. 297-300. J'adresse d'ailleurs ici toute ma reconnaissance aux deux auteurs qui, avec la bienveillance qu'on leur connaît, ont répondu à certaines de mes interrogations et m'ont guidée dans les arcanes de l'autorité de la chose jugée. Qu'ils en soient ici très chaleureusement remerciés.

(72) Voy. notamment la recommandation R(99)4 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes juridiques concernant la protection juridique des majeurs incapables.

(73) Voy. la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, dont il est abondamment fait état dans l'exposé des motifs de la proposition de loi dont il sera question ci-dessous, mais également l'article 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, intitulé « intégration des personnes handicapées », selon lequel « l'Union reconnaît et respecte le

vrage. La volonté de réforme du droit belge des incapacités, bien que déjà latente au moment des discussions qui ont donné lieu aux modifications législatives apportées par la loi du 3 mai 2003 (74), s'est dans un premier temps manifestée par le dépôt, en juillet 2008, d'une proposition de loi – dite proposition Goutry, du nom de son principal dépositaire – « modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global » (75). Cette proposition, loin de faire l'unanimité, est devenue caduque à la suite de la chute du gouvernement Letermé II en avril 2010. À la suite des élections du mois de juin de la même année et sans attendre la formation d'un nouveau gouvernement, les partis de la majorité, toujours sous l'impulsion du CD&V, en la personne cette fois de R. Terwingen, ont déposé un nouveau texte, plus adéquatement intitulé « proposition de loi instaurant un statut de protection global des personnes majeures incapables » (76). A été jointe à ce texte, une proposition de Muriel Gerken « instaurant un régime global d'administration provisoire des biens et des personnes » (77), déjà rédigée au moment du dépôt de celle de M. Terwingen.

Le texte actuel de la proposition, tel qu'adopté en séance plénière de la Chambre, repris à son compte par le gouvernement (78) et transmis au Sénat, prévoit dans les grandes lignes une possibilité d'élargissement de la mesure d'administration provisoire à la protection de la personne de l'« administré ». La mesure devrait ainsi viser un individu qui, « en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état d'assumer lui-même, comme il se doit, sans assistance ou autre mesure de protection, fût-ce temporairement, la gestion de ses intérêts patrimoniaux ou non patrimoniaux » (article 30 de la proposition, insérant un article 488/1 dans le Code civil).

droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté ».

(74) À l'occasion des travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 3 mai 2003, il était déjà question de mettre un terme à l'existence parallèle de divers statuts de protection – essentiellement l'administration provisoire, le conseil judiciaire et l'interdiction – pour les remplacer par un seul et unique statut, relevant de la compétence du juge de paix. Un amendement prévoyait en effet le remplacement de l'article 489 du Code civil par la disposition suivante : « Le juge de paix peut pourvoir d'un administrateur le majeur qui, en raison de son état mental, est totalement incapable d'assumer dûment la gestion de ses intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, que ce soit de manière permanente ou provisoire, ou qui est dans l'incapacité d'exprimer sa volonté » (amendement n° 51 de MM. Bourgeois et Van Hoorebeke, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1999-2000, n° 0107/008, pp. 1-2).

(75) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2007-2008, n° 1356/001.

(76) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2010-2011, n° 1009/001.

(77) *Doc. parl.*, Chambre, sess. extr. 2010, n° 005/001.

(78) Le texte est désormais intitulé « projet de loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine » (*Doc. parl.*, Chambre, sess. 2010-2011, n° 009/013).

2. S'il subsistait encore des sceptiques à la suite de l'intervention de la Cour constitutionnelle⁽⁷⁹⁾ concernant les personnes sous administration provisoire devant solliciter l'autorisation préalable du juge de paix en vue d'effectuer une libéralité, la réforme devrait mettre un terme à leurs incertitudes. L'article 42 de la proposition de loi prévoit en effet l'insertion dans le Code civil d'un article 492/1 qui, en son paragraphe 2, contraint le juge de paix qui ordonne une mesure de protection judiciaire des biens de se prononcer expressément sur la capacité de la personne protégée de disposer par donation entre vifs (13°) et de rédiger ou révoquer un testament (15°).

Dans la matière des dispositions de dernière volonté plus particulièrement, la proposition reprend le système actuel de l'autorisation préalable du juge cantonal, tout en le limitant bien entendu aux personnes explicitement déclarées incapables de disposer par testament sur la base de l'article 492/1, § 2, précité. Ici, le juge de paix ne doit pas juger « de l'aptitude de la volonté », mais bien « de la capacité de la personne protégée d'exprimer sa volonté » (article 125 de la proposition, rétablissant l'article 905 du Code civil précédemment abrogé). Sans doute la formule est-elle moins nébuleuse et plus heureuse que l'actuelle.

Enfin, la proposition prévoit que lorsque le juge de paix donne l'autorisation à la personne protégée de disposer par testament, « celle-ci ne peut tester que par acte authentique, sans devoir en soumettre le projet au juge de paix ». Aussi discutable que puisse sembler le contenu⁽⁸⁰⁾ de cet antépénultième paragraphe de l'article 905 en projet, reconnaissons-lui le mérite d'être clair... et à tout le moins de prendre une position tranchée quant à la nature de l'appréciation des aptitudes testamentaires de la personne protégée par le juge de paix.

(79) Voy. *supra*, point I.3.

(80) L'exigence sans réserve du testament authentique pose question. Le notaire Etienne Beghin, auteur d'une contribution dans cet ouvrage, me faisait opportunément remarquer que cette forme de testament est inenvisageable pour une personne lucide mais incapable de formuler ses volontés (une personne récemment victime d'un accident vasculaire cérébral, par exemple) puisque le testament authentique doit être dicté (article 972 du Code civil). La formule du testament international pourrait constituer une bonne alternative en ce que cette forme de testament entoure la réception de celui-ci de garanties, au rang desquelles l'intervention non négligeable du notaire.