

Introduction

Aide, appui, soutien, protection, secours... Ces quelques substantifs sont les synonymes classiquement relevés du terme assistance. D'une intelligibilité de prime abord saisissante, ils laissent pourtant rapidement place, en raison de l'aventure sémantique à laquelle ils semblent nous destiner, à un certain scepticisme révélateur de toute la difficulté à approcher la notion d'assistance.

Définie comme le fait de venir en aide à quelqu'un, l'assistance désigne toute « aide d'ordre matériel, moral ou physique (soutien, appui, soins) apportée à une personne en difficulté¹ ». Si définir c'est nécessairement limiter², pour qui cherche à découvrir le sens du terme assistance, cette première définition proposée par le *Vocabulaire juridique* n'est manifestement pas d'un grand secours. Dès lors qu'une personne est en difficulté et qu'elle reçoit l'aide d'autrui, il s'agit d'une manifestation d'assistance.

Une acception aussi extensive de l'assistance explique l'importance de sa présence dans le langage juridique, et ce tant en droit privé qu'en droit public. Il suffit, pour s'en convaincre, de citer quelques exemples issus des textes législatifs. Pas moins de soixante occurrences du substantif assistance ou du verbe assister peuvent être décomptées dans le seul Code civil³. Le législateur consacre ainsi un devoir d'assistance entre époux⁴, mais aussi entre partenaires d'un pacte civil de solidarité⁵. Il prévoit également qu'un majeur placé en curatelle est assisté de son curateur pour les actes civils les plus graves⁶. Dans un tout autre registre, lorsque des violences existent au sein d'un couple, le juge aux affaires familiales peut organiser l'exercice de l'autorité parentale, et notamment du droit de visite en mettant en place l'assistance d'un tiers de confiance si l'intérêt de l'enfant le commande⁷.

1. CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique* CAPITANT, Paris, PUF, 10^e éd., 2014, p. 91.
2. « Définir, c'est – l'étymologie le dit – délimiter, c'est-à-dire séparer ; c'est situer et opposer pour individualiser » (EISENMANN C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. dr.*, t. XI, *La logique du droit*, 1966, p. 30).
3. Constat établi grâce à la base de données de legifrance en juillet 2014 sans différenciation aucune selon le sens à retenir.
4. C. civ., art. 212.
5. C. civ., art. 515-4.
6. C. civ., art. 440 et 467 (dispositions générales) ; C. civ., art. 468 (contrat de fiducie) ; C. civ., art. 249 (action en divorce) ; C. civ., art. 461 (convention de PACS) ; C. civ., art. 1399 (convention matrimoniale).
7. C. civ., art. 373-2-1, al. 4 (exercice unilatéral de l'autorité parentale), art. 373-2-9 (exercice commun).

De même, une section entière est dédiée à l'assistance éducative dont les mesures sont destinées à protéger l'enfant qui serait en danger du fait de ses parents⁸. Mais il serait encore possible, sans aucun ordre particulier, de parler de l'assistance médicale à la procréation⁹, du droit pour le mineur à être assisté d'un avocat lors de son audition par un juge dans toute procédure le concernant¹⁰, ou encore de la réception du testament par acte public par un notaire assisté de deux témoins¹¹.

Une telle récurrence est loin d'être spécifique au Code Napoléon. Le Code de commerce l'emploie ainsi à de nombreuses reprises lorsqu'il s'agit d'évoquer la mission d'assistance impartie à un administrateur judiciaire intervenant auprès d'une entreprise en difficulté¹² ou l'assistance d'un expert¹³. Mais la notion d'assistance se rencontre également dans le Code de la santé publique¹⁴, le Code du travail¹⁵, le Code de procédure civile¹⁶, le Code de l'entrée et du séjour des étrangers¹⁷, le Code général des collectivités territoriales¹⁸, etc. Les exemples pourraient être multipliés¹⁹. Toutefois, la poursuite d'une telle énumération ne présenterait aucun intérêt supplémentaire, si ce n'est de montrer, nous l'avons compris, la facilité déconcertante avec laquelle le législateur recourt à la notion d'assistance.

La jurisprudence contribue pourtant elle aussi au foisonnement de la notion. La créance successorale d'assistance admise au profit de l'enfant qui s'est occupé de

8. C. civ., art. 375 et suiv.

9. C. civ., 311-19 et 311-20.

10. C. civ., art. 388-1.

11. C. civ., art. 971.

12. Par ex : C. com., art. L. 622-1, art. L. 625-1, art. L. 625-8, art. L. 631-14, art. L. 811-1, art. L. 811-2, al. 3.

13. Par ex : C. com., art. L. 623-1, art. L. 627-3.

14. Au-delà des nombreuses dispositions consacrées à l'assistance médicale à la procréation : C. santé publ., art. L. 1111-6 (assistance de la personne de confiance), art. L. 1161-3 (assistance et soutien aux malades), art. L. 1431 2 (assistance dans les actes quotidiens de la vie), art. R. 4127-37 (devoir du médecin d'assister moralement le patient).

15. De nombreuses dispositions font notamment référence à l'assistance d'un expert (C. trav., art. L. 1233-34, art. L. 1233-50, art. L. 1233-57-17, art. L. 2342-7), à l'assistance et la représentation devant le Conseil de prud'hommes (C. trav., art. L. 1453-1, art. L. 1453-4) ou à l'assistance aux personnes âgées, handicapées ou dépendantes (C. trav., art. L. 7232-7).

16. Outre la mission d'assistance en justice (CPC, art. 412, art. 162), les textes renvoient à l'assistance d'un médiateur ou d'un conciliateur de justice auprès des parties à un différend (CPC, art. 1528), ou à l'assistance d'une personne atteinte de surdité par un interprète en langue des signes ou par une personne de son choix (CPC, art. 23-1) ou encore, plus généralement, à l'assistance de l'avocat (CPC, art. 338-1, art. 1544, art. 1563).

17. Est visée, par exemple, l'assistance d'un interprète (C. étrangers, art. L. 111-8). Mais il est aussi question de l'assistance d'un mineur étranger, non accompagné d'un représentant légal, par un administrateur *ad hoc* lors de son maintien en zone d'attente (C. étrangers, art. L. 221-5).

18. Il s'agit notamment des mesures « d'assistance et de secours » que le maire peut prendre (CGCT, art. L. 2213-23), ou de la mission d'« assistance d'ordre technique, juridique ou financier » dont l'agence départementale peut être investie envers les collectivités qui le demandent (CGCT, art. L. 5511-1) ou encore de l'« assistance aux personnes âgées, handicapées ou à celles qui ont besoin d'une aide personnelle à leur domicile » (CGCT, art. L. 3123-19).

19. Sans aucune volonté de faire preuve d'exhaustivité, la notion d'assistance se retrouve également dans le Code de la consommation (art. L. 331-10), le Code de la sécurité sociale (art. L. 341-4), le Code de l'action sociale et des familles (art. R. 344-32), le Code de la construction et de l'habitation (art. L. 321-1), le Code pénal (art. 223-6), le Code de procédure pénale (art. 709), etc.

ses parents au-delà des exigences de la piété filiale en est une illustration²⁰. Mais ce sont également les juges qui ont découvert l'existence d'une convention dite d'assistance bénévole, construite autour de l'obligation pour une personne assistée de réparer les dommages subis à cette occasion par celui qui lui porte spontanément assistance²¹ ou encore l'obligation d'assistance du franchiseur envers le franchisé comme suite naturelle des obligations convenues entre les parties au contrat de franchise et fondée, à ce titre, sur l'article 1194 du Code civil²². Au-delà de la jurisprudence interne, la Cour européenne des droits de l'homme recourt aussi à la notion d'assistance. La richesse de la jurisprudence relative à la question de l'assistance médicalisée au suicide en témoigne²³.

Enfin, la doctrine n'est pas en reste et œuvre également à l'emploi prolifique de la notion dans des domaines plus variés les uns que les autres. Par exemple, émerge depuis peu la question de l'assistance à la sexualité des personnes souffrant de handicap²⁴. Dans un tout autre registre, une partie de la doctrine contemporaine tend à promouvoir l'entraide entre cocontractants, de telle sorte qu'un phénomène d'assistance pourrait, selon certains, être détecté²⁵.

La vitalité de la notion d'assistance dans l'ensemble du discours²⁶ marque ainsi avec évidence l'attrait qu'elle exerce, et ce alors même que la connotation péjorative

-
20. L'arrêt fondateur ayant consacré ce droit à indemnisation a été rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 12 juillet 1994 et se fonde sur l'ancien article 1371 du Code civil, autrement dit sur l'enrichissement sans cause, pour déclarer que « le devoir moral d'un enfant envers ses parents n'exclut pas que l'enfant puisse obtenir indemnité pour l'aide et l'assistance apportées dans la mesure où, ayant excédé les exigences de la piété filiale, les prestations librement fournies avaient réalisé un appauvrissement pour l'enfant et un enrichissement corrélatif des parents ». Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 1994, n° 92-18.639, *Bull. civ. I*, n° 250; *Defrénois* 1995, art. 36100, p. 753, obs. DELEBECQUE P.; *RTD civ.* 1995, p. 373, obs. MESTRE J.
21. Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1959, n° 57-12.226, *Bull. civ. I*, n° 271; *JCP G* 1959, II, 11187, note ESMEIN P.; *D.* 1959, p. 524, note SAVATIER R.; *RTD civ.* 1959, p. 735, obs. MAZEAUD H. et L.; Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1996, n° 94-21.838, *Bull. civ. I*, n° 463; *Contrats, conc. consom.* 1997, comm. n° 78, obs. LEVENEUR L.; *RTD civ.* 1997, p. 431, obs. JOURDAIN P. La reconnaissance d'une convention implicite entre la personne assistée et celle qui l'a secourue a suscité en outre de nombreuses réflexions doctrinales. Voir notamment : SOINNE-BARRAT M.-F., *L'assistance bénévole portée à autrui*, thèse, Lille, 1970; BOUT R., « La convention dite d'assistance », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. I, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p. 157 et suiv.; CHEUNET J., *Les conventions d'assistance bénévole*, thèse, Nancy 2, 1998; SÉRIAUX A., « L'œuvre prétériorienne *in vivo* : l'exemple de la convention d'assistance », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 299 et suiv.
22. GRIMALDI C., MÉRESSE S. et ZAKHAROVA-RENAUD O., *Droit de la franchise*, Paris, Litec, 2011, nos 195 et suiv., p. 151 et suiv.; SERGENT F., « L'obligation d'assistance du franchiseur », *LPA* 2 nov. 2009, p. 5 et suiv.
23. CEDH, 29 avr. 2002, Req. n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*; *RTD civ.* 2002, p. 482 et 858, obs. HAUSER J. et MARGUÉNAUD J.-P.; *Defrénois* 2002, art. 37598, p. 1131, obs. MALAURIE P.; CEDH, 20 janv. 2011, Req. n° 31322/07, *Haas c/ Suisse*; *RTD civ.* 2011, p. 311, obs. MARGUÉNAUD J.-P.; CEDH, 19 juill. 2012, Req. n° 497/09, *Koch c/ Allemagne*; *RTD civ.* 2012, p. 700, obs. MARGUÉNAUD J.-P.
24. COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *Vie affective et sexuelle des personnes handicapées. Question de l'assistance sexuelle*, avis n° 118, 2012; GAMALEU-KAMENI C., « Peut-on légiférer à propos de l'assistance sexuelle en France ? », *Médecine et droit* 2013, p. 181 et suiv.
25. *Infra* p. 99 et suiv.
26. La notion d'assistance se retrouve également dans la Constitution du 4 octobre 1958 à travers l'emploi du verbe assister, sous les formes « être assisté par » (Const. 4 oct. 1948, art. 64, art. 71) ou « se faire assister par » (Const. 4 oct. 1958, art. 31).

qu'elle revêt parfois à travers les politiques sociales de lutte contre l'exclusion aurait pu produire l'effet inverse²⁷. Tel n'est pas le cas, loin s'en faut. Si l'assistance reçoit différentes appréciations sociologiques péjoratives, au point d'en faire un lieu commun des plus éculés – être assisté c'est être dépendant, c'est perdre son autonomie, c'est rentrer dans un rapport de sujétion –, l'occasion sera donnée de voir que le concept d'assistance permet, au contraire, une certaine valorisation de la personne dans ses rapports juridiques²⁸.

Cet aperçu interdisciplinaire témoigne, quoi qu'il en soit, de l'étendue des hypothèses d'assistance. Désignant tantôt une aide purement technique, tantôt un soutien d'ordre matériel ou simplement moral, ou encore parfois la seule présence d'une personne, l'assistance devient une notion commune permettant finalement de caractériser toutes les hypothèses dans lesquelles une aide, quelle qu'elle soit, est apportée à une personne rencontrant une difficulté, fût-elle des plus légères. Ainsi entendue, l'assistance apparaît comme un terme générique recouvrant des réalités aussi nombreuses que variées. De sorte que se dessinent d'ores et déjà le danger d'une telle approche de l'assistance et l'impasse à laquelle cela conduit.

Bien que légitime, la tentation est forte de découvrir une assistance à chaque fois que quelqu'un intervient pour aider une autre personne qui se trouve en difficulté. Deux raisons peuvent justifier une telle propension. Tout d'abord, cela s'explique certainement par « le mouvement d'emprunt constant entre le vocabulaire général et les vocabulaires techniques et les changements de sens qui en résultent ²⁹ ». L'emploi de l'assistance dans le langage juridique se trouve alors nécessairement influencé par le langage commun car « le Droit ne dispose pas [...] d'un stock

27. OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA PAUVRETÉ ET DE L'EXCLUSION SOCIALE, *Penser l'assistance. Rapport thématique*, Paris, La Documentation française, 2013. Si favoriser l'accès à l'emploi est indispensable, lutter contre la pauvreté l'est tout autant. C'est pourquoi, face au chômage, des prestations sont mises en place, à travers la création de ce qu'on appelle les *minima sociaux*, ce qui peut s'apparenter aux anciennes politiques d'assistance (BORGETTO M., *Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND D. et RIALS S. [dir.], Paris, PUF, 2003, p. 102). Mais il est régulièrement reproché aux dispositifs d'insertion de poursuivre des objectifs inconciliables. Soit on veut éradiquer la pauvreté et on renforce les *minima sociaux* afin de garantir la dignité des personnes et un niveau de vie correct. Soit on veut privilégier le retour à l'emploi et on multiplie les incitations. Dans le premier cas, le risque est d'enfermer les bénéficiaires des aides dans des statuts d'exclus et de ne pas valoriser le travail, ce qui est critiqué car il semble aberrant qu'une personne inactive soit tentée de le rester notamment en raison de la perte des revenus d'assistance connexe à l'obtention d'un emploi (« La France assistée : les scandales du "modèle français". Les profiteurs d'allocations. Comment sortir du piège », *Le Point*, 12 avr. 2007). On évoque à cet égard la « trappe à inactivité ». Cette expression désigne les incitations éventuelles qui encourageraient une personne à demeurer inactive (cas des allocataires de *minima sociaux* ou des dispensés de recherche d'emploi), ou à ne pas accepter de reprendre un emploi alors qu'elle est au chômage, en raison de la perte des avantages sociaux auxquels elle devrait alors renoncer. C'est le problème des effets de seuils, conduisant à de nombreuses critiques de l'État-providence. La politique d'assistance est alors régulièrement taxée de perversion, au point de finir par être dénommée « assistanat ». Depuis quelques années, le terme « assistanat » désigne péjorativement, dans le jargon politique, un système de redistribution des richesses ou de solidarité, dont les effets pervers ruinent la fonction. Et c'est la raison pour laquelle l'assistance montre un visage négatif car elle « est toujours suspectée de corrompre et d'avilir » (DESTREMAU B. et MESSU M., « Le droit à l'assistance sociale à l'épreuve du local », *Revue française de science politique*, 2008/5, vol. 58, p. 713 et suiv.).

28. *Infra* p. 132.

29. GUILBERT L., « La spécificité du terme scientifique et technique », *Langue française* 1973, p. 5 et suiv.

complet de concepts exactement déterminés, et très souvent il utilise des concepts, empruntés à l'usage courant qu'il s'abstient de définir³⁰ ». C'est précisément le cas de l'assistance, cette notion n'ayant jamais fait l'objet d'une définition légale³¹. Aussi, et même si « tous les mots sont magnifiques puisqu'ils contribuent à constituer la parole humaine³² », la polysémie de l'assistance est inévitable, avec tous les avantages et les inconvénients qu'elle peut avoir³³.

Surtout, la notion d'assistance étant fortement teintée d'une coloration morale, elle en vient à n'être parfois appréhendée qu'à travers cette dimension. Il est certain que le devoir moral d'assister son prochain peut se traduire sur le plan juridique par les sanctions qu'il reçoit³⁴. Toutes les obligations alimentaires consacrées entre les membres d'une même famille³⁵ sont ainsi classiquement perçues comme une manifestation d'assistance. De même en est-il de la consécration de l'infraction pénale de non-assistance à personne en péril³⁶. Néanmoins, si toutes les fois qu'une aide est apportée à une personne en difficulté il faut considérer que c'est un phénomène d'assistance, procéder à son recensement s'apparente alors à un véritable tonneau des Danaïdes. Pour ne citer que quelques exemples, le soutien financier apporté par la caution à un débiteur serait le résultat d'un devoir de conscience et constituerait ainsi une manifestation d'assistance. De même, l'accompagnement médical des personnes en fin de vie traduirait une assistance à travers le soutien moral apporté à leur égard. Plus généralement, tous les mécanismes protecteurs mis en œuvre depuis plusieurs décennies en faveur de la partie faible au contrat³⁷

30. HUSSON L., « Les apories de la logique juridique », *Annales de la faculté de droit et des sciences sociales de Toulouse*, t. XI, 1967, p. 30 et suiv., spéc. p. 56.

31. Alors que les législations de type anglo-saxon usent systématiquement de définitions générales, le droit français est quant à lui moins enclin à y recourir, peut-être parce que les définitions ont l'inconvénient « de figer des concepts évolutifs et de finir par les dénaturer » (BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 110). *Contra* : sur l'intérêt de poser des définitions : CORNU G., « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77 et suiv., pour qui, au contraire, elles ont le mérite « d'éliminer l'équivoque et d'introduire clarté et précision dans l'application d'une règle ou d'un corps de règles » ; DANIS-FATÔME A., « La définition légale », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 275 et suiv.

32. MARTINEAU F. et VEY A., « Mot – Le fin mot de l'été », *JCP G* 2011, 840.

33. La polysémie juridique est un phénomène bien connu et son importance, au sein du *Vocabulaire juridique*, est même capitale selon le doyen Cornu (CORNU G., *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 3^e éd., 2005, p. 68 et suiv.). S'il souligne qu'« une façon d'éliminer la polysémie pourrait être de rejeter les termes du vocabulaire courant dans la désignation des notions juridiques, afin de ne désigner celles-ci que par des termes spéciaux d'appartenance exclusive, propres au vocabulaire juridique » (*ibid.*, p. 85) – c'est ce que suggère notamment Becquart (BECQUART J., *Les mots à sens multiples dans le Droit civil français*, Paris, PUF, 1928, p. 156) –, il précise qu'en dépit d'une intention excellente, « le rêve est utopique parce que la spécialisation ne peut passer par l'élimination des termes courants dans la désignation des notions de droit » (*ibid.*).

34. Selon Ripert, « il s'en faut de beaucoup que tous les préceptes de la morale chrétienne aient pu réussir à devenir des règles de droit [...]. Il en est qui n'y sont pas arrivés encore, tel celui de l'assistance fraternelle » (RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1949, p. 29).

35. C. civ., art. 205 et art. 206.

36. C. pén., art. 223-6.

37. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, organisées par le Centre de droit des obligations de l'université de Paris I et le Centre de droit des obligations de l'université catholique de Louvain, LGDJ, coll. « Bibl. droit privé », t. 261, 1996 ; BOURRIER C., *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant/Academia, vol. 12, 2003.

– obligation d'information, délai de rétractation, etc. – ou encore les différents dispositifs issus de la réforme de la protection des majeurs³⁸ – qu'il s'agisse des mesures juridiques classiques type tutelle, curatelle, sauvegarde de justice, ou des nouvelles mesures sociales, telle que la mesure d'accompagnement social personnalisé –, seraient le témoignage d'une manifestation d'assistance. Le nombre d'hypothèses susceptibles de caractériser une assistance peut alors, il faut l'admettre, devenir vertigineux.

Le choix de dresser un état des lieux en procédant à un inventaire de l'ensemble des hypothèses dans lesquelles est utilisée la notion d'assistance ou le verbe assister aurait pu être retenu. Recenser les différents cas dans lesquels une assistance peut être déployée en s'attachant à les regrouper grâce à certains critères constitue assurément un travail permettant de visualiser l'état du droit positif. Toutefois, cette méthode présente d'emblée un double écueil. D'une part, en raison de la facilité d'usage de la notion ou de son champ lexical, elle risque de conduire à analyser des phénomènes ne correspondant pas nécessairement à une assistance. Est-ce que toutes les fois qu'une personne est assistée de ou par quelqu'un (un conseil, un technicien, etc.), il doit s'agir d'un phénomène d'assistance? Rien n'est moins sûr. D'autre part, une telle approche peut, à l'inverse, aboutir à l'éviction de notre champ d'étude de certaines hypothèses qui, quoique non affublées du vocable de l'assistance, mériteraient pourtant peut-être d'y être rattachées.

Par conséquent, si le dénominateur commun se situe bien dans l'aide offerte à autrui, toute aide mérite-t-elle pour autant d'être qualifiée d'assistance? Désignant toute forme d'aide, la notion d'assistance, certes séduisante, risque, par cet usage imprécis et parfois galvaudé, de se retrouver noyée dans l'effusion de son utilisation et de basculer ainsi vers la catégorie des notions quelque peu « fourre-tout », ce qui compromet nécessairement son étude. Comment raisonnablement reconnaître une cohérence, et donc des règles communes, à cet ensemble épars? À l'instar de M. Beaugendre, nous croyons que si « le concept d'assistance, que l'on peut définir comme toute forme d'aide à autrui, constitue une de ces formes primaires, ajuridiques, puis embrassées par le droit³⁹ », il faut admettre que « les formes d'assistance sont si diverses qu'elles commandent bien souvent l'édiction de règles spécifiques à chacune d'elles⁴⁰ ». Cette pierre d'achoppement justifie sans doute, d'ailleurs, l'absence d'étude générale consacrée à l'assistance en tant que concept juridique.

38. Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. FOSSIER T., « La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », *JCP G* 2007, I, 118; LEROYER A.-M., « Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RTD civ.* 2007, p. 394 et suiv.; MALAURIE P., « La réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois* 2007, art. 38569, p. 557 et suiv. et *LPA* 28 mars 2007, p. 5 et suiv.; BORGETTO M., « La réforme des tutelles », *RDSS* 2008, p. 807 et suiv.

39. BEAUGENDRE S., *Contrat d'assistance et activités d'assurance*, Paris, LGDJ, coll. « Bibl. droit privé », t. 338, 2000, p. 3.

40. *Ibid.*, p. 2.

La littérature juridique est, en effet, plus que discrète. Si deux auteurs ont proposé, dans la première moitié du ^{xx}e siècle, une étude de l'assistance⁴¹, dans les deux cas, l'objet de leur recherche a été de démontrer comment l'assistance, en tant que devoir moral, est appréhendée par le droit pour inspirer l'élaboration de règles juridiques. Aussi se sont-ils attachés à étudier, par exemple, les manifestations de l'assistance au sein de la famille, à travers les obligations alimentaires, ou encore les hypothèses d'assistance spontanée telles que l'entraide agricole. De même ont-ils envisagé comment le devoir moral d'assister son prochain pouvait être sanctionné, notamment par le biais de l'omission de porter secours à une personne en péril. Plusieurs aspects ont ainsi été abordés, mais sans qu'aucun de ces auteurs n'ait jamais pris le soin de définir la notion d'assistance pour tenter d'en proposer une théorie générale. Quant aux autres travaux, leurs auteurs ont choisi de ne traiter qu'un aspect spécifique. Ainsi, des écrits ont été dédiés au devoir d'assistance entre époux⁴², à l'assistance éducative⁴³ ou encore à l'assistance en matière processuelle⁴⁴, en matière d'assurance⁴⁵, en passant par l'assistance maritime⁴⁶. Mais là encore, si ces écrits s'adonnent, de près ou de loin, à quelques présentations d'ordre général sur l'assistance, les propos demeurent nécessairement très sommaires.

Cette absence d'étude d'ensemble, aussi intrigante soit-elle, est en réalité surtout révélatrice de l'inanité d'une telle entreprise car l'assistance, entendue si largement, ne peut correspondre à un concept juridique. Par conséquent, cette notion, de par son empreinte éminemment morale, peine nécessairement à s'affirmer comme une notion juridique. Elle devient un terme générique, peu marqué techniquement. C'est pourquoi la présente étude n'ambitionne nullement une analyse globale des hypothèses d'assistance. Son objet se doit d'être plus modeste.

Une autre voie a ainsi été retenue, consistant, et non sans risque, à partir d'hypothèses pour lesquelles on pressent qu'aucune figure juridique préexistante ne peut convenir et qui, par conséquent, méritent d'être saisies. À travers la myriade d'hypothèses, certaines piquent en effet davantage notre curiosité en raison de la singularité qu'elles semblent révéler à l'occasion de l'élaboration d'un acte juridique. C'est ainsi que les règles relatives à la protection juridique des majeurs prévoient parfois que le majeur protégé soit assisté de son protecteur pour pouvoir passer certains

41. CAMPION L., *La notion d'assistance en droit privé, étude de doctrine, de jurisprudence et de législation comparée*, Bruxelles, Bruylant, 1927; ASTRUC L., *De la reconnaissance juridique du devoir d'assistance*, Montpellier, Impr. Bosc frères & Riou, 1929.

42. PHILIPPE C., *Le devoir de secours et d'assistance entre époux : essai sur l'entraide conjugale*, Paris, LGDJ, coll. « Bibl. droit privé », t. 170, 1981.

43. CAVALIÉ M., *Essai sur la procédure d'assistance éducative*, thèse, Toulouse I, 2007.

44. LEGRAND V., *Le droit à l'assistance d'un défendeur dans le procès pénal*, thèse, Pau, 2005; CRESPEL J., *Assistance judiciaire en droit comparé et perspectives de réformes en droit français. Contribution à l'étude de l'assistance judiciaire*, thèse, Rennes, 1957; ROUX P., *Étude sur l'assistance judiciaire en matière civile*, thèse, Aix-Marseille, 1903.

45. PARIENTÉ I., *Assistance et assurance*, thèse, Paris 5, 1990; PIGANEAU-DESMAISONS B., *L'assistance aux personnes en difficulté*, Paris, PUF, 1993; BEAUGENDRE S., *op. cit.*

46. REBORA J.-F., *La convention de 1989 sur l'assistance maritime*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003; MONTAS A., *Le quasi-contrat d'assistance. Essai sur le droit maritime comme source du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Bibl. droit privé », t. 482, 2007.

actes de la vie civile. Ce régime d'assistance constitue la règle dans la mesure de curatelle⁴⁷, mais il peut aussi – nous aurons l'occasion de le préciser – être sollicité dans le cadre de la tutelle⁴⁸. De même, le droit des entreprises en difficulté organise le fonctionnement de l'entreprise confrontée à des difficultés telles que son avenir est menacé. Parmi les dispositifs, l'intervention d'un administrateur judiciaire constitue une aide précieuse pour le chef d'entreprise dans la gestion de cette dernière, et il est notamment prévu que cet administrateur peut avoir une mission d'assistance lors de l'établissement de certains actes⁴⁹. En outre, depuis une loi du 4 mars 2002⁵⁰, la possibilité est offerte au patient d'être assisté d'une personne de confiance, durant un entretien médical, afin de l'aider dans ses décisions⁵¹. Dans un autre domaine, le droit du travail permet également une assistance du salarié qui souhaite conclure une rupture conventionnelle de son contrat de travail avec son employeur⁵². Ce faisant, à plusieurs reprises, le législateur prévoit l'assistance d'une personne alors que celle-ci souhaite passer un acte juridique. Ce phénomène ne peut être nié. Mais quelles en sont la signification et les conséquences juridiques ?

Plusieurs précisions terminologiques s'imposent au préalable afin d'identifier le champ de la présente recherche et d'éviter d'éventuelles méprises⁵³. Tout d'abord, le terme assistance renvoie au fait de venir en aide à quelqu'un. Aussi convient-il de mettre l'accent sur l'aspect humain qu'arbore cette notion : l'assistance d'une personne à une autre. Étymologie de la notion est, à cet égard, riche d'enseignements. Issue du latin *assistentia* signifiant aide, l'assistance a toujours traduit à la fois l'action d'assister quelqu'un et le fait d'assister à quelque chose. La décomposition du verbe « assister » est d'ailleurs elle aussi très éclairante. Du latin *assistere*, dérivé de *adsistere*, « assister » signifie littéralement se placer auprès de⁵⁴. C'est même le tout premier sens attribué à ce verbe d'un point de vue historique⁵⁵. L'assistance sera donc perçue, pour ce travail, comme la manifestation de l'aide d'une personne, que nous appellerons l'assistant, apportée à une autre personne, dénommée l'assisté, lorsque celle-ci en a besoin pour établir un acte juridique.

47. C. civ., art. 440 et art. 467. *Infra* p. 42.

48. C. civ., art. 473, al. 2. *Infra* p. 43.

49. C. com., art. L. 811-1. *Infra* p. 51.

50. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

51. C. santé publ., art. L. 1111-6. *Infra* p. 62.

52. C. trav., art. L. 1237-12. *Infra* p. 64.

53. Car « identifier quelque chose, c'est pouvoir faire connaître à autrui, au sein d'une gamme de choses particulières du même type, celle dont nous avons l'intention de parler » (RICEUR P., *Soi-même comme un autre*, Paris, Éditions du Seuil, 1990, p. 39. En italique dans le texte).

54. La préposition latine *ad* exprime l'adverbe « près de », la racine *sistere* constitue une forme redoublée de *stare* signifiant « être debout » (*Dictionnaire historique de la langue française*, t. I, REY A. [dir.], Paris, Le Robert, 1992, p. 130; HATZFELD A. et DARMESTETER A., *Dictionnaire général de la langue française du commencement du XVII^e jusqu'à nos jours*, vol. 1, Paris, Delagrave, 1964, p. 150).

55. Dès le début du XIV^e siècle, ce verbe apparaît sous sa forme intransitive pour traduire l'idée de la présence d'une personne auprès de quelqu'un. Ce n'est que vers la moitié du XV^e siècle qu'assister s'emploie dans sa forme transitive et signifie fournir aide et protection à quelqu'un (*Trésor de la langue française*, t. III, *Dictionnaire de la langue du XIX^e au XX^e*, IMBS P. [dir.], Paris, Éditions du CNRS, 1974, p. 709; *Dictionnaire historique de la langue française*, *op. cit.*; BAUMGARTNER E. et MÉNARD P., *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Paris, Librairie générale française, 1996, p. 52).

Car c'est bien à l'occasion d'un acte juridique que nous nous intéressons au phénomène d'assistance⁵⁶. Le concept d'acte juridique, entendu par la doctrine privatiste comme manifestation de volonté en vue de produire des effets juridiques, s'oppose classiquement au fait juridique dont les conséquences n'ont pas, au contraire, été recherchées par l'agent. Le contrat constitue l'acte juridique par excellence et les règles qui sont les siennes occupent, à ce titre, la grande majorité des manuels⁵⁷. Certes, la plupart des hypothèses d'assistance concerneront un acte juridique de nature contractuelle. Pour autant, nous n'avons pas souhaité restreindre l'étude au seul contrat. Même si elle suscite davantage de réserves, l'assistance peut aussi intervenir à l'occasion d'un acte juridique unilatéral. L'assistance permet de venir en aide à une personne qui souhaite exprimer sa volonté, qu'importe alors que cette manifestation de volonté ait pour but la conclusion d'un contrat ou la formation d'un acte juridique unilatéral. En revanche, s'il s'agit d'une manifestation de volonté de la part de l'assisté, la volonté doit être entendue dans son acception juridique la plus stricte comme étant « le fait de vouloir, l'acte de volition constitutif du consentement nécessaire à la formation de l'acte juridique⁵⁸ ». Autrement dit, le phénomène d'assistance n'est analysé dans cette recherche qu'à l'aune d'une volonté dite « décisionnelle » ou encore « décisive » de l'assisté, par opposition à une volonté qualifiée de « consultative »⁵⁹.

De fait, un examen complet du droit positif conduit à mettre en lumière des cas dans lesquels le législateur envisage l'assistance d'une personne dans le cadre général d'un acte juridique, sans que celui qui en bénéficie ne soit pour autant l'auteur de cet acte. Certes, la possibilité lui est offerte d'exprimer sa volonté. Néanmoins, il ne va faire que subir, *in fine*, une décision prise par un autre. Il peut s'agir d'un quelconque justiciable qui, face à la décision du juge, peut solliciter l'assistance d'un avocat⁶⁰. Dans un autre contexte, c'est également le cas du salarié menacé de licenciement. La procédure instaurée par le droit du travail prévoit ainsi que tout licenciement individuel implique une convocation à un entretien préalable, au cours duquel « le

56. Il est certain que l'assistance d'une personne à un acte matériel aurait pu être envisagée. Mais une approche aussi extensive aurait conduit, nous l'avons souligné, à une impasse.

57. Par ex : FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX É., *Droit civil. Les obligations*, t. I : *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 16^e éd., 2014, dont la partie consacrée aux actes juridiques est divisée en deux titres : le premier est relatif au contrat et représente quasiment quatre-cents pages, là où celui ayant trait aux autres actes juridiques ne leur réserve qu'une vingtaine de pages.

58. CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique CAPITANT*, *op. cit.*, p. 1082.

59. Cette opposition entre volonté décisive et volonté consultative est notamment reprise d'un auteur : TALARICO L., *La personne du majeur protégé*, thèse, Lyon 3, 2008, qui souligne que, tout en participant à la décision le concernant, le majeur protégé exprime une volonté n'ayant pas toujours la même valeur. Tantôt il exprime une volonté consultative. Cela concerne les cas où la parole du majeur protégé n'a qu'une valeur d'avis. Élément du processus décisionnel, « elle ne suffit pas à valider l'acte, [et] son obtention ne paraît pas toujours impérieuse » (*ibid.*, p. 53). La volonté est alors indicative en ce sens que la décision finale ne revient pas au majeur protégé. Tantôt, au contraire, ce dernier exprime une volonté décisive, c'est-à-dire déterminante et sans laquelle l'acte ne peut être passé (*ibid.*, p. 94).

60. Des actes de procédure sont établis, à commencer par l'acte introductif d'instance du requérant. Cependant, s'inscrivant dans un processus contentieux plus général conduisant à la décision d'un juge, l'assistance en justice ne sera pas retenue dans nos propos.

salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. Lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié peut se faire assister soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, soit par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative⁶¹ ». Si ce dispositif a inspiré, nous le verrons, la réglementation édictée en matière de rupture conventionnelle⁶², il faut avoir conscience que les enjeux ne sont pas rigoureusement identiques. Alors que dans le cadre d'une telle rupture le salarié est partie à l'acte conventionnel, il ne fait que subir, en cas de licenciement, les conséquences d'un acte dont il n'est pas à l'origine.

Un tel phénomène se manifeste à bien d'autres égards⁶³ et il est certain que ces hypothèses auraient également pu être traitées. L'intérêt nous a toutefois paru moindre au regard des enjeux. S'affichant comme un instrument au service de la progression du contradictoire hors du champ judiciaire, l'assistance peut certes avoir une influence sur la volonté manifestée par la personne, mais la volonté ainsi exprimée n'a qu'un rôle accessoire dans le processus de formation de l'acte juridique. Elle n'est que participative et non pas décisive. Les interrogations suscitées et les conséquences susceptibles de se produire apparaissent donc nécessairement distinctes. Aussi l'assisté est-il dans notre travail envisagé comme l'auteur de l'acte juridique.

Une ultime précision mérite d'être faite pour aiguiller le lecteur car il s'agit d'étudier le phénomène d'assistance lors de l'élaboration d'un acte juridique par l'assisté. L'élaboration renvoie à la phase de préparation de l'acte juridique. Elle doit toutefois être entendue largement pour s'étendre jusqu'à son aboutissement matérialisé par la conclusion même dudit acte. Autrement dit, ces propos excluent la phase d'exécution de l'acte juridique pour se limiter à celle de sa formation. Si le choix terminologique s'est porté vers le terme élaboration et non celui de formation de l'acte, c'est dans le but de mettre l'accent sur le fait que l'assistance s'inscrit dans une démarche continue. Le verbe élaborer, emprunté au latin *elaborare*, se traduit en effet comme le fait de « travailler avec soin, perfectionner⁶⁴ ». Il s'emploie au sens de « préparer par un lent travail de l'esprit⁶⁵ ». L'élaboration renvoie donc à un

61. C. trav., art. L. 1232-4.

62. *Infra* p. 64.

63. Pour des raisons variées, une personne peut être amenée à se rendre devant des organes administratifs pour invoquer et défendre ses droits. Impliquée dans une procédure extrajudiciaire, elle sera très souvent entendue tout en se voyant offrir la possibilité d'être assistée. C'est le cas d'un débiteur en situation de surendettement. Confronté à une faillite personnelle plus ou moins importante, il peut saisir, s'il le juge opportun, une instance administrative appelée commission de surendettement des particuliers. Lorsque celle-ci procède à l'audition du débiteur, ce dernier peut être assisté de toute personne de son choix (C. conso., art. L. 331-10). Une disposition analogue existe quant à l'audition d'un étranger devant la commission du titre de séjour (C. étrangers, art. L. 312-2). Il en va de même avec l'assistance d'un mineur étranger en zone d'attente par un administrateur *ad hoc* (C. étrangers, art. L. 221-5) ou encore avec celle d'un mineur entendu dans une procédure le concernant (C. civ., art. 388-1).

64. BAUMGARTNER E. et MÉNARD P., *op. cit.*, p. 271.

65. *Dictionnaire historique de la langue française*, t. I, REY A. (dir.), *op. cit.*, p. 668.

travail de l'esprit, raison pour laquelle ces développements ne s'intéresseront qu'au processus aboutissant à la souscription de l'acte juridique⁶⁶.

Mais pourquoi le législateur organise-t-il parfois l'assistance d'une personne à l'occasion de l'élaboration d'un acte juridique ? La réponse est sans surprise, au risque même de se montrer décevante : l'intention du législateur se situe dans la volonté de protéger une personne qui, parce qu'elle rencontre une difficulté susceptible de la rendre vulnérable et parce que cette vulnérabilité peut se ressentir sur la volonté exprimée lors de la formation d'un acte juridique⁶⁷, mérite donc que le droit lui témoigne son aide. C'est ainsi que le majeur placé sous une mesure de protection juridique, telle la curatelle, est protégé en raison d'une altération de ses facultés personnelles de nature à compromettre la défense de ses intérêts. De même, les difficultés financières rencontrées par une entreprise justifient l'ouverture d'une procédure à son encontre afin que tout soit tenté pour la protéger et éviter sa perte. De surcroît, l'assistance offerte au patient dans le cadre médical à travers l'institution de la personne de confiance obéit à la même logique. Il s'agit d'apporter une aide à une personne qui, de par son état de santé, apparaît plus fragile. L'assistance du salarié qui souhaite conclure une rupture conventionnelle avec son employeur procède du même esprit.

La protection des personnes plus fragiles est donc inhérente à notre société et se situe, par conséquent, au cœur des problématiques juridiques. Lorsqu'une personne rencontre une difficulté, le droit s'efforce de lui venir en aide et déploie à son égard divers mécanismes protecteurs parmi lesquels figure l'assistance d'autrui. Ainsi, plutôt que d'être seule lors de l'élaboration d'un acte juridique, une personne peut, voire, dans certains cas, doit être assistée d'une autre personne qui sera chargée de la protéger. L'assistance est alors une notion consubstantielle à l'idée de protection. Elle s'oppose à l'idée d'abandon, de délaissement d'une personne éprouvant une difficulté.

Mais si l'intention protectrice du législateur est parfaitement louable, reste à savoir pourquoi il opte pour l'assistance plutôt que pour une autre voie ? Pourquoi, par exemple, ne prévoit-il pas systématiquement que la personne en difficulté soit représentée ? Quel peut être l'intérêt de faire appel à la technique de l'assistance d'une personne à l'occasion de la formation d'un acte juridique ? Pour le

66. Il faut souligner que même si, dans certains cas, l'assistance intervient auprès d'une personne déjà liée contractuellement à une autre, il ne s'agit pas pour autant d'étudier ce phénomène par rapport à l'exécution de cet acte juridique. Par exemple, alors que le salarié est lié contractuellement à son employeur par un contrat de travail, l'assistance dont il bénéficie a vocation à jouer un rôle non pas dans l'exécution de ce contrat, mais en vue de la conclusion d'un autre acte juridique qu'est la convention de rupture de ce contrat. L'assistance se manifeste donc dans la formation d'un autre acte juridique, qu'il importe qu'il s'agisse des mêmes parties à l'acte, comme c'est le cas pour le salarié et l'employeur, ou qu'il s'agisse d'autres protagonistes. Ainsi, lorsque la personne de confiance assiste le patient pour l'aider dans ses décisions, le patient est certes lié par un contrat médical avec le médecin qu'il rencontre, mais la décision qu'il doit prendre peut aussi l'amener à conclure un nouveau contrat médical avec ce même médecin ou avec un autre professionnel de santé.

67. Pour reprendre l'expression d'un auteur, « la vulnérabilité est une faiblesse mise en situation » (DUTHEIL-WAROLIN L., *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse, Limoges, 2004, p. 181).

comprendre, il faut nécessairement partir d'un constat général établi à propos de l'évolution de la protection des personnes. Car si « la protection des faibles est assurément une des préoccupations les plus constantes du législateur contemporain⁶⁸ », Josserand relève, dès 1936, que « les faibles que protège le droit contemporain ne sont pas toujours ceux que l'on protégeait autrefois⁶⁹ ». Alors que certains faibles ne sont plus protégés ou moins qu'autrefois, d'autres, à l'inverse, appellent désormais une protection. S'agissant des premiers, l'exemple le plus illustre est certainement celui de l'évolution du statut juridique de la femme. Josserand souligne ainsi que la femme, « incapable dans les sociétés peu évoluées [...] est devenue, de nos jours, presque complètement et universellement capable⁷⁰ », et l'on sait, aujourd'hui, la suite qu'a connue ce mouvement libérateur. Surtout, un même traitement, quoique moins abouti, a également été appliqué au mineur à qui, nous aurons l'occasion de l'évoquer, le législateur offre de plus en plus de liberté d'action. Moins protégé, le mineur non émancipé jouit ainsi de sphères de capacité sans cesse plus importantes⁷¹.

Face à ces faibles qui ne le sont plus, ou en tout cas bien moins, Josserand montre l'émergence d'une autre catégorie de faibles. Ces faibles « d'un nouveau genre » ou « *up to date*⁷² », pour reprendre ses expressions, ont tous en commun le fait que leur faiblesse n'est pas inhérente à leur être même, mais est fonction d'une situation déterminée. Ils éprouvent cette faiblesse ès qualités. Josserand s'appuie à l'époque sur l'exemple du travailleur, de l'industriel, du commerçant ou des clients de grande compagnie. Pourraient aujourd'hui notamment s'y ajouter le consommateur, le patient, l'assuré ou encore le locataire⁷³. Tantôt adoucie, tantôt renforcée, la protection des plus faibles est donc évolutive car elle obéit à des considérations générales de morale et de politique⁷⁴. Ce double mouvement ne fait en vérité que traduire des préoccupations constantes mais ambivalentes de notre société contemporaine, auxquelles l'assistance semble pouvoir apporter une réponse.

Il y a en effet un équilibre à trouver impérativement entre la nécessité de protéger les personnes les plus fragiles et la volonté de leur laisser une certaine autonomie. D'un côté, le législateur est parfois enclin au paternalisme politique, de l'autre, l'influence du libéralisme se fait nettement sentir.

Défini comme « une interférence avec la liberté d'action d'une personne justifiée par des raisons qui renvoient exclusivement au bien-être, au bien, au bonheur, aux besoins, aux intérêts ou aux valeurs de la personne ainsi contrainte⁷⁵ », le

68. JOSSERAND L., « La protection des faibles par le droit », in *Évolutions et actualités : conférences de droit civil*, Paris, Sirey, 1936, p. 159 et suiv., spéc. p. 159.

69. *Ibid.*, p. 161.

70. *Ibid.*, p. 163.

71. *Infra* p. 47 et suiv.

72. JOSSERAND L., « La protection des faibles par le droit », art. cité, p. 167.

73. Cette taxinomie établie par Josserand renvoie à la distinction souvent faite entre vulnérabilité intrinsèque et vulnérabilité extrinsèque de la personne.

74. Solidarité et fraternité sont ainsi des notions inhérentes à la construction d'une société démocratique. Mais si elles constituent des valeurs pérennes, la protection qu'elles engendrent n'est pas constante. Elle évolue.

75. DWORKIN G., « Paternalism », in SARTORIUS R. (dir.), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, p. 20.

paternalisme conduit à légitimer les mesures prises afin « que chaque citoyen vive une “bonne vie”⁷⁶ », même s’il « implique un jugement négatif sur la capacité des citoyens à prendre les bonnes décisions de manière à promouvoir leur bien⁷⁷ ». À rebours des comportements paternalistes, la doctrine libérale laisse à la responsabilité de chacun le soin de rechercher la façon idéale de vivre et invite à respecter l’évaluation que chacun fait de sa propre situation ainsi que ses choix⁷⁸. Partant de cette définition, une législation sera qualifiée de libérale dès lors qu’elle vise à reconnaître à une personne une liberté totale d’agir car le libéralisme classique considère l’individu comme le meilleur juge de son bien-être, et « chercher à faire le bien d’un individu contre son gré est le premier pas vers la tyrannie et vers l’inefficacité⁷⁹ ».

Dépasant ce conflit de valeurs antagonistes, un mouvement intermédiaire, appelé le paternalisme « libéral » ou « doux », se dessine. Des auteurs proposent ainsi l’émergence d’un paternalisme plus modéré, compatible avec la liberté. Cass Sunstein et Richard Thaler, respectivement juriste et économiste, définissent notamment « une position normative originale montrant que le paternalisme n’est pas nécessairement opposé au respect des libertés. Mieux, il peut [même] constituer le garant le plus fort de comportements authentiquement libres⁸⁰ ». S’appuyant sur les enseignements de l’économie comportementale et sur les travaux menés en théorie de la décision, ces auteurs partent du principe que les individus ont une rationalité limitée et agissent le plus souvent de manière peu cohérente. Ils prônent alors une méthode incitative « pour inspirer la bonne décision », laquelle a pour principal outil un mélange d’obligation minimale et de liberté de choix, incarnant ce qu’ils appellent un *nudge*, autrement dit un « coup de pouce⁸¹ ». Ils entendent ainsi montrer qu’il est possible, et justifié, « de chercher à orienter les choix des individus au mieux de leurs intérêts sans violer leurs droits individuels⁸² », et que les *nudges* peuvent être des « remèdes tout trouvés à la faiblesse de la volonté⁸³ » des personnes susceptibles de se tromper dans la recherche de leur propre bien-être.

Le recours à la technique de l’assistance d’une personne à l’occasion de l’élaboration d’un acte juridique semble parfaitement s’inscrire au cœur de cette recherche d’équilibre. Tel le visage de Janus, l’assistance montre deux aspects. D’un côté, elle vise à assurer, de manière plus ou moins contraignante, une protection à la personne

76. MAGNI-BERTON R., « Care, paternalisme et vertu dans une perspective libérale », *Raisons politiques*, n° 44, 2011/4, p. 139 et suiv., spéc. p. 139.

77. *Ibid.*

78. Dans son essai *De la liberté*, Mill déclare ainsi qu’« il n’y a aucune raison légitime de contraindre un individu pour son propre bien [...] [car] il n’appartient pas à l’État de faire usage de son pouvoir coercitif pour empêcher une personne de se nuire à elle-même ni pour l’obliger à faire ce qui est dans son propre intérêt » (MILL J.-M., *De la liberté*, traduit par Fabrice Pataut, Paris, Presses Pocket, 1990 [1859], p. 39). Seule la volonté d’empêcher que du mal ne soit fait à autrui constitue une raison légitime, ce que Mill dénomme le principe de non-nuisance (*harm principle*).

79. FEREY S., « Paternalisme libéral et pluralité du moi », *Revue économique*, vol. 62, 2011/4, p. 737 et suiv., spéc. p. 738.

80. *Ibid.*

81. THALER R. et SUNSTEIN C., *Nudge, la méthode douce pour inspirer la bonne décision*, Paris, Vuibert, 2010. Le terme *nudge* se traduit littéralement comme un « coup de coude ».

82. FEREY S., « Paternalisme libéral et pluralité du moi », art. cité, p. 738.

83. FRENKIEL E., « Nudge, Richard H. Thaler et Cass R. Sunstein », *Sciences humaines*, n° 255, 2014/1, p. 31.

qui s'apprête à passer un acte juridique. Ainsi lorsque le législateur met en place une assistance au profit d'une personne, il reconnaît implicitement une altération de sa pleine autonomie décisionnelle. En cela, le phénomène d'assistance, inscrit dans un esprit protecteur, se montre paternaliste. De l'autre côté, l'assistance tend également à promouvoir l'autonomie de la personne assistée, concept central de la pensée libérale. Contrairement à la représentation, l'assistance se refuse à substituer une personne à une autre⁸⁴. Ainsi, préférant laisser la personne agir, autant que possible, par elle-même en plaçant simplement à ses côtés une personne chargée d'« agir avec » elle, l'assistance impulse l'autonomie de la personne. Cette préoccupation contribue alors à expliquer le choix opéré entre un mécanisme de représentation ou un système d'assistance.

Sous des allures à la fois paternaliste et libérale, l'assistance s'apparente à un véritable « coup de pouce » donné à une personne en difficulté pour exprimer sa volonté lors de l'élaboration d'un acte juridique. Pour la personne assistée, c'est une sorte de clef d'accès à la vie juridique permettant de concilier ce tiraillement permanent entre la recherche d'autonomie et celle de protection. L'assistance est une voie intermédiaire offerte à une personne lors de l'élaboration d'un acte juridique et cette idée constitue le trait d'union entre les différentes manifestations d'assistance. La mission d'assistance de l'administrateur judiciaire est ainsi présentée comme la « mission intermédiaire entre la surveillance et la gestion directe dont [il] peut être investi [...] à l'effet de seconder le débiteur dans l'accomplissement de tout ou partie des actes de gestion de l'entreprise⁸⁵ ».

L'histoire montre du reste que l'assistance n'est pas un phénomène nouveau. Elle est un moyen technique de protection utilisé de longue date au bénéfice de deux catégories de personnes : les prodiges et faibles d'esprit d'une part, les mineurs émancipés d'autre part⁸⁶. S'agissant des premiers, la Loi des douze tables désigne en effet deux catégories de personnes nécessitant une protection : les fous, appelés *furiosus*, et les prodiges, autrement dit les personnes qui se livrent, de manière habituelle, à des dépenses inconsidérées mettant ainsi en péril le patrimoine de la famille. Le fou étant naturellement incapable du fait de son état, les romains ne distinguent pas le fou furieux du faible d'esprit. Un « curateur », nommé par décision de justice, est chargé de prendre soin (*cura*) des biens et de la personne du malade. À l'égard du prodige, le droit romain instaure un système d'interdiction faisant également intervenir un curateur chargé de l'administration de ses biens et affaires. Aussi, dans les deux cas, la protection obéit-elle à un régime de curatelle. Néanmoins la fonction du curateur n'a pas connu la même évolution⁸⁷. Alors que le régime de la curatelle des fous (*curia furiosis*) se calque progressivement sur celui de la tutelle des mineurs, dans le cas du prodige, la curatelle prend une tout autre orientation. Durant toute l'époque classique, le curateur du prodige n'avait

84. *Infra* p. 127.

85. CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique CAPITANT*, *op. cit.*, p. 92.

86. CHAUVEL C., *Étude comparative du rôle des conseils judiciaire et curateur dans la protection des prodiges et faibles d'esprit et des mineurs émancipés*, Paris, Librairie L. Rodstein, 1938.

87. CATALA P., « Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil », *JCP N* 2008, 1267.

d'autre moyen de gérer les actes de ce dernier que la gestion d'affaires, agissant ainsi à sa place, à la manière d'un tuteur représentant le mineur. Dès le Bas-Empire, il n'a toutefois plus que la possibilité d'assister son protégé à qui il donne alors son consentement à l'acte prohibé⁸⁸. Cette tendance à alléger l'intensité de l'intervention du protecteur dans la vie de son protégé se poursuit en outre sous l'ancien droit puisque l'interdiction ne concerne plus que les cas les plus graves. Pour le reste, les tribunaux préfèrent retenir « une sorte d'interdiction partielle, limitée à un certain nombre d'actes⁸⁹ ». Le prodigue, interdit ou non, se voit donc imposé un curateur chargé de l'assister⁹⁰.

Cette graduation de la protection, constatée par Denisart⁹¹, se confirme surtout après la Révolution, la promotion des droits de l'homme et de la liberté individuelle influençant la conception de la personne vulnérable. Dès 1804, le Code Napoléon traite, dans son titre onzième, de l'incapacité du fait de l'altération des facultés intellectuelles et y reproduit les principes du droit romain. Les malades mentaux sont placés, selon la gravité de leur maladie, sous des régimes de protection différents. Deux régimes sont ainsi créés. L'interdiction judiciaire, vestige du droit romain, concerne les personnes souffrant des altérations les plus graves⁹². Prononcée par le tribunal de première instance, cette mesure entraîne une assimilation de l'interdit au mineur, pour ses biens et sa personne⁹³. À l'inverse, le conseil judiciaire s'adresse aux individus dont les troubles sont moins importants, « ceux à qui il reste "encore quelque peu de bon sens"⁹⁴ », à savoir les prodigues⁹⁵, mais aussi les faibles d'esprit⁹⁶, auxquels il est défendu d'accomplir les actes de disposition les plus graves (plaider, emprunter, recevoir un capital mobilier et en donner décharge, aliéner, grever un bien d'hypothèque) sans l'assistance d'un conseil nommé par le tribunal⁹⁷. « Résultat d'une transaction faite par les rédacteurs du Code Napoléon entre les tendances de l'Ancien régime et celles du droit révolutionnaire qui avait supprimé l'interdiction pour cause de prodigalité⁹⁸ », l'institution du conseil judiciaire fait ainsi apparaître un régime d'assistance offrant une protection partielle au sujet

88. LÉVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2010, p. 272.

89. *Ibid.*, p. 273 (en italique dans le texte).

90. DE MALAFOSSE J., *De la condition du prodigue en droit romain et en droit français*, Toulouse, Impr. Paul Privat, 1879.

91. DENISART J.-B., *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, t. V, Paris, éd. Veuve Desaint, 8^e éd., 1783-1807, Voir Conseil nommé par justice.

92. C. civ., ancien art. 489.

93. C. civ., ancien art. 505.

94. LEFEBVRE-TEILLARD A., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, p. 438.

95. C. civ., ancien art. 499.

96. Selon un auteur, « le faible d'esprit est celui dont les facultés sont altérées sans qu'il y ait perte totale de la raison. Et cet affaiblissement de l'intelligence peut être, soit le fait de la constitution physique [...], ou d'un affaiblissement général des facultés aussi bien corporelles qu'intellectuelles causé par l'extrême vieillesse, soit le fait de la maladie diminuant la volonté, la mémoire, le jugement ; en un mot tout dérangement des facultés mentales » (DALAT J., *Le conseil judiciaire, le passé, le présent, l'avenir d'une institution*, Bordeaux, Impr. René Samie, 1934, p. 10).

97. C. civ., ancien art. 513. Voir notamment : DALAT J., *op. cit.* ; VINCENS P., *De la condition du prodigue dans le droit civil français*, Millau, Impr. Artières et Maury, 1930, p. 47 et suiv.

98. DALAT J., *op. cit.*, p. 6.

concerné et sans que celui-ci ne soit totalement évincé de la formation de l'acte juridique. C'est l'ancêtre de la curatelle d'aujourd'hui.

Introduite par le législateur en 1968⁹⁹, et maintenue par la réforme de la protection des majeurs, opérée en 2007, la curatelle figure parmi les mesures susceptibles d'être ouvertes à l'égard des personnes nécessitant une protection. Si la réforme de 2007 a procédé à des modifications importantes dans le champ d'application de la curatelle¹⁰⁰, elle fait toutefois preuve de continuité puisque la curatelle s'inscrit d'emblée comme une mesure obéissant à un régime intermédiaire soucieux de protéger le majeur tout en respectant autant que possible sa liberté par la prise en compte de sa capacité. Elle s'adresse ainsi à « la personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile¹⁰¹ ».

Technique intermédiaire séculaire, l'assistance s'est également développée à travers une autre institution bien connue du droit des personnes : l'émancipation. Acte par lequel le mineur est affranchi de l'autorité parentale¹⁰² et devient « capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile¹⁰³ », l'émancipation est une « anticipation sur la majorité¹⁰⁴ » permettant au mineur d'acquérir, sous certaines conditions, la pleine capacité d'exercice tant pour la direction de sa personne que la gestion de ses biens¹⁰⁵. L'émancipation met donc fin à l'incapacité générale d'exercice du mineur en le faisant passer, *ipso jure*, « de la catégorie des personnes incapables à celles des personnes capables¹⁰⁶ ».

Toutefois, l'émancipation n'a pas toujours été conçue de la sorte. En 1804, le Code civil soumet le mineur émancipé à une curatelle. Alors que le mineur acquiert une indépendance quant à sa personne, il doit, en revanche, avoir l'autorisation de ses parents pour son mariage et son adoption. S'agissant de ses biens, l'émancipation confère au mineur une aptitude à accomplir seul les actes d'administration. Pour le reste, les actes juridiques plus graves sont maintenus dans le giron de l'incapacité, mais, comme le souligne Josserand, « le mal [étant] moins profond et moins étendu

99. Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs. Trois régimes de protection sont mis en place : la tutelle, la curatelle et la sauvegarde de justice.

100. Deux modifications doivent être soulignées. D'une part, la protection ne vise plus aujourd'hui seulement le patrimoine mais également la personne du majeur (C. civ., art. 425, al. 2). *Infra* p. 43 et suiv. D'autre part, la loi du 5 mars 2007 a supprimé l'ouverture de la curatelle pour cause de prodigalité. En effet, alors qu'en 1968 le législateur désignait non seulement les faibles d'esprit connaissant une altération de leurs facultés mentales ou corporelles mais aussi les majeurs qui, par leur prodigalité, leur intempérance ou leur oisiveté s'exposent à tomber dans le besoin ou compromettent l'exécution de leurs obligations familiales (C. civ., anciens art. 508-1 et 488, al. 3), la loi nouvelle est venue dissocier l'aspect juridique et l'aspect social de la protection. Voir notamment : MAUGER-VIELPEAU L., « Les destinataires de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 : une loi d'action sociale ? », *RDSS* 2008, p. 809 et suiv.

101. C. civ., art. 440.

102. C. civ., art. 413-7, al. 1^{er}.

103. C. civ., art. 413-6, al. 1^{er}.

104. CORPART I., « Émancipation », *Rép. civ.*, Dalloz, 2007, n° 1.

105. TEYSSIE B., *Droit civil. Les personnes*, Paris, Lexisnexis, 18^e éd., 2016, p. 401.

106. BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2014, p. 624, pour qui l'effet est « brutal ».

que pour le mineur non émancipé, le traitement est plus bénin¹⁰⁷ ». Le mineur est alors, non plus représenté, mais « simplement assisté par une personne que la loi place à ses côtés pour le conseiller et l'autoriser : le curateur¹⁰⁸ ». Le curateur a par conséquent un rôle plus effacé que celui du tuteur intervenant au titre de la représentation car le mineur agit alors en personne. Cette assistance se traduit par des conseils fournis au mineur ainsi que par une autorisation écrite qu'il donne aux actes que celui-ci conclut en son nom et lui-même, ou par un refus d'autorisation¹⁰⁹. « Transition nécessaire entre l'incapacité du mineur et la pleine capacité du majeur¹¹⁰ », véritable « stage préparatoire à la majorité¹¹¹ », l'émancipation ne procure donc pas au mineur une capacité complète mais le soumet à un régime d'assistance. La loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation a néanmoins mis fin à cette conception¹¹². D'une simple « étape vers la majorité¹¹³ », l'émancipation est aujourd'hui pensée comme une véritable « pré-majorité¹¹⁴ » puisque le mineur émancipé est pleinement capable, à quelques exceptions près maintenant l'exigence d'une assistance¹¹⁵.

L'ancienneté de l'assistance préfigure donc une existence certaine de ce mécanisme, et ce d'autant plus qu'au-delà de sa légitimité historique, il perdure indéniablement. Le droit des incapacités se laisse de plus en plus séduire par ce moyen de protection intermédiaire. Qu'il s'agisse des majeurs protégés envers lesquels le principe de proportionnalité commande de retenir, en priorité, l'assistance et non la représentation de leur protecteur¹¹⁶, ou des mineurs non émancipés atteints par le mouvement croissant d'autonomisation¹¹⁷, l'assistance apparaît comme une technique attractive¹¹⁸. Or, l'ancienneté d'une notion dont l'usage se

107. JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, t. 1 : *Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, Paris, Sirey, 3^e éd., 1930, p. 262.

108. MAZEAUD H., L. et J., *Leçons de droit civil*, t. 1 : *Introduction à l'étude du droit privé, droits, preuves, personnes, famille, incapacité*, Paris, Montchrestien, 1955, p. 1280 (en italique dans le texte). Une autorisation du conseil de famille ou une homologation du tribunal civil pouvait même être exigée.

109. *Ibid.*, p. 1242.

110. *Ibid.*, p. 1280.

111. MALAURIE P., *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Paris, LGDJ, 8^e éd., 2015, p. 311. Dans le même sens : CORNU G., « L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Paris, Dalloz, 1961, p. 9 et suiv., spéc. p. 15, pour qui il s'agit d'un stage préparant le mineur au libre exercice de ses droits civils.

112. Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation. Sur le droit antérieur à 1964 organisant l'intervention du curateur : JOSSERAND L., *op. cit.*, p. 262 et suiv. ; RIPERT G. et BOULANGER J., *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. I : *Introduction générale. Les personnes*, Paris, LGDJ, 1956, p. 978 et suiv.

113. LÉVY J.-P. et CASTALDO A., *op. cit.*, p. 248 (en italique dans le texte).

114. ROQUE J., « La pré-majorité », *Dr famille* 2009, étude n° 20.

115. *Infra* p. 47.

116. *Infra* p. 42.

117. *Infra* p. 48.

118. La notion d'assistance en matière d'incapacité trouve un prolongement en droit comparé. Le Code civil italien exige, par exemple, que le mineur soit assisté de ses parents pour contracter mariage et passer toutes les conventions matrimoniales (C. civ. italien, art. 165), ou que le majeur incapable soit assisté de son curateur pour la formation de certains actes (C. civ. italien, art. 166). Le Code

maintient encore largement à ce jour constitue, à n'en pas douter, un indice sinon de son efficacité, du moins de son bien-fondé.

Mais l'assistance a aussi, comme cela a d'ores et déjà été mis en lumière, investi de manière plus récente d'autres domaines que celui des incapacités *stricto sensu*. L'assistance est une technique intermédiaire sollicitée par le droit des entreprises en difficulté, lequel, pour venir en aide au chef d'entreprise, limite parfois ses pouvoirs de gestion en lui imposant d'être assisté par un administrateur judiciaire. En outre, quoique n'étant pas destinée à habiliter la personne à passer un acte juridique, l'assistance est également exploitée par le législateur pour simplement faciliter à une personne l'élaboration d'un acte juridique. C'est le cas, par exemple, pour le salarié qui souhaite rompre conventionnellement son contrat de travail avec son employeur. Partant, les hypothèses relevées montrent une diversité contextuelle, mais mettent aussi en évidence un rôle distinct assigné à l'assistance sur lequel il faudra évidemment revenir¹¹⁹. Sans parler de « renaissance¹²⁰ » de l'assistance, il faut admettre qu'aujourd'hui, elle s'inscrit incontestablement dans le paysage juridique.

Singulièrement contemporain, le phénomène d'assistance peine pourtant à être identifié. Contrairement à la technique de la représentation¹²¹ à laquelle l'assistance est parfois opposée, celle-ci n'a jamais déchainé les passions, y compris envisagée à l'aune des seules incapacités. Excepté l'article de M. Lemouland suggérant, de

civil suisse l'emploi aussi à plusieurs reprises (C. civil suisse, art. 308, art. 314 a), art. 397 et art. 4060). Néanmoins, il faut prendre garde car la notion d'assistance ne revêt pas toujours le même sens. C'est ainsi que le Code civil japonais utilise la notion d'assistance mais pour désigner l'équivalent français de la sauvegarde de justice. Son titre VII du Livre IV s'intitule en effet « De la curatelle et de l'assistance ». Surtout, le droit allemand connaît également la notion d'assistance (*Betreuung*) à travers l'unique mesure de protection existante depuis la réforme opérée en 1990 (loi du 12 septembre 1990, en vigueur au 1^{er} septembre 1992). Cependant, l'assistant (*Betreuer*) se voit alors conférer un pouvoir de représentation dans l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées et ce pouvoir coexiste avec le droit personnel de l'assisté de prendre part à la vie juridique (HOHL B. et VALDING M., « Protection des personnes vulnérables. Le droit français devrait-il s'inspirer du droit allemand? », *Gaz. Pal.* 7 avr. 2000, p. 8 et suiv.; VERHEYDE T., « La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français? », *JCP N* 1993, I, 396; WITZ C., « Chronique de droit civil allemand », *RTD civ.* 1994, p. 443 et suiv.). Or, comme il sera démontré, l'assistance ne peut se confondre avec la représentation puisqu'elle n'emporte, contrairement à cette dernière, aucune substitution de l'assistant à l'assisté (*infra* p. 127).

119. Sur la présentation de la distinction faite entre assistance « habilitante » et assistance « facilitante » : *infra* p. 37 et suiv.

120. LÉAUTÉ J., *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, Paris, Ancienne imprimerie de la cour d'appel, 1946.

121. Philippe Didier souligne, dès les premières lignes de sa thèse, qu'« étudier la représentation ressemble ainsi à une promenade dans un jardin à la française. Tout y est soigné, connu, ordonné » (DIDIER P., *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. « Bibl. droit privé », t. 339, 2000, p. 4). En atteste le nombre d'écrits consacrés à son sujet. Sans nulle prétention d'exhaustivité, Voir notamment : BOYER M., *Essai sur la représentation dans les actes juridiques*, thèse, Toulouse, 1898; CORBESCO D., *De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats*, thèse, Paris, 1912; MADRAY G., *Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français*, Paris, Sirey, 1931; ROUAST A., *Droit civil approfondi : la représentation dans les actes juridiques*, Paris, Cours de droit, 1947-1948; CLARISE V., *De la représentation : son rôle dans la création des obligations*, Lille, Société lilloise d'édition et de librairie, 1949, p. 173; STORCK M., *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. « Bibl. droit privé », t. 172, 1982.

façon prophétique, de privilégier l'assistance du mineur au détriment de la représentation¹²², les études consacrées exclusivement à la technique de l'assistance sont une denrée plus que rare. Deux écrits doivent toutefois être cités. D'une part, Jhering a réalisé une étude sur la coopération aux actes juridiques d'autrui dans laquelle il distingue, à côté de la représentation, différents rapports juridiques. Parmi eux, figure la coopération juridique aux actes d'autrui par une participation directe, au sein de laquelle s'intègre notamment la participation du curateur¹²³. D'autre part, une thèse a le mérite de traiter de la spécificité de l'assistance comme moyen technique de protection par rapport à l'autorisation et à la représentation¹²⁴. Considérant qu'« entre l'incapacité *maxima* que fait naître la représentation et l'incapacité *minima* qu'établit l'autorisation se trouve l'assistance », l'auteur s'est attaché à étudier « si l'assistance a réussi dans la pratique à protéger toujours efficacement et d'une manière suffisante les incapables assistés¹²⁵ ». Pour le reste, l'assistance, en tant que remède à l'incapacité d'exercice d'une personne, est toujours, à notre connaissance, abordée succinctement et, surtout, au sein de propos relatifs à la protection des majeurs en général¹²⁶.

Au-delà du domaine des incapacités, le constat est identique. Les missions de l'administrateur judiciaire sont systématiquement traitées dans les manuels de manière globale. En outre, certaines manifestations d'assistance n'ont pas encore, en raison de leur caractère récent, fait l'objet de recherches à part entière. Alors que l'assistance du salarié lors de la convention de rupture commence à susciter un contentieux important et des réactions de la doctrine, celle du patient par la personne de confiance peine quant à elle à être considérée, peut-être parce que l'institution même de la personne de confiance, créée en 2002, reste encore trop peu exploitée.

De ce constat naît alors une interrogation : pourquoi ce silence ? Pourquoi un tel discrédit ?

Une première réponse consiste à dire que la notion d'assistance ne semble pas poser de difficulté particulière et qu'elle est en quelque sorte acquise. D'une simplicité presque biblique, l'assistance relèverait de cette catégorie de notions dont la signification apparemment claire paraît finalement dispensée d'une analyse rigoureuse. Sans que rien n'ait été dit à son sujet, l'assistance serait suffisamment intelligible pour qu'une investigation se révèle à son égard parfaitement vaine. Il est toutefois impossible, pour un juriste, d'être convaincu par un tel argument. De même

122. LEMOULAND J.-J., « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD civ.* 1997, p. 1 et suiv.

123. VON JHERING R., « De la coopération aux actes juridiques d'autrui », in *Études complémentaires de l'esprit du droit romain*, V à IX, traduit par O. de Meulenaere, Paris, Librairie Chevalier-Marescq, 1903, p. 79 et suiv.

124. CHAUVEL C., *op. cit.*

125. *Ibid.*, p. 9.

126. Voir notamment : PLAZY J.-M., *La personne de l'incapable*, La Baule, Impr. La Mouette, t. XI, 2001 ; PORTEFAIX M., *Le parent incapable*, thèse, Lyon 3, 2006 ; CAPELA H., *La protection de l'incapable à l'épreuve de la médecine*, thèse, Toulouse 1, 2007 ; TALARICO L., *op. cit.* ; DA SILVA V., *De l'incapacité à la protection en matière personnelle. Évolution et perspectives*, thèse, Paris 1, 2010.

qu'« il n'y a pas dans le droit de notions qui doivent être considérées comme définitivement imprécises et rebelles à toute organisation juridique¹²⁷ », ni même d'institutions faisant l'objet d'une définition juridique immuable¹²⁸, il ne saurait y avoir de notions si explicites et dociles qu'aucune étude à part entière ne mérite de lui être consacrée, et ce, même si les difficultés suscitées semblent à première vue mineures. Il est vrai que l'absence ou presque de contentieux rend douteuse l'utilité d'une telle étude puisque le droit ne se préoccupe pas de l'idéal mais du pathologique. Pourtant, l'intérêt est certain car avec l'apparition de nouvelles hypothèses d'assistance le contentieux reste à venir.

Une autre option peut alors être de considérer que le phénomène d'assistance ne renvoie pas à un concept juridique ayant une existence propre. Tout au plus existerait-il à travers d'autres figures pleinement consacrées. Un réflexe « juridique » rattache parfois l'assistance à d'autres notions. Nous verrons ainsi que l'assistance du curateur dans le cadre de la protection des majeurs est très souvent réduite à un système d'autorisation¹²⁹ en raison du fait que le curateur est tenu d'autoriser l'acte du majeur qu'il assiste. L'inconstance des termes retenus dans les textes en témoigne d'ailleurs. Alors que le majeur en curatelle ne peut se marier « qu'avec l'autorisation du curateur¹³⁰ », il ne peut signer une convention de pacte civil de solidarité « sans l'assistance¹³¹ » de ce dernier. L'emploi parfois imprécis des termes par la doctrine contribue également à rendre la distinction délicate. De même, la notion de conseil apparaît de manière récurrente dans les brèves lignes tentant quelquefois d'éclaircir celle d'assistance, semant ainsi encore le trouble dans la délimitation des frontières terminologiques¹³².

Aussi est-il permis de penser, par un excès certain de commodité, que l'assistance ne serait qu'un synonyme de toutes ces notions et ne désignerait finalement qu'une aide innommée ne relevant pas des problématiques juridiques. On peine pourtant à le croire et à réduire l'assistance à ces figures juridiques déjà connues, voire à la désavouer pleinement en niant toute juridicité. Non seulement trop d'occurrences sont relevées dans les textes pour n'être qu'un terme servant à désigner des phénomènes relativement proches et inspirés parfois par la même volonté protectrice, mais surtout, intuitivement, on pressent déjà une différence. L'assistance n'est donc pas

127. MARTY G., *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929, cité par Dissaux N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, coll. « Bibl. droit privé », t. 485, 2007, p. 321.

128. Comme le souligne Michel Villey, « toute définition juridique est aléatoire, se prête à être réfutée » (*Digeste*, 50, 17, 202). Périodiquement, il faut la remettre à l'épreuve de la discussion » (VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 3^e éd., 1998, p. 68).

129. THULLIER B., *L'autorisation. Étude de droit privé*, Paris, LGDJ, coll. « Bibl. droit privé », t. 252, 1996. *Infra* p. 90 et suiv.

130. C. civ., art. 460.

131. C. civ., art. 461.

132. La deuxième définition générale proposée par le Vocabulaire juridique en atteste avec évidence puisque l'assistance est présentée comme la « mission de conseil et de contrôle auprès d'une personne qui n'a pas le pouvoir d'agir seule, en vue de son habilitation » (CORNU G. [dir.], *Vocabulaire juridique CAPITANT*, *op. cit.*, p. 91).

seulement un phénomène incantatoire. Il s'agit, au contraire, d'un phénomène bel et bien présent dans le paysage juridique dont l'ontologie mérite d'être appréhendée.

Prenant acte de cette insuffisance, l'assistance doit être envisagée de manière autonome car la mise en œuvre de cette figure intermédiaire ne va pas sans susciter un certain nombre d'interrogations. Lorsqu'une personne est assistée à l'occasion de l'élaboration d'un acte juridique, il faut avoir conscience que cela conduit à introduire dans le processus un protagoniste extérieur à l'acte. L'assistant n'étant pas, nous le verrons¹³³, partie à l'acte passé par l'assisté, il doit avoir un rôle clairement déterminé en raison de l'influence qu'il exerce sur la volonté de l'assisté. Or, si l'assistance est une technique destinée à protéger la volonté et les intérêts de ce dernier, elle peut aussi représenter un danger eu égard à la place privilégiée dont jouit l'assistant tout au long de l'élaboration de l'acte. Certes, être seul peut être considéré comme être en mauvaise compagnie¹³⁴, mais être assisté d'autrui ne garantit pas, à l'inverse, une compagnie irréprochable et une protection absolue, car « être protégé, c'est aussi être menacé¹³⁵ ». Aussi l'efficacité de l'assistance interpellante. Pour reprendre les propos d'un auteur,

« il n'est plus vrai en effet d'affirmer aujourd'hui, comme l'écrivait Beudant, que l'homme ne dépend que de lui-même dans la direction de sa pensée et de ses actes. Les hommes ne sont pas des unités indépendantes, juxtaposées les unes aux autres par le hasard des circonstances; ils sont étroitement solidaires, et toute attitude prise par l'un d'eux a vocation à se répercuter sur les autres¹³⁶ ».

En l'occurrence, l'attitude de l'assistant a nécessairement des incidences sur le comportement de l'assisté, voire sur la validité de l'acte juridique ainsi passé. D'autres protagonistes sont du reste susceptibles, sinon de s'inquiéter, du moins d'être concernés par la multiplication des intervenants, au premier rang desquels figure bien entendu le cocontractant de l'assisté, si l'acte que celui-ci projette de passer a une nature contractuelle, mais divers acteurs, tels que les ayants droit de l'assisté ou encore un rédacteur d'actes, peuvent aussi avoir part au débat.

L'intérêt de l'étude de l'assistance en tant que technique de soutien de la volonté de la personne lors de l'élaboration d'un acte juridique est encore renforcé par l'avenir certain auquel elle est promise. Le développement de l'assistance témoigne en effet de l'impact normatif des valeurs sociales nouvelles sur les règles positives gouvernant les rapports individuels. Aussi, bien que la recherche d'autonomie soit une préoccupation louable de notre société, il faut avoir conscience de ses limites. À force de vouloir sans cesse laisser agir les individus par eux-mêmes, la protection qu'ils peuvent parfois mériter risque de s'en trouver affectée car l'autonomie

133. *Infra* p. 155 et suiv.

134. Définition issue de l'ouvrage de BIERCE A., *Le Dictionnaire du Diable*, Paris, Libro, 2006, p. 82.

135. CASTEL R., *L'insécurité sociale, qu'est-ce qu'un être protégé?*, Paris, Éditions du Seuil, 2003, p. 7 (en italique dans le texte).

136. VASSEUR M., « Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres. Contribution à la théorie générale des actes juridiques », *RTD civ.* 1949, p. 173 et suiv., spéc. p. 176.

a pour corollaire la responsabilité. Or, la responsabilisation des individus¹³⁷, aussi vertueuse soit-elle, peut, de toute évidence s'avérer dangereuse si elle est excessive. En reconnaissant trop souvent l'autonomie des personnes, la menace que celles-ci soient plus exposées grandit. Le recours à l'assistance ne s'inscrit-il pas précisément dans cette logique ?

Les métamorphoses subies par la relation médicale illustrent parfaitement nos propos. Longtemps régie par le paternalisme médical, la relation patient-médecin a largement évolué. Aujourd'hui, une véritable place est faite au patient. Acteur de sa santé, il prend les décisions avec le professionnel¹³⁸. Toutefois, parallèlement, ce dernier est tenu à une obligation d'information de plus en plus riche¹³⁹. Comment le patient gère-t-il cet afflux d'informations lui parvenant alors même qu'il est dans une situation le rendant vulnérable ? Face à cette exigence, la consécration de la faculté d'être assisté par une personne de confiance marquerait alors, peut-être, la volonté de ne pas laisser le patient affronter seul cette réalité. Mais si le patient demeure responsable de ses actes, quels doivent être alors le rôle et la responsabilité de la personne de confiance qui l'assiste ?

Le recours à la technique de l'assistance est certainement voué à croître de manière plus générale quand on sait le vieillissement que connaît la population actuellement. De nombreuses personnes peuvent être amenées à solliciter l'assistance d'autrui afin d'être aidées lors de la formation d'un acte juridique. Aussi l'utilité de la clarification de la notion d'assistance n'est-elle donc pas seulement théorique. Les enjeux de la recherche sur l'assistance sont, au contraire, à la fois théoriques et pratiques : dégager des éléments fédérateurs de la notion pour proposer une définition permettant alors, par la suite, de tenter de résoudre certaines difficultés pratiques grâce à l'élaboration de son régime.

L'impression de familiarité que tout un chacun éprouve à l'endroit de l'assistance est faussée par le clair-obscur qu'elle cultive. Notion classique du droit certes, il faut prendre conscience du fait que le droit civil n'a pourtant pas d'idée précise de ce qu'est l'assistance. Alors que le vide législatif et doctrinal pourrait suggérer son caractère désuet, il n'en est rien. La période actuelle est indéniablement propice à une étude sur l'assistance. Parce que « toute démarche scientifique est [...] d'abord interrogation, et interrogation avec tous les instruments dont le chercheur peut disposer¹⁴⁰ », il nous faut faire état de la méthode de travail retenue. Partant de

137. Concept moralisateur, la responsabilité « désigne habituellement l'acte de rendre quelqu'un responsable, voire de lui donner le sens des responsabilités [...] responsabiliser une personne, c'est lui faire prendre conscience de la nécessité d'utiliser les droits qui lui sont accordés avec discernement, autrement dit sans abus » (GIRER M., « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social, un concept vertueux ? », *RGDM* 2011, p. 45 et suiv., spéc. p. 48).

138. C. santé publ., art. L. 1111-4, al. 1^{er}. Voir notamment : LAUDE A., « Le patient entre responsabilité et responsabilisation », *Les Tribunes de la santé*, n° 41, 2013/4, p. 79 et suiv.

139. C. santé publ., art. L. 1111-2. Voir notamment : DUPUY O., *Information du patient et information sur le patient*, Bordeaux, Les Études hospitalières, 2^e éd., 2005 ; RISSEL A., *L'information médicale, contribution à l'étude de la relation médicale*, thèse, Rennes 1, 2011.

140. VIVANT M., « Le plan en deux parties, ou de l'arpenrage considéré comme un art », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 969 et suiv., spéc. p. 981.

l'analyse des textes de loi, de la jurisprudence et des travaux de la doctrine, nous avons raisonné sur des hypothèses classiques, telle que l'assistance en matière d'incapacités, mais aussi sur des manifestations plus nouvelles, à l'instar de l'assistance du salarié dans le cadre d'une rupture conventionnelle, car c'est bien « cela qui fait l'intérêt de la recherche juridique¹⁴¹ ».

La reconnaissance de l'assistance en tant que technique juridique à part entière ne peut toutefois se faire sans une analyse précise de sa notion. Ce n'est qu'une fois débarrassée des ambiguïtés notionnelles dont elle souffre que l'assistance pourra aller à la recherche de son identité et acquérir sa propre autonomie. Démarche nécessaire, la quête de la notion ne sera toutefois utile que si nous nous attachons, par la suite, à découvrir les règles gouvernant sa mise en œuvre. Résultant ainsi du double constat antinomique de la rémanence de la notion d'assistance et de la nébulosité manifeste entourant son régime, la présente étude obéit à une dynamique classique : dégager la notion d'assistance dans l'élaboration d'un acte juridique (première partie) pour ensuite en déterminer son régime (seconde partie).

141. MATHIEU-IZORCHE M.-L., « Une troisième personne bien singulière ou “2 + 1 = tout autre chose” », *RTD civ.* 2003, p. 51 et suiv., pour qui « en raisonnant sur le cas le plus fréquemment rencontré, dans le cadre rassurant de l'habitude, on finit par oublier qu'il existe des marges, et [...] c'est précisément là, sur les marges, qu'il y a matière à réflexion ».