Université d'Amiens
École doctorale en Sciences humaines et sociales

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé, mention droit des personnes, présentée et soutenue publiquement le mercredi 6 juillet 2016, à 10h30, au Pôle Cathédrale d'Amiens

Par M. Laurent MICHEL

De la « régressivité » de la volonté dans la protection des majeurs

Sous la direction de Mme Sophie PELLET

Devant un jury composé de :

Me Philippe BLETTERIE **RAPPORTEUR**
Notaire à Chamalières (63), professeur associé à l'université de Clermont-Ferrand Auvergne (63)

Mme Aurore CHAIGNEAU
Doyen de la faculté de droit, professeur des universités à l'UPJV d'Amiens

Mme Frédérique EUDIER **RAPPORTEUR**
Maître de conférence à la faculté de droit de Rouen (76)

Mme Sophie PELLET
Professeur des universités à l'UPJV d'Amiens, directrice de thèse

Mme Fabienne ROURE-GUERRIERI **EXPERT INVITÉ**
Vice-présidente du tribunal d'instance d'Amiens, Juge des tutelles près ledit tribunal

Université d'Amiens
École doctorale en Sciences humaines et sociales

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé, mention droit des personnes, présentée et soutenue publiquement le mercredi 6 juillet 2016, à 10h30, au Pôle Cathédrale d'Amiens

Par M. Laurent MICHEL

De la « régressivité » de la volonté dans la protection des majeurs

Sous la direction de Mme Sophie PELLET

Devant un jury composé de :

Me Philippe BLETTERIE **RAPPORTEUR**
Notaire à Chamalières (63), professeur associé à l'université de Clermont-Ferrand Auvergne (63)

Mme Aurore CHAIGNEAU
Doyen de la faculté de droit, professeur des universités à l'UPJV d'Amiens

Mme Frédérique EUDIER **RAPPORTEUR**
Maître de conférence à la faculté de droit de Rouen (76)

Mme Sophie PELLET
Professeur des universités à l'UPJV d'Amiens, directrice de thèse

Mme Fabienne ROURE-GUERRIERI **EXPERT INVITÉ**
Vice-présidente du tribunal d'instance d'Amiens, Juge des tutelles près ledit tribunal

À l'ensemble des membres du jury qui ont accepté de consacrer du temps à mes travaux,
À ma compagne, Marie-Estelle, qui a du supporter mon ire permanente,
À Élodie Anicotte, qui a su trouver les mots pour m'encourager,
À Sébastien Lim et Linda Maizener qui ont témoigné un intérêt certain pour mes travaux,
À tous ceux qui ont pris la peine de m'écouter dans mes moments de doute.

Sommaire

Principales abréviations……9

Introduction……..…15

Partie Première
De l'individu, ou de la prééminence
de la volonté individuelle……45

Titre Premier :
Du respect de la volonté individuelle,
ou de la protection de la personne par convention……..49

Chapitre Premier
Des précédents à l'émergence du mandat de protection future……...59

Chapitre Second
De la primauté de la volonté individuelle :
de la protection conventionnelle définie selon la thèse volontariste……115

Titre Second
De la restauration de la volonté individuelle
dans la protection sociale : un droit volontaire ?.....181

Chapitre Premier
Des fondements historiques de la protection sociale :
Du couplage des deux ordres de protection,
ou de la mise à l'écart de la volonté individuelle……185

Chapitre Second
De la dichotomie protection sociale / protection judiciaire,
ou d'une affirmation parcellaire de la volonté individuelle……197

Partie Seconde
De la famille : de la suppléance de la
volonté individuelle…….……229

Titre Premier
Des enjeux procéduraux soumis à la suppléance de la volonté individuelle……..233

Chapitre Premier
De l'instauration de la protection judiciaire familiale……...235

Chapitre Second
De l'exercice de la protection judiciaire familiale : une efficience avérée
ou une faillite familiale ?.....305

Titre Second
Des conséquences de la suppléance de volonté du majeur :
de l'affirmation du principe d'autonomie ?.....343

Chapitre Premier
De la mise en lumière de la personne du majeur à travers
les actes relatifs à sa personne……..349

Chapitre Second
Du renforcement de la gestion patrimoniale,
ou de la suppléance de l'autonomie du majeur……381

Conclusion générale……..431

Bibliographie……435

Index alphabétique……..…..479

Table des matières……495

Principales abréviations

A

A.	Arrêté
Act.	Actualité
Adde	Ajouter
AJ fam.	Actualités Juridiques Familles
AJ pén.	Actualités Juridiques droit pénal
Al.	Alinéa(s)
Art.	Article(s)
Ass. Plé.	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation

B

Bibl. dr. pri.	Bibliothèque de droit privé
Bull. Ass. Plé.	Bulletin des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. Avis	Bulletin des avis de la Cour de cassation
Bull. Civ. I	Bulletin des arrêts de la Première chambre de la Cour de cassation
Bull. Civ. II	Bulletin des arrêts de la Deuxième chambre de la Cour de cassation
Bull. Civ. III	Bulletin des arrêts de la Troisième chambre de la Cour de cassation
Bull. Civ. IV	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre commerciale
Bull. Civ. V	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre sociale
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle
Bull. serv. jurid. protec. de l'enfance	Bulletin du service juridique de la protection de l'enfance

C

CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
C. Ass.	Code des assurances
Cass. avis	Saisine de la Cour de cassation pour avis
CASF	Code de l'action sociale et des familles
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
C. élec.	Code électoral
CES	Conseil Économique et Social
C. d'État	Conseil d'État
Cf	*Confer*
Circ.	Circulaire
cit.	Cité
Chron.	Chronique
Chro. lég.	Chronique législative
C. civ.	Code civil
C. Nap.	Code Napoléon
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 1ère	Première chambre civile de la Cour de cassation (arrêt)
Civ. 2ème	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation (arrêt)
Civ. 3ème	Troisième chambre civile de la Cour de cassation (arrêt)
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation (arrêt)
comm.	Commentaire

Comp.	À comparer
Concl.	Conclusions
C. const.	Conseil constitutionnel
C. Constr. Hab.	Code de la construction et de l'habitation
C. consom.	Code de la consommation
Convention EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
C. Pén.	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation (arrêt)
C. Sécu. S. ou CSS	Code de la sécurité sociale
CUJAS	Bibliothèque CUJAS

D

D.	Décret
D.	Recueil Dalloz
DA.	Dalloz Actualités
DACS	Direction des affaires civiles et du Sceau
Déci.	Décision
Defrénois	Répertoire notarial Defrénois
DH	Dalloz hebdomadaire
Dir.	Sous la direction de
Doct.	Doctrine
Doc. Fr.	Documentation française
DP	Dalloz périodique
Dr. comp.	Droit comparé
Dr. civ.	Droit civil (L'Éssentiel)
Dr. et patri.	Revue droit et patrimoine
Dr. pén.	Droit pénal (L'Éssentiel)
Dr. fam.	Droit de la famille (L'Éssentiel)
Dr. pers. et fam.	Droit des personnes et de la famille (L'Éssentiel)
DS	Recueil Dalloz-Sirey

E

éd.	Éditions
étu.	Étude(s)
EGBGB	*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Allemagne)*
EHPAD	Établissement hospitalier pour personnes âgées dépendantes

F

Fasc.	Fascicule

G

GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
GOL	*General Obligations Law (New York)*

I

Ibid.	Même
In	Dans
In fine	En fin de
Infra	Ci-dessous

J

JCP G	Semaine juridique édition générale
JCP N	Semaine juridique édition notariale
J.-Cl. Civ.	Jurisclasseur Civil Dalloz
J.-Cl. Contr. et distrib.	Jurisclasseur contrats et distribution
JDI	Journal du droit international privé
JDJ-RAJS	Journal du droit des jeunes – revue d'action juridique et sociale
JO	Journal Officiel
JOAN	Journal Officiel de l'Assemblée Nationale
Jur.	Jurisprudence

L

L.	Loi
Lamy dr. civ.	Revue Lamy, droit civil
Lamy dr. pers.	Revue Lamy, droit des personnes
Lebon	Recueil Lebon
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches

M

Mél.	Mélanges
MAJ	Mesure d'accompagnement judiciaire
MASP	Mesure d'accompagnement social personnalisé
MIF	Mandat sur inaptitude future
MJPM	Mandataire judiciaire à la protection des majeurs
MPF	Mandat de protection future

N

n.	Note
n°(s)	Numéro(s)
not.	Notamment
nouv.	Nouveau
num. spé.	Numéro spécial

O

O.	Ordonnance (texte « législatif »)
Obs.	Observations
ONA	Ordonnance de non audition

op. cit.	O*pere citato (ouvrage cité)*
Ord.	Ordonnance (au sens de décision de justice)

P

p.	Page
pp.	Pages
Pan.	Panorama de jurisprudence
préc.	Pré-cité
Préf.	Préface
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France

Q

QPC	Question prioritaire de constitutionnalité

R

Rapp.	Rapport
Rappr.	À rapprocher de
RC	Répertoire civil
RDC	Revue droits des contrats
Rec. CEDH	Recueil de la Cour européenne des droits de l'Homme
Rec. D. / *D.*	Recueil Dalloz
Rép. Comm. D.	Répertoire commercial Dalloz
Rép. Civ. D.	Répertoire civil Dalloz
Req.	Chambre des requêtes
Rev.	Revue(s)
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. crit. legis. et jurispr.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. dr. bancaire	Revue de droit bancaire
RG	Répertoire Général
RJPF	Revue juridique personnes et familles
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RSC	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit du commerce
RTD imm.	Revue trimestrielle du droit immobilier
RD Sanit. Soc.	Revue de droit sanitaire et social

S

S	Recueil Sirey
ss.	Sous
sect.	Section
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation (arrêt)
Spé.	Spécialement
Sui.	Suivant(s)
Supra	Ci-dessus

T

t.	Tome
TA	Tribunal administratif
TAF	Tutelle aux allocations familiales
T. confl.	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
th.	Thèse
TPSA	Tutelle aux prestations sociales adultes

V

Vol.	Volume

Introduction.

« Car l'intelligence et la conscience sont à double tranchant. L'homme a su s'affranchir de sa pesanteur terrestre pour conquérir l'espace et aller sur la Lune, il a commencé à rechercher d'autres systèmes solaires et des intelligences extraterrestres, mais il a aussi acquis la capacité de s'autodétruire, d'éradiquer la biodiversité sur la Terre et de rendre son havre cosmique invivable en ne cessant d'infliger d'innombrables blessures à son écosphère ».

Tr. Xuan Thuan, Dictionnaire amoureux du Ciel et des étoiles, Plon Fayard, 2009, p. 13.

1. Nous ne sommes qu'humains… Cette phrase peut paraître un lieu commun, mais c'est une réalité qui fait l'homme tel qu'il est. Une réalité qui recouvre ses grandes réussites, tout comme ses erreurs ou ses échecs. L'homme est capable de bien des choses et son intelligence, son savoir et sa science, l'auront amené à la réalité d'aujourd'hui, dans laquelle il a tout conquis, ou presque. Mais même si l'homme peut paraître une sorte de machine qui se perfectionne avec le temps, il a son pendant que représente sa déchéance. Car il suffit d'un rien pour que la machine s'enraye. Des années d'accumulation de connaissances, des années de mise en œuvre de savoir-faire seront balayés d'un revers de manche par une simple altération des facultés mentales. Le génie, quel qu'il soit, ne peut se mettre en opposition à la déchéance humaine. Dès lors que le cerveau est atteint d'un trouble du fonctionnement, rien ne sera plus jamais comme avant. D'un point de vue purement physique, un simple accident vasculo-cérébral suffit à occasionner des troubles plus ou moins irréversibles[1]. Et quand bien même la médecine d'aujourd'hui permet au malade de récupérer une partie de ses facultés mentales, il n'en demeure pas moins que la récupération totale ne sera pas admise chez tous les patients. De même, d'un point de vue psychiatrique, un individu atteint de schizophrénie passera par des moments de lucidité et des périodes délirantes qui ne lui permettront pas de mener une existence normale, en dehors de tout traitement. Quoi qu'il en soit, l'homme est une machine complexe et fragile qui peut péricliter à tout moment. Passer de l'autonomie et l'indépendance à l'assistance ou à la représentation, et dans tous les cas, à la dépendance, peut ainsi contribuer à ne plus jouir de ses libertés, morales, sociales ou physiques[2] pleinement.

2. Dans l'esprit populaire, si la perte de lucidité peut conduire à être considéré comme atteint de folie, il est alors nécessaire de recevoir une protection adéquate. Le fou ne doit pas agir seul. Déjà, le droit romain avait envisagé la protection du fou ou de l'aliéné qu'il considérait comme « *furiosus* »[3] : les membres de sa *gens* avait pour charge de gérer ses biens

[1] Pour une analyse de la protection juridique dans le cadre de majeurs à l'état végétatif et plongés dans de profonds comas, *cf* L. Ravillon, « Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique », RD. Sanit. Soc., 15 mars 1999, n° 1, pp. 191 et sui. Les personnes qui se trouvent dans cet état ne disposent plus de leur capacité d'exercice. La mesure de protection se justifie en l'état, puisque la non expression de la volonté résulte d'une incapacité mentale rejaillissant sur le physique.

[2] Pour une étude relative à l'autonomie du majeur et notamment le domaine d'autonomie, *cf* M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », Rec. D. 3 janvier 1968, n° 31, pp. 31 et sui.

[3] L. des XII Tables, 5, 7. La traduction donnerait le « fou furieux ».

et sa personne. Les soins qui lui étaient apportés étaient dispensés par un curateur[4], et non un tuteur, même si le statut de l'aliéné se rapprochait de celui de l'*infans*. Mais on voit que la protection de la personne n'était pas inexistante.

Dans l'Ancien Droit français, on considère l'aliéné comme incapable de passer tout acte, notamment les promesses de vente ou la rédaction d'un testament[5]. Un arbitraire certain est instauré dans le sens où la capacité de jouissance de l'aliéné est purement supprimée en ce qui concerne le droit d'aînesse. De même, les aliénés dangereux sont mis en prison, à peine de rendre leur gardien responsable de leurs méfaits. Pour les institutions, les aliénés sont considérés comme des démoniaques ou des criminels. Quant à la gestion de leur patrimoine, elle est confiée au curateur, puisque l'aliéné est soumis à l'interdiction judiciaire. Mais au demeurant, la simple folie du malade justifie à elle seule que l'aliéné soit protégé dans ces conditions-là. Il n'y a pour autant aucune méthode d'évaluation de l'altération et du degré d'altération.

Sous la Monarchie de Juillet, le statut de l'aliéné est refondu[6]. Le Code Napoléon permet au conseil de famille de décider si l'aliéné doit être traité à son domicile ou en maison de soins. Le trouble est évalué au regard de la simple *« faiblesse d'esprit »*[7] ou selon *« l'état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur »*[8]. La loi du 30 juin 1838[9], instaurée sous Louis Philippe, a consisté à faciliter matériellement l'internement des aliénés et de les contrôler. L'autorité publique prévoit que chaque département doit disposer d'un établissement public afin de recevoir les aliénés, ou à défaut, les départements doivent prendre en charge les aliénés par le biais d'un établissement public privé. Ainsi, ces établissements doivent recevoir les *« aliénés interdits »*, les *« aliénés ni interdits ni internés »* et les *« aliénés internés sans être interdits »*[10]. Si la loi de 1838 a favorisé l'examen médical aux fins d'évaluation du trouble mental, elle a fait l'objet de critiques, car l'évaluation se passait après internement, ceci afin d'assurer la *« tranquillité publique »*[11]. Au demeurant, une conception médicale de la protection voyait le jour, même si elle n'était pas tout à fait objective.

3. L'atteinte au psychisme, ou même aux facultés physiques, au sens corporel du terme, concerne tout le monde. Personne n'est à l'abri de se voir atteint d'un trouble mental ou physique qui nécessiterait l'intervention d'une tierce personne dans la gestion de ses propres intérêts et dans la conduite de son existence. Face à la maladie, nous sommes tous égaux, et cette idée précise de la maladie et du risque de pouvoir, un jour, se retrouver sous l'assistance d'un tiers ou être représenté par ce dernier, doit inciter à garder une part certaine de modestie. Car rien n'est éternel ni acquis définitivement, le jour viendra où l'on tombera dans la démence et où l'on sera, en conséquence, incapable de s'occuper de soi-même. Certains connaîtront la maladie, d'autres non, mais il n'en demeure pas moins que personne, aujourd'hui, ne peut garantir avec certitude que jamais il ne sera dépendant d'un tiers. Personne ne peut dire qu'on échappera à un régime de protection, personne ne peut non plus savoir à l'avance quel sera le degré d'altération si altération il doit y avoir.

---

[4] de *cura, ae*, f, les soins, Dictionnaire latin-français, F. Gaffiot, p. 455 (I), qui a donné *curator*, *curatoris*, m (*curo*) celui qui donne des soins, personnes de confiance, *op. cit.*, p. 456.

[5] J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2è éd., 2010, n° 198, p. 261.

[6] *Ibid.*, *op. cit.,* n° 199, p. 262.

[7] C. Nap., art. 499.

[8] C. Nap., art. 489. Toutefois, la protection dont bénéficiait le majeur lui était imposée sans prendre en compte sa personne, notamment en ne l'auditionnant pas : *cf* L. Pécaut-Rivolier, « Les mesures de protection du Code civil comme dispositif d'accompagnement », *in* Dossier L'accompagnement, entre droit et pratique, RD Sanit. Soc., 31 décembre 2012, n° 6, pp. 1010 et sui.

[9] Loi n° 7443 du 30 juin 1838 sur les aliénés, Recueil Duvergier, p. 430.

[10] Au sens de ladite loi du 30 juin 1838.

[11] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n° 200, pp. 264 et 265.

Prévoir aujourd'hui, pour un sujet sain mentalement et physiquement, la probabilité d'avoir recours à un régime de protection dans l'avenir relève de la pure contingence. La part de modestie qu'il faut avoir relève de la conclusion que l'on peut se faire de la fragilité de l'existence. Du jour au lendemain, tout peut s'effondrer : un accident de la circulation, une infarctus, un handicap de tout ordre, l'homme peut se voir confronté à pareille situation. Si la vie routinière que l'on mène confine à une existence relativement calme, la survenance d'un trouble nécessitant un régime de protection est un bouleversement considérable. Perte d'autonomie, impossibilité de réaliser toute forme de démarches, ou encore le simple exercice des actes de la vie civile, peuvent s'apparenter à un effondrement de la personne sur elle-même. L'individu devient inutile à lui-même et constitue une charge pour ceux qui ont pour obligation, tant moralement que matériellement, de subvenir à ses besoins. L'être humain n'est pas une machine parfaite, il a ses forces et ses failles et n'est au-dessus de rien, puisqu'un jour, il devra quitter ce monde. Mais pourtant, dans ce contexte, *« l'être humain n'en reste pas moins un être humain vivant, quel que soit son état de santé »*[12]. *« Sa personne ne change pas au sens du droit »*[13].

4. C'est pourquoi, le risque de déchéance doit rester une possibilité, à défaut d'être une probabilité. Dans la mesure où l'on sait que le risque peut intervenir à tout moment, il est nécessaire de connaître les mécanismes qui garantiraient la protection de sa personne et de ses intérêts. Car en tant qu'être humain, il est normal que toute personne protégée le soit en considération de sa propre personne et non au regard de certains aspects bassement matériels. Le majeur concerné par un régime de protection doit avoir la garantie que sa volonté sera préservée le plus longtemps possible et que celle-ci sera suppléée lorsque son état de santé ne pourra plus justifier son expression. Malheureusement, le système juridique dans lequel l'individu évolue n'a pas toujours pris en compte sa personne en tant que telle. Certes, la notion d'individu était retenue, mais par le jeu d'éléments s'y rattachant. Notamment, la protection des majeurs relevant de la loi du 3 janvier 1968[14] qui garantissait d'abord les aspects patrimoniaux, ensuite les aspects propres à la personne. Mais cet aspect a pris un tournant depuis la transformation de la société de ces quarante dernières années. Dès lors, la personne va revêtir une importance autre et va entrer dans une nouvelle ère.

En effet, il aura fallu repenser la matière pour la transformer tant sur le fond que sur la forme, pour parvenir à développer l'idée selon laquelle l'individu doit avoir une place prépondérante dans la protection de sa personne[15]. Cette idée, d'un point de vue conceptuel, doit reléguer la protection du patrimoine au rang d'accessoire[16], mais pas pour autant. Si

---

[12] R. Andorno, *La bioéthique et la dignité de la personne*, Paris, PUF, Coll. Médecine et société, 1997, p. 42.

[13] V. *supra* n. n° 1, L. Ravillon, art. préc.

[14] L. n° 68-5, 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, JO 4 janvier 1968, p. 114 ; *cf supra* n. n° 8, L. Pécaut-Rivolier, art. préc.

[15] Ce que confirme la jurisprudence de la Cour de cassation, bien avant l'élaboration du projet de loi de réforme. *Cf* Civ. 1ère, 18 avril 1989, n° 87-14.563, Bull. Civ. I, n° 156, p. 103 ; JCP N 1983.313 ; Th. Fossier et M. Harichaux, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », RD. Sanit. Soc., 15 mars 1991, n° 1, pp. 1 et sui. ; Th. Fossier et Th. Verheyde, « La protection de la personne », *in* Dossier La réforme des tutelles, AJ Fam., 12 avril 2007, n° 4, pp. 160 et sui.

[16] Idée qui se dégage de l'interprétation de Thierry Fossier lorsqu'il évoque qu'*« il faut se convaincre de ce que la protection de la personne passe par des règles d'apparence patrimoniale et secondaire. Ainsi, protéger un majeur ne doit pas devenir un business froid, aux dépens de ses intérêts financiers et en tout cas psychologiques »* : v. Th.Fossier, « L'objectif de la réforme des incapacités : protéger sans jamais diminuer », Defrénois, 15 janvier 2005, art. 38076, n° 1, § 15 ; v. *supra* n. n° 14, Th. Fossier et M. Harichaux, art. préc. ; D. Guével, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 30 et sui., § 2 ; Th. Fossier, « Le droit

protection du patrimoine il y a, elle ne se fera qu'en considération de la personne. La protection s'étend donc à la personne du majeur[17] et à sa volonté en priorité, et témoigne d'une nouvelle conception de l'humain. Voilà donc l'idée vers laquelle se dirigeait le législateur à l'origine. Et avec la transformation du droit de la famille, la protection des majeurs se devait également d'évoluer. Comme le disait le Doyen Carbonnier, *« si l'on veut du mal à la loi du 3 janvier 1968, il faut dire qu'elle est compliquée et dangereuse »*[18].

Désormais, la protection des majeurs, revue sous un angle plus moderne, voit le jour selon la loi du 5 mars 2007[19]. Il en est ainsi terminé avec l'ancienne protection des majeurs, telle qu'elle résultait de la loi ancienne imaginée par le Doyen Carbonnier[20]. L'article 488 ancien du Code civil instaurait la protection du patrimoine du majeur seulement et hors cause médicale, alors que la protection du patrimoine du majeur et de sa personne, dans un cadre médical cette fois, résultait des dispositions des articles 490, 508 et 512 anciens du Code civil. La loi du 3 janvier 1968 prenait certes en compte l'individu sur le besoin d'une protection personnelle, mais elle reléguait cette protection au second plan, l'architecture du Code civil[21] en étant une bonne illustration. Non pas qu'elle ne le prenait pas en compte, elle accordait une part considérable au patrimoine. Cette vision patrimoniale de la protection a prévalu pendant quasiment quarante ans jusqu'à ce que l'évolution juridique et sociale de la société d'aujourd'hui ne fasse de l'individu l'élément central de toute action. La réforme de la protection des majeurs a alors suivi cette évolution.

5. Avant même le vote de la loi du 5 mars 2007, c'est sur l'étude des différentes législations sur la protection des majeurs dans l'Union Européenne que le Comité des ministres a proposé la mise en place de principes directeurs relatifs à la protection des majeurs[22]. La Convention de La Haye du 13 janvier 2000[23] portant sur la protection internationale des adultes s'est ensuite directement inspirée de la Convention du 19 octobre

---

des tutelles après sa réforme : nouvelle branche du droit social ? », RD. Sanit. Soc., 16 juillet 2007, n°4, pp. 672 et sui. ; *cf supra* n. n° 15, Th. Fossier et Th. Verheyde, art. préc.

[17] Fr. Mananga, « Sur les mesures d'application de la réforme de la protection juridique des majeurs », RD. Sanit. Soc., 15 mai 2009, n° 3, pp. 536 et sui.

[18] J. Massip, *La réforme du droit des incapables majeurs*, 1968, cité dans la préface de l'ouvrage intitulé *Les majeurs protégés*, du même auteur, Defrénois, 1994.

[19] L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs, JO 7 mars 2007, p. 4325, texte n° 12. Pour une présentation de la réforme de la protection des majeurs, *cf* l'intervention de Pascal Clément, ministre de la Justice en 2006, à l'occasion du 102è Congrès des notaires de France, tenu, à Strasbourg les 21, 22, 23 et 24 mai 2006, ayant pour thème la réforme de la protection des majeurs : LPA, 6 juin 2006, n° 112, pp. 4 et sui.

[20] Ph. Malaurie, « La réforme de la protection des majeurs », Defrénois, 30 avril 2007, art. n°38569, n° 8, p. 558., § 2 ; du même auteur, « La réforme de la protection juridique des majeurs », LPA, 28 mars 2007, n° 63, pp. 5 et sui., § 2.

[21] Alors que le Code Napoléon imposait une protection purement patrimoniale, notamment en voulant *« conserver les biens de famille »* : *cf supra* n. n° 20, Ph. Malaurie, art. préc., Defrénois, 30 avril 2007, art. n° 38569, n° 8, p. 558, § 2.

[22] Recommandation n° R. 99 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en date du 23 février 1999. Neuf principes servent à mettre en valeur la personne du majeur. Il s'agit du principe fondamental du respect de la dignité du majeur protégé (principe 1), du principe de souplesse dans la réponse juridique (principe 2), du principe de préservation maximale de la capacité (principe 3), du principe de nécessité (principe 4), du principe de subsidiarité (principe 5), du principe de proportionnalité (principe 6), du principe relatif à la procédure (principe 7), du principe de la prééminence des intérêts et du bien-être de la personne (principe 8) et du principe du respect des souhaits de la personne et de ses sentiments (principe 9).

[23] L. n° 2008-737 du 28 juillet 2008 ratifiant la Convention de la Haye du 13 janvier 2000 portant sur la protection internationale des adultes.

1996 relative à la protection des mineurs[24] sur les points relatifs à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants[25]. La Convention de La Haye répond d'un impératif précis : anticiper le vieillissement de la société, en prenant en charge les personnes atteintes de sénilité, les personnes ayant la maladie d'Alzheimer, les malades mentaux et même les jeunes adultes toxicomanes[26]. Dans tous les cas, les objectifs de la Convention de La Haye tendaient à promouvoir la personne du majeur, en donnant à un ressortissant étranger un niveau de protection équivalant à celui de son pays d'origine. En procédant de la sorte, le droit international s'est évertué à faire valoir l'intérêt de la personne du majeur et la volonté de ce dernier de s'établir dans l'État de son choix, tout en bénéficiant d'une mesure adaptée[27].

Pour prétendre à la mise en lumière de la personne du majeur, antérieurement à la Convention de La Haye, devait s'appliquer en premier lieu la loi nationale de ce dernier, quel que soit l'État dans lequel il se trouvât. Il en était de même si le représentant légal de la personne n'avait pas la même nationalité que le majeur pour lequel il agissait[28]. Cette application de la loi nationale a déjà été évoquée par la Cour de cassation qui le rappelait à chaque fois qu'un conflit de lois survenait[29]. Le juge des tutelles devait rechercher la loi applicable au majeur à protéger. Si le majeur se trouvait en France et que le juge des tutelles français était saisi à cette fin, le principe l'obligeait à rechercher la loi applicable au majeur. Le juge des tutelles, en aucun cas, ne pouvait appliquer à ce majeur la loi du lieu d'ouverture de la mesure de protection[30]. Au contraire, si la loi étrangère devait trouver application, le

---

[24] Th. Fossier, M. Bauer, E. Vallas-Lenerz, *Les tutelles, accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF Editeur, 2011, 5è éd., p. 115.

[25] L. Pécaut-Rivolier, « Droit des majeurs protégés et internationalité des litiges », AJ Fam., D. revues 2008, n° 244 ; V. Avéna-Robardet, « des majeurs vulnérables mieux protégés », AJ Fam. 2008, n°359 ; I. Barrière-Brousse, « Le nouveau DIP des incapacités et la loi du 5 mars 2007 », Dr. fam. 2009, ét. n° 14.

[26] La Convention de la Haye a eu un essor considérable au sein de l'Union Européenne ou en Europe. En effet, elle a été signée par les Pays-Bas le 13 janvier 2000. Ces derniers ont été suivis par le Royaume-Uni le 1er avril 2003, par la Suisse le 3 avril 2007, la Finlande, la Grèce, l'Irlande, le Luxembourg et la Pologne le 18 septembre 2008. Elle a ensuite été ratifiée par l'Écosse le 5 novembre 2003, l'Allemagne le 3 avril 2007 et enfin par la France le 18 septembre 2008. Chypre ou encore la République Tchèque ont également suivi. V. en sens : M.-C. de Lambertye-Autrand, « L'internationalisation de la protection des majeurs vulnérables », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 39 et sui., § 2. C'est par la ratification de la France, constituant ainsi le troisième dépôt de ratification, que la Convention de La Haye a pu entrer en vigueur le 1er janvier 2009. V. ainsi M. Revillard, « La protection internationale des adultes et droit international privé des majeurs protégés », Defrénois, n° 38876, 15 janvier 2009, p. 35 et sui.

[27] La Convention de la Haye trouve une justification dans l'absence de coordination suffisante en raison des régimes nationaux antérieurs de droit international. Comme ces régimes n'avaient pas de règles précises relatives à la compétence internationale de l'autorité judiciaire, ils étaient difficilement conciliables dès lors qu'un conflit de lois surgissait. C'est donc la loi du *for* qui devait trouver une application effective, tant d'un point de vue procédural que des effets relatifs aux mesures de protection.

[28] H. Battifol et P. Lagarde, *Droit international privé*, LGDJ, 7è éd. 1983, t. II, n° 383 et sui. ; B. Dutoit, *La protection des majeurs en droit international privé*, Rev. Crit, DIP 1965, p. 465 ; J. Massip, *Les majeurs protégés*, Defrénois 2002, n°s 823 à 840 ; M. Revillard, « Droit international privé et droit communautaire : pratique notariale », Defrénois 6è éd., 2006, n° 198 et sui. ; Y. Lequette, « Protection familiale et protection étatique des incapables », *D.* 1976, p. 2, n° 1.

[29] Civ. 1ère, 18 janvier 2007, n° 05-20.529, Bull. Civ. I, n° 26, p. 23, JCP G 2007, 46 ; AJ fam. 2007, p. 145, n. L. Pecaut-Rivolier ; Dr. Fam. 2007, comm. n° 70, n. Th. Fossier.

[30] En matière d'état des personnes, les parties n'ayant pas la libre disposition de leurs droits, la Cour de cassation considère que le juge doit appliquer d'office la loi désignée par la règle de conflit, v.

juge des tutelles devait simplement l'appliquer. Ce n'est que lorsque des difficultés d'application de la loi nationale seraient survenues que le juge des tutelles n'aurait pu appliquer la loi française[31].

La Cour de cassation a posé cette exception à la règle de principe[32]. Elle a considéré que des aménagements de la loi applicable pouvaient être apportés. Dès lors qu'un majeur, d'origine allemande, risquait d'être placé sous un régime de curatelle, le juge des tutelles devait établir une comparaison entre la curatelle allemande et la curatelle française, selon le principe d'équivalence[33]. Si le juge relevait une similarité dans les effets des deux curatelles, il pouvait écarter les dispositions de la loi allemande au profit de la loi française régissant la curatelle. À l'inverse, un autre aménagement était également possible. La Cour de cassation a raisonné *a contrario* pour rendre applicable la curatelle allemande à un majeur français se trouvant en Allemagne[34]. En ce qui concerne la tutelle, l'aménagement de la règle de base trouvait également matière à s'appliquer[35]. Si une Canadienne résidait en France, le juge des tutelles pouvait appliquer la loi française, au motif que la loi canadienne permettait l'application de la loi du lieu de résidence ou du domicile de la personne à protéger. Ce

---

Civ. 1ère, 11 octobre 1988 (Rebouh), n° 87-11.198, Bull. Civ. I, n° 278, p. 190, *in* Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, par B. Ancel et Y. Lequette, n° 70-72 ; Gaz. Pal. Rec. 1989, jur. p. 388, n. E.-S. de la Marnierre ; Rev. crit. DIP 1989, 368 et obs. Y. Lequette ; JDI 1989, 349, n. D. Alexandre ; Defrénois 1989, 310, obs. J. Massip ; JCP 1989, II, 21358, n. Dorsner-Dollivet. Civ. 1ère, 4 décembre 1990 (Coveco), n° 89-14.285, Bull. Civ. I, n° 272, p. 193, *in* Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, par B. Ancel et Y. Lequette, n° 70-72 ; Gaz. Pal. Rec. 1991, panor. cass. p. 88 [911099], Rev. crit. DIP 1991, 558, n. M.-L. Niboyet.

[31] Pour une autre illustration de la règle de conflit, v. en ce sens : Civ. 1ère, 11 janvier 2005, n°01-02.473, Bull. Civ. I, n° 21, p. 15 ; Gaz. Pal., 23 juillet 2005, n° 204, pp. 12 et sui., n. J. Massip ; M. Scherer, Rev. Crit. DIP, 15 mars 2006, n° 1, pp. 85 et sui. ; Defrénois 2005, n° 38184, obs. J. Massip ; Dr Fam. 2005, comm. n° 195, n. M. Farge ; *D*. 2005 p. 2924, n. F. Moneger ; JDI 2006 p.955, n. S. Godechot-Patris.

[32] *Ibid*. Dans cet arrêt, un ressortissant allemand qui, à sa demande, a été placé sous curatelle, a saisi la Cour de cassation afin de faire reconnaître que la loi française qui lui a été appliquée lui était préjudiciable, alors que les juges du fond estimaient que la loi française était équivalente à la loi allemande. Les juges de la Cour de cassation ont ainsi rejeté le pourvoi du majeur protégé, aux motifs que *« l'équivalence entre loi appliquée et celle désignée par la règle de conflit, en ce sens que la situation de fait constatée par le juge aurait les mêmes conséquences juridiques en vertu de ces deux lois, justifie la décision qui fait application d'une loi autre que la loi compétente* ».

[33] Req., 29 juillet 1929, D.H. 1929, 458, JDI. 1930, 377; S. 1930, 1, 20 ; Rev. crit. DIP 1931, 334. V. plus récemment, Civ. 1ère, 13 avril 1999, n° 96-22.487, Bull. Civ. I, n° 130, p. 85 ; Gaz. Pal. Rec. 1999, panor. cass. p. 181 [993063], JCP 2000.II.10309 ; Defrénois 1999.1001, obs. D. Mazeaud. Civ. 1ère, n° 92-18.971, 15 novembre 1994, Bull. Civ. I, n° 327, p. 237. Civ. 1ère, 3 avril 2001, n° 99-17.649, Bull. Civ. I, n° 93, p. 60 ; Gaz. Pal. Rec. 2001, somm. p. 2009, note M.-L. Niboyet. Civ. 1ère, 28 janvier 2003, n° 00-15.344, Bull. Civ. l, n° 23, p. 17 ; Gaz. Pal. Rec. 2003, somm. p. 1204 [03720] ; Defrénois 2003, art. 37802, n° 82, p. 1086, obs. J. Massip. Sur la théorie de l'équivalence, v. not. P. Mayer, *Droit international privé*, Domat-Montchréstien, 4è éd., n° 377; H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, 6e éd., n° 726 ; Ph. Malaurie, «L'équivalence en droit international privé», *D*. 1962, chron., 215 ; G. Kegel et K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, 2004 § 15.1, p. 497 ; H. J. Sonnenberger, *Münchner Kommentar*, t. 10, Einleintung IPR, n° 569.

[34] Civ. 1ère, 14 novembre 2006, n° 05-12.353, Bull. Civ. I, n° 481, p. 413, AJ Fam. 2007, p.39, n. L. Pécaut-Rivolier ; Dr. Fam. 2007 comm. n° 70, n. Th. Fossier ; RJPF 2007, p. 15, obs. J. Casey ; D. Guérin-Seysen, « La dimension internationale de la protection juridique des majeurs », RD Sanit. Soc., 29 avril 2011, n° 2, p. 279.

[35] Civ. 1ère, 21 septembre 2005, n° 04-10.217, Bull. Civ. I, n° 336, p. 279, Dr. Fam. 2005, comm. n° 282, n. M. Farge ; AJ Fam., p. 450, n. C. Grimaldi ; RPJF, février 2006, p. 13, obs. A. Boiche ; Rev. Crit. DIP 2006, p. 100, n. H. Muir-Watt.

principe de droit commun n'est pourtant que l'exception, car la Convention de La Haye pose désormais le principe de la loi de l'État dans lequel se trouve le majeur[36].

6. Longuement préparée depuis une dizaine d'années *« sous l'égide de Pierre Méhaignerie [...] »*[37] et avant l'intervention du droit international, la loi du 5 mars 2007 procède à une grande réforme d'ensemble, mais *« ne pouvait s'épanouir en moins de temps »*[38]. L'idée directrice de la loi nouvelle a déjà été évoquée, elle est la suivante : positionner le majeur au centre même de chaque mesure de protection, affirmer sa personne et tendre à faire valoir la prééminence de sa volonté, malgré l'instauration d'un régime de protection. Le majeur doit non plus être considéré comme le possédant d'un patrimoine, mais comme un individu avant toute autre considération de tous ordres. Il convient de *« venir les mains ouvertes vers le faible, traiter l'être humain comme une fin en soi et non pas comme un moyen »*[39]. La loi du 5 mars 2007 va donc transformer la protection des majeurs, celle que l'on connaît depuis l'ancienne protection instaurée par la loi du 3 janvier 1968. Il convenait de supprimer les dysfonctionnements dénombrés dans la loi ancienne[40], la rendant inadaptée aux nouvelles populations d'une société moderne. La réforme est perceptible sur deux aspects fondamentaux de la matière, à savoir la famille et les nouvelles institutions, telles que les mesures de protection traditionnelles, où l'individu doit devenir *« l'acteur de sa propre protection »*[41], et les mesures nouvelles, celles recouvrant un caractère social, ou encore le mandat de protection future, où le majeur définit seul et lui-même les contours de sa protection[42] pour les temps futurs.

7. Seulement, la protection des majeurs véhicule une image négative, quand bien même son principe paraît vertueux. Les régimes de protection sont contraignants et astreignants ; ils sont attentatoires aux libertés fondamentales et rendent dépendantes les personnes concernées. Mais comme l'humain est le leitmotiv de la loi nouvelle, cette dernière met en œuvre les moyens nécessaires permettant au majeur protégé de recouvrir l'autonomie qui le mènera vers une existence quasi-normale, avec ce qu'elle implique de droits,

---

[36] Les autorités appliquent leur propre loi, dès lors qu'un majeur, ayant établi sa résidence habituelle dans l'État de ces autorités, est placé sous régime de protection. La réforme de la protection des majeurs prévoit en effet que la résidence habituelle détermine la loi applicable en matière de régime de protection. La règle de la loi nationale vaut tout aussi bien pour les régimes de protection, qu'ils soient ouverts dans le cadre de la protection personnelle ou dans le cadre de la protection des biens du majeur. Cette règle vaut également pour le mandat de protection future dans lequel le majeur pourra solliciter la mise en œuvre de sa loi nationale, quel que soit l'État dans lequel il établira sa résidence. Ainsi, un majeur établissant en France sa résidence habituelle sera soumis à la loi des autorités françaises, à condition toutefois que sa résidence habituelle soit légalement établie en France. Car, dans l'hypothèse où cela ne soit pas le cas, le principe de droit commun, qui n'est plus qu'une exception, sera pour le coup applicable à ce majeur.

[37] V. *supra* n. n° 20, Ph. Malaurie, art. préc., Defrénois, 30 avril 2007, art. n° 38569, n° 8, p.557, § 1er, et art. préc., LPA, 28 mars 2007, n° 63, pp. 5 et sui., § 1er ; A.-M. Leroyer, « Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », RTD Civ., 15 juin 2007, n° 2, pp. 394 et sui.

[38] V. *supra* n. n° 16, Th. Fossier, art. préc.

[39] V. *supra* n. n° 16, Th. Fossier, art. préc., n° 1, § 30.

[40] Th. Fossier, « Présentation du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs », JCP G 2006, act. 574 ; H. Fulchiron, « Personnes protégées, 2005 : en attendant la réforme », Dr. et patri., 2006, mai 2006, n° 148, pp. 120 et sui.

[41] Fr. Mananga, « Sur les mesures d'application de la réforme de la protection juridique des majeurs », RD. Sanit. Soc., 15 mai 2009, n° 3, pp. 536 et sui.

[42] Th. Fossier, « La réforme de la protection des majeurs, guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », JCP N, n° 11, 16 mars 2007.

d'obligations et de responsabilité(s)[43]. Car l'autonomie doit permettre de surmonter la *« blessure »*[44] ou l'humiliation du placement sous protection. La loi nouvelle tend donc *« à protéger sans jamais diminuer »*[45], sans aliéner, car diminuer la capacité du majeur, c'est diminuer sa personnalité *« dont la plénitude est en soi une liberté civile »*[46] . Même si une part de liberté est accordée, elle reste toutefois sous contrôle : celui du représentant légal, mais aussi sous celui du procureur de la République et du juge des tutelles, exerçant un pouvoir de surveillance générale des mesures[47]. Voir le régime de protection comme une contrainte n'est pas une aberration. C'est une réalité. À part les personnes qui se sentent rassurées par l'instauration d'un tel régime, qui peut dire, dès lors qu'il est placé sous protection, qu'il est satisfait de voir un tiers gérer ses affaires à sa place ? Protéger, c'est une forme de « *privation attentatoire aux droits »*[48]. Mais d'un autre côté, si on ne protège pas la personne qui en a besoin, on l'expose à ce qu'elle exerce dangereusement ses droits, d'abord contre elle, puis contre les tiers à une relation contractuelle. Car il en va de la sécurité juridique de tous.

Alors oui, il paraît vraiment humiliant de se retrouver un jour sous protection. Mais peut-on réellement s'en vouloir de subir une altération de ses facultés mentales ? La nature humaine est ainsi faite, et la défaillance ou la déchéance font partie de la vie. Nul n'est à l'abri un jour de tomber dans la démence. Mais pour surmonter ce sentiment d'humiliation, la loi du 5 mars 2007 aura modifié la sémantique de la protection des majeurs[49]. De *« majeurs*

---

[43] Car un majeur, même protégé, reste civilement responsable de ses actes et des préjudices qui en découlent. L'article 1384, al. 1er, du Code civil ne transfère pas la responsabilité civile du majeur protégé sur les épaules du tuteur, puisque ce dernier ne fait que représenter le majeur dans le sens où il ne peut pas prendre de décisions selon un consentement éclairé. Sachant que le tuteur n'a pas pour mission d'organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie du majeur, à l'inverse des parents d'un enfant mineur (sauf exceptions), les fautes commises par le majeur engagent sa seule responsabilité ou celle d'un organisme qui a en charge cette mission. C'est pourquoi, le majeur est civilement responsable de ses actes dans les conditions de l'article 414-3 du Code civil (anciennement 489-2). V. en ce sens l'arrêt fondateur Ass. Plé., 29 mars 1991, dit « arrêt Blieck », n° 89-15.231, Bull. Ass. Plé. n° 1, p. 1 ; *D.* 1991, *Jur.* P. 324, n. Larroumet ; *D.* 1991, *Somm.* P. 324, obs. Aubert ; *JCP* 1991, II, n° 21673, concl. Dontewille, n. Ghestin ; Gaz. Pal. 1992, 2, Jur. P. 513, n. Chabas ; Defrénois, 1991, p. 729, art. n° 35062, n° 44, obs. Aubert, RTD Civ., 1991, p. 312, obs. J. Hauser. Tout dépend cependant du degré d'autonomie du majeur s'il est en capacité d'avoir une certaine conscience de ses actes, puisque le majeur, comme sa qualité l'indique, n'est pas un enfant pour lequel la question du discernement ne se pose pas. On reconnaît ainsi l'autonomie du majeur dans la protection juridique, ce qui admet que l'on dise de ce dernier qu'il est une personne à part entière. Pour plus d'éléments à ce sujet, *cf* A.-M. Galliou-Scanvion, « L'article 1384, alinéa 1er et la responsabilité du fait d'autrui : un fardeau non transférable sur les épaules du tuteur », Rec. D., 25 juin 1998, n° 24, pp. 240 et sui.

[44] V. *supra* n. n° 24, Th. Fossier, M. Bauer, E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 81.

[45] V. *supra* n. n° 16, Th. Fossier, art. préc., n° 1, §1. L'article en question traite du projet de réforme de la loi du 3 janvier 1968. Les aspects de la réforme seront bien entendus abordés de manière plus détaillée dans les chapitres suivants.

[46] Carbonnier, « Essai sur les lois », Defrénois, 1979. 61.

[47] Sous celui du greffier en chef du tribunal d'instance, en tant que vérificateur des comptes.

[48] F. Delbano, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », Rec. D., 4 novembre 1999, n° 38, pp. 408 et sui.

[49] Le droit allemand écarte lui aussi la notion d'incapacité. Par contre, le droit anglais fait de la notion d'incapacité une sorte de concept fonctionnel. Le *Mental Capacity Act 2005* considère que l'incapacité s'apprécie au moment de la prise de décision. En respectant la volonté du majeur, c'est l'assistance qui prend le pas sur la représentation. Le droit allemand considère que la tutelle ne doit rester qu'à un niveau de pure assistance, depuis la loi de réforme allemande de protection des majeurs en date du 1er janvier 1992. Auparavant, prévalait la « *entmündigung »,* sorte de tutelle à caractère d'incapacité extensive. Le droit anglais, de son côté, estime que la personne est incapable lorsque tous

incapables » sous l'égide de la loi du 3 janvier 1968, on passe aux *« majeurs protégés »* avec la loi nouvelle[50]. Approche qui se veut ici beaucoup plus en rapport avec le sentiment humain… Dire que l'on est « incapable » peut conférer au sentiment de dégradation de sa condition humaine. Que sommes-nous si nous ne sommes pas (plus) capables de nous gérer nous-mêmes ? Voilà bien un ressentiment qui peut amener à se juger soi-même comme inférieur aux autres. Voilà pourquoi le régime de protection ne doit pas être envisagé comme une sorte d'étau dégradant pour la personne. La loi nouvelle l'a bien compris, puisqu'elle supprime le terme *« incapacité »* au profit de *« majeurs protégés »*[51]. Elle tend à mettre de côté certains aspects négatifs de la loi du 3 janvier 1968[52]. Mais on peut se demander si *« la législation appelle à aller plus loin et [...] si le droit n'a pas remplacé la technique de l'incapacité par la technique de la protection »*[53].

Ainsi, le droit volontaire du majeur n'existait nullement, le juge des tutelles pouvant se saisir d'office de toute mesure et définir seul la protection du majeur, dont il résultait une sorte d'*« impérialisme judiciaire »*[54] interdisant aux familles d'intervenir dans le cadre de la procédure. De la même façon, comptes de gestion et procédure ne faisaient pas l'objet d'un contrôle rigoureux et le formalisme étroit imposé par la matière ne trouvait pas

---

les moyens pour l'aider ont été mis en œuvre. Le droit allemand fait même participer le majeur à son autonomisation, le représentant légal ayant les pouvoirs d'amener le majeur à cet état de fait. V. en ce sens M. Roccati, « La protection des majeurs incapables sous l'influence du droit européen », Gaz. Pal., Recueil Mars-Avril 2009, n° 2, p. 732 et sui.

[50] Ou *« vulnérables »*. V. en ce sens : Fr. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil*, *Les personnes*. *Personnalité-incapacité-protection*, Précis Dalloz, 8e éd., 2012, n° 308, pp. 288 et 289, n° 313 pp. 292 et 293 ; Th. Fossier, « La loi du 5 mars 2007, une véritable réforme », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 5 et sui. ; v. *supra* n. n° 16, D. Guével, art. préc., pp. 30 et sui. § 8 ; L. Mauger-Vielpeau, « Les destinataires de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 : une loi d'action sociale ? », *in* Dossier, La réforme des tutelles, RD Sanit. Soc., 15 septembre 2008, n° 5, pp. 809 et sui. ; v. *supra* n. n° 37, A.-M. Leroyer, art. préc. ; Th. Fossier et L. Pécaut-Rivolier, « La protection des intérêts patrimoniaux », *in* Dossier La réforme des tutelles, AJ Fam., 12 avril 2007, n° 4, pp. 167 et sui. D'ailleurs, la loi ancienne n'avait pas cherché à donner une définition de la vulnérabilité ou l'incapacité, mais la loi nouvelle a créé une conception fourre-tout où l'on peut inclure une multitude de personnes en difficulté. La vulnérabilité peut recouvrir bien des sens au sens du droit social seulement : v. Ph. Malaurie, « Dépendance des personnes âgées et solidarité dans le droit contemporain », Dr. fam., n°s 7 et 8, p.16. La notion de « handicap » tend vers la vulnérabilité sans qu'une altération des facultés mentales existe, le handicap n'étant que physique. Dans un intérêt purement sémantique et étymologique, *cf* Ph. Malaurie, « La protection légale protège-t-elle adéquatement le patrimoine du majeur vulnérables ? », LPA, 3 décembre 2008, n° 242, pp. 5 et sui. ; S. Moracchini-Zeidenberg, « L'acte personnel de la personne vulnérable », RTD Civ., 16 avril 2012, n° 1, pp. 21 et sui. Dans tous les cas, la vulnérabilité est à distinguée de la notion de majeur protégé, la première impliquant un accompagnement social, la seconde une protection propre à limiter les conséquences d'une altération médicale. V. en ce sens : Civ. 1ère, 1er avril 2010, n° 09-13.851, inédit, *D.* 2010. Pan. 2115 ; Dr. Fam. 2010. 135 ; RTD Civ., 30 décembre 2010, n° 4, p. 761, n. J. Hauser. V. également les thèses sui. sur la notion de *« vulnérabilité »* : Dutheil-Warolin, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, th. Limoges, dir. Leroy, 2004 ; Lhuillier, *Le droit des adultes vulnérables mais capables*, th. Lyon III ; Lacour, *Vieillesse et vulnérabilité*, th. Toulouse I, 2006 ; Gaulon, *Assurance-vie, vulnérabilité et dépendance*, th. Rennes, dir. Pierre, 2011.

[51] V. *supra* n. n° 20, Ph. Malaurie, art. préc., Defrénois, 30 avril 2007, art. n° 38569, n° 8, p.569 § 11, ou du même auteur, art. préc., LPA, 28 mars 2007, n° 63, pp. 5 et sui., § 11.

[52] Th. Fossier, « Quand le juge (des tutelles) se fait discret », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 46 et sui.

[53] V. *supra* n. n° 50, Fr. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.,* n° 312, p. 290.

[54] V. *supra* n. n° 20, Ph. Malaurie, art. préc., Defrénois, 30 avril 2007, art. n° 38569, n° 8, p.569 § 11, ou du même auteur, art. préc., LPA, 28 mars 2007, n° 63, pp. 5 et sui., § 11.

nécessairement un écho favorable de la part des majeurs. La loi du 5 mars 2007 modernise la conception de la protection des majeurs : le droit volontaire doit (re)trouver une place prépondérante, le juge doit pouvoir intervenir à titre subsidiaire[55] : la famille doit jouer son rôle de protecteur, le juge ne devant intervenir qu'en cas d'impossibilité pour la famille de pourvoir aux intérêts du majeur[56].

8. La loi nouvelle n'échappe pas à certains écueils, puisqu'on lui reproche une réforme complète alors que de *« simples ajustements »*[57] auraient été souhaitables. Mais qu'importent ces considérations. La complexité est peut être accrue avec notamment un volume d'articles dans le Code civil supérieur à ce que proposait la loi du 3 janvier 1968. Il convient également de passer outre toutes les réformes nombreuses en la matière qui peuvent créer l'incompréhension du grand public vis-à-vis de la loi nouvelle. À l'heure où la personne humaine semble de plus en plus ternie par la société de consommation qui prône autrement la richesse matérielle que la richesse humaine, il semble vain de critiquer une loi qui s'évertue à reconsidérer la personne du majeur protégé. Alors, faisons fi des difficultés purement matérielles et juridiques pour prendre en compte l'importance de la personne du majeur. Car l'on se fait une idée de soi à travers le regard des autres. Si la loi ne le fait pas, les individus resteront indifférents aux problèmes des autres, nonobstant les leurs. L'essentiel est de faire une large part à la personne du majeur dans un système juridique sensé et devant par principe protéger la personne[58] en raison d'une conception désormais *« individualiste »*[59] que le législateur veut conçue selon un modèle volontariste. La prééminence de la volonté du majeur doit donc rester sacrée, même si la protection tend vers sa suppléance.

9. Dès lors, la réforme de 2007 a revisité l'Ancien droit ainsi que la loi antérieure. Sa démarcation avec l'ancien système juridique porte sur le fait que le législateur accorde désormais une part importante à la volonté du majeur. Lorsqu'un majeur ne bénéficie d'aucun régime de protection, il se trouve dans un cadre lucide où il peut afficher la prééminence de sa volonté. Par contre, dans un cadre de protection, sa volonté est contrainte et n'est plus à même d'être exprimée de manière parfaitement consciente, occasionnant une perte de connaissance des conséquences se rattachant aux actes du quotidien ou aux actes relatifs à des opérations juridiques complexes[60]. C'est ici que la suppléance de la volonté du majeur prend le pas sur sa prééminence et que le majeur va passer d'une sphère de liberté absolue à une sphère de liberté

---

[55] V. *supra* n. n° 52, Th. Fossier, art. préc. Toutefois, la jurisprudence a admis que l'habilitation judiciaire de l'article 219 du Code civil (ou l'autorisation judiciaire de l'article 217 du même code) pouvait se combiner avec une mesure de tutelle déjà prononcée. La famille, et notamment le conjoint en l'occurrence, doit pouvoir exercer son pouvoir de représentation issu des droits et devoirs découlant du lien matrimonial, en même temps qu'il pourrait exercer une mesure de protection. Les mesures subsidiaires ne resteraient pas ainsi complètement cloisonnées des règles de droit commun de la représentation et il serait envisageable, au demeurant, de combiner les règles des deux régimes pour en ressortir une plus grande efficacité de la protection du majeur. Dès lors, le juge des tutelles, bien qu'intervenant dans la gestion des intérêts du couple, ne contrôlerait que les actes relevant du régime de protection et non de l'habilitation, même s'il doit donner son autorisation à cette fin. *Cf* Civ. 1ère, 18 février 1981, n° 80-10.403, Bull. Civ. I, n° 60 ; RTD Civ. 1982, p. 140, obs. Nerson et Rubellin-Devichi ; JCP 1982, II, n° 19808, n. Prévault.

[56] Idée qui se dégage de l'art. 428 du C. civ., le principe de subsidiarité étant d'interprétation stricte.

[57] V. *supra* n. n° 20, Ph. Malaurie, art. préc., Defrénois, art. n° 38569, juillet 2007, pp. 561, §4 ; du même auteur, art. préc., LPA, 28 mars 2007, n° 63, pp. 5 et sui.

[58] V. *supra* n. n° 50, Th. Fossier, art. préc.

[59] V. *supra* n. n° 37, A.-M. Leroyer, art. préc.

[60] Ces actes sont l'émanation de la volonté de l'individu d'être une personne responsable, consciente de ses actes : v. J. Hauser, « La famille et l'incapable majeur », *in* Dossier, Réforme des tutelles, les acteurs de la protection, AJ fam., 14 mai 2007, n° 5 pp. 198 et sui.

contrariée. Mais malgré ce passage à une liberté apparente, la loi du 5 mars 2007 s'évertue à donner à la personne du majeur une réelle importance, nonobstant toute considération d'ordre patrimonial. Bien que la mesure de protection soit attentatoire aux droits du majeur, il n'en demeure pas moins que l'intérêt de la loi est de maintenir un semblant de capacité, en essayant de maintenir la volonté du majeur dans un cadre autonome.

Tel n'était pas le cas sous l'égide de la loi du 3 janvier 1968. L'article 488 ancien du Code civil[61] ne garantissait pas ce respect de la prééminence de la volonté individuelle, puisque si la société d'après Mai 68 s'orientait davantage vers l'individu, ledit article visait essentiellement la protection du patrimoine[62] de la personne, hors cause médicale. Car mettant à l'écart l'altération des facultés mentales visées aux articles 490, 508 et 512 anciens du même code, la demande de protection se fondait sur des aspects bien plus matériels. Au titre de l'intempérance, de l'oisiveté ou de la prodigalité, une personne pouvait ainsi être mise sous protection, alors même que sa volonté n'était nullement viciée par aucune sorte de pathologie. La protection relevait dès lors d'un comportement plutôt que d'une cause médicale.

10. En ce qui concerne l'intempérance et pour écarter la prééminence de la volonté du majeur**,** la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation[63] a qualifié d'intempérant un père de famille qui imposait à sa fille, âgée de seize ans, les rencontres qu'il faisait avec de nombreuses femmes. En effet, ce dernier se livrait en public et lors de réunions de famille, à « *un spectacle désolant »,* ayant profondément marqué sa fille. La Cour a également retenu que le demandeur ne tenait pas compte des souffrances qu'endurait sa fille. Dans une autre espèce, la Première chambre civile[64] a pareillement qualifié le comportement d'une épouse comme tel, alors même que l'époux entretenait des relations adultérines. C'est au contraire l'épouse qui a été condamnée, car elle avait adopté un comportement pour le moins léger. Selon des témoignages avérés, la conjointe se permettait *« de draguer des hommes et de leur proposer des relations sexuelles ». « La proposition de relations sexuelles était telle qu'elle confinait au harcèlement sexuel, jusqu'à faire fuir les hommes abordés »*. La Cour retient également que ce comportement visait à *« dénigrer le mari selon les propos qu'elle tenait à son égard »*. En faisant abstraction de la fidélité conjugale à son tour, ce dernier s'est tout de même vu excusé de ses fautes, au motif que *« le comportement de sa conjointe rendait intolérable le maintien de la vie commune, et qu'en l'état des choses, il ne pouvait plus jouer son rôle de conjoint »*. L'intempérance a donc été retenue pour caractériser le comportement de la conjointe.

---

[61] Article qui disposait ainsi : *« […]. Est néanmoins protégé par la loi, soit à l'occasion d'un acte particulier, soit d'une manière continue, le majeur qu'une altération des ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts. Peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales. »*

[62] S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », Defrénois, 30 janvier 2009, art. n° 38884, n° 2, pp. 185 et sui.

[63] Civ. 2ème, 27 septembre 2001, n° 99-20.068, inédit, source Légifrance. En l'espèce, la conjointe avait engagé une procédure de divorce pour des motifs de violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et qui rendaient intolérables le maintien de la vie commune. L'épouse avait également demandé que son mari ne puisse plus exercer son droit de visite et d'hébergement à l'égard de leur fille. La Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la conjointe et a confirmé le divorce pour faute et reconnu l'intempérance du mari fautif, intempérance établie par des attestations de témoins.

[64] Civ. 1ère, 19 avril 2005, n° 04-11.911, inédit, source Légifrance. Dans les faits, un mari s'est rendu coupable de tromperie à l'égard de sa conjointe.

Toujours dans un contexte familial, la Première chambre civile[65] pose le principe de l'intempérance au titre de l'alcoolisme qui se retrouve également dans la jurisprudence de la Chambre sociale[66]. L'intempérance[67] est donc une somme de comportements rendant impossible le maintien des conditions de vie ou de travail conforme à la morale qui ressortit à un contexte particulier. Si elle dissout la bonne tenue d'un individu dans son milieu, l'oisiveté peut aller au-delà des conséquences de l'intempérance.

11. La Chambre criminelle [68] a relevé, dans le cadre d'une demande de mise en liberté d'un suspect mis en examen, un caractère d'oisiveté de la part de ce dernier, qui l'avait notamment amené à commettre de nombreuses infractions. La Haute juridiction relève que *« les juges du fond doivent tenir comptes des considérations de fait et de droit sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire […] ; que la détention provisoire est l'unique moyen d'empêcher [le demandeur, qui se complaît dans l'oisiveté,] […] le renouvellement de l'infraction »*.

La Cour d'appel de Toulouse[69] va au-delà de la simple notion d'oisiveté. Elle retient que *« M. X…, dont la nationalité française n'est pas justifiée, vit en France sans titre de séjour ; qu'il a un passé judiciaire chargé, qu'il n'a jamais eu d'activité légale, se complaisant dans l'oisiveté et subvenant à ses besoins par la commission d'infractions portant gravement atteinte à la santé et à l'ordre public »*. La cour d'appel rejette la demande au motif *« qu'il n'a développé aucune activité économique ou professionnelle de nature à justifier sa demande tendant à l'annulation de l'interdiction du territoire national à laquelle il a été condamné »*. Ainsi, l'oisiveté peut être considérée comme une cause délictuelle interdisant de subvenir à ses besoins par des procédés légaux, puisqu'il n'existe aucune ressource ou revenu provenant d'une activité économique. La volonté apparaît comme viciée sur la forme.

12. La prodigalité, enfin, a constitué un cas particulier. La Loi des XII Tables[70] protégeait le patrimoine du majeur en raison de ses dépenses inconsidérées. Le magistrat chargé de mettre en œuvre une curatelle devait rendre un décret d'interdiction qui ne

---

[65] Civ. 1ère, 31 mars 2010, n° 09-14.700, inédit, source Légifrance. En l'espèce, le mari, considérant sa conjointe alcoolique, a quitté le domicile conjugal, alcoolisme rendant, selon lui, intolérable le maintien de la vie commune. Départ justifié selon l'attestation établie par son fils et faisant état de l'alcoolisation journalière de la conjointe. Contrairement à ce que qu'on pourrait penser, la Cour est allée dans le sens de la conjointe, considérant que l'intempérance pour alcoolisation n'était pas établie en l'état, et que le départ du mari constituait une faute. Ce dernier n'a pas vu son pourvoi reçu favorablement, même en invoquant le principe d'égalité des armes et du procès équitable imposé par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui, selon lui, n'aurait pas été respecté lorsqu'il a demandé à ce que sa conjointe subisse des analyses sanguines qui auraient confirmé son alcoolisation, analyses qui n'ont pas été ordonnées.

[66] Soc. 27 mai 1998, n° 97-41.483, inédit, source Légifrance. Un chauffeur poids lourds a fait l'objet d'un licenciement pour faute grave. En effet, ce dernier s'est vu reconnaître son intempérance au motif de son alcoolisation, laquelle avait plusieurs fois été sanctionnée par des avertissements ainsi que par une mise à pied. La Cour retient également que ce chauffeur poids lourds avait conduit son camion en état d'ébriété avancée durant son préavis, et que son comportement était de nature à rendre impossible son maintien dans l'entreprise durant la procédure.

[67] Pour une dernière illustration de l'intempérance, *cf* Civ. 1ère, 1er juillet 1986, n° 84-17.792, Bull. Civ. I, n° 190, p. 186, Defrénois 1986, art. n° 33821, n° 106, obs. J. Massip.

[68] Crim., 17 janvier 2001, n° 00-87.198, inédit, source Légifrance.

[69] Toulouse (CA), 3è ch., 17 septembre 2008, n° de RG 08/00738, source Légifrance.

[70] Loi fondée à Rome entre 451 et 449 av. J.-C. La tutelle ou la curatelle n'étaient pas évoquées, la Loi des XII Tables évoquait davantage la notion de *potestas* (puissance) : v. en ce sens : L. Talarico, *La personne du majeur protégé*, Th. Lyon, 2008, p. 11.

s'appliquait qu'à des actes déterminés dans le cadre du *commercium*[71]. L'Ancien Droit français ne fait aucune distinction entre le prodigue et l'aliéné. Le régime d'interdiction s'applique pareillement, l'interdiction étant prononcée sur demande de la famille ou des créanciers du prodigue, ou encore de son épouse. Un arrêt de 1313 en pose bien les jalons[72]. Toutefois, l'interdiction ne concerne que des actes en particulier et n'est pas générale. À la fin de l'Ancien Droit, Denisart invoque une *« graduation »*[73] des actes qu'un *« conseil judiciaire »* est habilité à passer à la place du prodigue[74]. Avec le Code civil, deux thèses s'opposaient : sanctionner le prodigue de par ses dépenses inconsidérées ou ne pas le sanctionner au titre du droit de propriété, droit considéré comme absolu. Pour Tronchet, *« la prodigalité n'est pas plus nuisible que l'avarice »*[75]. Par contre, pour ses détracteurs, *« le dissipateur ne diminue pas la masse des richesses nationales, il se borne à les déplacer » ; « Comment punir un homme parce qu'il a fait de sa chose un usage qui n'était pas défendu et qui lui convenait à lui, propriétaire, maître, à ce titre, de disposer de sa propriété selon son bon plaisir »*[76]. Ce dont il ressort de ces débats, c'est que *« le droit de ruiner sa famille en contentant de misérables fantaisies et même de honteux caprices »*[77] justifiait une mise sous protection du patrimoine du prodigue. Les deux doctrines se heurtèrent longuement, au point de considérer que la curatelle ne servait à rien[78]. D'ailleurs, les effets de celle-ci ont été davantage mis en œuvre qu'ils n'ont été réduits. Jusqu'à la réforme de 2007, le patrimoine (seul ou pas) justifiera le placement sous protection.

Dans une acception plus moderne, la prodigalité[79] constitue un comportement de nature à obérer le patrimoine. C'est ce qu'a relevé la Première chambre civile[80], ayant confirmé la décision des juges du fond quant au placement sous mesure de protection d'un majeur, notamment en raison *« d'engagements disproportionnés sur des biens personnels, que des dépenses exorbitantes et répétées avaient été réalisées, et qu'elles pouvaient obérer gravement le patrimoine de la personne en l'exposant à se retrouver rapidement dans le besoin »*. Dans une autre mesure, et dans un cadre plus familial, la même chambre[81] a retenu

---

[71] Le *commercium* permettait d'aliéner et d'acquérir selon les règles du *jus civile*.

[72] *Olim*, t. III, p. 849, n° 29, *cf supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.,* n° 203, p.272.

[73] Nouveau Denisart, t. 5, v. « conseil nommé par justice » : *« les uns sont absolument interdits de toute disposition, les autres ne le sont que par rapport à l'aliénation des fonds ; on leur donne un simple conseil, sans l'avis duquel ils ne peuvent contracter ; il y en a qui ne sont gênés que dans un seul genre d'action, par exemple à qui on défend d'entreprendre aucun procès sans l'avis par écrit d'un avocat qui leur est nommé. Le remède change suivant les circonstances, et c'est la nature de chaque affaire qui règle la manière dont on doit pourvoir aux besoins de ceux à qui ces secours sont nécessaires ».*

[74] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n° 203, p. 273.

[75] *Ibid*. La scène s'est déroulée lors de la séance du Conseil d'État, 13 Brumaire An XI.

[76] *Ibid*.

[77] *Ibid*.

[78] selon Batbie et Cauwès.

[79] Pour aller plus loin dans la notion de prodigalité, *cf*; F. Arbellot, *Droit des tutelles*, Praxis Dalloz, 2è éd. 2007, not. n° 71-00 ; L. Pécaut-Rivolier, *Protéger un majeur vulnérable*, Delmas express, 2010, not. chapitre 4 ; A. Batteur, A. Caron-Deglise, M.-C. Dalle, Th. Fossier, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, tutelle accompagnements*, Litec 2009, n° 42 ; L. Pécaut-Rivolier, « La curatelle pour prodigalité, chronique d'une institution disparue », AJ fam. 2009. 223

[80] Civ. 1ère, 24 septembre 2002, n° 00-17.425, Bull. Civ., I, n° 217, p. 167.

[81] Civ. 1ère, 4 janvier 1978, n° 76-13.365, Bull. Civ. I, n° 4, p. 4. Selon le moyen au pourvoi, la Cour de cassation aurait du infirmer la décision de première instance au motif selon lequel la prodigalité n'avait pas été caractérisée en l'état. Mais la Cour a confirmé ce jugement, non pour motif relatif à la prodigalité, mais au motif selon lequel la personne aurait été atteinte d'une altération des

la qualification de prodigalité à l'égard d'un père de famille aux fins de le placer sous régime de protection. En effet, il a été retenu que ce dernier, parce que *« réalisant un ensemble d'actes au profit de sa maîtresse, compromettait gravement ses obligations familiales en laissant sa femme et ses enfants dans le besoin »*. Dans une autre espèce, la même chambre[82] a confirmé le placement d'une mère de famille sous curatelle. La requête en ouverture faisait état de très nombreuses dépenses effectuées déjà dans les années quarante à soixante, outre les bijoux que la majeure a confiés au Crédit municipal afin d'obtenir des liquidités. Pour confirmer le placement sous curatelle, la Cour de cassation s'est contentée de rappeler que *« la personne protégée devait recevoir une aide dans la gestion d'un budget, qu'elle connaissait certaines difficultés financières, qu'elle s'était vue contrainte à déposer ses bijoux au Crédit municipal afin d'obtenir de la trésorerie et que ses enfants ont du racheter ces bijoux, qu'elle connaissait ainsi des difficultés financières auxquelles elle ne savait pas apporter une réponse appropriée »,* et que *« l'état de prodigalité doit être apprécié au jour de la procédure »*. Enfin, dans une dernière espèce[83], la Première chambre civile a confirmé la décision des juges du fond qui tendait au placement du majeur sous curatelle, au motif selon lequel ce dernier présentait des signes d'altération des facultés personnelles. Si la cour d'appel a écarté la notion de prodigalité, car la personne protégée, disposant de 10 000 Francs d'argent de poche, n'en faisait pas usage selon les contrôles opérés, la Cour de cassation a confirmé la décision de première instance au motif selon lequel *« la personne protégée ne pouvait gérer seule son patrimoine dans son ensemble, qu'elle n'en avait pas la capacité, car hors d'état de le faire, et que son entourage devait percevoir ses revenus à sa place »*. En conséquence, l'altération des facultés personnelles peut s'apprécier comme une méconnaissance, un défaut de savoir quant à solutionner une difficulté. Au même titre que la prodigalité, elle revêt un aspect purement matériel, sans que les facultés mentales ne soient remises systématiquement en cause. Dans un cas contraire, un majeur qui vend tous ses biens meubles et immeubles afin de s'acquitter d'une dette fiscale constitue un cas de prodigalité[84].

13. On voit donc que la prééminence de la volonté du majeur pouvait être réduite à sa plus simple expression en fonction des comportements caractérisés par les juges. Un individu qui n'est atteint d'aucun trouble mental[85], dès lors sain d'esprit, mais intempérant, sera placé sous régime de protection et verra sa volonté suppléée pour de simples motifs d'ordre purement patrimonial. On notera que la protection envisagée était liée au comportement même du majeur mais dont les conséquences venaient obérer le devenir du patrimoine en premier, la situation du majeur sur le plan personnel en second. D'où une réelle difficulté

---

facultés personnelles, à même de justifier la mesure de protection. Ainsi, si la prodigalité n'était pas établie, au contraire, l'altération de ses facultés personnelles l'étaient.

[82] Civ. 1ère, 25 février 2009, n° 07-11.517, inédit, Gaz. Pal., 11 juin 2009, n° 162, p. 30, n. J. Casey.

[83] Civ. 1ère, 15 octobre 1996, n° 95-10.903, inédit, source Légifrance. En effet, le majeur disposait d'un patrimoine financier important, comportant notamment des portefeuilles d'actions et de valeurs mobilières, mais qu'en l'état, il était incapable de gérer seul.

[84] Civ. 1ère, 24 octobre 1995, n° 93-21.484, Bull. Civ. I, n° 371, p. 258 ; RD Sanit. Soc., 15 mars 1996, n° 1, obs. Fr .Kessler ; Defrénois, 15 juin 1996, n° 11, p. 732, obs. J. Massip, LPA, 19 juin 1996, n° 74, pp. 32 et sui., n. J. Massip ; à comp. Civ. 1ère, 5 décembre 1973, n° 72-13.234, Bull. Civ. I, n° 340, p. 302, *D*. 1974.229, n. J. Massip, ou encore Civ. 1ère, 2 juin 1992, n° 90-18.316, Bull. Civ. I, n° 170, p. 116, la Cour de cassation indiquant dans ce dernier *« justifie légalement sa décision de maintenir une mesure de curatelle prise par le tribunal qui constate que la réunion des conditions exigées par l'article 488, alinéa 3, du Code civil en retenant la prodigalité de l'intéressé et en analysant comment la mesure de curatelle avait évité qu'il n'aliène le dernier élément important de son patrimoine dont les loyers lui permettent de payer la pension alimentaire due à son épouse »*.

[85] Ce qui, par voie de conséquent, ne rend pas obligatoire la délivrance d'un certificat médical circonstancié. V. *supra* n. n° 84, Civ. 1ère, 24 octobre 1995 préc.

pour établir au mieux la protection adéquate d'après cette logique. En tout état de cause, les juges pouvaient ainsi suppléer la volonté du majeur sur de simples faits compromettant l'exécution des obligations familiales. Il résultait une conciliation difficile entre la logique matérialiste et la logique psychologique, cette dernière étant le point de réflexion de l'article 490 ancien du Code civil. La suppression par la loi nouvelle de la prodigalité, de l'oisiveté ou de l'intempérance[86] dans le cadre de la curatelle démontre en tout cas que la logique matérielle doit s'effacer, puisque toute altération des facultés mentales ou physiques doit ressortir d'un contexte médical[87]. La suppléance de la volonté du majeur ne doit se justifier que pour le seul motif relatif à l'existence d'un trouble de l'expression de la volonté. Seulement, la construction de la loi du 3 janvier 1968 plaçait la suppléance de la volonté du majeur en dehors de toute cause médicale avant justement la suppléance de toute volonté motivée par le cadre médical.

14. La loi du 5 mars 2007 met de côté cet aspect matérialiste, puisqu'elle a purement et simplement supprimé la curatelle pour prodigalité[88]. La place de l'individu est si importante aujourd'hui que la loi du 5 mars 2007 l'a rétablie de la sorte, au point d'affirmer la prééminence de sa volonté et de la maintenir le plus longtemps possible. Le décret d'application du 5 décembre 2008 prévoit ainsi la mise en œuvre de la loi du 5 mars 2007[89] et notamment la mise en lumière de la personne du majeur. Le patrimoine n'est désormais plus seul pris en compte. Il importe peu même qu'une personne ait un patrimoine ou non. En conséquence, c'est la personne elle-même qui bénéficie de la protection à titre principal, et accessoirement son patrimoine si elle en a un. D'ailleurs, c'est sur ce point fondamental que la loi du 5 mars 2007 traduit l'évolution souhaitée. Ainsi, disparaissent de manière irrévocable les motifs de placement sous régime de protection de l'article 488 ancien du Code civil. L'oisiveté, la prodigalité ou l'intempérance appartiennent désormais au passé[90]. L'altération des facultés personnelles, de son côté, doit être corroborée par l'altération des facultés mentales ou une incapacité physique empêchant l'expression de la volonté. Par ce biais, c'est reconnaître qu'une personne est libre de disposer de ses biens tel qu'elle le conçoit, du moment qu'aucune altération de ses facultés mentales ou physiques ne traduit un acte irréfléchi de sa part.

Toute mesure de protection juridique ne peut désormais être ouverte que selon un critère unique. Doit ainsi être constatée médicalement l'altération des facultés mentales, ou bien à défaut, l'incapacité physique de la personne devant l'empêcher d'exprimer sa volonté[91]. Les considérations d'ordre patrimonial pour l'ouverture d'une mesure de protection

---

[86] V. *supra* n. n° 62, S. Thouret, art. préc. ; v. *supra* n. n° 16, Th. Fossier, art. préc., n° 1, § 27 ; v. *supra* n. n° 20, Ph. Malaurie, art. préc., Defrénois, 30 avril 2007, art. n° 38569, n° 8, § 11, ou du même auteur, art. préc., LPA, 28 mars 2007, n° 63, pp. 5 et sui., § 11.

[87] V. *supra* n. n° 24, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 57.

[88] V. *supra* n. n° 24, Th. Fossier, M. Bauer, E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 179 ; A. Caron-Deglise, « L'ouverture d'une mesure de protection, les principaux aménagements de la loi », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 50 et sui.

[89] D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le Code de procédure civile, JORF n° 0285 du 7 décembre 2008 page 18646, texte n° 7 ; Fl. Fresnel, M. Péninon-Jault, « la protection juridique des majeurs : commentaire du décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 », Gaz. Pal., 28 et 29 janvier 2009, n° 28 et 29, p. 4.

[90] V. *supra* n. n° 37, A.-M. Leroyer, art. préc.

[91] C. civ., art. 425 : *« Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit des facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté, peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre.*

sont révolues, seul l'aspect médical prévaut sur tout autre argument. Le patrimoine, existant ou non, n'est plus le critère essentiel de la protection.

15. De la prise en compte de la personne du majeur protégé, découle son corollaire d'aménagements. L'évolution en la matière[92] se traduit notamment par certaines mesures censées mettre en avant la prééminence de la volonté du majeur[93].

Ainsi, la loi renforce le placement sous protection juridique d'un majeur selon la seule cause médicale. Cette idée même de la protection médicale ressortait déjà de la jurisprudence. La Première chambre civile[94] a posé le principe selon lequel le juge des tutelles ne peut placer une personne sous protection pour altération des facultés mentales, sans que cette altération ne soit constatée médicalement[95]. Le certificat médical attestant de l'altération des facultés mentales doit en outre être établi par un médecin inscrit sur une liste renouvelée annuellement par le procureur de la République. Si ledit certificat était déjà une norme sous le coup de la loi du 3 janvier 1968, celui-ci l'est tout autant avec la loi nouvelle, si ce n'est plus.

Si la loi du 3 janvier 1968 faisait qu'une mesure prononcée l'était sans limitation de temps, la loi du 5 mars 2007 oblige le juge des tutelles, lors de l'ouverture d'une mesure de curatelle ou de tutelle, à la prononcer pour une durée déterminée[96] et à la réviser avant échéance, afin de ne pas limiter les droits du majeur protégé, pour ne pas *« s'en emparer »*[97]. L'intérêt de la révision est de dire si la mesure est toujours ou non nécessaire, et si tel est le cas, la réadapter à la situation du majeur afin de dire si ce dernier est toujours en capacité d'exprimer un avis, même réduit, ou si sa volonté a recouvré toute sa lucidité[98].

Dans un autre registre, la loi nouvelle propose la création du mandat de protection future, mesure concrétisant par convention *« une incitation formidable au droit volontaire »*[99], permettant à une personne saine d'esprit aujourd'hui de désigner à l'avance la personne qui s'occupera d'elle et de ses intérêts pour le jour où elle ne sera plus apte à le faire seule. Le

---

S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions ».

[92] H. Fulchiron, « Chronique relative aux personnes protégées : nouveau droit, nouveaux droits », Dr. et patri. avril 2008 à mai 2009, novembre 2009, n° 186, pp. 104 et sui. ; L. Pécaut-Rivolier, « Protection judiciaire des majeurs : entrée en vigueur de la réforme », Rec. D., 3 avril 2008, n° 14, p. 968.

[93] La lettre Omnidroit, « Tutelles, Aménagement des régimes de protection des majeurs », 13 mai 2009, n° 50, pp. 8 et 9.

[94] Civ. 1ère, 15 juin 1994, n° 92-19.680, Bull. Civ., I, n° 213, p. 155 ; Rec. D. 19 janvier 1995, n° 3, obs. J. Massip ; Defrénois 1994, 1450, obs. J. Massip.

[95] Exception faite de la curatelle pour prodigalité.

[96] Selon l'article 441 du Code civil. V. également Th. Verheyde, « Propos introductifs », *in* Dossier, Majeurs protégés : bilan de la réforme, AJ fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 180, article dans lequel l'auteur considère que la mesure initiale doit pouvoir être prononcée pour une durée supérieure à cinq ans, lorsque l'état de santé du majeur n'est susceptible d'aucune amélioration selon les données acquises de la science. Cette position n'est pas critiquable en soi et serait même utile, mais la limitation de la durée initiale permet au moins de revoir la situation du majeur, tout en contrôlant l'activité du représentant légal. En tout cas, l'auteur a été entendu, puisque la loi du 16 février 2015 permet de mettre en place une tutelle, et seulement une tutelle, pour une durée de dix ans, à la seule condition que l'état de santé de la personne ne puisse s'améliorer : *cf* L. n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JORF n° 0040 du 17 février 2015, p. 2961, texte n° 1.

[97] V. *supra* n. n° 52, Th. Fossier, art. préc.

[98] Au regard du principe de proportionnalité.

[99] Ph. Potentier, « Forces et faiblesses du mandat de protection future », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 74 et sui.

mandat de protection future permet de passer outre les régimes de protection institutionnels afin de permettre une protection voulue et adaptée à la situation de la personne à protéger.

D'autres modifications sont intervenues et relèvent plus de la sémantique. La dénomination *« administration légale sous contrôle judiciaire »* disparaît au même titre que l'appellation *« tutelle ou curatelle d'État »*[100]. On ne parle plus désormais que de tutelle, de curatelle ou de représentant légal en qualité de tuteur ou de curateur. Enfin, des règles procédurales ont également été modifiées, telles les modalités de saisine du juge des tutelles, la compétence territoriale du juge des tutelles ou encore les modalités de recours[101].

16. Cependant, si le droit de la protection des majeurs a enfin tendu vers la protection de la personne du majeur et la prise en compte de sa volonté, le droit de la famille y était parvenu bien avant. Au point de dire que l'aspect statique du droit de la protection des majeurs n'a pas suivi l'évolution du droit de la famille qui, lui, a su évoluer en fonction de l'évolution de la société[102], dans laquelle la famille constitue *« la cellule vitale de la société, mode irremplaçable d'ancrage de la personne dans le groupe, refuge unique lorsque tout, ailleurs, est détruit »*[103].

17. Pourtant, la prise en compte de l'individu ou de sa volonté n'a pas été appréciée de la même manière dans le passé. La notion même de capacité relevait d'une appréciation bien particulière. Le droit romain, le droit canon ou encore l'Ancien Droit français ont posé pour les uns, repris pour les autres, la notion d'incapacité. Rappelons tout d'abord que la capacité s'entend de la *« capacité de jouissance »* et de la *« capacité d'exercice »*. Dans le cas contraire, on parle *« d'inaptitude de jouissance »* ou *« d'exercice »*[104], ou bien *« d'incapacité de jouissance »* ou *« d'incapacité d'exercice »*[105].

Sous l'Empire romain[106], la pleine capacité ne pouvait s'acquérir que selon que l'individu disposait de trois statuts, tels que *libertatis, civilatis* et *familiae, id est* être libre,

---

[100] Ces appellations ont été utilisées dans les dernières décisions suivantes : Civ. 1ère, 9 décembre 2009, n°s 07-13.981, 08-14.023 et 08-21.181, inédits, source Légifrance ; Civ. 1ère, 20 mai 2009, n° 08-12.923, inédit, *D.* 2009. Pan. 2183, J.-J. Lemouland ; RJPF 2009-9/17, obs. A. Caron-Déglise ; RTD Civ., 15 mars 2010, n° 1, pp. 80 et sui., n. J. Hauser.

[101] Civ. 1ère, 27 mai 2010, n° 09-16.094, Bull. Civ. I, n° 24, *D.,* 14 juin 2010 ; « Réforme des tutelles : les recours sont jugés selon les règles applicables lors du prononcé et de la décision de première instance », AJ Fam., 26 juillet 2007, n° 7, p. 332, obs. L. Pécaut-Rivolier. V. *infra* les développements consacrés ces éléments.

[102] Fl. Fresnel, « La personne protégée et le mandant à effet posthume », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 54 et sui. ; pour une autre appréciation de l'évolution du droit de la famille, *cf* B. Weiss-Gout, « Propos introductifs (aux États Généraux du droit de la famille) », Gaz. Pal., 30 mars 2013, art. n° 124v5, n° 89, pp. 7 et sui.

[103] Fr. Terré et D. Fenouillet, *Droit Civil, La famille*, Précis Dalloz, 8ème éd., 2011, n° 1, p. 1.

[104] Carbonnier, *Droit civil. Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, Thémis, 21è éd. 2000, n° 99, pp. 180 et 181. Pour information, on rappellera qu'il existe aussi les incapacités naturelles et légales, ainsi que les incapacités de prévention et de protection. Pour une définition plus ample et le remède au problème lié à la représentation de l'incapable : v. en ce sens Carbonnier, *op. cit*., nos 99 à 101, pp. 180 à 186.

[105] V. *supra* n. n° 53, Fr. Terré et D. Fenouillet, *op. cit,* n°s 294 et 295, p. 287 ; Maria, *Les incapacités de jouissance, étude critique d'une catégorie doctrinale*, Defrénois, t. 44, 2010 ; Boulogne-Yang-Ting, *Les incapacités et le droit des sociétés*, LGDJ, t. 470, 2007. Houin, « Les incapacités », RTD Civ., 1947.383. La notion d'incapacité de jouissance ou d'exercice reste discutée par la doctrine.

[106] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 172, p. 229. La première rappelle qu'un individu est apte à être titulaire de droits dès lors que l'individu a le statut de personne. L'adage *« infans conceptus »* est suffisamment éloquent pour rappeler à chacun qu'un enfant qui n'est pas encore né n'a qu'un « statut » de *foetus*, et qu'en l'occurrence, il n'est pas, juridiquement parlant, une personne. D'ailleurs, ne prononce-t-on pas de sanctions à l'égard de la mère enceinte, victime d'un

Romain et ayant son droit propre[107]. Autant dire que les esclaves ne pouvaient revendiquer le droit à disposer de cette capacité, eux qui étaient considérés comme des objets et dont on ne tenait jamais compte de la volonté. L'Ancien Droit n'en disposait pas autrement et n'accordait aucune capacité de jouissance aux lépreux, bâtards, serfs, aubains, Juifs, Sarrazins ou hérétiques.

L'âge pouvait justifier aisément que la personne ne pût mettre en œuvre ses droits[108]. Ainsi, l'impubère, en droit romain, n'a pas de père et nécessite d'être placé sous protection, étant *sui iuris* en conséquence. L'enfant incapable rentrait dans la pleine capacité à partir de ses douze ans pour la fille et quatorze ans pour le garçon[109]. Mais l'entrée dans cette pleine capacité se faisait progressivement, selon trois étapes : *infantia*, *infantiae proximus* et *pubertati proximus*[110]. L'impuberté de l'enfant nécessitait donc que l'on désignât un tuteur afin d'exercer ses droits à sa place. Ainsi, comme le disait le jurisconsulte Servius Sulpicius, reprenant Paul[111], *« la tutelle est une puissance sur une personne libre, pour protéger celui qui, en raison de son âge, ne peut se défendre ».* L'idée même de « tutelle » est absolument contradictoire avec la notion d'impubère. Bien que l'enfant soit libre par nature, il ne peut utilement *« se défendre »* et en conséquence ne peut faire valoir ses droits. La Loi des XII Tables[112] s'évertuait d'ailleurs à procéder à la désignation du tuteur à travers la tutelle testamentaire, ou à défaut, la tutelle légitime.

La tutelle dative se rajoutera par la suite vers la fin de l'Ancien Droit[113]. Quel que soit le type de tutelle instaurée, on disait de la mesure qu'elle était *munus virile*, une charge virile qui ne pouvait être exercée que par un homme[114]. On peut aussi rajouter que le juge de droit commun, ou encore le prêteur tutélaire, était le seul organe de tutelle à Rome, ce magistrat

---

accident de la circulation, qui tue, par la même occasion, son futur enfant ? En tout état de cause, dès lors que l'on ne peut être déclaré responsable pour la mort accidentelle d'un *foetus*, il s'en déduit à juste titre que ce dernier ne peut être titulaire de droit, et donc, n'a pas le statut de « personne ». La seconde se déduit logiquement de la première. Si l'on est apte à jouir de ses droits, l'on doit être tout aussi capable de pouvoir les mettre en œuvre en les exerçant.

[107] *sui iuris,* ou « droit propre ». V. à ce sujet *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 59, p. 49.

[108] Parce que la minorité confère une *« incapacité de principe »* : *cf* Cornu, *« L'âge civil », in* Mélanges Roubier, 1961, t. II, 9 ; Prévault, « Vers un nouveau statut juridique du mineur », S. 1957, chron. 21 ; Rassat, « L'autorité parentale à l'épreuve de l'adolescence », *in L'autorité parentale à l'épreuve*, sous dir. Foyer et Labrusse-Riou, Économica, 1983, pp. 41 et sui. ; Gisser, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs, une institution en cours de formation : la prémajorité », JCP 1984, I, 3142 ; Lemouland, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », RTD Civ. 1997, 1 et sui. ; Gridel « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, chron. 90 ; Roque, « La prémajorité », Dr. fam., 2009, ét. 20.

[109] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 175, p. 231. V. à propos de l'âge *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 92, p. 105.

[110] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n°175, p. 232. Dans l'ordre : qui ne peut parler, qui n'a pas encore l'âge de raison et qui dispose d'un discernement et s'oblige par ses délits, puisque considéré *doli capax* (en capacité de comprendre).

[111] Paul, *D*. 26, 1, 1, pr, et Inst. 1, 13, 1.

[112] Loi fondée à Rome entre 451 et 449 av. J.-C. La tutelle ou la curatelle n'étaient pas évoquées, la Loi des XII Tables évoquait davantage la notion de *potestas* (puissance) : v. en ce sens *supra* n. n° 70, L. Talarico, th. préc. p. 11.

[113] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n°s 176 et 177, pp. 233 et 234.

[114] Toutefois, une exception semblait admise et concernait la mère qui pouvait être désignée tutrice de ses enfants, comme en fit état Tite-Live, notamment après certains évènements qui se sont produits en -186, durant lesquels un enfant vit ses tuteurs mourir : la mère eut le droit de reprendre l'exercice de la tutelle, parce que cet enfant était le sien. Cette exception d'exercice ne valait que si le lien maternel entre l'enfant et la mère existait.

confiant la gestion de la mesure au tuteur, à travers l'*auctoritas et négotiorum gestio,* un pouvoir de gestion[115] dans lequel le tuteur devait accepter d'être *auctor*. Ce pouvoir de gestion avait pour finalité de gérer les intérêts de l'impubère, ou pupille. Selon la Loi des XII Tables, l'*auctor* devait répondre de ses actes selon le devoir moral qui lui incombait, le *munus*, devoir proche de celui d'un magistrat. Le mineur ne pouvant utilement engager une action contre son tuteur, cette dernière pouvait être engagée par quiconque (*quivis ex populo*), action qui tendait à sa destitution. Une autre action pouvait être engagée contre le tuteur dès lors que celui-ci avait détourné des fonds appartenant au mineur : l'action *rationibus distrahendis* devait permettre à l'impubère de récupérer le double des détournements dont il avait fait l'objet. Sous Cicéron, c'est l'*actio tutelae*[116] qui prenait le relai : l'impubère pouvait agir directement contre son tuteur, quelles que soient les fautes commises[117].

Concernant les mineurs de vingt-cinq ans, il est à noter qu'ils n'étaient plus impubères à partir de l'âge de douze ou quatorze ans, mais restaient mineurs jusqu'à leurs vingt-cinq ans. Le droit romain prévoyait un statut pour ces mineurs, mais seulement les garçons, puisque les filles restaient sous le coup d'une tutelle perpétuelle. En tout état de cause, les garçons étaient protégés par le jeu de la *lex laetoria* : en droit des affaires, le mineur inexpérimenté était protégé des tromperies, la *lex laetoria* instituant le délit de *circumscriptio minoris*[118]. À ce principe, s'ajoutait une exception introduite par l'édit du prêteur. Ce dernier a rajouté au *circumscriptio minoris* la faculté d'annuler un acte dolosif, en plus de la pénalité concédée à l'auteur de l'acte. Cette annulation passait par l'exercice de l'action *restituo in integrum ob aetatem*[119]. Afin de garantir un maximum de protection au mineur, Marc-Aurèle a généralisé la curatelle, en dehors même de la seule cause liée à la débauche ou à la faiblesse d'esprit du mineur. Ainsi, la *lex laetoria* admet que le mineur se voit désigner un curateur pour le protéger dans ses intérêts patrimoniaux[120]. Enfin, au Bas Empire, la tutelle a tendance à se généraliser : le mineur est désormais incapable jusqu'à ses vingt-cinq ans. Toutefois, la *venia aetatis*[121] permet de limiter le degré d'incapacité avant la limite des vingt-cinq ans.

18. Si par la suite, le droit coutumier protège les jeunes gens par le jeu de la *« garde seigneuriale »*, la *« garde noble »*, la *« garde bourgeoise »* ou le « *bail familial des fiefs »*[122], l'évolution de l'incapacité des mineurs aboutira à la résurgence de la tutelle et de la curatelle. L'Ancien Régime reprendra le droit romain quant à l'âge déterminant le seuil de capacité ou d'incapacité[123]. Les trois étapes de l'incapacité de l'impubère seront purement et simplement écartées. On observera toutefois une sorte de régionalisme s'installer, les coutumes locales faisant que la tutelle ou la curatelle auront un essor familial, avec une superposition de structures[124] : le tuteur, l'assemblée des parents et le juge. Le tuteur désigné a une obligation de rendre compte de sa gestion et de dresser un inventaire[125], telle que le prévoit le droit

---

[115] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 177, p. 235.

[116] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 178, p. 237.

[117] Ce qui s'apparente ici à une forme de prise en compte de la volonté du mineur.

[118] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 179, p. 239. L'auteur du délit se voyait frapper d'une pénalité.

[119] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 180, p. 239.

[120] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 181, p. 240.

[121] Ou « remise de l'âge », qui permet de réduire les effets d'une incapacité en totalité ou en partie avant l'âge de vingt-cinq ans : v. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 181, p.241.

[122] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 183, pp. 242 et 243.

[123] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 188, p. 247.

[124] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 189, p. 249.

[125] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 190, p. 250. Ce qui correspond en tout point au droit positif d'aujourd'hui.

romain. La Révolution mettra un terme définitif aux institutions féodales, telles que la garde noble ou la garde bourgeoise[126]. Les mineurs deviennent capables à l'âge de vingt-et-un ans, et non plus vingt-cinq ans comme en droit romain.

Enfin, les tribunaux de famille apparaissent afin de prononcer des placements sous tutelle (décret des 16-24 août 1790). Mais ils disparaîtront sous le Directoire. De son côté, le Code Napoléon admettra que le père exerce la tutelle de ses enfants au jour du décès de la mère, mais le droit coutumier ne s'applique pas en l'occurrence : la tutelle n'est que testamentaire ou légale, elle ne peut être dative. Au XX^{e} siècle, le conseil de famille tend à s'effondrer et se trouve remplacé par un tribunal civil, selon une loi du 2 juillet 1907. Mais l'insuccès de la mesure conduira en 1939 à créer un conseil des tutelles[127] instauré par canton et composé de personnes s'intéressant à la personne du mineur. La loi du 14 décembre 1964[128] viendra le supprimer au profit du conseil de famille. La même loi créera la tutelle de l'État. Enfin, la loi du 5 juillet 1974[129] rabaissera la majorité à l'âge de dix-huit ans révolus.

19. Progressivement, l'intérêt pour la personne du mineur ou du majeur affleure. Le droit de la filiation a suivi une évolution dans le sens de la prise en compte de l'individu. Une différence de traitement entre enfants de toute nature était mise en œuvre dès lors qu'on opposait des enfants naturels, adultérins ou incestueux à des enfants légitimes[130]. Jusqu'à la loi du 5 juillet 1956[131], cette logique prédominait. L'homme qui aura conçu un enfant adultérin sera en droit de demander sa légitimation à la seule condition que cet enfant ne soit pas en concurrence avec des enfants légitimes issus de l'union de cet homme avec sa femme « légale ». Autrement dit, si un couple n'a pas d'enfant, le père seul peut demander la légitimation de l'enfant issu d'un autre lit. Mais seule la légitimation *a patre* était envisageable, celle *a matre* ne pouvait l'être[132], sauf si le mari désavouait l'enfant. On voit ici une palpable évolution des mœurs de l'époque. Certes, elle est très restrictive, mais elle amorce les réformes successives à partir des années soixante-dix.

La loi du 3 janvier 1972[133] a contribué à promouvoir une certaine égalité des filiations. Mais des différences demeurent. Ainsi, rompant avec la restriction des conditions de légitimation des lois anciennes, la loi du 3 janvier 1972 instaure la légitimation pour tous les

---

[126] Dans la nuit du 4 août 1789.

[127] Décret-Loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française, JORF du 30 juillet 1939, p. 9607.

[128] L. n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, JORF du 15 décembre 1964, p. 11140. Le mineur pourra donc agir comme un majeur en faisant prévaloir sa volonté ; seulement, cette volonté sera limitée puisque le commerce lui reste interdit, alors que le mariage réclame toujours l'autorisation des parents. Par contre, sa responsabilité civile est reconnue pleine et entière au même titre qu'un majeur.

[129] L. n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à 18 ans l'âge de la majorité, JORF du 7 juillet 1974, p. 7099. *Cf supra* n. n° 53, Fr. Terré et D. Fenouillet, *op. cit,* n° 371, pp. 337 et 338 pour en connaître les rasions.

[130] La loi du 30 décembre 1915 interdisait en effet la légitimation des enfants adultérins, dans la mesure où un homme était déjà le père d'un enfant légitime. La légitimation en ce cas était proscrite, car, en permettant de légitimer l'enfant adultérin, l'homme serait considéré comme père de plusieurs enfants légitimes, issus de deux mères au moins, ce qui laissait sous-entendre une sorte de bigamie.

[131] L. n° 56-656 du 5 juillet 1956 portant sur la légitimation des enfants adultérins, JORF du 6 juillet 1956, p. 6263.

[132] Puisque la femme n'avait pas l'autorité dans le couple qui lui est reconnue aujourd'hui.

[133] L. n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, JORF n° 0003 du 5 janvier 1972, p. 145 ; V. *supra* n. n° 103, Fr. Terré et D. Fenouillet, n° 395, pp. 352 et 353 ; Cornu, « La naissance et la grâce », *D.* 1971, chron. n° 165 ; Aubert, Goubeaux et Gébler, Defrénois 1971, I, 29891 ; Massip, Morin, Aubert, *La réforme de la filiation*, préf. Carbonnier, 3^{è} éd. 1976.

enfants « naturels ». Qu'ils soient naturels strictement, adultérins ou incestueux, ces enfants rentraient dans les conditions de légitimation. Les enfants adultérins ou incestueux se sont vus accorder la légitimation des enfants naturels, suivant des conditions bien déterminées[134]. Concernant les enfants adultérins, la loi du 3 janvier 1972 laissa telle qu'elle était leur situation dès lors qu'ils étaient *a patre*. Les conditions de la loi du 5 juillet 1956 restèrent ainsi, mais c'est la condition de la situation de l'enfant adultérin *a matre* qui fut légèrement modifiée[135]. Quant aux enfants incestueux, leur légitimation resta proscrite même sous l'égide de la loi de 1972, comme le préconisait la loi du 7 novembre 1907, dès lors que l'enfant eût été conçu, dans le cadre d'une situation d'empêchement à mariage, par des personnes entre lesquelles l'empêchement à mariage ne pouvait être levé[136].

Pour autant, la loi du 3 janvier 1972 maintint l'interdiction de légitimation par mariage subséquent : cela supposant un mariage nécessairement prohibé entre les auteurs de l'enfant et l'établissement préalable du lien de filiation, laquelle devait être établie par chaque auteur. Si la loi du 3 janvier 1972 ne pouvait alors établir une égalité de traitement pour chaque « catégorie » d'enfants, elle permit tout de même aux enfants adultérins de se faire légitimer par l'autorité judiciaire, à la demande de celui des parents à l'égard duquel la filiation était légalement établie[137].

L'évolution et la transformation du droit de la filiation ne seraient pas complètes si l'ordonnance du 4 juillet 2005[138] n'était pas venue apporter une réforme fondamentale dans le statut des enfants. Ladite ordonnance est venue parachever cette évolution législative en affirmant qu'il n'y a plus que des enfants *stricto sensu*. Les enfants légitimes, les enfants naturels, les enfants adultérins ou incestueux n'existent plus. Désormais, ils sont « enfants » en tant que tels, sans distinction entre leur légitimité ou non. D'ailleurs, la suppression de cette qualité se retrouve dans le visa de l'article 342 du Code civil. Le terme « naturel » disparaît de l'alinéa 1er qui disposait que *« tout enfant naturel dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la durée légale de la conception »*. L'ordonnance du 4 juillet 2005 prévoit la même chose désormais, mais pour tous les enfants, quels qu'ils soient.

20. Le droit du couple a également laissé entrevoir une évolution dans le sens de la prise en compte de l'individu, et notamment le sort de la femme.

---

[134] Avant 1972, si les enfants naturels pouvaient se faire légitimer selon la reconnaissance de paternité, ou selon l'action en recherche de paternité ou de maternité, les enfants adultérins ou incestueux ne pouvaient en bénéficier.

[135] La portée et la force de la présomption de paternité virent leur champ d'action réduit, ce qui permit d'étendre le domaine de légitimation des enfants adultérins.

[136] Même par dispense accordée par le Chef de l'État, notamment entre frère et sœur.

[137] La conséquence de tout ce qui suit est de voir quels sont les effets de la légitimation. L'enfant naturel légitimé bénéficiera alors de l'inscription de sa qualité d'enfant dit « légitime », inscription de cette qualité en mentions marginales sur les actes de l'état civil. En outre, la légitimation lui fera acquérir la qualité d'enfant dit « légitime », en lui octroyant les droits et devoirs de l'enfant légitime. Il sera d'ailleurs mis sur le même pied d'égalité que ce dernier. Les parents peuvent alors exercer leurs prérogatives à son égard. Mais surtout, la conséquence qui en ressort est que cet enfant a vocation successorale. En outre, l'enfant légitimé, désormais, est protégé des éventuels enfants adultérins. Il conservera sa part successorale intacte quand bien même il serait en concurrence avec un enfant adultérin. Ce qui en l'occurrence démontre ici que la loi du 3 janvier 1972 n'est pas totalement égalitariste et tend malgré tout à préserver les droits et devoirs qui découlent du caractère légitime ou légitimé.

[138] O. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JORF n° 156 du 6 juillet 2005, p. 11159, ainsi que L. n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, JORF n° 0015 du 18 janvier 2009, p. 1062.

En droit romain, la femme *sui iuris*, en tant que telle et nubile, relève d'office d'un régime d'incapacité. De même, si elle est placée sous la *potenta* du *paterfamilias*, et *a fortiori* si elle est soumise à la *manus* de son époux, l'incapacité est établie. Le droit romain qualifie l'incapacité en une incapacité de *« jouissance »*. Dans ce cas, la femme est *alieni iuris*. Par contre, si elle n'a pas l'âge nubile, l'incapacité relève davantage de l'incapacité d'exercice[139]. On peut relever que l'incapacité de la femme, qui l'empêche de faire seule certains actes, se manifeste par la *conventio in manum,* avec le passage du patrimoine de la femme dans celui du mari[140], l'aliénation des *res mancipi,* à savoir le transfert de biens, ou encore le fait de contracter une obligation.

La conséquence de cette incapacité est l'instauration de la tutelle perpétuelle. Pour prétendre à la levée de la tutelle du mari ou du père, la femme devait pouvoir bénéficier de l'abandon du *manus*[141]. La raison de cet abandon n'est pas clairement établie. Ulpien[142], en parlant du sénastus-consulte Velléien, a évoqué la notion *d'imbecilitas sexus,* afin de justifier l'abandon du *manus*. Par la suite, la tutelle n'a pas évolué : l'édit du prêteur a établi que la liste des actes que la femme n'a pas le droit de faire sans tuteur n'a pas connu d'évolution nouvelle. On peut donc en déduire que pour les actes pour lesquels il n'y a pas d'interdiction, la femme dispose de toute sa capacité pour les accomplir. Le rôle de la pratique fera que le père ou le mari pourra donner la tutelle de sa fille ou de son épouse à un autre *« tuteur plus complaisant »*[143]. Le femme peut même avoir la liberté de choisir son nouveau tuteur. Quant au tuteur, il dispose du droit d'être déchargé de l'exercice de la tutelle si elle paraît trop contraignante[144]. Mais sous Auguste, l'évolution s'accélère : la femme peut être dispensée de toute incapacité au regard du nombre de naissances qu'elle a eu. Ainsi, afin de favoriser la natalité, la femme, ayant le *ius liberorum*, peut se libérer de sa tutelle[145]. Sous Claude, la dispense est de droit pour toutes les *« femmes ingénues »*[146], alors que les *« femmes affranchies »*[147] restent sous tutelle si elles ont eu moins de quatre enfants.

Dans l'Ancien Droit français, on distingue le droit franc du droit germanique. Si ce dernier posait la condition de l'incapacité totale de la femme, le premier n'aurait pas créé de

---

[139] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n° 193, pp. 254 et 255.

[140] Cicéron, *Pro Flacco*, 34sz, 84, *in* J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n° 193, 2°, p. 255.

[141] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n° 194, pp. 255 et 256.

[142] Ulpien, D., 16, 1, 2, 2, v. *supra* n. n° 5, *in* J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 194, p. 256. La tutelle perpétuelle des femmes fut abolie par l'Empire et Rome chercha à améliorer la situation de la femme mariée. Durant le XVII[e] siècle, une idée empruntée aux textes du Digeste se rajouta à l'autorité du mari. C'était cette notion d'*imbecillitas sexus,* signifiant que la femme mariée, de par sa faiblesse, devait être protégée par le mari. Pour justifier le placement de la femme sous tutelle, a été évoqué le *« manque de fermeté dans la résolution »* (*infirmitas consilii*) ; Gaius évoque aussi la *« légèreté d'esprit », levitas animi : ibid.* n°107, p. 130. Ce qui avait pour conséquence que seul le mari pouvait ou non donner son autorisation pour que la femme accomplît un acte déterminé. En cas de refus, la femme mariée devait agir en justice aux fins d'autorisation.. La femme était apparentée à un mineur, voire un dément. D'ailleurs, le Code civil prit acte de ces dispositions, et à l'article 213 ancien, on pouvait lire expressément : *« Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari »*. Mais elle put acquérir son indépendance et la capacité civile. Toutefois, cette évolution fut mise à mal par le sénatus-consulte Velléien qui empêchait aux femmes mariées de disposer de cette capacité. L'autorité maritale et l'incapacité juridique sont une survivance du droit germanique. Le but consistait à placer la femme dans le « *mundium »* du mari.

[143] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n° 194, p. 256.

[144] Gaius, 1, 168 à 172, v. supra n. n° 5, *in* J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n° 194, n° 2, p.256. Décharger le tuteur se fait selon la *in iure cessio*, le nouveau tuteur étant un *tutor cessicius*.

[145] La femme doit avoir eu trois enfants si elle est ingénue, quatre si elle est affranchie.

[146] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n° 194, 3°, pp. 256 et 257.

[147] *Ibid*.

régimes spécifiques d'incapacité pour la femme, sauf le droit de masculinité et d'aînesse que la loi Salique réservait pour les successions ou les héritages de terres. De son côté, l'Église semblait rejeter la notion d'incapacité. Ainsi, disait-elle au regard de trois principes, tels que *l'égalité*, *l'infériorité* et *la protection*[148], selon les paroles de St Paul[149] : *« il n'y a plus ni Juifs ni Grecs, ni esclave libre, ni homme, ni femme, car tous vous êtes un en Jésus-Christ ».* Il rajoute cependant que même si sur le plan théologique, l'homme et la femme sont à égalité, il n'en demeure pas moins que *« l'homme est le chef de la femme, comme le Christ est le chef de tout homme »*[150]*,* le *vir caput mulieris*.

En dehors de l'influence du droit germanique, romain ou canon, l'Ancien Droit français n'a pas établi d'incapacité pour la femme. Si elle n'est pas mariée, alors elle dispose d'une pleine capacité de jouissance et d'exercice de ses droits, et ce, à compter du XIII^{e} siècle[151]. L'idée se perçoit à travers l'interdiction de la contrainte par corps, sauf si la femme est commerçante. Mais force est de constater que l'incapacité de la femme en tant que telle, sauf si elle est mariée, n'a plus cours légal en France.

21. Une évolution notoire[152] allait bientôt voir le jour. Dès le XX^{e} siècle, la femme mariée s'émancipe pleinement. L'évolution de la société, à travers l'évolution des mœurs, l'éducation, l'instruction, la vie de famille dans laquelle la femme mariée prend de plus en plus part, en plus de la nécessité que la femme mariée occupe un emploi, et de l'extension du rôle social de la femme dans la société, toutes ces raisons expliquent cette émancipation. Ainsi, sous l'égide de la loi du 13 juillet 1907[153], la femme mariée dispose de la capacité d'administrer et d'aliéner les biens provenant d'une activité qu'elle exerce séparément de la profession du mari[154]. Si tant est que cette capacité de gestion prît forme, l'incapacité en tant que femme mariée demeura un temps, mais fut mise de côté par le biais de la loi du 18 février 1938[155].

L'article 215 ancien du Code civil reconnut alors *« le plein exercice de sa capacité ».* Pas d'équivoque en conséquence, l'incapacité dont la femme était l'héritière était désormais bannie. Mais certaines formes d'incapacité subsistèrent. Ainsi, le chef de famille n'était autre que le mari, la femme mariée n'ayant pas sa place dans cette fonction. En outre, les régimes matrimoniaux demeuraient en l'état. Dès lors, sous le régime de droit commun, le mari disposait de la quasi-totalité des droits conférés par le régime en cours, et la prétendue capacité juridique de la femme mariée perdait toute valeur dans la pratique. En plein conflit mondial, la nécessité du moment obligea le Parlement à adopter une loi spécifique[156]. Celle-ci confirma le principe de la capacité reconnue à la femme mariée, en raison de la présence du

---

[148] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.,* n° 195, pp. 257 et 258.

[149] Ep. Gal. 3, 28, v. *supra* n. n° 5, *in* J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.,* n° 195, 2°, p. 258.

[150] 1ère Cor. 11, 3, *ibid.* ; Ep. Ephes., 5, 22 et 23, *ibid*. Cette conception des choses provient de la Création et du pêché originel : alors que la femme a été créée en ayant été tirée de l'homme, l'homme a été créé à l'image de Dieu. D'où l'idée de cette égalité « inégalitaire ». Mais d'un autre côté, la Bible ne prescrit-elle pas de protéger la veuve et l'orphelin pour rappeler l'existence d'un sentiment d'égalité de la femme avec l'homme ?

[151] V. *supra* n. n° 5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n° 195, p. 258.

[152] V. en ce sens G. Raoul-Cormeil, « Le conjoint de la personne vulnérable (l'articulation du système matrimonial et du système tutélaire) », Defrénois, 30 juin 2008, art. n° 38791, n° 12, pp. 1303 et sui., § 3 pour un rapide rappel historique.

[153] L. du 13 juillet 1907, libre salaire et contribution des époux aux charges du ménage, JORF du 16 juillet 1907, p. 4957.

[154] Cette capacité est reconnue quel que soit le régime matrimonial.

[155] L. du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, JORF du 19 février 1938, p. 2058.

[156] L. du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux, JORF du 3 novembre 1942, p. 3649.

mari au front. Ainsi, le régime de communauté a vu sa structure générale conservée. La loi en vigueur put alors supprimer de ce régime de droit commun certaines dispositions qui empêchaient la femme mariée d'agir selon sa capacité[157].

Enfin, juste avant le début des années soixante-dix, une nouvelle réforme apporta de nouvelles avancées. La loi du 13 juillet 1965[158] mit en œuvre la réforme des régimes matrimoniaux, afin de réduire la prépondérance du mari au sein d'un régime déterminé[159]. De même, le législateur voulut instaurer une égalité des époux entre eux en reconnaissant alors *« la pleine capacité de droit des époux [...] avec des limitations de pouvoirs [...] »*[160]. L'égalité entre époux était reconnue. Le législateur voulut également développer une plus grande gestion conjointe des biens communs afin d'asseoir cette égalité. La même loi reconnut que la femme pût exercer une activité professionnelle sans avoir besoin de l'assentiment de son mari.

Dans ce cadre particulier, on voit donc que le sort de la femme mariée ne reste plus circonscrit aux seuls pouvoirs du mari. C'était donc reconnaître implicitement que la femme mariée pouvait exprimer sa volonté, en dehors de celle du mari. Le simple fait d'accorder le droit de travailler sans l'accord du mari témoigne de la prééminence de la volonté de la femme mariée.

22. D'un point de vue matrimonial, la même logique s'impose. La loi du 11 juillet 1975 réformant le divorce vient supprimer le choix par le mari de la résidence des époux[161]. En outre, la femme divorcée dispose de la faculté d'user ou non du nom de son mari, mais n'en a plus l'obligation. L'évolution prend tout son sens avec la loi du 23 décembre 1985[162]. Le législateur voulait ainsi modifier les régimes matrimoniaux en renforçant l'égalité des époux entre eux. Pour y parvenir, la loi voulait mettre en place un régime de séparation des biens[163]. La réforme de 1985 sert à rendre plus efficient le rôle de la femme mariée tout en la rendant responsable au même titre que le mari.

Par ailleurs, si dès 1965, la femme pouvait exercer une activité professionnelle sans autorisation de son mari, ses gains et salaires ne lui appartenaient pas en tant que tels, le mari pouvant en disposer seul. Cette disposition a été purement et simplement écartée[164]. Chaque

---

[157] Dès lors, la femme était en mesure d'exercer les pouvoirs qui lui étaient reconnus. Toutefois, la loi de 1942 reconnaissait au même titre que la loi de 1938 l'autorité du mari en tant que chef de famille avec les prérogatives qui en ressortissaient.

[158] L. n° 65-570, 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, JO 14 juillet 1965, p. 6044.

[159] Tel notamment le régime de communauté, dans lequel une gestion des biens communs par les deux membres du couple se ferait.

[160] C. civ., art. 216 anc. Chaque conjoint pouvait alors exercer ses prérogatives propres, les limitations de pouvoirs afférants s'appliquant à chaque époux.

[161] L. n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, JORF n° 0161 du 12 juillet 1975, p. 7171. La femme mariée n'est plus domiciliée chez son mari, elle a également la possibilité de choisir un domicile distinct de celui de son mari en fonction du lieu de son principal établissement.

[162] L. n° 85-1372, 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et les parents dans la gestion des biens des mineurs, JO 26 décembre 1985, p. 15111.

[163] Le système de la cogestion des biens de la communauté qui s'appliquait dans le régime légal a été écarté au profit d'une gestion individuelle, assurant alors l'autonomie de chaque époux dans la gestion des biens de la communauté. Cependant, la réforme portant sur cette particularité n'a pas porté ses fruits en raison de l'attachement des couples au régime de communauté. Réforme qui, en l'espèce, n'a pas réellement abouti, mais qui portait sur d'autres mesures garantissant l'égalité entre époux et la réaffirmation du principe d'indépendance de la femme mariée vis-à-vis de son mari.

[164] V. *supra* n. n° 103, Fr. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 191, pp. 161 et 162. L'article 223 du Code civil pose en principe que *« chaque époux est libre d'exercer une profession, d'en percevoir ses gains et ses salaires et d'en disposer après s'être acquitté des charges du mariage ».*

époux, et donc la femme mariée, est libre d'exercer une activité professionnelle et demeure libre de disposer de ses gains et salaires comme il l'entend, les charges du ménage une fois acquittées. Cette disposition affirme de manière définitive que la femme mariée est située au même niveau que son mari, non seulement dans le cadre du mariage, mais aussi dans le cadre de l'autorité parentale.

23. Si la femme mariée a été reconnue comme telle dans le cadre matrimonial, son rôle l'a été tout autant au sein de la famille. En droit romain, l'autorité du chef de famille sur les enfants, à travers le *pater*, le père de famille, s'est affirmée. Le père exerçait sur ses descendants, quel que soit l'âge de ces derniers, un pouvoir absolu, au même titre que sur les esclaves qui étaient rattachés à la *domus*. Ce pouvoir était si fort que la personnalité juridique des enfants était absorbée par celle du père de famille. Système par la suite défaillant, l'Empire aménagera la puissance paternelle dans le but d'accorder au père de famille un droit de correction exclusivement. Le rôle de la mère de famille ne consistait en aucune forme de pouvoir ni de puissance, puisqu'elle n'avait pas autorité sur ses enfants en tant que chef de famille.

Dans l'Ancien Droit, en droit écrit, la puissance paternelle concordait avec la puissance paternelle du droit romain, avec une limite quant à l'âge des enfants. Une fois majeurs, les enfants ne subissaient plus la puissance paternelle. Par contre, en droit coutumier, la maxime suivante prévalait : *« en France, puissance paternelle n'a lieu »*[165]. Le Droit révolutionnaire vint encore réduire la puissance paternelle. Le décret du 28 août 1792 restreignait la puissance paternelle à la seule personne du mineur, de manière uniforme sur le territoire entier, comme le prévoyait le droit coutumier[166].

Le Code civil de 1804 consolida la conception moderne de la puissance paternelle, en attribuant aux père et mère le droit de jouissance légale sur les biens de leurs enfants mineurs, droit que le droit coutumier mit à l'écart[167].

Jusqu'à la fin des années soixante-dix, la droit de la famille reste très ancrée sur l'idée même du père, chef de famille. Cet aspect-là sera au crépuscule de sa vie, avant que ne survienne la réforme de la puissance paternelle. Par le biais de la loi du 4 juin 1970[168], la puissance paternelle a été définitivement abandonnée au profit de l'autorité parentale, conférant alors une égalité de droits et de devoirs entre les deux parents[169]. Il ne pouvait en

---

[165] Dans ce système, l'enfant n'était pas indépendant, mais il était soumis à la puissance de son père et de sa mère conjointement, elle cessait à la majorité ou l'émancipation de l'enfant, et ne s'appliquait qu'à la personne même de l'enfant. Le père pouvait administrer le patrimoine de l'enfant sans toutefois en avoir la jouissance légale. La puissance n'était qu'une institution que la justice pouvait contrôler, laquelle pouvait même demander au père d'émanciper l'enfant s'il le maltraitait.

[166] L'exhérédation était en outre supprimée, alors qu'elle était une prérogative de la puissance paternelle.

[167] En outre, le Code civil adapta la puissance paternelle aux évolutions de la société, liées à une désertification des campagnes, consécutive à l'industrialisation des villes, selon en outre le rétrécissement de la famille ou encore le déclin de l'autorité des aïeuls. Il modifia la portée de la puissance paternelle pour ces raisons, parce que la puissance paternelle n'avait pas su jouer le rôle de la protection du mineur. Ainsi, l'administration légale vit son domaine élargi par une loi de 1964, au détriment de la tutelle, et cette administration fut complétée par un contrôle judiciaire.

[168] L. n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, JORF du 5 juin 1970, p. 5227 ; Colombet, « Commentaire de la loi 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », D. 1971, chron. 1 ; Legeais, « L'autorité parentale (étude de la loi n°70-459 du 4 juin 1970 et des textes qui l'ont complétée) », 1973 ; Sallé de la Marnierre, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », Bull. serv. jurid. protec. de l'enfance

[169] V. *supra* n. n° 103, Fr. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.,* n° 911, pp. 878 et 879. En effet, la notion de chef de famille n'est plus retenue par cette loi, et la feue puissance paternelle, désormais autorité parentale, est exercée en commun par les deux parents. Ils sont alors tenus d'assurer ensemble

être autrement, d'autant qu'en transformant la « puissance » en « autorité », les père et mère sont investis de manière égale dans l'éducation et l'entretien de l'enfant. De toute façon, cette évolution législative de l'autorité parentale coïncide avec l'égalité croissante entre époux dans le cadre du mariage. Le contraire aurait été en totale opposition. Cependant, on peut remarquer que la notion de parents n'était pas évoquée en tant que telle, c'était davantage « le père » et « la mère » qui exercent en commun l'autorité parentale et qui doivent contribuer à l'entretien de l'enfant. Bien sûr, l'égalité est conférée, mais il reste une part de dissociation. Le « père » et la « mère », et non pas les « parents », restent des notions évoquées au début des années 1970. Par la suite, la loi du 23 décembre 1985 est venue assurer l'égalité dans la gestion des biens du mineur, constituant l'un des premiers ajustements de la loi du 4 juin 1970. La loi du 22 juillet 1987[170] est venue renforcer la gestion en commun des biens de l'enfant ainsi que l'exercice de l'autorité parentale. La loi de 1987 a apporté en outre une précision quant à un éventuel divorce du père et de la mère. Autant l'un et l'autre pourraient gérer leurs propres affaires en cas de séparation, autant la dissociation de l'autorité parentale ne se ferait pas. Elle resterait une et seule, chaque parent devant l'exercer en commun dans l'intérêt de l'enfant. La loi du 8 janvier 1993[171] fera de l'autorité parentale un modèle auquel on ne dérogera pas.

24. La loi du 4 mars 2002[172] viendra confondre le père et la mère dans la notion de « parents ». Cette notion vient enfin confirmer l'égalité du père et de la mère dans l'exercice de l'autorité parentale, et surtout correspond parfaitement à l'intitulé même de l'autorité parentale, les « parents » étant dès lors reconnus comme une entité unique. La loi du 4 mars 2002 a modifié l'étendue de l'article 371-1 du Code civil, en son premier alinéa[173]. De manière définitive, l'autorité parentale est un acquis. Non seulement par l'égalité qu'elle confère à chaque parent, mais également par la confusion du père et de la mère dans la notion de « parents », puisque *« chacun des parents contribue [...] »*[174].

25. Dans un autre registre et concernant la femme en tant que telle, le droit à l'avortement[175] lui permettra de prendre toute décision concernant son corps, elle seule et sur seul avis du corps médical. La femme est également devenue électrice et éligible[176].

---

la direction de la famille, tant matériellement que moralement. La puissance telle qu'on l'entendait, et par laquelle elle était un pouvoir souverain de domination sur la personne même de l'enfant, s'est effacée au profit de l'autorité, notion qui renvoie davantage à un ensemble de droits et de devoirs garantissant, par les parents, la protection de l'enfant. Au contraire, la puissance en tant que telle laissait supposer un rapport de subordination servant davantage à contrôler qu'à protéger l'enfant. V. *supra* n. n° 53, *op. cit.,* n°s 393 à 397, pp. 376 à 392, et les développement suivants.

[170] L. n° 87-570 du 27 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, JORF du 24 juillet 1987, p. 8253 ; Legeais, « Les ajustements égalitaires de l'autorité parentale », *D.* 1988, chron. lég. 1s ; Raymond, « De la réalité de l'absence de couple à la fiction de l'unité du couple parental », JCP 1987, I, 3299 ; Morançais-Demeester, « Vers l'égalité parentale », *D.* 1988, chron 7 et sui.

[171] L. n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JORF n° 7 du 9 janvier 1993, p. 495.

[172] L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JORF du 5 mars 2002, p.4161, texte n° 3. V. *supra* n. n° 168, pour l'ensemble, dont il ressort la notion de *« coparentalité ».*

[173] lequel dispose *« l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ».* Et l'article 371-2 dispose ainsi *: « chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation de l'enfant à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur ».*

[174] *Ibid.*

[175] L. n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, JORF du 18 janvier 1975, p. 739 ; L. n° 79-1204 du 31 décembre 1979, interruption volontaire de grossesse, JORF du 1er janvier 1980, p. 3 ; L. n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF n° 156 du 7 juillet 2001, p. 10823, texte n° 1. Pour un aperçu

26. Enfin, les dernières évolutions notables en droit de la famille concernent le PACS[177] et surtout, le « mariage pour tous »[178], accordant aux couples de même sexe la possibilité de s'unir légalement. Cette nouvelle conception du couple démontre ainsi la prise en compte de l'individu en tant que tel ainsi que sa volonté de s'unir ; elle ne fait que valider l'émergence d'une volonté nouvelle à travers les compositions familiales monoparentales ou homosexuelles[179].

27. Le droit des successions, enfin, a vu la première grande réforme avec la loi du 3 décembre 2001[180]. Révélatrice de la dimension psychologique de la société actuelle, un droit du conjoint survivant est créé en lui donnant une vocation successorale. La loi donne aussi à l'enfant adultérin une vocation successorale au même titre que l'enfant légitime. Le droit des successions suit l'évolution des autres matières du droit de la famille et donne un plus grand

---

historique de l'avortement et de sa pénalisation suivant les cas d'espèce et les époques, v. *supra* n. n°5, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit*., n°s 128 à 130, pp. 168 à 171.

[176] Le droit de vote lui sera accordé : O. du 21 avril 1944 portant organisation des pouvoirs publics en France après la Libération, JORF du 22 avril 1944, p. 325, et D. n° 45-254 du 17 février 1945 sur l'organisation des pouvoirs publics en France après la Libération : application de l'ordonnance portant des pouvoirs publics en France après la Libération , JORF du 18 février 1945, p.861.

[177] L. n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, JORF n° 265 du 16 novembre 1999, p. 16959, texte n° 1. Sur les origines du PACS, v. *supra* n. n° 103, Fr. Terré et D. Fenouillet, *op. cit*., n° 337, pp. 251 et 252, ainsi que toutes les références citées par les auteurs.

[178] L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253, texte n° 3 ; Fr. Dékeuwer-Défossez, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », RLDC 2012. 98 ; F.-X. Bréchot, « La constitutionnalité du mariage pour tous en question », JCP 2012. 2326 ; J. Hauser, « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe », JCP 2012. 2000 ; H. Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.* 2013. 100 ; A. Cheynet de Beaupré, « Mariage pour tous : l'effet papillon », RJPF 2013-2/5 ; C. Neirinck, « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non. Pourquoi ? », Dr. Fam. 2013, Dossier 2 ; A. Lebel, « Le mariage, le couple et l'historien du droit », AJ Fam., 2013. 122 ; B. Pauvert, « Sur une *disputatio* contemporaine et brûlante », Dr. Fam., 2013, dossier 10 ; B.Daugeron, «Mariage pour tous : retour sur la constitutionnalité du référendum, *D.* 2013. 320 ; J.-J. Lemouland et D. Vigneau, « Droit des couples », Rec. D., 2 mai 2013, n° 16, pp. 1089 et sui. Sur le consentement : Civ. 1ère, 12 avril 2012, n° 12-40.013, inédit, AJ Fam. 2012. 348, obs. F. Chénédé ; RTD Civ. 2012. 510, obs. J. Hauser. V. aussi la décision du Conseil constitutionnel : C. Const., 22 juin 2012, n° 2012-261 QPC, AJ Fam. 2012. 466, obs. F. Chénédé ; RTD Civ. 2012. 510, obs. J. Hauser ; Dr. Fam. 2012, comm. 132, n. V. Larribau-Terneyre ; RPJF 2012-7-8/16, obs. A. Leborgne. Sur le transsexualisme : Civ. 1ère, 7 juin 2012, n° 10-26.947, Bull. Civ. I, n° 123, *ibid*. n° 11-22.490, Bull. Civ. I, n° 124, *D.* 2012. 1648, n. F. Vialla, et 2013. 666, obs. J.-C. Galloux ; AJ Fam., 2012. 405, obs. G. Vial ; RD Sanit. Soc., 2012. 880, n. S. Paricard ; RTD Civ., 2012. 502, obs. J. Hauser. V. aussi Civ. 1ère, 13 février 2013, n° 11-14.515, Bull. Civ. I, n° 13; *ibid*. n° 12-11.949, Bull. Civ. I, n° 14, *D.* 2013. 499, obs. I. Gallmeister ; AJ Fam., 2013. 182, obs. G. Vial.

[179] V. *supra* n. n° 53, Fr. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.,* n° 398, p. 383. Sur les familles recomposées, *cf* Dékeuwer-Défossez, « Familles éclatées, familles reconstituées », *D.* 1992, chron. 133 ; H. Fulchiron, *Autorité parentale et familles recomposées* , *in* Mélanges Huet-Weiller, LGDJ, 1994, p. 141 ; Rebourg, *La prise en charge de l'enfant par son beau-père*, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2003. Toujours sur le même sujet : les familles recomposée, v. *supra* n. n° 103, n° 35, pp. 31 et 32 ; la coparentalité, v. *supra* n. n° 103, Fr. Terré et D. Fenouillet, *op. cit*., n°s 912 et 913, pp. 879 à 883.

[180] L. n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses disposition du droit successoral, JORF n° 281 du 4 décembre 2001, p. 19279, texte n° 1.

intérêt à la personne du conjoint survivant et à l'enfant adultérin[181]. En effet, les choses sont allées *crescendo*, et de la seule reconnaissance de l'enfant légitime né d'une union « légale » selon laquelle ce dernier pouvait avoir vocation à succéder à ses auteurs, on est arrivé à une harmonisation totale de la reconnaissance des vocations successorales de tout enfant, qu'il soit naturel, adultérin ou incestueux[182].

Solutions affirmées par la loi du 3 décembre 2001, la loi du 23 juin 2006[183] maintient ces dispositions. Seulement, en élaborant de nouvelles modalités de transmission du patrimoine, le droit des successions vient parachever la volonté de l'individu de disposer de son patrimoine au sens où il l'entend, et sous couvert de ce principe, de reconnaître la place prépondérante du majeur protégé dans le choix de disposer de son patrimoine ou de faire valoir sa qualité d'héritier. C'est ici la prééminence du droit de propriété et de la volonté individuelle. Quel que soit l'acte par lequel on dispose, l'individu demeure libre de donner. Le régime nouveau des libéralités réaffirme l'exercice absolu du droit de propriété. Ce droit n'en est que plus renforcé selon les nouveaux modes de transmission. À l'ancienne substitution fidéicommissaire[184] que l'article 896 ancien du Code civil prohibait, la loi du 23 juin 2006 l'a faite renaître de ses cendres[185].

---

[181] L'enfant adultérin, exclu du partage successoral, peut venir à la succession de son auteur ou de ses auteurs, à part égale avec chaque héritier acceptant la succession. De même, le conjoint survivant est appelé à succéder au conjoint défunt. Si *ante legem,* le conjoint ne disposait d'aucun droit dans la succession du défunt, la loi nouvelle lui permet de venir à cette succession, tel que le prévoit l'article 731 du Code civil : *« la succession est dévolue par la loi aux parents et au conjoint du défunt dans les conditions prévues par la loi »*. L'article 732 précise en outre : *« Est conjoint successible le conjoint survivant non divorcé »*. Le conjoint survivant vient donc en concurrence des héritiers présomptifs de la famille du défunt, *id est* les enfants, les fratries et les parents, les ascendants et les autres collatéraux, si l'on s'en tient aux ordres déterminés par la loi. En outre, la loi nouvelle donne la possibilité au conjoint survivant de disposer d'un droit au logement temporaire, d'un droit viager au logement et d'un droit à pension, prévus respectivement par les articles 763, 764 et 767 du Code civil. Ces derniers étant considérés comme d'ordre public, on ne peut y renoncer. Les héritiers ne peuvent les écarter quand bien même ils viendraient en concurrence avec le conjoint survivant. C'est démontrer ainsi que le droit des successions adapte ses principes à la prise en compte de l'individu en tant que tel dans un cadre général.

[182] V. l'ouvrage de Ph. Malaurie, L. Aynes, *Droit civil, Les successions, les libéralités*, Defrénois Lextenso, 4e éd., 2010, pour des développements complets sur le sujet.

[183] L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JORF n°0145 du 24 juin 2006, p. 9513, texte n° 1.

[184] G. Crémont et H. Lenouvel, « Les libéralités graduelles et résiduelles au service des personnes vulnérables », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp.68 et sui.

[185] Désormais, se retrouvant sous la forme de libéralités graduelles, résiduelles ou sous la forme de donation partage, le donataire dispose d'un droit nouveau de disposer librement de son patrimoine.

- En effectuant une libéralité graduelle, le donateur grève la libéralité de l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver un bien ou un droit qui lui aura été donné et de le transmettre à son décès au second gratifié, conformément à ce qui est prévu dans l'acte : C. civ., art. 1048.

- En effectuant une libéralité résiduelle, le gratifié à la donation aura pour charge de transmettre à un second gratifié, après le décès de ce premier, ce qu'il restera de la donation dont ce premier gratifié aura fait usage, sans imposer l'obligation de conservation des biens transmis : C. civ., art. 1057.

- Enfin, en effectuant une donation-partage transgénérationnelle ou un testament-partage, il est possible de procéder à une répartition du patrimoine entre des héritiers présomptifs et leurs descendants, ou entre ascendants de degrés différents.

Par rapport à cette évolution en droit des successions-libéralités, la place du majeur protégé n'a pas été oubliée. Si la transmission du patrimoine veut être simplifiée et facilitée, la même transmission peut s'avérer plus compliquée en présence d'un majeur protégé. Cependant, la loi du 23 juin 2006 est allée dans le même sens que la transmission du patrimoine en présence de majeurs non protégés[186]. Le disposant doit donc choisir le type de transmission en fonction des premiers gratifiés et de l'altération des facultés mentales du majeur protégé, ainsi que sa situation patrimoniale.

Le recours aux libéralités graduelles ou résiduelles doit consister en une pratique idoine, adaptée aux besoins des familles et du majeur protégé. Ainsi, la mise en œuvre d'une telle transmission peut s'avérer utile pour les familles dont l'un des enfants est un majeur protégé qui n'aura par la suite aucune descendance[187]. Si en outre, le majeur protégé dispose de peu de revenus, alors la libéralité graduelle ou résiduelle assurera à ce dernier la transmission *« d'un immeuble lui permettant de se loger, ou de biens frugifères destinés à lui procurer des revenus, à charge pour lui de transmettre à son propre décès tout ou partie de ces biens à ses frères et sœurs »*[188]. La vulnérabilité, hors mesure de protection, peut générer la mise en œuvre de telles libéralités. Une libéralité graduelle pourra être utile lorsque l'enfant majeur présente les traits de la prodigalité : en bénéficiant de la mise à disposition d'un logement, l'enfant majeur devra le transmettre à son décès. Le risque peut sembler nul, puisque la vente de la maison par l'enfant ne pourra se faire en raison de l'acte notarié qui prohibera une telle opération. Quant à la libéralité résiduelle, elle pourra garantir la vente du logement du majeur protégé s'il n'est plus adapté à sa situation en raison de son âge ou de l'évolution de sa maladie. Le produit issu de la vente permettra, sans doute, le paiement de l'institution qui l'accueillera. Comme il s'agit d'un résidu, ce qui restera du patrimoine attribué au premier gratifié sera transmis au second gratifié sans possibilité de contestation de sa part quant à l'objet de l'utilisation des biens[189].

Le droit des successions affirme sans conteste la volonté des parties de disposer de leur patrimoine comme elles le souhaitent. Que l'on soit conjoint survivant, enfant adultérin[190] ou tout autre disposant, la volonté ne peut être écartée. Accepter une succession ou y renoncer, donner ou léguer, ne sont que l'expression de la volonté de la personne.

28. La loi du 3 janvier 1968 laisse filtrer l'idée selon laquelle le majeur ne peut être protégé que selon son patrimoine. En effet, cette idée ressort pareillement du Code civil qui consacre à titre principal la protection du patrimoine, puis la protection de la personne. Cette conception a eu pour conséquence de créer *« un désintérêt de la famille pour la personne du majeur »*[191], alors même que la protection patrimoniale engendrait certainement un autre engouement. De là, une pratique juridique plutôt inadaptée à la situation du majeur par laquelle les juges des tutelles préféraient instaurer des mesures extra-familiales comme la

---

[186] N. Péterka, « Bref aperçu de la transmission volontaire de patrimoine à l'aune de la réforme de la protection juridique des majeurs », Gaz. Pal., 18 décembre 2007, n° 352, pp. 5 et sui., § 11. Les libéralités graduelles ou résiduelles viennent sécuriser la transmission des biens. Si le disposant veut être rassuré quant à la transmission de son patrimoine au second gratifié, quand bien même celui-ci est un majeur vulnérable ou protégé, le disposant devra opter pour la libéralité graduelle, puisque le premier gratifié est grevé de l'obligation de transmettre au second l'intégralité des biens transmis. Le disposant est ainsi certain que la masse des biens transmis restera intacte au moment de la seconde transmission. La libéralité résiduelle présente moins de garanties puisque seul le *residuum* est transmis au gratifié protégé

[187] *Ibid.*

[188] *Ibid.*

[189] V. *supra* n. n° 184, G. Crémont et H. Lenouvel, art. préc.

[190] Dans le cadre seul de la loi du 3 décembre 2001 et avant l'ordonnance du 4 juillet 2005.

[191] Th. Fossier, « Vingt-cinq ans de protection des majeurs », JCP 1993, éd. N, I, 164.

tutelle d'État ou les tutelles en gérance, ou encore l'administration légale sous contrôle judiciaire. Les juges des tutelles favorisaient également la curatelle en lieu et place des conseils de famille ou des subrogés-tuteurs. Mais le problème reste que la famille, de par son comportement même, s'excluait proprement de la protection du majeur. Or, la loi du 3 janvier 1968 devait permettre à la famille d'exercer la mesure, mais les raisons sus-évoquées venaient compromettre l'esprit de la loi. Et la population vieillissante ne garantissait pas non plus une application efficace de la loi[192].

29. C'est pourquoi, en consacrant à la protection des majeurs une large part relevant de l'affirmation de la personne du majeur, la loi du 5 mars 2007 tend à faire prévaloir la prééminence de la volonté de tout individu, qu'il ait simplement besoin d'une mesure d'assistance ou qu'un régime de représentation s'avère indispensable. Par l'instauration du mandat de protection future, c'est prétendre ériger la volonté du majeur comme le fondement même de la protection volontaire et non subie. Par l'instauration d'une mesure de protection sociale, c'est reconnaître que le majeur, ayant besoin d'une mesure de protection, n'est pas atteint d'une pathologie altérant sa volonté ; c'est en même temps lui donner les moyens d'exprimer sa volonté sur la nécessité de recevoir une aide à la gestion budgétaire. Mais à compter du moment où le majeur ressort d'une mesure de protection judiciaire, la limite est franchie quant à la réelle capacité de ce dernier à exprimer une volonté non viciée. Si la procédure tend à maintenir un tant soit peu la prééminence de sa volonté, en revanche, les effets de la mesure ne sont que la mise en lumière de la perte de toute volonté que la famille est amenée à suppléer.

30. Alors, la volonté du majeur a-t-elle un sens dès lors que l'on s'oriente vers une protection à caractère médical plutôt que vers une protection du type volontaire ?

31. Si la protection volontaire laisse espérer que le majeur puisse décider de la protection qu'il souhaite à plus ou moins long terme dès lors que l'on se trouve dans une sphère individuelle prééminente (Partie Première), en revanche, on s'aperçoit que la cause médicale interdit l'expression d'une volonté, sacrifiant ainsi la « capacité » du majeur à décider seul (Partie Seconde). C'est donc au final la suppléance de la volonté qui maintient le cap de la protection des majeurs, même si la mesure de protection doit s'engager dans la voie du *« respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne »*[193]. La volonté régressive est donc avérée.

---

[192] J. Hauser, « La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes », RD. Sanit. Soc. 1994, 467.

[193] V. *supra* n. n° 53, Fr. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.,* n° 610, p. 644 ; Coutel, « L'éthique de la sollicitude et la personne vulnérable », Dr. fam., février 2011, pp. 34 et sui. ; Sledziewski, « La dignité du sujet vulnérable », Dr. fam., février 2011, pp. 37 et sui.

Partie Première
De l'individu, ou de la prééminence de la volonté individuelle.

> *« […] lorsque l'acteur passe une convention en vertu d'un pouvoir, il engage l'auteur, pas moins que dans le cas où celui-ci aurait lui-même passé la convention ; et il n'est pas moins assujetti à tous ses effets. Par conséquent, tout ce qui a été établi quant à la nature des conventions passées entre des hommes jouissant de leur faculté naturelle, est également vrai quand elles sont passées par leurs acteurs, représentants ou fondés de pouvoir qui tiennent d'eux leur pouvoir dans la limite fixée par leur procuration, mais non au-delà ».*
>
> *Th. Hobbes, Léviathan, 1651, Éd. Gallimard, Coll. Folio essais, 2000, p. 273.*

32. La loi du 5 mars 2007 a voulu faire de la volonté individuelle le leitmotiv de la protection des majeurs. Elle accorde une part très importante, notamment, dans le choix de la protection par l'intéressé lui-même. En laissant ce choix au majeur, en lui laissant le soin de la *« négociation avec les institutions »*[194], la loi tend à recentrer la personne en tant que telle et l'aspect humain de la protection dans un cadre plus individuel. C'est reconnaître que le majeur n'est plus un élément accessoire de la protection d'avant réforme. En effet, la volonté individuelle participe du choix d'une protection idoine : le majeur décide dans son intérêt, personnel et patrimonial, et désigne son représentant légal. Cette volonté individuelle prédomine, selon la loi, dans la protection par convention, à un degré moindre dans la protection sociale, alors qu'elle est suppléée dans les mesures de protection judiciaire, où la famille et les tiers assureront la protection du majeur, sur décision du juge et non par choix purement personnel ; la protection doit en conséquence s'adapter au profil de la personne et doit correspondre à ses attentes et à ses besoins.

La volonté individuelle, *« siège unique de la force contractuelle »*[195], doit pouvoir jouer opportunément. Comme le dit Alain Bénabent, la volonté individuelle permet de mettre en œuvre trois libertés : liberté de contracter, liberté des formes et liberté de contenu. La volonté seule commande ce que sera le contrat. Pour Marie-Anne Frison Roche, *« par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser elle-même sa propre loi, sa liberté […] ; par la volonté, [la personne] domine […] ; la force est du côté de la volonté […] »*[196]. La thèse de l'auteur est de dire ici que le mandant impose sa volonté au mandataire : le mandant impose, veut ou soumet, le mandataire acquiesce, accepte, consent ou se soumet. La volonté du mandant apparaît alors comme un absolu qui décide de tout[197]. Mais quand bien

---

[194] Th. Fossier, « La loi du 5 mars 2007, une véritable réforme », LPA, 4 novembre 2010, n°220, pp. 5 et sui.

[195] A. Bénabent, *Droit des obligations*, Domat Droit privé, Montchrestien, Lextenso Éditions, 13è éd., 2012, pp. 20 et sui.

[196] M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD Civ. 15 septembre 1995, n° 3, pp. 573 et sui.

[197] Et selon le *Vocabulaire Philosophique* de Lalande, *« consentir, c'est admettre, donner son assentiment, c'est-à-dire baisser pavillon devant une assertion ou devant une autre personne ».* : A.

même le majeur voudrait une protection élaborée à sa convenance, elle ne pourrait nécessairement être mise en œuvre telle qu'il l'aurait souhaitée[198]. Si tant est que la protection qu'il souhaite ne peut s'adapter à sa situation, il sera nécessaire de mettre en place une autre forme de protection. La conséquence sera la suivante : la volonté individuelle verra sa prééminence contestée par les besoins rationnels du majeur, alors même que les modalités de protection individuelle apparaîtront certainement impropres à garantir cette protection. C'est pourquoi, la volonté individuelle ne doit pas amener le majeur à se mettre potentiellement en danger, au seul motif qu'elle est sans doute le meilleur gage de protection de sa personne et de ses intérêts. Il serait illusoire de croire que la protection que chacun souhaite voir mise en œuvre correspond forcément à ses attentes. La réalité est tout autre, et la surveillance de la volonté individuelle doit permettre sa rationalisation, non sa démesure dans le choix d'un type de protection peu sécurisant.

33. La prééminence de la volonté individuelle se retrouve dans deux domaines particuliers instaurés par la loi du 5 mars 2007. On retrouvera cette volonté dans le mandat de protection future, constituant à ce titre le *summum* de la protection volontaire, *« la consécration de la liberté contractuelle dans le domaine de la protection des majeurs, jusque-là réservé à des dispositions légales d'ordre public de protection »*[199]. Mais à un degré moindre, la volonté individuelle s'atténuera quelque peu, puis de manière plus prononcée en matière de protection sociale dans laquelle la protection de la personne ne portera que sur un aspect relatif au nouveau concept social qu'est la vulnérabilité sociale.

34. Mesure totalement novatrice au regard du droit ancien, empreinte de liberté et innovante[200] dans notre droit positif, le mandat de protection future constitue la mesure la plus remarquable que la protection des majeurs n'ait jamais connue, « *un nouveau mode de protection unique en France* »[201]. En effet, par mandat, il est loisible à toute personne de définir les conditions de sa protection, pour la survenance, dans l'avenir, d'un trouble mental ou physique l'empêchant de pourvoir seule à ses intérêts. En procédant ainsi, le recours au juge des tutelles devient dispensable en ce qui concerne la mise en œuvre de la protection du majeur. La protection, qui peut être établie par acte sous seing privé ou par acte authentique, se dédouane totalement du juge des tutelles. Cette nouvelle mesure fait donc la part belle à la volonté du majeur. Lui seul peut décider de la protection qu'il souhaite, ainsi que des modalités d'exécution du mandat et de la personne qui sera désignée en tant que mandataire. Désormais, le recours à des gens de justice se fera par notaires ou avocats.

35. Mais n'est-ce pas là un contre-pouvoir au juge des tutelles ou à la famille qui ne peuvent plus intervenir que dans le cadre de la révocation du mandat, le mandant seul pouvant décider de l'ensemble de sa protection en amont de la mise en œuvre de la convention[202] ? Le Titre Premier sera alors l'occasion d'apprécier l'impact que peut avoir la volonté individuelle, tant positivement au regard de la prise en compte et du respect du majeur et de ses choix, que négativement quant au risque d'insécurité juridique qu'une telle convention peut générer ;

Lalande, Consentement, *in Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, coll. Quadrige, PUF, 1991, vol. 1, p. 117.

[198] Ce qui participe du respect de sa volonté selon la philosophie individualiste : v. en ce sens Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Précis Dalloz, *Droit civil, les obligations*, 9è éd., 2005, p. 30.

[199] E. Delouis, « Le mandat de protection future, le point sur la mise en œuvre d'un contrat très attendu », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, p. 25.

[200] N. Couzigou-Suhas et Y. Le Levier, « Le mandat de protection future », Defrénois, 30 avril 2006, n° 38371, pp. 633 et sui.

[201] Th. Fossier, « L'objectif de la réforme des incapacités : protéger sans jamais diminuer », Defrénois, 15 janvier 2005, art. 38076, n° 1, § 21.

[202] J. Casey, « Quel avenir pour le mandat de protection future ? », Gaz. Pal., 13 août 2011, n°225, p. 7.

sans parler même de l'apparence que crée un tel mandat en termes de réelle prise en compte de la volonté, puisque la protection personnelle et la protection patrimoniale ne peuvent être instaurées aussi facilement que ne peut l'être toute opération juridique réalisée par le jeu d'un contrat dit classique. Quoi qu'il en soit, la volonté individuelle déploie de manière extensive ses conséquences sur la protection du majeur et ne peut laisser indifférent quant aux effets produits.

36. Les mesures sociales, de leur côté, ont vocation à protéger les personnes qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité sociale en dehors de toute cause médicale. En effet, la vulnérabilité sociale est à distinguer de l'incapacité juridique. La vulnérabilité sociale tend à ce que le majeur se trouve en situation de danger en raison de ses conditions de vie ; ces dernières étant impropres en termes de sécurité ou d'hygiène, le majeur est ainsi exposé à un danger entraînant une incapacité de gestion de ses ressources à caractère social[203], pouvant compromettre sa santé et/ou sa sécurité ; de même, ce majeur sera dans l'impossibilité d'établir un budget. La protection sociale qu'offre la loi du 5 mars 2007 est une reprise améliorée de l'ancien système des tutelles aux prestations sociales adultes (TPSA). Les TPSA permettaient de gérer les ressources à caractère social du majeur, en parallèle d'un régime de tutelle. La protection était à la fois judiciaire et sociale, mais dissociée à la fois. Désormais, l'innovation de la protection sociale est, dans une autre mesure, simplifiée.

Certes, la protection sociale ne s'applique que pour la gestion des ressources sociales du majeur, ainsi que pour la constitution et la gestion d'un budget. Mais cette protection sociale n'est plus en concurrence avec un quelconque régime de protection judiciaire. Les mesures à caractère social sont la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) et la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ). La MASP relève d'une protection contractuelle entre le majeur et le Conseil départemental. La protection sociale permet ainsi au majeur de bénéficier d'une aide à la constitution d'un budget et de sa gestion[204], ainsi que d'une aide à la perception et l'utilisation des ressources sociales. Le juge des tutelles n'a aucun rôle dans le déroulement d'une MASP, sauf si l'échec de cette dernière est constaté. Alors dans ce cas, le juge des tutelles, saisi par le procureur de la République, devra se prononcer sur la mise en place d'une MAJ, mesure qui constitue la suite de la procédure initiale établie contractuellement.

En tout cas, le couplage protection sociale/protection judiciaire n'est plus de rigueur, l'objet de la loi du 5 mars 2007 quant au volet social étant de mettre en place une protection adaptée socialement. Désormais, aucune mesure de protection sociale ne peut être combinée à une mesure de tutelle ou de curatelle. La protection en général devra porter sur l'une ou l'autre, prioritairement sur le volet social si aucune cause médicale impose une protection judiciaire[205].

37. La volonté individuelle se trouve, à certains égards, brimée, même si elle est favorisée dans un temps limité. En effet, il sera instauré un cadre duquel la volonté individuelle ne pourra plus ressortir. Certes, ces mesures participent du bon vouloir du majeur qui doit manifester sa volonté afin de bénéficier du cadre de la MASP, puisque la mesure suppose un engagement contractuel qui ne peut en aucun cas être forcé. Au contraire, le majeur doit vouloir participer de lui-même, mais une fois engagé, ce dernier est astreint au respect de son engagement. La volonté individuelle est encore plus menacée dans le cadre de la MAJ, puisque le juge des tutelles intervient à son tour, bien qu'elle puisse encore faire valoir toute sa vigueur, dans des conditions particulières toutefois. On verra en conséquence

---

[203] Seulement les ressources sociales, les revenus du travail n'entrant pas dans le champ de la protection sociale.

[204] La TPSA fait ainsi son grand retour : v. en ce sens *supra* n. n° 201, Th. Fossier, art. préc., §22. V. *infra* les chapitres consacrés aux mesures sociales, § 303 et sui.

[205] En raison du principe de subsidiarité, selon l'article 428 du Code civil.

que la volonté individuelle peut n'être plus que l'ombre d'elle-même. Tel sera l'aspect du Titre Second.

Alors, tout bien pesé, même si l'idée directrice qui se dégage des mesures sociales et du mandat de protection future consiste à dire que la loi du 5 mars 2007 doit faire de la volonté individuelle le fondement de l'affirmation de l'individu en tant que tel dans le choix de sa protection, la dimension volontaire de ces deux types de protection reste malheureusement limitée et contrariée. On verra donc que si dans un premier temps, il est loisible à chacun de vouloir établir un mandat ou s'engager à travers un contrat de MASP, il n'en est pas moins établi que la volonté de chacun n'est pas aussi libre qu'elle peut l'être dans le cadre d'une convention classique[206]. Autant la protection de la personne dans le cadre du mandat de protection future ne peut déroger aux règles déjà établies alors que le degré de la protection patrimoniale dépend du support du mandat, autant la protection sociale permet de protéger la personne contre elle-même par un contrôle des ressources. On voit donc que, malgré la part belle qui est faite à la volonté individuelle, la protection de la personne est une apparence qui cache la réelle protection du patrimoine au détriment de toute volonté.

[206] Au sens des articles 1101 et sui. du Code civil.

Titre Premier
Du respect de la volonté individuelle, ou de la protection de la personne par convention.

38. La volonté individuelle doit passer avant toute considération, du moins la loi le laisse-t-elle entendre. Elle se retrouve pleinement dans la protection d'un majeur à travers les conventions qui peuvent être établies à cet effet. La protection conventionnelle prévaut sur tout autre mesure de protection. Elle constitue le symbole absolu de la protection selon le choix libre de n'importe quel individu capable de décider pour lui-même. Le principe de subsidiarité, qui tend à écarter les règles du droit commun de la représentation, dès lors qu'elles apparaissent comme insuffisantes à pourvoir aux intérêts du majeur, s'efface légitimement si la protection par convention suffit à protéger la personne et ses intérêts. La volonté individuelle a, ici, libre champ pour s'exprimer.

39. Il n'y a aucun doute possible sur l'aspect révolutionnaire de la loi du 5 mars 2007. En instaurant le mandat de protection future, la loi a voulu instituer une nouvelle forme de protection de la personne. Non pas une protection judiciaire au sens de la tutelle ou de la curatelle, dans laquelle le juge des tutelles intervient de plein droit et qui pourrait être écartée au bénéfice du mandat[207] ; non pas en outre une protection au sens de la protection sociale dans laquelle il convient de protéger un majeur vulnérable socialement. Le mandat de protection future permet à la personne elle-même de décider pour l'avenir de la protection qu'elle souhaite avoir pour le jour où elle aura perdu toute lucidité. En désignant le mandataire qui s'occupera d'elle, la personne mandante déterminera les modalités de sa protection. À bien des égards, la loi nouvelle propose une mesure totalement nouvelle aux enjeux et aux effets inédits au regard du passé. La loi du 3 janvier 1968, auparavant, contenait certaines dispositions qui permettaient de retenir la volonté de la personne, en fonction de son état ou en fonction de ses intérêts patrimoniaux. Mais à l'inverse de la loi du 5 mars 2007, la loi ancienne ne permettait en aucun cas d'anticiper l'organisation d'une protection éventuelle ; elle ne permettait pas, en outre, de désigner la personne qui pourrait s'occuper de la personne déficiente dans l'avenir. Si la protection des majeurs ne l'autorisait pas sous l'empire de la loi ancienne, la protection des mineurs le permettait[208]. Afin de favoriser la protection du majeur selon un choix personnel et pour l'avenir, la fin de vie notamment[209], la loi nouvelle s'est inspirée de la protection des mineurs. Mais la simple référence à la protection des mineurs dans ce choix anticipé va bien au-delà de ce que l'on a connu par le passé.

L'aspect révolutionnaire de la protection qu'institue le mandat de protection future se trouve en conséquence dans la relation contractuelle. Une protection contractuelle, *« innovation la plus remarquée »* [210], qui s'est fortement inspirée d'éléments propres à notre société et du droit international, au regard de la Convention de La Haye[211], ainsi que de

---

[207] C. Glasson, « Le mandat de protection future : des dispositions conventionnelles pour la fin de vie », RD. Sanit. Soc., 11 septembre 2009, n° 5, pp. 890 et sui.

[208] Au sens des articles 397 et 398 anciens du Code civil.

[209] V. *supra* n. n° 207, C. Glasson, art. préc. ; A. Batteur, « Contrat et mesures de protection », JCP N 2008. 1275, n°36.

[210] J.-J. Lemouland et J.-M. Plazy, *D.* 2008, Pan., p. 315.

[211] Convention de la Haye du 13 janvier 2000 portant sur la protection internationale des adultes ; N. Couzigou-Suhas et Y. Le Levier, « Le mandat de protection future », Defrénois, 30 avril 2006, n° 38371 § 2 ; D. Guérin-Seysen, « La dimension internationale de la protection juridique des majeurs », RD Sanit. Soc., 29 avril 2011, n° 2, p. 279 ; M. Valding, « Protection des personnes vulnérables : le droit français devrait-il s'inspirer du allemand ? », Gaz. Pal., 8 avril 2000, n° 99, pp. 8

l'influence du droit communautaire et de la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe[212]. L'influence retourne enfin de l'autoprotection instaurée dans les États membres de la Communauté Européenne.

40. D'un point de vue social en premier, la population française connaît un vieillissement qui amène le droit français, sinon à transformer son droit de la protection des majeurs, du moins à l'améliorer. Cette amélioration de la protection des individus devait s'inscrire dans un contexte budgétaire, notamment avec l'ambition de diminuer le nombre de mesures imposées par le juge des tutelles[213]. En effet, si la protection des majeurs est avant tout supportée financièrement par les pouvoirs publics en partie, l'idée de développer sa propre protection en assurant son autofinancement permettrait de délester les pouvoirs publics de certaines charges financières. En faisant émerger l'idée selon laquelle la protection peut être décidée dans un cadre contractuel, c'est accorder une place prépondérante à la volonté individuelle. Elle valorise l'individu et ses besoins. Car la protection contractuelle aurait plus d'effets positifs d'un point de vue psychologique pour les personnes visées par la nécessité d'être protégées. Dès lors que le juge des tutelles prononce une mesure de protection, se crée un sentiment d'humiliation auprès de certains. Avec le mandat, rien de tout cela, car chacun instaure sa propre protection. Ramenées à un état dans lequel elles perdent leurs droits, les personnes protégées peuvent mal accueillir la mesure prononcée. Puisque la mesure décidée par le juge est une mesure qui entrave la liberté et les droits de la personne, d'un point de vue idéologique, la mise en place de la contractualisation de la protection permet, non seulement, de déterminer soi-même la protection que l'on souhaite, mais d'admettre finalement que l'on a sans aucun doute besoin d'une protection juridique, du moins dans un avenir proche. Si l'on décide pour soi-même, il est évident que l'idée sera bien mieux accueillie.

D'un point de vue juridique en second, le mandat de protection future s'inspire du droit interne des mineurs, dans le cas de la désignation de la personne qui s'occuperait du mineur pour le jour où ses deux parents seraient décédés. D'autres sources internes ont conduit la loi du 5 mars 2007 à consacrer le mandat de protection future. Ainsi, elle s'est inspirée de la désignation d'une personne de confiance[214] de la loi du 4 mars 2002[215] ; des directives anticipées ou de fin de vie de la personne reçues par la loi du 22 avril 2005[216] ; du

---

et sui. ; D. Guével, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 30 et sui., § 9 ; Th. Fossier et Th. Verheyde, « La protection de la personne », *in* Dossier La réforme des tutelles, AJ Fam., 12 avril 2007, n° 4, pp. 160 et sui.

[212] Recommandation n° R. 99 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en date du 23 février 1999 ; v. *supra* n. n° 211, N. Couzigou-Suhas et Y. Le Levier, art. préc., § 1er ; M. Roccati, « La protection des majeurs incapables sous l'influence du droit européen », Gaz. Pal., Recueil Mars-Avril 2009, n° 2, p. 732 et sui.

[213] L. Pécaut-Rivolier, « Les mesures concrètes pour simplifier l'exercice des mesures et diminuer leur nombre» *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n°1, p. 10.

[214] J. Hauser, « La famille et l'incapable majeur », *in* Dossier, Réforme des tutelles, les acteurs de la protection, AJ fam., 14 mai 2007, n° 5 pp. 198 et sui.

[215] L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO 5 mars 2002, p. 4118, texte n° 1 ; CSP, art. L. 1111-6 ; Th. Fossier, « Le droit des tutelles après sa réforme : nouvelle branche du droit social ? », RD. Sanit. Soc., 16 juillet 2007, n° 4, pp. 672 et sui.

[216] L . n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, JO n° 95 du 23 avril 2005, p. 7089, texte n° 1 ; CSP, art. L. 1111-11 ; M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », Rec. D. 3 janvier 1968, n° 31, pp. 31 et sui. ; J. Klein, « Le mandat de protection future enfin opérationnel », *in* Dossier, La réforme des tutelles, les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 56. V. également I. Omarjee, « Bref aperçu des mandats de protection future, de fin de vie et à effet posthume », Dr. et patri., n° 157, mars

mandat à effet posthume créé par la loi du 23 juin 2006[217]. Les sources internes ne sont pas les seules sources d'inspiration. Les sources communautaires ont également leur importance dans l'impulsion de ce mandat.

41. L'Espagne[218] a déjà eu l'occasion de consacrer une protection contractuelle en amont de toute altération des facultés mentales : le droit espagnol a instauré « l'autotutelle » ainsi qu'un mandat de protection future, après s'être inspiré de la même forme de protection mise en œuvre par le droit catalan en 1996[219]. Le droit allemand et le droit anglais[220] ont consacré depuis un certain temps la technique du mandat de protection. La loi du 5 mars 2007 s'aligne sur les autres législations afin de favoriser l'émergence de la protection par mandat. Le droit allemand consacre la technique de la procuration, tel le mandat pour soins de vieillesse[221]. Le majeur pourra conclure une procuration (*vorsorgevollmacht)*, par laquelle sera désigné un représentant légal. Ce dernier sera investi des pouvoirs du mandant et pourra prendre, aussi bien dans le domaine personnel que dans le domaine patrimonial, les décisions nécessaires à la protection du majeur. Il est à noter que ce mandat fonctionne comme un mandat général qui liera le représentant légal désigné. En droit anglais, est apparu le *Mental*

2007, pp. 20 à 24. Les directives de fin de vie n'ont pas les mêmes effets que le mandat de protection future ou le mandat à effet posthume. Si ces derniers admettent une gestion d'intérêts pécuniaires (notamment) et/ou personnels, les directives de fin de vie ne concernent que l'aspect personnel, dans le sens où le mandant souhaite organiser sa mort. Elles durent trois ans et ne peuvent intervenir qu'en cas d'arrêt du traitement médical. Les directives anticipées doivent être rédigées trois ans avant l'état d'inconscience. Elles sont librement renouvelables et doivent être conservées par le médecin traitant ou la personne de confiance désignée. Si le malade ne peut les rédiger lui-même, c'est la personne de confiance qui les écrira devant deux témoins, conformément à l'article L. 1111-11 du Code de la santé publique. Elle symbolisent ici la volonté même de la personne de décider de sa fin de vie. Au même titre que les deux autres mandats et quels que soient les motifs impulsifs qui poussent à établir de telles conventions, on ne saurait déroger à la volonté du décideur. D'ailleurs, la désignation de la personne de confiance témoigne de cette liberté absolue, puisqu'elle peut rédiger les directives anticipées dans des conditions décrites. Cette situation est absolument impossible dans les mandats préventifs, dans la mesure où le mandataire doit se contenter d'exécuter le mandat tel qu'il a été conçu. Les directives anticipées admettent que la personne de confiance agisse à la place du malade qui ne peut plus écrire de lui-même, tout en respectant ses souhaits. La prééminence de la volonté individuelle est totale et doit permettre d'éviter le cas de Vincent Lambert, dont le Conseil d'État, réuni en Assemblée, a statué sur l'arrêt du traitement, confirmant la décision du 11 janvier 2014 prise par le médecin de l'intéressé de mettre un terme au traitement et à l'alimentation, alors que le tribunal administratif avait suspendu cet arrêt du traitement par jugement en date du 16 janvier 2014. *Cf* ainsi Châlons-en-Champagne (TA), 16 janvier 2014, décision n° 1400029 et C. d'État, Ass., 24 juin 2014, n° 375081, publié au Recueil Lebon. Sur la position de la Cour EDH, qui confirme l'arrêt du Conseil État préc. : *cf* CEDH (Grande chambre), 5 juin 2015, n° 46043/14, Lambert et autres c/ France. Pour une analyse de l'opportunité de l'arrêt des traitements, *cf* Fr. Vialla, « Arrêt des traitements : à qui appartient la décision ? », LPA, 10 février 2014, n° 29, pp. 3 et sui.

[217] L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JO n°0145, 24 juin 2006, p. 9513, texte n° 1 ; C. civ., art. 812 et sui.

[218] S. Hébert, « Mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », Rec. D. 2008, n° 5, pp. 307 et sui. ; J. Massip, « Le mandat de protection future », LPA, 27 juin 2008, n° 129, pp. 11 et sui. § 3 ; v. *supra* n. n° 211, N. Couzigou-Suhas et Y. Le Levier, art. préc., § 3 ; L. Pécaut-Rivolier, « Les mesures de protection du Code civil comme dispositif d'accompagnement », *in* Dossier L'accompagnement, entre droit et pratique, RD Sanit. Soc., 31 décembre 2012, n° 6, pp. 1010 et sui.

[219] V. *supra* n. n° 211, D. Guérin-Seysen, art. préc. Pour le droit catalan, il s'agit de la loi du 29 juillet 1996. Sur le sujet, *cf* J. Picard, « Mandat et handicap de santé à venir, l'exemple de l'Espagne », JCP N 1999, p. 1811.

[220] V. *supra* n. n° 212, M. Roccati, art. préc.

[221] Depuis la loi du 12 septembre 1990, *BGB, article 1896-2, Altersvorsorgegevolmacht*

Capacity Act 2005, lequel met fin aux mandats se limitant à la représentation volontaire en matière patrimoniale, les « *enduring powers of attorney* ». La mesure de substitution est désormais un mandat plus général, le « *lasting powers of attorney* », par lequel un ou plusieurs représentants légaux prendront les décisions relatives à la personne et au patrimoine du majeur. Une particularité demeure : si ultérieurement à la désignation de ce représentant légal, le juge désignait à son tour un autre représentant légal, il est prévu que ce représentant légal désigné par le juge ne puisse prendre aucune décision ou ne puisse accomplir aucun acte allant à l'encontre d'une décision prise par le représentant légal désigné par le majeur.

42. La comparaison ne s'arrête pas là, puisque l'Amérique du Nord a proposé le même type de protection. L'État du Québec[222] a mis en place depuis la loi du 15 avril 1990 le mandat pour inaptitude[223], et si l'on en croit la doctrine, la mesure connaît un succès sans précédent[224].

L'État de New-York[225] connaît aussi ce type de pratique. L'État de New York, en réalité, n'a pas qu'un type de mandat de protection. Il dispose dans sa législation de deux types de mandats et d'un régime de protection décidé par un juge des tutelles. Les mandats sont le mandat durable[226] et le mandat de protection future. Le régime de protection dépendant du juge des tutelles est le régime de la tutelle. Régime traditionnel du droit de l'État de New York, la tutelle est un régime particulièrement mal vu des New Yorkais, dans la mesure où cette tutelle, la « *Mental Hygiene Law* »[227], est une procédure lente, coûteuse et invasive, laquelle porte atteinte à la vie privée du majeur protégé. En effet, un « *court evaluator* », un avocat la plupart du temps, est désigné pour procéder à une enquête sur la capacité du majeur, ses conditions de vie et sa situation patrimoniale. Ce *« court evaluator »* doit établir un rapport dont les conclusions seront discutées devant le juge, afin de mettre en place le régime de tutelle. Sauf que ces conclusions révèlent la situation tant personnelle que patrimoniale de la personne, chose que cette dernière peut ne pas souhaiter. C'est pourquoi, l'idée a été de prendre en compte la volonté de la personne de conserver l'intégrité de sa vie privée et de mettre en place des mandats de protection[228]. Dès 1975, le « *Durable Power of Attorney* », le mandat durable, permettait de mettre immédiatement en œuvre le mandat de protection, quand bien même la personne était reconnue incapable.

La loi de 1975 a été ensuite modifiée au profit du « *Springing Power of Attorney* »[229], le mandat de protection future, créé en 1988. Ce mandat a pour particularité de prendre effet

---

[222] V. *supra* n. n° 211, D. Guérin-Seysen, art. préc.

[223] Au même titre que l'Espagne, du reste. *Cf.* ; D. Noguéro, « Interrogations au sujet du mandat de protection future », *D.* 2006, pp. 1133 et sui. ; J.-M. Plazy, « Le mandat de protection future avant-projet de réforme des tutelles », JCP N 2004, 1275 ; J. Picard, art. préc., JCP N 1999, n° 50, p.1811.

[224] Un « curateur public » est désigné aux fins d'exécution du mandat.

[225] Ch. Clément, « Le mandat durable et le mandat de protection future : vingt ans d'application dans l'Etat de New York », Gaz. Pal., Recueil Juillet-Août 2009, pp. 2419 et sui. Le régime des mandats américains a été modifié par une loi entrée en vigueur en septembre 2009 : 2008, *N. Y. Laws Ch. 644, Senate Extension (S. 1728), Assembly Extension (S. 4392).*

[226] Le droit de l'État de New York a consacré un formulaire par lequel le mandat de protection future sera établi. Le « formulaire légal », tel qu'on le nomme, est régi par l'article 5-1501 de la loi sur les obligations générales : *General Obligations Law, s. 5-1501, formerly s. 5-1601, added L. 1975, c 195 s 1.*

[227] *Mc Kinney's Mental Hygiene Law Ch. 27, T. E., art. 81 et seq., L. 1992 c. 698 legislation*.

[228] La « *common law* » pouvait mettre fin à toute procuration une fois l'altération des facultés mentales établie.

[229] *L. 1988 N. Y. Sess. Law Serv. 201 (McKinney).*

seulement à partir du jour où le mandant est reconnu incapable[230], soit un temps ultérieur à sa conclusion, et ne prendra effet que dans un contexte prédéfini[231]. Le mandant peut désigner un médecin qui procédera au constat de l'incapacité[232] aux fins de mise en œuvre de la convention.

De son côté, le mandat durable prend effet immédiatement. Il n'est plus question de souci relatif à l'insécurité juridique, puisque les parties à la convention et les tiers sont à l'abri de toute attestation d'incapacité. Il n'y a plus nécessité de faire constater l'incapacité du majeur. Les tiers connaissent ainsi la situation du majeur et peuvent traiter avec lui en connaissance de cause. Par contre, avant l'entrée en vigueur de ladite loi, le mandataire pouvait ne pas signer le mandat simultanément à la signature du majeur mandant. De la sorte, le mandataire ne pouvait pas être investi des pouvoirs confiés par le mandant, ce dernier ne pouvant remettre également une copie de la convention au mandataire. Le problème de l'information du mandataire était donc palpable, puisqu'il se pouvait que le mandataire ne connût pas la mise en œuvre du mandat durable. La conséquence était qu'il ne pouvait pas connaître l'étendue de ses droits et obligations. La loi nouvelle a donc imposé la signature du mandataire dans le même temps de celle du mandant[233].

Généralement, le mandant new-yorkais désigne, dans un formulaire légal, le mandataire (ou les mandataires) qui agira en lieu et place du majeur[234]. Le formulaire prévoit une liste de quinze domaines dans lesquels le mandat prendra effet[235].

À la différence de la France, le droit new-yorkais autorise le mandataire d'un mandat durable ou de protection future à accomplir tous les actes, même les actes de disposition à titre gratuit. En France, cet interdit est absolu, le mandataire devant systématiquement recourir à l'autorisation du juge des tutelles. Par contre, si le mandat de protection future en France peut porter sur des questions médicales, les mandats new-yorkais n'autorisent pas l'établissement de mandats à de telles fins[236].

---

[230] La mise en œuvre future a un inconvénient : elle dépendra d'un événement que le mandant aura pris soin de déterminer à l'avance selon une clause prévue dans le mandat. Il devra en définir les conditions. La plupart du temps, la condition de mise en œuvre du mandat de protection future est la saisine du juge des tutelles aux fins de prise d'effets de la convention.

[231] La pratique du droit new yorkais consacre davantage le mandat durable, plus facile à mettre en œuvre du fait de son application immédiate. La compétence de mise en œuvre du mandat revient aux avocats, qui jouent le rôle de notaires publics, tout en permettant d'éviter le recours aux juges des tutelles. La loi du 5 mars 2007 a donc repris le concept de l'élaboration du mandat par un avocat mais en a également confié l'établissement au notariat.

[232] Si ce médecin peut ne rester qu'un médecin traitant, la loi du 5 mars 2007 prévoit que le médecin désigné doit être un médecin expert inscrit sur la liste établie par le procureur de la République.

[233] Cette signature simultanée constitue donc un élément de validité du mandat durable.

[234] Il est signé par un notaire public, en l'occurrence un avocat, un banquier ou un greffier.

[235] Il s'agit notamment des actes suivants, énumérés dans la « *GOL* », la *General Obligations Law* : Transactions immobilières ; Transactions sur les biens meubles ; Transactions en matière d'actions et d'obligations ; Transactions bancaires ; Exploitations d'entreprises ; Opérations d'assurance ; Autres transactions immobilières ; Réclamations et litiges ; Relations et affaires personnelles ; Prestations de service militaire ; Dossiers, rapports et déclarations ; Prestations de retraite ; Donations de moins de 10 000 $ par an et par personne ; Questions fiscales ; Autres questions.

[236] L'État de New York traite à part la question relative aux soins médicaux. Les mandats sont exclus de cette catégorie d'actes. C'est davantage l'article 29-C de la *New York Public Health Law* qui prend en charge les questions médicales. Le traitement de cette matière se fait par le biais de procurations médicales, les *« Health Care Proxy »,* confiées à ce titre à des tiers, et non des mandataires.

Les mandats new yorkais et français présentent le même type de difficultés quant aux contrôles. Autant il n'existe aucun contrôle de l'activité du mandataire dans l'État de New York, autant le contrôle peut apparaître incertain en France, la loi du 5 mars 2007 prévoyant un contrôle réalisé par le notaire ou l'avocat rédacteur, sans pour autant définir précisément les modalités d'exercice du contrôle, si ce n'est la reddition des comptes de gestion. En outre, le mandataire new yorkais n'a pas à rendre compte de son activité[237], alors que le mandataire français, même soumis à l'obligation de contrôle de son activité, ne sera pas contrôlé de manière aussi sévère que ce qui se passe en termes de contrôles en matière de tutelle ou de curatelle.

43. L'inspiration du droit international et la contractualisation de la sphère privée ont irrémédiablement conduit à la consécration du mandat de protection future. Mais la valeur que l'on accorde au mandat de protection future est-elle justifiée au regard de ses règles de fonctionnement ? Il est vrai que la protection découle de la volonté de la personne, mais la relation contractuelle que le mandat instaure, au sens de l'autonomie de la volonté, n'est pas nécessairement une symbolique de la liberté, mais peut tout aussi bien se transformer en moyen d'oppression[238]. La volonté de la personne peut s'exprimer d'une certaine manière, la défense de ses intérêts n'ira peut être pas dans le sens de sa volonté[239], car la volonté dans le cadre préventif n'est pas la même que dans le domaine du droit des obligations pur.

---

[237] Le mandataire new yorkais peut ainsi dépasser les limites de ses fonctions. Ainsi, si la mandant a prévu que le mandataire peut effectuer une donation supérieure à 10 000 $, alors que le formulaire légal pose une limite fixée à 10 000 $, le mandataire pourra effectuer une donation à lui-même en dépassant ce seuil sans avoir à justifier de ses actes. Les héritiers qui contesteront devront donc rapporter la preuve que la donation réalisée n'est pas dans l'intérêt du mandant. La Cour d'appel de l'État de New York a d'ailleurs défini la notion de *« meilleur intérêt »* comme tel : *« la notion de meilleur intérêt ne s'étend pas à la générosité sans réserve du mandant, en particulier lorsque la donation appauvrit un mandant dont la volonté successorale, telle qu'incluse dans son dernier testament, est en contradiction avec le désir de faire bénéficier le destinataire de la donation »*. La difficulté est la même lorsque le mandataire se voit confier la gestion des opérations d'assurance. Il dispose de tout pouvoir pour modifier les clauses bénéficiaires pour attribuer la capital-décès à un bénéficiaire autre que celui désigné par le mandant. Le défaut de contrôle est donc un risque majeur pour le mandant qui ne définit pas les conditions dans lesquelles la gestion des actes doit s'effectuer. Ce défaut est pallié par la loi nouvelle new yorkaise. Toutefois, la Commission de révision, sur la base d'une étude approfondie de huit ans, a pris de nouvelles dispositions quant à la sécurité juridique de la protection par mandat. La loi nouvelle a donc fait en sorte que le mandant puisse prendre conscience de l'étendue des pouvoirs qu'il confie au mandataire et du défaut d'obligation de ce dernier de rendre compte de sa gestion. L'information du mandant sera ainsi davantage assurée et ses droits préservés. Le mandataire doit aussi savoir qu'en étant désigné, il recouvre la qualité de fiduciaire et doit pareillement connaître l'étendue et la limite de ses pouvoirs. Les nouveautés de la loi portent sur les éléments suivants : signature conjointe du mandat par le mandant et son mandataire ; donations et autres transferts de propriété déclarés dans un *addendum* authentifié et signé par un notaire public, de témoins impartiaux devant également y apposer leur signature ; facturation et paiement des soins de santé, avec droit d'accès au dossier médical du mandant ; divulgation par le mandataire aux tiers du rapport de droit qui le lie avec le mandant ; indemnisation par compensation de l'activité du mandataire ; contrôle de gestion facultatif, le mandant pouvant désigner toutefois un tiers assurant le contrôle de la gestion effectuée par le mandataire ; recours judiciaire en cas de refus pour un tiers d'honorer le mandat.

[238] D. Fenouillet, « Le mandant de protection future ou la double illusion », Defrénois, n°38882, 30 janvier 2009, pp. 142 et sui.

[239] L'effondrement de l'autonomie de la volonté vient du fait que la volonté n'a sans doute pas existé, même si les parties l'ont exprimée, alors qu'elles n'ont pas évoqué le cas de survenance d'une difficulté. C'est ce qu'exprime Gounot dans sa thèse en 1912 : *«[...] il est rare que [les parties] s'expriment à son sujet avec précision ;[...] les incertitudes et les obscurités ne viennent pas de ce que*

Le mandat doit laisser prévaloir la primauté de l'autonomie de la volonté[240], afin d'en faire un contrat soumis à *« déréglementation »*, notamment en raison d'un surplus de lois impératives[241]. La protection est conventionnelle, ce qui suppose une relation contractuelle caractérisée par *l'intuitu personae* requis dans la conclusion d'un contrat, mais qui suppose aussi une déjudiciarisation de l'institution. Puisque les parties vont interagir sur la protection au regard des modalités qu'elles auront déterminées elles-mêmes, quel sera le rôle du juge des tutelles dans le contrôle de la mesure dès lors que les parties seront opposées à un litige dans l'exécution du contrat ? Si la loi du 3 janvier 1968 avait fait du juge des tutelles « le chef d'orchestre » de la procédure dans son ensemble, la loi du 5 mars 2007 semble remettre en cause cet acquis, puisque le juge des tutelles n'intervient pas en se saisissant d'office ou sur requête des parties. Seul le greffe de la juridiction connaît de l'existence du mandat, le juge se retrouvant exclu de la procédure de mise en œuvre de par la seule volonté des parties. La saisine du juge reste alors soumise à la survenance d'un litige dans l'exécution du mandat, et non plus dans le but d'assurer l'information de ce dernier quant à l'existence du mandat[242].

Toutefois, cette intervention du juge, quoique limitée (bien que), est à rapprocher de la transformation du droit des contrats dans lequel le juge s'immisce inexorablement, puisqu'un contrôle souple s'instaure en la matière[243]. Malheureusement, cette intrusion du juge des tutelles[244] n'est que le symbole de l'effondrement de l'autonomie de la volonté, à tel point que le juge peut en modifier le contenu. Le Doyen Carbonnier n'a-t-il pas dit : *« Question : il y a encore des gens qui croient à l'intangibilité du contrat et la respectent ; quelles sortes de gens ?* » [245]. Cette fausse liberté de déterminer soi-même et de l'imposer au mandataire ressort ainsi de l'effondrement de l'autonomie de la volonté et de l'intrusion du juge. Bien que le mandat ne fonctionne pas totalement comme une convention classique, puisque seul le mandataire agira, il n'y pas à douter que le mandant, à l'origine, aura imposé sa volonté à ce dernier. Cette intrusion du juge se justifierait en conséquence à travers ces formules : pour affirmer la toute puissance de la volonté, celle de Fouillée, *« Qui dit contractuel dit juste »*, contraste fortement avec celle de Lacordaire qui contrevient à la volonté, *« Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit, la loi qui affranchit »*[246]. Le juge des tutelles, en tant

---

sur ce point déterminé la volonté est mal exprimée, mais de ce que sur ce point elle n'a pas existé » : Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, th. Dijon, 1912, p. 207.

[240] V. *supra* n. n° 211, N. Couzigou-Suhas et Y. Le Levier, art. préc. ; M.-C. Forgeard et N. Levillain, « mandat de protection future et pratique notariale », Defrénois 2008, n° 38730 (analyse) et n° 38737 (formules) ; v. *supra* n. n° 218, J. Massip, art. préc., § 3.

[241] Comme le rappelle Alain Bénabent.

[242] Ce qui participe de la « rejudiciarisation » de la convention et donc de l'exclusion de l'autonomie de la volonté, alors que le mandat de protection future est conçu comme un modèle de « déjudiciarisation » de la protection des majeurs. V. en ce sens Th. Fossier, « Les rôles du juge des tutelles : décidément, un juge 'social' », RD. Sanit. Soc., 15 septembre 2008, n° 5, pp. 821 et sui.

[243] Contrôle qui s'exerce selon les principes d'égalité contractuelle, d'équilibre contractuel et de bonne foi contractuelle (v. en ce sens V. D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, nouvelle devise contractuelle ? », Mélanges Terré, 2000.603 ; du même auteur, « Le juge et le contrat », Mélanges Aubert, 2005.236), ou encore selon le principe de fraternité contractuelle (v. en ce sens V. Guelfucci-Thibierge, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD Civ. 1997.357). Il n'y aucune raison de ne pas voir ce type de contrôle instauré dans le droit des obligations ou mis en œuvre pareillement en ce qui concerne le mandat de protection future.

[244] Ce qui confirme que la position de la Cour de cassation, à savoir que la non réfaction du contrat n'a plus tant de valeur qu'à l'apogée de l'autonomie de la volonté : v. en sens Civ., 6 mars 1876, DP 1876.1.193, n. Giboulot.

[245] Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, PUF, Thémis, 22è éd. 2000, n° 114, p. 228.

[246] Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Précis Dalloz, *Droit civil, les obligations*, 9è éd., 2005, n° 33, p.38.

qu'intervenant *a posteriori* dans le mandat de protection future, est donc là pour rétablir l'égalité en cas de déséquilibre de la convention. La liberté ou la volonté individuelle seraient ainsi soumises à la loi.

44. Le mandat de protection future est un contrat de mandat[247] par lequel on recourt à l'organisation de sa protection personnelle, mandat qui répond ni plus ni moins au droit commun du mandat[248] et qui, en même temps, constitue la loi des parties avec les effets qui s'y rattachent : liberté contractuelle, force obligatoire du contrat et effet relatif du contrat[249]. Cependant, le mandat de protection future, au titre de n'importe quelle convention, ne peut pas être assimilé à une « loi » en tant que telle, pour deux raisons essentielles : le juge des tutelles peut intervenir en cas « *d'inéquité* »[250] premièrement, ce qui induit en second que l'autonomie de la volonté s'efface complètement. Le mandat de protection future ne peut donc pas être assimilé à une « loi », puisque pouvant être modifié dans son contenu, lequel contenu n'est pas, comme la Loi, général et impersonnel[251]. Car le mandat de protection future n'est pas un contrat qui s'articule autour du droit commun des conventions. En introduisant la notion de prévention dans le domaine de la protection des personnes, on donne le droit au mandant de voir respectés ses souhaits. On pourrait rajouter le terme *« attentes »*[252] pris dans le domaine du droit des obligations, selon Pascal Lokiec. Si ce dernier fait valoir que l'attente était un concept qui devait émerger mais qui n'a pas eu le succès escompté[253], ce concept doit pouvoir trouver une place légitime aujourd'hui dans le mandat de protection future.

45. La matière reprend le principe de la prévention qui existe dans d'autres matières, telles que le droit pénal[254], le droit de la santé[255], le droit de la famille[256] ou encore le droit du travail[257]. Le mandat de protection future, fortement inspiré du succès émanant du principe de prévention, obéit donc aux règles relatives au droit du mandat tout en allant au-delà de ses règles en général. En effet, le mandat de protection future ouvre un brèche dans le sacro-saint

---

[247] J. Casey, « Quel avenir pour le mandat de protection future ? », Gaz. Pal., 13 août 2011, n°225, p. 7.

[248] Au sens de l'article 1984 du Code civil, du moins dans ses dispositions générales,

[249] C. civ., art. 1134.

[250] Sur le principe d'équité en matière contractuelle, *cf* C. Albigès, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000.

[251] V. l'étude réalisée par Jean-Pascal Chazal sur le sens du mot « loi » dans le cadre de la théorie générale du contrat : J.-P. Chazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du Code civil », RTD Civ. 15 juin 2001, n° 2, pp. 265 et sui.

[252] Cette fameuse « attente », selon l'auteur, constitue l'une des déclinaisons de la volonté de la partie qui contracte. Elle renvoie à une acception objective de la volonté : je contracte parce que j'attends quelque chose de la réalisation de l'opération juridique déterminée par convention. Voila donc l'idée qui s'en dégage et qui peut s'appliquer parfaitement au mandat de protection future, puisque le mandant attend que l'on s'occupe de ses affaires pour l'avenir. L'attente peut se définir en ce sens. *Cf* ainsi P. Lokiec, « Le droit des contrats et la protection des attentes », Rec. D. 1er février 2007, n° 5, pp.321 et sui. L'attente doit être légitime : J. Calais-Auloy, « L'attente légitime, une nouvelle source du droit subjectif ? », *in* Mélanges Y. Guyon, *D.* 2003, p. 171.

[253] Car G. Viney a indiqué que *« la notion d'attente légitime tend à devenir aujourd'hui l'un des concepts essentiels du droit des obligations et des contrats »*. Sans doute a-t-elle raison vingt ans plus tard pour le mandat préventif. *Cf* ainsi G. Viney, "Responsabilité civile", JCP G 1994, I, 3809, chron. p. 557.

[254] L. n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, JO n° 0056, 7 mars 2007, p. 4297, texte n° 1.

[255] L. n° 2006-405 du 5 avril 2006 relative à la lutte contre le dopage et la protection des sportifs, JO n° 82, 6 avril 2006, p. 5193, texte n° 2.

[256] L. no 2006-728 du 23 juin 2006 préc., JO n° 0145, 24 juin 2006, p. 9513, texte n° 1.

[257] L. n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JO du 18 janvier 2002, p. 1008, texte n°1.

principe de l'indisponibilité des personnes[258], principe qui prévoit que l'on ne peut donner mandat sur sa personne et que les actes rattachés à la personne sont censés résister à la représentation de la personne. Or, dans le mandat de protection future, le principe de capacité personnelle devient l'exception par rapport au mandat de droit commun. Dans ce dernier, le mandat prendra fin si la personne est atteinte d'une altération des facultés mentales, alors que dans le mandat de protection future, « l'incapacité » est le motif impulsif de sa mise en œuvre. Le mandat de protection future ne répond plus à la définition du mandat en tant que service d'amis. La technique s'est professionnalisée et fait désormais appel à des règles de gestion particulières qui font du mandat, ou ferait de lui, un « mandat de prévention », vu l'idée qui se dégage de ses principes directeurs. Peut-on faire du mandat de protection future un « mandat de prévention », au même titre que le mandat à effet posthume en matière de gestion de la succession du mandant décédé ? Il n'en demeure pas moins que la mise en lumière d'un tel mandat à la qualification juridique particulière ne manque pas de révéler au grand jour ses faiblesses.

46. Avant toute critique, le mandat de protection future doit être vu comme un instrument de protection, et de la personne en tant que telle, et de ses intérêts patrimoniaux. C'est pourquoi, c'est en s'inspirant des techniques de protection régies par la volonté individuelle que le mandat de protection future a vu le jour[259]. Le droit européen a montré la voie, et divers projets, aboutis ou non, ont été les instigateurs du mandat de protection future, tels le mandat sur incapacité future[260], mandat qui devait s'inscrire dans la protection de la personne en amont de toute intervention du juge des tutelles ; ou encore du mandat à effet posthume qui permet au mandant de désigner le mandataire qui s'occupera de la gestion de sa succession pour le jour où il décédera.

Ces précédents juridiques[261] n'en sont pas moins constitutifs de l'émergence historique du mandat de protection future. S'il doit être qualifié de mandat en tant que tel, il convient avant toute chose de définir ce qu'est le mandat en lui-même. Le régime juridique de droit commun du mandat doit en effet permettre d'appréhender la notion de mandat, et voir en conséquence si le mandat de protection future (au même titre que le mandat à effet posthume) est un mandat qui répond *stricto sensu* à la définition du mandat de droit commun, ou bien s'il peut être interprété bien plus largement (Chapitre Premier). De la sorte, on pourra apprécier dans quelle mesure le mandat de protection future répond en parallèle à un ensemble de règles dérogatoires aux dispositions de droit commun. Il n'en demeure pas moins que le mandat de protection future est un instrument juridique conventionnel de la protection de la personne. Quand bien même la protection se veut conventionnelle, la pré-« incapacité » suggère de

---

[258] V. *supra* n. n° 218, S. Hébert, art. préc.

[259] V. supra n. n° 211, N. Couzigou-Suhas et Y. Le Levier, art. préc. § 3.

[260] V. *infra* n. sui.

[261] V. not. le projet de création du mandat sur inaptitude future (MIF) dont l'intérêt était d'instaurer une protection similaire à celle que pouvait offrir le mandat de protection future et dont l'existence se retrouve sous la forme de ce dernier. L'idée d'une mise en place de la protection avant même toute altération des facultés mentales se faisait de plus en plus ressentir selon une partie de la doctrine. Cette idée s'est développée en raison de l'insuffisance des effets des mesures de protection, d'un point de vue social, alors que la protection des majeurs semblait aller dans le sens de cette évolution. Dès lors, il semblait intéressant de pouvoir déterminer une protection avant même qu'une altération des facultés ne se fasse jour. L'idée était lancée, et le rapport Favart du 18 mai 2000 proposait le mandat tutélaire : v. en ce sens M.-A. Gillet-Hauquier, « Mandat sur inaptitude future : contribution à l'émergence d'une disposition de pré-incapacité », LPA, 13 janvier 2005, n° 9, pp. 7 et sui. L'objet visé dans le mandat sera, non seulement, la représentation de la personne dans divers actes juridiques, mais aussi la réalisation d'actes matériels résultants de l'accompagnement de la personne au quotidien : v. en ce sens K. Lefeuvre-Darnajou, *La pré-incapacité des majeurs vulnérables*, th. Droit, Rennes I, 2001.

déterminer la procédure adaptée à la mise en place du mandat, selon les obligations propres incombant à chacune des parties. Tout n'est pas si simple dans l'idéal que représente ce nouveau type de protection qui tend à affirmer la primauté de la volonté individuelle (Chapitre Second). On verra qu'il existe tout un ensemble de difficultés qui s'articule autour de la volonté de la personne, telles que la publicité du mandat ou le contrôle du juge des tutelles et qui n'ont pas vertu à entrer en relation avec le mandat, du moins à titre principal. Dans ces conditions, on peut légitimement douter de la réelle portée de la nature conventionnelle du mandat, jusqu'au point de se demander si la protection conventionnelle n'est pas une protection *« illusoire »*[262], un trompe-l'œil qui souhaiterait nous faire croire qu'il est possible de réaliser la protection idéale, au même titre que, par contrat de vente, il est possible de tout vendre.

47. On verra donc que la conception de protection idoine de la personne n'est qu'un écran de fumée, d'un point de vue général, mais aussi d'un point de vue de la protection de la personne, puisque la protection patrimoniale reste le fil conducteur du mandat de protection future. Car l'illusion est de faire croire que le mandat de protection future garantit le respect de la volonté individuelle. C'est faux, et on s'apercevra que la convention en tant que telle définit l'étendue de la protection selon l'*instrumentum* et non selon ce que souhaite le mandant. Pour preuve, la protection patrimoniale ressort gagnante de la mise en œuvre de la convention, puisque le mandant doit se plier à la nature de la convention pour définir ce type de protection. Dans le même temps, la protection personnelle n'est pas à géométrie variable, car suivant à la lettre les principes posés par la loi.

48. En dépit de ce que propose le mandat, il n'y nullement à penser que la volonté du mandant soit particulièrement respectée, sa prééminence étant sujette à caution[263] : en effet, c'est le contrat qui conditionne la protection, non la volonté.

[262] V. *supra* n. n° 238, D. Fenouillet, art. préc.

[263] D'autant plus que le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas à la volonté individuelle une valeur constitutionnelle, ce qui confirme le doute que l'on peut avoir quant à la réelle portée de la volonté individuelle : d'où le fameux contrôle du juge évoqué *supra*. V. en ce sens C. const., 3 août 1994, JCP 1995.II.22404, n. Broussolle ; 20 mars 1997, RTD Civ. 1998.89, obs. Mestre ; JCP 1997.I.4039, n° 1, obs. Fabre-Magnan.

Chapitre Premier
Des précédents à l'émergence du mandat de protection future.

49. La loi du 5 mars 2007 donne à la protection volontaire un aspect conventionnel. Sur ce point, il n'y a pas à en douter. Cependant, décider d'une protection particulière à travers un mandat tel qu'il est présenté à ce jour crée une confusion quant à l'idée que l'on peut se faire d'un mandat au sens traditionnel du terme. En effet, la simple mise en œuvre du mandat de protection future ne permet pas d'établir une comparaison en tous points conforme à celle du mandat de droit commun. La conception même du mandat de protection future dénote une idée particulière dont on ne peut appréhender les effets que bien après son établissement. Pour autant, à travers le mandat en tant que support de la mise en œuvre de la protection, il est question de donner à un mandataire une procuration aux fins de gestion ou de représentation de tout ordre. Sur ce, le mandat de droit commun a évidemment servi de base à la conception du mandat de protection future. Procuration sera alors donnée à un tiers de confiance qui agira au nom et pour le compte d'un donneur d'ordre qui ne sera plus mentalement apte à la gestion d'affaire. Le mandat de droit commun aura donc amené le mandat de protection future à suivre les mêmes traces que ce dernier : de par sa seule volonté, le mandant fixe ses objectifs de protection et de représentation.

Si l'histoire du mandat de droit commun doit être celle du mandat de protection future, il n'est pas certain que les points de convergence soient les mêmes : l'étude du mandat de droit commun, selon son histoire et son régime juridique (Section 1), tend à démontrer que l'analogie entre les deux mandats n'est pas aussi flagrante qu'elle en a l'air et qu'un particularisme apparaît clairement. De là, on verra qu'en comparant le mandat de protection future avec le mandat à effet posthume (Section 2), une différence de nature se fera jour avec le mandat de droit commun : du mandat de protection future ou à effet posthume, ressort l'idée selon laquelle la prévention, la protection par anticipation, guide la gouvernance du mandat. Si la prévention est le motif impulsif de ces deux mandats, le comparatif va-t-il dans le sens du mandat de droit commun ? On peut d'ores et déjà dire que non, puisque la prévention modifie singulièrement la volonté du mandant, selon que l'on se trouve dans le cadre de l'établissement du mandat ou dans l'instant de son exécution. Cette analyse aura pour conséquence d'affirmer que les mandats dits préventifs sont des mandats qui ne répondent pas entièrement aux critères de mandat de droit commun : l'objet qu'ils prônent, leur mise à exécution, leur révocation, la transformation de la volonté individuelle, leur support aussi, excluent catégoriquement le mandat de protection future et le mandat à effet posthume du régime juridique du mandat de droit commun. Les mandats préventifs ressortent d'une catégorie hybride de mandat, un mandat particulier que l'on peut qualifier de quasi-mandat (Section 3).

Section 1 - Du mandat de droit commun : analogie ou particularisme ?

50. La question de savoir si le mandat de protection future est un mandat de droit commun ou un mandat *ad hoc* doit apporter la réponse suivante : peut-on considérer le mandat de protection future comme un mandat *« préventif »*[264] respectant la volonté individuelle ? La question est loin d'être anodine, car elle ne manque pas d'interroger, au regard de toutes les dérogations qu'un tel mandat suscite afin d'être mis en œuvre. En effet, suivant les conditions dérogatoires au droit commun du mandat, la doctrine s'est demandée si le mandat de protection future, au même titre que le mandat à effet posthume, était encore un mandat au sens traditionnel du terme, mandat émanant de la vision classique du Code civil. Si à spéculer que le mandat de protection future n'est qu'un faux-ami du mandat traditionnel, ou encore un mandat d'un nouveau genre, pourquoi est-il soumis, au même titre que le mandat à effet posthume, aux dispositions de droit commun des articles 1984 et suivants du Code civil, dans ses dispositions spéciales[265] ? Ce qui est certain, c'est qu'en instaurant le mandat de protection future, une spécialisation du contrat de mandat a vu le jour. Loin de constituer un service d'amis au sens historique du mandat, le mandat de protection future ne peut pas être formé ni mis à exécution comme une simple convention. La complexité de l'opération, les conséquences patrimoniales et/ou personnelles qui y ressortissent, ne permettent pas de constituer un tel mandat sans apporter de sérieuses garanties quant à son efficacité et quant à la sécurité des opérations engagées. Le mandat de protection future suppose dès lors une professionnalisation de l'institution. Ainsi, toute personne désignée en qualité de mandataire doit pouvoir accomplir ses obligations dans les règles de l'art et dans l'intérêt du mandant.

Au-delà même de la question de la professionnalisation de l'institution, il est nécessaire de savoir si le mandat de protection future doit être apprécié comme un mandat classique ou comme un nouveau type de contrat[266]. En effet, le mandat classique suppose qu'une fois les consentements échangés, le contrat se trouve exécuté par le mandataire. Il n'est pas soumis à une condition suspensive de la survenance d'un événement qui empêcherait son exécution. Au contraire, dans le mandat de protection future et dans le mandat à effet posthume, seule la survenance de l'événement qui constitue la cause du mandat permettra la levée de la condition suspensive. C'est donc cette condition qui crée un doute quant à cette qualification stricte. Dès lors, en posant les conditions relatives au droit commun du mandat (II), on pourra apprécier la qualification juridique des mandats de protection future et à effet posthume. Si les conclusions que l'on tire permettent de dire que ces institutions ne peuvent être regardées comme des mandats *stricto sensu*, il sera nécessaire de déterminer en quoi ces mandats relèvent d'une spécificité qui déroge au droit commun du mandat (IV). Ceci à cette fin : pouvoir qualifier le mandat de protection future et le mandat à effet posthume de mandats de prévention, selon la volonté du mandant (III). C'est toutefois la vision historique que l'on a du mandat qui établira un comparatif entre le mandat de droit commun et le mandat dit « préventif » (I). Question : la notion de service d'amis se retrouve-t-elle chez ce dernier comme elle se retrouve dans le premier cité ?

---

[264] S. Hébert, « Mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », Rec. D. 2008, n° 5, pp. 307 et sui.

[265] Fl. Fresnel, « La personne protégée et le mandant à effet posthume », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 54 et sui.

[266] C'est pourquoi, un parallèle sera effectué avec le mandat à effet posthume qui pose le même type d'interrogations.

I) Le mandat à travers le temps : de Rome à nos jours.

51. Le mandat doit refléter la volonté de celui dont il émane ; il est un contrat entre amis, un service qui regroupe plusieurs sortes de conventions dans des domaines variés. Qu'il intervienne entre un client et son agent commercial, entre un notaire et les parties à la vente d'un immeuble ou à un acte de donation, ou encore en tant que pouvoir donné par un justiciable à son avocat aux fins de représentation dans les actes de procédure, le mandat n'apparaît pas comme un contrat classique à la qualification unique. Du latin *manu data*[267], signifiant la main donnée, on avait coutume de sceller le contrat en donnant la main. Le mandat a pour objet de réaliser un acte au profit de l'une des parties au contrat, selon les souhaits de cette dernière. La mission du mandataire est celle-ci : gérer l'affaire d'autrui en représentant le mandant au contrat. Le mandat se pose donc en contrat omniprésent dans le droit des obligations : il sert à faciliter le réalisation d'opérations entre personnes distantes, constitue le support de l'activité économique des professions d'intermédiaires et sert à cette fin à réaliser l'objet même de l'opération envisagée. Troplong évoque le mandat de la sorte : *« la nature a établi entre les hommes une grande inégalité d'intelligence, de force et d'aptitude. Mais la société corrige cette inégalité par un bienfaisant échange de devoirs et de services. Ce qu'on ne peut accomplir par soi-même, on le fait faire par une main officieuse, et la foi d'un ami supplée à notre insuffisance… de là le mandat, si souvent employé pour arriver par le ministère d'autrui à un résultat qu'on ne pourrait atteindre par ses propres moyens. La jonction des mains a du y figurer d'une manière plus caractéristique et plus nécessaire que partout ailleurs. Dans d'autres contrats dont la bonne foi est aussi l'âme et le lien, il y a une chose livrée, et c'est pour cette chose que l'obligation devient parfaite »*[268]. La représentation devient parfaite dans la mesure où le représenté, le mandant, le rend présent, le mandataire ne jouant qu'un rôle d'intermédiaire, n'agissant aucunement pour lui[269]. Le mandataire doit donc être « transparent » : même s'il intervient, il n'est pas l'« intéressé » dans l'opération, devant préciser par ailleurs à l'autre partie qu'il agit pour autrui[270].

52. Cette vision du mandat met en avant la notion de service d'amis. En effet, en faisant référence à cette inégalité intellectuelle et à la plus ou moins grande aptitude de certaines personnes à la gestion d'affaire, Troplong veut mettre en avant que le mandat est la solution au problème de « l'incapacité », au sens de méconnaissance s'entend, à pouvoir passer des actes et gérer ses affaires. En donnant procuration à une personne plus avisée, la personne, dont l'insuffisance de la connaissance des affaires est une certitude, pourra bénéficier des effets d'une opération déterminée grâce à l'intervention d'un représentant. Cette notion de représentation transparaît donc de la compensation à l'inégalité qui existe entre chaque individu. Le mandat admet donc la représentation parfaite du mandant.

Mais une autre notion paraît essentielle pour caractériser le mandat : c'est la confiance. *« […] la foi d'un ami supplée à notre insuffisance »*[271]. La confiance est donc le moteur du mandat, lequel ne verrait son efficacité garantie que si les relations entre parties écartent la mauvaise volonté et l'abus de confiance. Dès lors, c'est dans cette optique que la

---

[267] Pothier, Du contrat de mandat, n° 1, *in* J. Huet, *Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 1996, § 31000, p. 939.

[268] Troplong, *Le droit civil expliqué*, T.XVI Du mandat n° 1, 1846.

[269] Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Précis Dalloz, *Droit civil, les obligations*, 9è éd., 2005, n° 175, p. 179 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, Domat Droit privé, Montchrestien, Lextenso Éditions, 13è éd., 2012, n° 46, p. 38

[270] J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil*, *les effets du contrat*, LGDJ, 3è éd. 2001, n° 936, p. 1010.

[271] V. *supra* n. n° 268, Troplong, *op. cit.*

représentation caractérisera le mandat, tout en lui permettant d'être mis en œuvre dans un cadre de totale confiance.

53. Le droit romain avait une conception autre du mandat que ce que la société du XXIè siècle autorise à croire. Si le mandat est largement admis aujourd'hui et d'usage courant, le mandat de la Rome Antique ne pouvait admettre qu'une opération puisse se réaliser hors la présence de l'une des parties[272], du moins physiquement. Mais son usage dans les relations commerciales avec les pays voisins a du concourir à son admission, admission toutefois très encadrée afin de le distinguer de la gestion d'affaire. L'agent intermédiaire qui intervenait dans le relation contractuelle était appelé le *nuntius*[273], le messager. Son rôle était pour le moins encadré : il devait se limiter à faire valoir auprès de l'autre partie la volonté de son maître seulement. Mais la transmission de cette volonté avait une conséquence juridique évidente : le contrat était formé du seul fait de l'échange des consentements, à distance, et donc entre absents. Même si la représentation parfaite n'était pas admise, l'évolution à très court terme permettait aux intermédiaires d'acquérir une certaine indépendance, sans pour autant que soit reconnue une véritable représentation. Un contrat appelé *aestimatum*[274] a permis cette indépendance des « quasi-représentants ». Ce contrat permettait de remettre une chose à une partie à l'effet de le vendre, pour un prix fixé par avance, ou de le rendre à défaut. Le cédant pouvait dès lors être vendeur, loueur d'ouvrage ou mandant. Ces diverses formes de mandats mettront définitivement le mandat classique en vigueur, dès lors qu'il acquerra sa qualité de contrat *consensu*[275], notamment lorsque le mandataire pourra engager le mandant.

54. L'évolution du mandat consacrera la notion de service d'amis sur un aspect financier. Si le contrat de louage permettait le rémunération du prestataire, le mandat reposait sur le principe de gratuité. Le mandataire devait accomplir sa mission de représentant sans pouvoir solliciter une quelconque rémunération. Mais on estimait que le service rendu méritait une sorte de rémunération, non pas en tant que telle, mais dans le sens d'une contrepartie financière pour service rendu. L'*honorarium*[276] était ainsi né dans le cadre du mandat. L'objet du mandat, quant à lui, devait permettre la gestion des affaires d'autrui, et sera vu comme une sorte de procuration, dont les origines étymologiques latines, « *pro curare* », signifient « prendre soin de ». Peut en conséquence recourir à cette procuration *« celui qui ne peut vaquer lui-même à ses affaires »*, et dont l'acte donne pouvoir à un autre de le faire à sa place, *« soit qu'il faille simplement gérer et prendre soin de quelque bien, ou de quelque affaire, ou que ce soit avec d'autres »*[277].

55. Le mandat de droit commun est issu de l'un des quatre contrats romains, le *mandatum*, et en conserve une caractéristique essentielle : sa gratuité. Mais quant à son objet, il s'oriente dès lors vers la représentation, mécanisme permettant à une personne de donner pouvoir à une autre de faire quelque chose pour son compte et en son nom, et selon ce qu'elle souhaite, selon sa volonté éclairée. Si la place consacrée par le Code civil au mandat se trouve en décalage avec la théorie générale du contrat, le mandat n'en est pas moins un contrat extrêmement important dans la vie économique d'aujourd'hui. La dimension du mandat n'est plus à remettre en doute à ce titre et intervient dans des domaines très variés : il peut être

---

[272] G. May, *Éléments de droit romain*, 10è éd., 1909, n° 155.

[273] V. *supra* n. n° 272, G. May, *op. cit.*, n° 143 ; v. *supra* n. n° 270, J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *op. cit.*, n° 926, p.991.

[274] V. *supra* n. n° 272, G. May, *op. cit.*, n° 162-4°.

[275] Pothier, Du contrat de mandat, n° 9, *in* J. Huet, *op. cit.*, LGDJ, 1996, § 31001, p. 940, *supra* n. n° 267.

[276] P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6è éd. 1918, p. 595 ; v. *supra* n. n° 272, G. May, *op. cit.*, n° 155.

[277] Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle éd. par de Héricourt, Livre I, titre XV, *Des procurations, mandements et commissions,* Sect. I, I.

permanent dans le cadre du mandat de gérant d'immeuble, temporaire en ce qui concerne les assemblées de copropriété, donné à titre gratuit lorsque le clerc de notaire représente l'une des parties à la conclusion d'un acte, à titre onéreux en ce qui concerne l'agent de voyage, à titre principal dans les mandats de vente, ou enfin à titre accessoire à un autre contrat principal[278].

Ainsi la vitalité du contrat de mandat est indéniable dans tous les domaines économiques, tant de la société antique que moderne. Son émergence dans le domaine de l'affairisme n'est pas non plus à remettre en cause. En effet, Ripert et Roblot diront que *« les contrats civils sont presque toujours passés entre les parties, qui traitent elles-mêmes, ou par des mandataires qui ne sont que des porte-parole. Les contrats commerciaux sont passés avec un nombre considérable de clients, souvent très éloignés, et que le producteur ou le distributeur ne connaît pas lui-même »*[279]. Philippe le Tourneau dira de son côté que *« le contrat de mandat est d'une importance considérable et d'une utilisation fréquente dans l'activité juridique et constante de la vie des affaires »*[280].

Il est ainsi mis en avant le lien très étroit qui unit deux parties dans le cadre d'un mandat. Si le domaine commercial suppose des relations distendues entre les divers acteurs des relations commerciales, le domaine affairiste, quant à lui, symbolise la très grande proximité des parties entre elles. Et si l'une d'elles ne peut effectivement participer à l'opération visée, la partie absente pourra désigner un mandataire qui suppléera à cette absence dans la relation contractuelle. Ce que d'ailleurs les relations commerciales ne permettent pas, puisque Ripert et Roblot évoquent la méconnaissance du distributeur de ses partenaires commerciaux. Troplong, citant Savary : *« il n'y a rien qui maintienne tant le commerce que les commissionnaires ou correspondants. Car par leurs moyens, les marchands et banquiers peuvent négocier dans tout le monde sans sortir de leur magasin ou comptoir »*[281]. Les professions juridiques ont même recours au mandat, tel le mandat *ad litem*, dans lequel l'avocat a mission de représentation du mandant, tant dans l'assistance à un procès que dans l'exercice des actes de procédures. Le mandat est dès lors un contrat entré dans les us et coutumes de toutes les activités, commerciales ou sociales.

56. Le mandat est donc par excellence le contrat qui permet au mandant d'être dans son commerce, et en même temps, dans la relation contractuelle à l'autre bout du pays, par le seul intermédiaire de son mandataire, sorte d'émanation de sa personne. Philippe Malaurie et Laurent Aynès ont d'ailleurs évoqué le *« don d'ubiquité »*[282] que le mandant pouvait avoir, dès lors qu'il désignait un mandataire. Troplong considérant d'ailleurs ceci : *« on a ingénieusement comparé le mandat au talisman merveilleux par lequel Pythagore était à la fois à Crotone et à Metaponte… cette comparaison peint l'utilité que nous en retirons… [par ce moyen] les marchands et les banquiers peuvent négocier dans tout le monde sans sortir de leur magasin ou comptoir. L'homme en effet se multiplie par le mandat, dans les lieux les plus divers, et pour cela il n'est besoin ni de division ni de magie. Un simple contrat suffit à opérer ce miracle »*[283].

En faisant référence à ce *« don d'ubiquité »* que seul le contrat de mandat caractérise, il est mis en avant l'idée selon laquelle le mandat supprime toutes les frontières en termes de relations affairistes, commerciales ou économiques. Le mandant, physiquement absent dans l'opération objet du contrat, mais juridiquement présent grâce à la représentation que lui donne son mandataire, est à la fois dans le contrat et en dehors. La suppression de la limite territoriale qu'impose un contrat sans pouvoir de représentation est à comparer avec la

[278] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.,* LGDJ, 1996, § 31002, p. 941.
[279] Ripert et Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, LGDJ, 1992, n° 2620.
[280] Ph. Le Tourneau, « De l'évolution du mandat », *D.* 1992, chron. n° 157.
[281] V. *supra* n. n° 268, Troplong, *op. cit.*.
[282] Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, Cujas, 1994, n° 530.
[283] V. *supra* n. n° 268, Troplong, *op. cit.*.

rétroactivité qui supprime le temps passé[284]. Désormais, le mandat autorise toute relation contractuelle en tout lieu, mais qui ne doit reposer que sur un aspect purement humain et caractérisé par l'*intuitu personae* qu'impose cette relation. En effet, si c'est la confiance que l'on accorde au mandataire pour parvenir à un contrat de mandat, la perte de confiance autorise la révocation à tout moment, la révocation *ad nutum* qui permet de mettre fin à la relation quand on le souhaite. À condition bien sûr que la rupture ne soit pas constitutive d'une infraction, telle un abus de confiance, la révocation n'est que le signe de la dimension propre à la personne du contrat de mandat. C'est ainsi que peut s'apprécier la volonté individuelle, essence même de tout contrat en général, de tout mandat en particulier, *a fortiori* dans le cadre préventif, ce qu'admet, selon une conception purement théorique et sentimentale, le mandat de protection de future. Le mandant doit pleinement donner sa confiance à celui qui représentera sa personne et ses intérêts pour le temps où la lucidité se sera évanouie. La confiance est la quintessence même de tout type de mandat : sans elle, l'*intuitu personae* disparaît, la volonté s'éclipse, la magie n'opère plus. La relation mandant – mandataire meurt instantanément. Au contraire, le respect de la confiance et de la volonté crée une relation *intuitu personae* inébranlable, à même de garantir le succès d'une opération juridique ou la protection des intérêts personnels et patrimoniaux du mandant.

II) Du droit comparé : mandat préventif et dispositions de droit commun du mandat.

57. Les dispositions de droit commun du mandat peuvent se résumer selon quatre thèmes principaux : la définition du mandat (A), ses règles de constitution (B), ses effets (C) et son terme (D). Ces quatre thèmes répondent à ce que le contrat en général propose dans l'élaboration du mandat. Ces dispositions permettront, dans un premier temps, de comprendre le mécanisme du mandat dans ce qu'il a de plus général, c'est-à-dire le concept de service d'amis que l'on recherche dans le mandat de protection future. Puis, dans un second temps, on pourra apprécier la manière dont le mandat de protection future fonctionne, puisque le mandat de droit commun doit permettre son élaboration.

A - La définition du mandat de droit commun.

58. La Cour de cassation[285] précise qu'il y a mandat[286] *« dès lors que l'une des parties réalise au profit de l'autre des actes juridiques, et non de simples actes matériels sans pouvoir de représentation »*. Cette solution se dégage clairement de la définition posée par le Code civil. Le mandat n'existe que si le mandant désigne un mandataire aux fins de réalisation d'actes juridiques. Si le mandataire n'est pas désigné, le mandat n'est pas constitué juridiquement. Il doit donc exister une relation entre le mandant et son prête-nom, relation régie par les dispositions relatives aux obligations entre mandant et mandataire[287]. D'un point

[284] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.,* LGDJ, 1996, § 31005, p. 945.

[285] Civ. 1ère, 19 février 1968, n° 61-14.315, Bull. Civ. I, n° 69, p. 54, GAJC, 11è éd., n° 260. Toutefois, la Cour de cassation n'en fait pas une cause de nullité de la convention et admet que de simples actes matériels puissent être accomplis au nom du mandataire, du moment que ce dernier agit pour le compte de son mandant : *cf* ainsi Ph. Delebecque et F. Collart-Dutilleul, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 4è éd., 1998, n° 641, p. 487.

[286] Aux termes de l'article 1984 du Code civil, *« le mandat, ou procuration, est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. »*

[287] Civ. 3ème, 1er décembre 1971, n° 70-13.392, Bull. Civ. III, n° 595, p. 425, *D.* 1972, n° 248.

de vue formel, la mandat est un contrat consensuel synallagmatique : consensuel parce que reposant sur l'échange des consentements ; synallagmatique parce qu'il impose l'obligation réciproque au mandant de désigner un mandataire et de lui donner pouvoir, et au mandataire d'accomplir les actes au nom et pour le compte du mandant. De ce point de vue, le mandat de protection future propose une analogie similaire : le mandataire doit accepter le pouvoir confié par le mandant aux fins de représentation de ce dernier.

Le contrat de mandat dépend en outre d'éléments substantiels propres à sa qualification. Comme on l'a dit, le mandat est un service d'amis, du moins dans sa version classique et traditionnelle. On ne pourrait plus le qualifier en tant que tel aujourd'hui en raison de la complexité des opérations à traiter et de la professionnalisation des techniques mises en œuvre par les parties exécutantes. Mais il n'en demeure pas moins que la notion de service d'amis perdure (1). On verra aussi que d'autres éléments interviennent pour qualifier le mandat comme tel, tels l'*intuitu personae* ou la gratuité du mandat (2).

1) Un contrat caractérisé par la notion de service d'amis.

59. À travers la définition du contrat de mandat, ce sont les notions de procuration et de relation entre parties qui sont le manifeste du service d'amis[288]. La définition de la procuration propose d'ailleurs les deux formules possibles, le mandat ou la procuration, qui tend à rendre synonyme les deux notions. Ainsi, une confusion entre ces deux notions pourrait être faite, à savoir entre le *negotium* que représente l'objet de la procuration et l'*instrumentum* que serait la procuration en tant qu'élément matériel au support de l'objet[289]. S'il s'agit d'un problème de sémantique, la pratique est sans équivoque : on ne parle pas de mandat, mais davantage de procuration. Le mandat serait alors le contrat vu depuis l'angle théorique. La procuration symbolise davantage la pratique dans les actes de la vie courante, ce à quoi tendrait pareillement le mandat de protection future : ce dernier fonctionne comme une procuration puisque le mandataire accède à la gestion complète des intérêts du mandant.

Qu'importe ces considérations de pure sémantique, la procuration n'en est pas moins l'acte par lequel le mandant donne pouvoir au mandataire d'accomplir des actes juridiques en son nom et pour son compte. La procuration prend donc son existence juridique à travers la volonté du mandant de donner pouvoir, ce qui, d'ailleurs, constitue l'essence même du mandat. En effet, le mandant doit vouloir effectivement donner procuration afin que son mandataire exécute ses directives de la manière qu'il aura décidée, sa volonté se manifestant de la sorte. La gestion que le mandataire devra assurer réside essentiellement dans cette volonté de donner pouvoir. Le pouvoir que donnera le mandant est variable en degré. Soit le mandat sera exclusif, soit il ne le sera pas. Dès lors que le mandant donnera un pouvoir exclusif, le mandataire aura toute latitude pour agir au nom et pour le compte du mandant, à une limite près toutefois : le mandant peut indiquer au mandataire que le droit d'agir du mandataire ne se fera que concurremment avec celui du mandant.

60. Les pouvoirs du mandataire sont en conséquence restreints, mais son droit d'agir ne se heurtera qu'à celui du mandant. Il restera par conséquent le seul intermédiaire à pouvoir agir selon les intérêts du mandant. Il en va autrement lorsque le pouvoir donné dans le mandat n'est plus exclusif. Dans cette hypothèse, le mandataire se verra confronté à la présence d'un ou plusieurs autres mandataires, et son droit d'action se fera cette fois à concurrence de celui des autres mandataires. Le pouvoir donné par le mandant est dans tous les cas un pouvoir restreint qui dépend essentiellement de la volonté du mandant, ce qui reste une des difficultés

[288] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op cit.,* LGDJ, 1996, § 31000, p. 939.

[289] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op cit.*, LGDJ, 1996, § 31106, p. 951 ; Ripert et Boulanger, *Contrats civils*, 1958, n°s 2131 et 2133.

posée par le mandat de protection future : la protection du patrimoine dépend essentiellement du support juridique, ce qui contraint par conséquent les pouvoirs du mandataire dans la réalisation des actes de disposition. Lorsque le mandant donne pouvoir, c'est selon les limites qu'il fixe lui-même, bien que ce soit le support juridique du mandat de protection future qui fixe ces limites. Mais dans un contexte propre à la personne du mandant, la primauté de la volonté individuelle constitue un pouvoir absolu.

Ce pouvoir doit aboutir en conséquence à la gestion des affaires du mandant. L'article 1984 du Code civil reste très évasif dans la finalité de la gestion du mandat, puisqu'il est question pour le mandataire de *« faire quelque chose »*. La généralité de cette expression montre que tout type d'opération peut être mis en œuvre, et à ce titre, la définition fait bien de ne pas s'attarder sur ces différents types : le mandat peut concerner aussi bien tous les domaines de la vie économique et du monde des affaires, l'étendue de la dimension propre à l'objet du mandat étant effectivement *lato sensu*. Il va sans dire que la volonté de donner pouvoir doit conduire le mandataire à accepter la mission que le mandant lui confie. C'est la base de la relation synallagmatique qui va alors s'insinuer entre les parties, une relation *intuitu personae*.

61. La représentation[290] que vise la définition générale du mandat est également un élément de caractérisation du service d'amis. Il est nécessaire en effet que le mandataire agisse, quel que soit l'acte, dans l'intérêt du mandant, en représentation de ce dernier. Et la représentation est un élément essentiel du mandat, car en dehors de toute représentation, il n'y a pas mandat, et le mandataire (fictif) serait une des parties principales au contrat, agissant en son nom propre mais pour le compte du mandant. Le prête-nom rend ici la représentation imparfaite et contrevient à la condition de formation du mandat, puisque le tiers contractant pense que le mandataire constitue la partie principale[291]. Logiquement, cette convention est nulle pour le mandant, mais il peut toutefois ratifier la convention, ce qui validera l'acte rétroactivement[292]. Mais si le droit positif admet ce type de représentation imparfaite, une partie de la doctrine considère que le prête-nom ne permet pas de qualifier la représentation à la convention comme telle. Il y a donc absence complète de représentation et donne à la convention un caractère *sui generis*, tel un mandat sans représentation[293].

Il peut y avoir effectivement représentation en dehors de toute relation contractuelle. Notamment, la représentation d'une personne protégée et placée sous tutelle consiste à accomplir les actes qu'elle ne peut plus accomplir, seulement en son nom et pour son compte. La vente d'un immeuble sera conclue dans l'intérêt de cette personne, et le produit issu de la vente sera reversé sur un compte bancaire prévu à cet effet.

62. Faisons un lien entre la protection des majeurs et le mandat de droit commun : dans tous les cas, il y a représentation, à la différence près que dans le mandat de droit

---

[290] La représentation est essentielle et la Cour de cassation la recherche systématiquement : v. en ce sens : Civ. 14 avril 1886, DP. 1886. 1. 221 (blessures causées par une personne arrêtée à la victime dans le cadre d'un contrat de louage de services).

[291] Civ. 1ère , 17 novembre 1993, n° 91-16.733, Bull. Civ. I, n° 329, p. 228, Defrénois, 1994, p. 791, n° 58, obs. Ph. Delebecque. Le tiers aura donc droit à demander l'exécution du contrat au représentant et non au représenté. C'est dans un second temps que les effets de la représentation parfaite joueront : le représentant devra restituer au représenté ce qu'il a acquis en sa qualité de prête-nom. Le prête-nom ne permet pas de dire qu'il est de mauvaise foi, même s'il connaît la situation : *cf* Com., 26 avril 1982, n° 81-11.304, Bull. Civ. IV, n° 135, p. 120 ; DS 1986, p. 233, n. D. Rambure. Mais il devient de mauvaise foi s'il sait en outre que le représentant agit en dehors des limites voulues par les parties au contrat : *cf* Civ., 29 décembre 1930, S. 1931, 1, p. 136 ; Req., 4 juillet 1922, S. 1924, 1, p. 286.

[292] Civ. 1ère , 25 mars 1981, n° 79-16.847, Bull. Civ. I, n° 104

[293] Req., 25 février 1864, DP 1864, , 1, p. 282 ; v. *supra* n. n° 291, Req., 4 juillet 1922, préc.

commun, la mandant est lucide (du moins l'espère-t-on), alors que dans la protection des majeurs, la personne protégée est atteinte d'une altération des facultés mentales. Si dans le premier cas, le mandant ne peut pas accomplir l'acte, en raison notamment de l'impossibilité de se rendre sur le lieu d'exécution du contrat, dans le second, le majeur ne peut participer à l'opération parce que son état mental ne lui permet pas de saisir la portée de ses engagements et d'appréhender la notion de relation contractuelle. En faisant ce parallèle, le mandat de protection future constitue une forme de régime de représentation conventionnelle aux fins de protection de la personne. Le caractère hybride du mandat préventif apparaît clairement, et l'on peut se demander si la notion de mandat est réellement appropriée. Si l'on admet la représentation que le mandat de protection induit, on voit bien qu'il peut être assimilé à un mandat *lato sensu* : le mandant désigne en toute lucidité le mandataire qui le représentera dans l'avenir et pour le jour où il sera atteint d'une altération mentale. Le mandat de protection future est donc la synthèse du mandat général et de la protection des majeurs : une représentation contractuelle dans un contexte de protection des majeurs. Le mandat autorise la représentation, cette dernière le caractérisant en tant que tel : sans représentation, le mandat n'en est pas un. C'est donc un élément essentiel de la caractérisation du service d'amis, même si l'on peut douter de sa nature juridique.

2) Un aperçu de la confiance ressortissant de la relation entre mandant et mandataire.

63. On ne conclut pas un mandat avec n'importe qui. Ni aucun autre contrat d'ailleurs, puisque doit exister un sentiment particulier entre les parties. Comme certains contrats, mais sans doute bien plus à travers le mandat, la relation de confiance doit être palpable, la volonté de faire confiance encore plus, et le viol de cette confiance peut apparaître comme une trahison. Le service d'amis que peut être le mandat repose donc sur l'*intuitu personae*[294]. C'est en considération de la personne que l'on établira un mandat. La confiance est donc primordiale. Si le mandant désigne un mandataire qui trahira ultérieurement la confiance de ce premier, le mandant se verrait sans doute engagé dans des opérations qui porteraient atteinte à ses intérêts[295]. Si le mandataire détourne l'objet de la mission qui lui est confiée, s'il accomplit certains actes dans son intérêt personnel au détriment de celui du mandant, le volonté du mandant est donc atteinte et la confiance disparaît. Ni le mandat de droit commun ni le mandat de protection future ne sauraient tolérer de tels écarts, d'autant plus ce dernier, car de par sa perte de lucidité, le mandant n'est plus à même de veiller à l'intégrité de la relation conventionnelle.

C'est pourquoi, le service d'amis suppose une très grande confiance, et surtout, le respect de la volonté du mandant. Si le caractère *intuitu personae* est un élément fondamental dans la constitution du mandat d'un point de vue humain, l'*intuitu personae* est également un élément de révocation du mandat. Il justifie à lui seul que le mandant puisse mettre fin au mandat quand il le souhaite et sans préavis. C'est un pouvoir discrétionnaire qui ne conduit à aucune indemnisation du mandataire. S'il s'agit ici d'une conception très classique du mandat, la modernité de la société actuelle vient couper court à sa révocation discrétionnaire. En effet, même si le mandat est toujours *intuitu personae,* il s'inscrit aujourd'hui dans un professionnalisme exacerbé. C'est donc une dérogation au principe, mais la révocation discrétionnaire sera soumise au versement d'une indemnité. Seul le mandat d'intérêt commun

[294] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.*, LGDJ, 1996, § 31112 et sui., pp. 956 et sui. Le manquement à cet *intuitu personae* rend donc nulle une convention : *cf* par exemple St Denis de la Réunion (CA), 16 octobre 1989, JCP.1990.II.21504, n. Putman (annulation d'une convention pour erreur sur la personne, le mandant voulant s'engager avec une personne morale et non une personne physique).

[295] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.*, LGDJ, 1996, § 31114, p. 957.

autorise cette indemnité dès lors qu'existe une collaboration entre parties[296]. Le mandat de protection future, de son côté, opte pour une révocation par l'intermédiaire des autorités judiciaires. La révocation *ad nutum* du mandat de protection future n'est nullement admise et laisse un doute réel quant à la similitude avec le mandat de droit commun. Même si on peut admettre que le mandant n'est plus suffisamment apte à révoquer lui-même la convention, il n'en demeure pas moins que la révocation du mandat préventif échappe complètement au droit commun. Voila un particularisme qui laisse dubitatif quant à un comparatif en tout point similaire avec le mandat de droit commun.

64. La confiance en la personne conduit à ceci : la gratuité de l'opération. Du moins en principe…. Mais la gratuité demeure un élément de caractérisation du service d'amis. L'article 1986 du Code civil dispose que *« le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire »*. Domat présente le mandat comme une *« honnêteté »* ou un *« office d'amitié »*[297]. La gratuité est un élément que le droit civil autorise, alors que le droit commercial la suspecte. Ainsi, la gratuité symbolise la confiance qui existe entre les parties, mais elle n'est pas un principe absolu. Une rémunération peut être accordée au mandataire. Mais son effet peut engendrer une mise à mal de l'*intuitu personae*. La rémunération impose une responsabilité bien plus importante que celle du mandataire qui agirait à des fins gratuites. Si les parties peuvent prévoir un forme de rémunération, le mandant subira une perte financière que seuls des résultats probants obtenus par le mandataire compenseront. Si le mandataire rémunéré n'accomplit pas les actes juridiques efficacement, il portera atteinte non seulement aux intérêts du mandant, mais trahira en plus la confiance qui lui aura été accordée. Même si on peut interpréter cette rémunération comme une confiance déguisée derrière laquelle se cacherait en réalité un sentiment de méfiance de la part du mandant, il n'en demeure pas moins qu'elle constitue la contrepartie et la reconnaissance du service rendu, selon une attention empreinte de bonne volonté. Le mandat de protection future ne déroge pas à la règle pour le coup, la gratuité étant le principe, même si une rétribution peut être admise.

Mais la gratuité a tendance à devenir l'exception de nos jours, et la professionnalisation du monde des affaires fait du mandat à titre onéreux le principe même. Cependant, la gratuité ou l'onérosité ne doivent pas être vues comme des éléments propres au mandat. Elles n'en sont qu'une partie caractéristique et participent de sa nature de service d'amis.

B- La constitution du mandat.

65. Le mandat répond aux conditions de formation de tout contrat, à savoir la nécessaire présence des parties à la convention (1), la détermination de l'objet relatif au mandat (2) et la forme de la constitution du mandat (3). Cependant, il existe des particularités propres au mandat qui font de lui une convention au statut singulier.

1) Les parties à la convention.

66. Voyons le rôle du mandant (a) et du mandataire (b).

[296] Comme dans l'hypothèse du développement d'une clientèle pour le compte d'agents commerciaux.

[297] Domat, *Les loix civiles, Des procurations, mandements et commissions*, sect. 1, n° IX.

a- Le mandant.

67. Le mandant donne procuration au mandataire d'accomplir en son nom et pour son compte un acte juridique. Comme dans toute convention, le mandant doit être en capacité de donner son consentement et en mesure de donner pouvoir de représentation au mandataire[298]. La capacité dans le mandat a une dimension double : le mandant doit être capable[299] juridiquement afin de pouvoir s'obliger envers le mandataire, en lui donnant pouvoir, mais le mandant doit aussi être capable juridiquement afin de pouvoir s'engager dans l'acte juridique que le mandataire devra accomplir[300]. Car les conséquences de l'acte juridique accompli par le mandataire, sauf faute dans sa réalisation, ne reposent pas sur le mandataire. Si ce dernier accomplit l'acte de manière conforme, les conséquences reposeront sur la tête du mandant, sauf si son incapacité est réellement établie. Le parallèle avec le mandat de protection future est radicalement différent : le mandataire agit d'office dans un cadre d'inaptitude, puisque le mandant donne pouvoir pour un temps où sa lucidité sera remise en cause. Le mandant sait d'avance qu'il sera inapte à s'engager juridiquement dans une opération déterminée. C'est en ce sens qu'une différence notable apparaît entre le mandat classique et celui de protection future.

68. La nullité de l'acte et du mandat classique serait alors de droit s'il était en état d'incapacité au moment de la conclusion du mandat ; dans le cas contraire, le mandant est engagé dans l'acte, et reste responsable du manquement à ses obligations envers le tiers à la convention. La capacité du mandant dépend en outre de la gravité de l'objet du contrat : si le mandataire doit accomplir un acte d'administration, le mandant doit être capable juridiquement pour pouvoir autoriser la réalisation d'un acte d'administration. De même dans la réalisation d'un acte de disposition, le mandant doit avoir la faculté de disposer afin de donner l'ordre d'accomplir l'acte.

69. Si le mandant doit être en capacité de donner ordre et de s'engager dans l'acte en question, du moins dans le mandat de droit commun, certaines particularités interviennent, dès lors que le mandat est passé entre époux[301]. En effet, l'article 216 du Code civil dispose que les époux ont la pleine capacité[302], et en conséquence, ont toute liberté pour donner mandat à autrui pour la gestion de leurs affaires. La procuration que donnera le conjoint reviendra en principe à l'autre conjoint. Le mandat entre époux n'est en principe jamais remis en cause car il constitue un acte de simple gestion des biens ou des affaires de l'autre époux : non seulement parce qu'il est révocable librement, mais aussi parce que l'article 218 du Code civil prévoit que « *l'un des époux peut donner mandat à l'autre de le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue* ». Cette représentation par mandat de l'un des époux n'est pas censée soulever d'immenses difficultés d'interprétation de

[298] Ce qui implique une double capacité : V. ainsi *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.*, LGDJ, 1996, § 31142, p. 980. Autant dire que le mandant doit disposer de sa capacité de jouissance et de sa capacité d'exercice.

[299] C. civ., art. 1123. Un majeur protégé ne peut donc avoir la qualité de mandant : C. civ., art. 1124. Un mineur ne peut passer un acte seul en principe, mais si l'acte qu'il passe pouvait l'être par son représentant et que ce même acte n'apparaît pas comme lésionnaire, l'acte est valable : *cf* Civ., 18 juin 1844, DP 44,1,123 ; Civ., 25 mars 1861, DP 61,1,202, Grands Arrêts n°s 53-54.

[300] V. *supra* n. n° 269, A. Bénabent, *op. cit.*, n° 46, p. 38.

[301] Sur ce point, v. la thèse de H. Lécuyer, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, th. Paris II, 1993, spéc. n° 123 ; *adde*. Cornu, « Les contrats entre époux, recherche d'un critère général de validité », RTD Civ., 1953.461 ; J. Hémard, « Les contrats à titre onéreux entre époux, RTD Civ. 1938, 671 ; H. Lalou, « Des contrats entre époux », étude Capitant, 1939, pp. 417 et sui.

[302] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.*, LGDJ, 1996, § 31143, p. 981.

la règle, ni créer un contentieux en pratique. En effet, si l'on reste dans l'esprit de la loi du 13 juillet 1965[303], l'un des deux époux pouvait donner à l'autre mandat implicite aux fins de l'engager pour les besoins du ménage ou pour la gestion de ses affaires, alors que l'épouse pouvait donner mandat à son conjoint de la représenter dans la gestion des biens propres ou des biens communs. La lecture de cet article aujourd'hui voudrait que l'objet de ce mandat vaille autant pour l'époux que pour l'épouse. Mais cette vision poussiéreuse du couple a davantage matière à tomber en désuétude aujourd'hui, du moins en ce qui concerne le mandat donné par le mari pour les besoins du ménage.

L'article 220 du Code civil prévoit exactement que chaque époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, ces dispositions imposant la solidarité des époux au paiement de la dette qui surviendrait dans ces deux domaines. Si le mandat n'a que très peu d'intérêt dans cette dernière vision des choses, en dehors de ce domaine, le mandat trouve justification. Bien souvent, le mandat passé entre époux n'a pas la caractéristique d'être exprès. Il reste simplement tacite dans la plupart des cas. On relèvera ce caractère tacite en matière de séparation de biens ou dans les régimes de communauté, où le mandat permettra à l'un des conjoints de passer des actes d'administration ou de jouissance. Le mandat tacite justifiera ainsi l'existence de la représentation de l'un des époux en dehors de tout mandat exprès. Le mandat trouvera une autre justification dans le cadre de la gestion d'affaire, à condition que la gestion d'affaire repose sur l'utilité de sa mise en œuvre.

70. Toutefois, il semblerait que ces dispositifs de protection entre époux et en dehors de toute protection juridique aient présenté certaines limites. La protection ne viserait pas en tant que telle la protection de la personne, mais resterait cantonnée à la protection des intérêts matrimoniaux[304]. Certes, il est question de protéger les intérêts matrimoniaux, puisque la préservation des intérêts personnels ne peut être admise qu'exceptionnellement dans ce cadre. D'ailleurs, la rédaction des articles 217 et 219 du Code civil ne laisse aucune interprétation *a contrario* de la règle : l'habilitation ou l'autorisation portent en particulier sur la réalisation d'un acte déterminé[305]. Le problème qui se pose est que le mandat de protection future permet de confier ces pouvoirs à un tiers au couple. La conséquence est évidente : sauf à considérer que l'un des deux conjoints se trouve hors d'état de gérer les intérêts du couple, ce même conjoint, lucide cette fois, pourrait se voir exclu de toute gestion, aucune disposition ne prévoyant que le mandataire de protection future soit, de droit, le conjoint. La représentation du conjoint par l'autre conjoint n'est donc pas une finalité du mandat de protection future et tend à montrer que ce dernier mandat a pris une voie déviante au regard du mandat classique donné entre conjoints.

71. Le mandat trouve encore matière à s'appliquer selon les dispositions de la loi du 10 juillet 1982[306] relative aux conjoints d'artisans ou de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale. Le conjoint collaborateur est ainsi réputé avoir reçu mandat du chef d'entreprise pour accomplir les actes d'administration concernant les besoins de

---

[303] L. n° 65-570 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, JO 14 juillet 1965, p. 6044.

[304] K. Lefeuvre-Darnajou, *La pré-incapacité des majeurs vulnérables*, th. Droit, Rennes I, 2001 ; L.-A. Féménia, *La volonté des incapables*, th. droit, Toulouse, 2000.

[305] L'époux représenté doit être dans l'incapacité de consentir ou d'exprimer sa volonté. Il en est de même des articles 1426 et 1429 du Code civil portant sur la gestion des biens communs et des biens propres.

[306] L. n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale, JORF du 13 juillet 1982, page 2204.

l'entreprise[307]. Le mandat entre époux, d'une manière générale, risque malgré tout de porter atteinte au fonctionnement normal des règles de répartition des pouvoirs entre époux. La mise en œuvre de tels mandats reste dès lors surveillée et autorisée lorsque cela est nécessaire. Mais ils trouvent malgré tout une application effective qui font du mandat au sens général du terme un contrat particulier. Le mandat dans le cadre conjugal doit en conséquence trouver matière à s'appliquer, sans toutefois que ne soient remis en cause les pouvoirs entre époux.

b- Le mandataire.

72. À la différence du mandant qui doit ne pas être atteint d'une altération de ses facultés mentales, le mandataire peut être une personne parfaitement incapable juridiquement, que ce soit un mineur non émancipé[308] ou un majeur protégé[309], comme le prévoit l'article 1990 du Code civil pour le premier, par analogie pour le second. Il suffit que l'incapable désigné ait une aptitude intellectuelle suffisante. Alors, existe-t-il un risque à ce qu'un « incapable » ou un inapte de tout ordre joue le rôle d'intermédiaire dans une relation contractuelle ?

73. Dans un cadre commercial, le mandant qui passe un acte de commerce[310] conserve l'exercice de ses droits même s'il est déclaré inapte. Toutefois, les tiers à l'acte ne seraient-ils pas trompés si l'information sur la mise en œuvre du mandat de protection future ne leur était pas communiquée[311]? Car l'activité commerciale est tout sauf exempte de risques. Certes, on ne remettra pas en cause la capacité de la personne inapte à exercer une activité commerciale. Mais l'information des tiers ne doit-elle pas être assurée dès lors que cette personne inapte se trouve soumise à une procédure collective ? Quelles sont les garanties pour les tiers de voir une telle procédure ouverte s'ils ignorent l'état de la personne ?

Si l'on replace l'incapable dans le cadre strict de la vente où il serait vendeur ou acheteur, il est évident que ce dernier n'est pas en mesure de conclure la vente : il ne serait pas en capacité d'appréhender les conséquences qui ressortissent à l'accomplissement d'un acte de disposition. Dans le cadre d'un mandat, les conséquences sont autres : le mandataire intervient pour le compte et au nom du mandant. Ce dernier reste engagé à l'acte de vente et en supportera les conséquences. Le mandataire ne sera que le lien qui unira le mandant et l'autre partie au contrat de vente. C'est pour cette raison que choisir un mandataire incapable n'a pas réellement de conséquences négatives dans la conclusion d'un acte de vente, puisque le mandataire incapable reste un élément d'entremise. Le seul problème qui se poserait serait qu'il ne saisisse pas la portée de sa mission, au risque d'empêcher la conclusion de la vente. D'ailleurs, si le mandataire commet une faute dans la mission qui lui est confiée ou qu'il ne rend pas compte de ses actes au mandant, ce dernier ne pourra pas lui en faire grief, car le mandant doit savoir qu'en désignant un mandataire incapable, il s'expose à un risque probable ou possible d'échec. La désignation d'un mandataire incapable serait une faute que le mandant pourrait se reprocher à lui-même.

En parallèle, si le mandant reproche une faute de gestion au mandataire incapable, ce dernier pourra demander la nullité du mandat. Point de tout cela dans le mandat de protection future : un mandataire juridiquement incapable n'a aucunement la possibilité d'exercer ses

---

[307] A. Kurgansky, « La déclaration notariée de cessation du mandat du conjoint collaborateur du chef d'entreprise artisanale ou commerciale », JCP N, 1984, I, p. 17.

[308] Civ., 5 décembre 1933, DH, 1934, 49, S. 1935. 1. 25.

[309] Ce qui semble malgré tout extrêmement risqué pour le mandant qui sera engagé de par la propre faute que commettrait un mandataire inapte ou incapable juridiquement.

[310] G. Ripert et R. Roblot, *Traité du droit commercial*, LGDJ, 1996, n° 245.

[311] F. Dékeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial,* Montchrestien, 2001, n°153.

prérogatives, ou même d'être désigné à l'avance dans cet état. Le mandat de protection future n'admet que l'absence de lucidité du mandant, pas celle du mandataire. Si ce dernier est déjà incapable, sa désignation sera purement et simplement écartée ; si l'incapacité le touche pendant l'exécution du mandat, sa destitution sera irrémédiablement prononcée. Voila donc un autre point de divergence entre les deux mandats qui témoigne d'une différence de nature symptomatique.

74. Dans une autre mesure, le mandant peut désigner un mandataire professionnel, mais la désignation sera autrement plus encadrée. Ainsi, les professions réglementées, répondant de la loi du 2 janvier 1970, dite loi « Hoguet »[312], obligent le mandataire désigné à être titulaire d'une carte professionnelle délivrée par l'Administration afin de pouvoir exercer. Les avocats ou les avoués bénéficient également du mandat *ad litem* afin d'accomplir les actes de procédures et les actes au fond pour le compte de leurs clients.

75. La désignation du mandataire peut s'accompagner de la désignation d'un sous-mandataire. La substitution d'un sous-mandataire[313] est parfaitement licite et produit des effets particuliers. Le mandataire est en droit de désigner lui-même un sous-mandataire et de lui confier les tâches que le mandant lui aura confiées au préalable[314]. En ce sens, la substitution du mandataire par le sous-mandataire doit engager la responsabilité du mandataire. En outre, en choisissant un sous-mandataire, le mandataire ne doit pas porter atteinte à l'interdit que le mandant aura posé quant à la désignation de ce sous-mandataire[315]. En d'autres termes, l'interdiction expresse du mandant empêche le mandataire de désigner un sous-mandataire. Le mandataire doit en conséquence supporter les fautes de gestion de son sous-mandataire et restera responsable des fautes commises. Quant aux effets de la substitution, de nouveaux liens sont créés entre ce substituant et le mandant. Le mandant peut agir directement en responsabilité contre le mandataire substitué, selon des dispositions légales. Mais la jurisprudence admet que le sous-mandataire peut demander directement au mandant le paiement des sommes stipulées à son profit. Dans tous les cas, le mandant peut poser des clauses restrictives à la désignation d'un sous-mandataire pour que sa volonté soit respectée. Cette substitution est parfaitement admissible dans le cadre du mandat de protection future. Le mandataire peut s'adjoindre les services d'un tiers, seulement pour des actes particuliers, mais doit répondre en parallèle des fautes de ce dernier[316]. La similitude entre les deux mandats est donc établie en ce point.

2) L'objet du mandat.

76. L'objet du mandat peut être défini selon les missions dévolues au mandataire (a) et en fonction de la rémunération auquel ce dernier peut prétendre (b). L'objet du mandat peut aussi se définir en fonction de la durée de la convention qui peut être fixée[317] (c).

---

[312] L. n° 70-10 du 2 janvier 1970, dite « Hoguet », relative à la prescription des actions prévues par le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne les baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, JO du 4 janvier 1970, p. 145.

[313] D. Alexandre, J.-Cl. Civ. art 1984 à 2010, Fasc. D à F, n° 57 ; v. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.*, LGDJ, 1996, § 31153, p. 988.

[314] L'article 1994 du Code civil le prévoit ainsi.

[315] V. *supra* n. n° 313, dans son entier.

[316] C. civ., art. 482, renvoyant à l'article 1984 du même code.

[317] Éventuellement.

a- La mission du mandataire.

77. La mission du mandataire peut se définir aussi simplement que cela : il doit accomplir un acte qui n'a pas encore été réalisé dans l'intérêt du mandant. Si la tâche confiée au mandataire a déjà fait l'objet d'une exécution, la mission du mandataire sera caduque. Reste à savoir si la mission doit représenter un intérêt pour le mandataire, ou bien seulement si l'intérêt du mandant est visé dans la mission du mandataire. Au-delà même de cette question dont la réponse serait qu'il existe un intérêt à agir dans le cadre d'un mandat, une question autrement plus importante sera relative à la nature des actes qui peuvent être réalisés ou non, ceux qui en conséquence ont un caractère licite ou illicite.

En effet, même si le mandataire doit agir dans l'intérêt du mandant, il n'a pas la possibilité d'accomplir tous les actes, ce qui reste la même problématique que pour le mandat de protection future. Certains actes sont expressément réservés au mandant, tels les actes relatifs à la personne, en raison de leur caractère purement personnel[318]. Mais la désignation d'un mandataire sera tout de même licite dans le cadre de certains actes extra-patrimoniaux. Il sera ainsi admis qu'un mandataire agisse au nom et pour le compte de son mandant concernant la reconnaissance d'un enfant naturel, ou bien encore l'exercice du droit de vote par procuration. Le mandat de protection ne tolère pas la réalisation des actes à caractère strictement personnels. Le mandant est censé les accomplir seul, *id est* consentir à l'acte. Seulement, son état ne le lui permettant pas, le consentement sera sans effet et l'acte jamais réalisé. C'est ce qui dénote fortement avec le mandat de droit commun, le mandat de protection future se rapprochant davantage de la tutelle ou de la curatelle en ce qui concerne le consentement aux actes strictement personnels. Par contre, les actes personnels trouvent leur utilité dans les deux mandats puisqu'ils peuvent porter sur les soins dus à la personne.

Le mandataire doit agir en fonction des pouvoirs que le mandant lui aura confiés. Ces pouvoirs répondent toutefois à une distinction entre le mandat à caractère général et le mandat spécial. Si, dans le premier, le mandataire accomplira tous les actes juridiques nécessaires à la mise en œuvre d'une convention, il devra accomplir un acte particulier dans le second si le contrat est dit déterminé. La difficulté de la détermination des pouvoirs sera plus grande si le mandat porte sur la réalisation d'actes d'administration ou d'actes de disposition. Un mandat établi en termes généraux suffira pour un acte d'administration, alors qu'il sera nécessairement exprès en présence d'actes de disposition. Le mandat de protection future permet l'accomplissement d'actes d'administration ou de disposition, mais son support détermine leur réalisation. La similitude entre ces deux mandats est ici établie puisque le mandat de protection notarié et le mandat de droit commun exprès admettent la réalisation d'actes de disposition ; dans le cas contraire, le mandat tacite et le mandat de protection sous seing privé doivent se limiter aux actes d'administration. La Cour de cassation a eu l'occasion d'imposer l'obligation d'établir de manière expresse un mandat dans lequel doit être réalisé un acte de disposition[319], le mandataire devant, à cet effet, être habilité par mandat exprès. C'est la grande difficulté que pose la détermination des pouvoirs du mandataire dès lors que l'objet du mandat est de procéder à l'aliénation d'un immeuble.

78. Mais cette difficulté ne doit pas remette en cause le principe de sécurité juridique pour les parties à la convention. Les mandats font l'objet bien souvent de rédactions établies en des termes plus que généraux, pour ne pas dire très vagues. Où se trouve la précision dans la détermination des pouvoirs du mandataire si le mandat en lui-même est extrêmement flou ?

[318] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.*, LGDJ, 1996, § 31165, pp. 994 et 995. Tel est le cas du testament olographe qui n'admet pas qu'un mandataire soit désigné aux fins de son établissement ; il en est de même pour le mariage par procuration qui relève d'une impossibilité absolue.

[319] Com., 10 janvier 1966, Bull. Civ. IV, n° 15.

Le mandataire désigné dans la vente d'un immeuble aura-t-il pouvoir pour négocier le prix de vente ? Ou bien le mandataire désigné aux fins d'achat de biens mobiliers a-t-il aussi pouvoir d'emporter les marchandises ? En restant dans des termes très généraux, le mandataire risque d'outrepasser sa mission et de porter atteinte, par voie de conséquent, aux intérêts du mandant. Le mandat exprès est sans doute contraignant dans son élaboration, mais il n'en constitue pas moins une protection des intérêts du mandant et de l'autre partie au contrat. Ce mandat garantit en même temps la protection de la volonté du mandant, ce qui se rapprocherait du mandat de protection future dont il convient de fixer précisément les *desiderata* du mandant. La validité d'un mandat portant disposition d'un bien immeuble n'en sera pas pour autant remise en cause si l'on considère que seul le mandant est maître de la révocation du mandat. Ce dernier a la possibilité de ne pas indiquer le prix de négociation dans la vente ou l'achat d'un immeuble. Certes, l'objet au contrat n'est pas totalement déterminé, puisqu'il manque le prix, mais une souplesse du mécanisme est tolérée et laisse place à une possibilité de négociation du prix.

79. La mission du mandataire est donc empreinte d'interdits partiels ou absolus, et parallèlement, de certaines largesses. Le service d'amis qui s'en déduit répond tout de même d'un minimum de sécurité juridique qui autorise en même temps une relative souplesse. Car n'oublions pas que le maître de l'opération est le mandant et que seul ce dernier peut déterminer la mission et les pouvoirs du mandataire. Mais en contrepartie, il peut se montrer magnanime en gratifiant le mandataire des services rendus dans son intérêt.

b- La rémunération du mandataire.

80. La rémunération du mandataire ne présente pas un caractère obligatoire[320]. Elle reste à la libre appréciation des parties. Ainsi, mandat à titre gratuit ou onéreux, les parties en conviennent comme elles veulent. Seulement, le Code civil ne prévoit pas textuellement la rémunération du mandataire, et la question s'est posée de savoir si elle devait être déterminée. L'article 1986 du Code civil prévoit que le mandat est établi à des fins gratuites, à moins qu'il n'y ait convention contraire. De cette lecture sans équivoque apparemment, il ressort qu'il existe une présomption de gratuité. Mais si une rémunération est prévue, constitue-t-elle une condition de validité du mandat ? À le supposer, faut-il que le montant soit déterminé dans la convention ? Les parties peuvent ne pas fixer le montant de la rémunération alors même qu'elles prévoiraient cette rémunération. La validité du mandat rémunéré serait confirmée dans le cadre des mandats professionnels. La présomption de gratuité serait écartée au profit d'une présomption d'onérosité. La conséquence est que la rémunération à elle seule rend le mandat conforme, quand bien même le montant de la rémunération demeurerait indéterminé.

La jurisprudence l'a confirmé[321] : la Cour de cassation en a conclu que le mandataire professionnel doit bénéficier d'un mandat présumé rémunéré, en raison de sa fonction qui consiste à s'occuper des affaires d'autrui. Mais cette logique d'interprétation ne vaut que pour le mandataire professionnel. Si ce dernier peut disposer d'un mandat présumé à titre onéreux, la présomption de gratuité vaut pour le mandataire non professionnel. Ce dernier n'aurait qu'un mandat présumé à titre gratuit. Cette différence d'interprétation s'apprécie au regard de la nature économique de la fonction de mandataire professionnel, rémunération qui se justifierait au regard des responsabilités plus importantes que celles d'un mandataire non professionnel. Et encore, pour que la présomption d'onérosité joue en faveur du mandataire professionnel, faut-il en outre que l'exercice de ses fonctions se fasse à titre principal. Un

[320] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.*, LGDJ, 1996, § 31175, p. 1002.

[321] Civ. 1ère, 11 février 1981, n° 79-16.473, Bull. Civ. I, n° 50. V. aussi Req., 15 juillet 1896, *D.* 1896, 1, 561.

agent commercial qui agit dans le cadre de sa profession bénéficiera de cette présomption. Par contre, si l'activité demeure accessoire, la présomption n'est plus nécessairement en faveur du mandataire. Il doit en conséquence faire valoir la preuve que son activité accessoire prévoyait expressément la fixation d'une rémunération.

81. Le mandat de protection future répond de la même condition : la gratuité est le principe, la rémunération l'exception. Si le principe de gratuité vaut pareillement dans le cadre d'une tutelle ou d'une curatelle, du moins dans le cadre familial, les professionnels de la protection des majeurs bénéficient d'une rémunération. La même interprétation peut alors s'appliquer pour le mandat de protection future : le mandataire familial pourra ne pas être rémunéré au titre de son activité[322], alors qu'un professionnel de la protection des majeurs pourra l'être[323].

82. C'est dans le cadre d'une activité accessoire que la présomption de gratuité se retrouve. Au demeurant, la pratique judiciaire admet que le mandat ne détermine pas le montant de la rémunération, sans que soit remise en cause sa validité. Autrement dit, l'indétermination de la rémunération du mandataire, en termes de valeur, n'est pas une condition de validité du mandat rémunéré. Il suffirait que les parties conviennent simplement de prévoir une rémunération, nonobstant le montant en tant que tel. Cette indétermination trouve justification dans le fait, qu'en amont de l'accomplissement des actes, le mandataire se trouve dans l'impossibilité de définir les diligences à mettre en œuvre dans leur accomplissement[324]. D'où les largesses admises quant à l'indétermination du montant de la rémunération. Toutefois, une limite est posée : en ce qui concerne les agents immobiliers, la détermination du prix est obligatoire, comme le prévoit la loi « Hoguet ». Cette détermination est primordiale car le montant de sa rémunération, sous la forme d'une commission, dépend du montant variable du prix proposé dans la vente de l'immeuble[325].

Si le montant peut ne pas être déterminé sans encourir la nullité, sauf cas d'espèce, il convient de fixer les modalités de la rémunération du mandataire. Une rémunération proportionnelle peut être fixée en fonction du montant de la vente d'un immeuble, sous la forme d'une commission. C'est le cas notamment de la rémunération des agents immobiliers. La rémunération peut aussi être établie de façon forfaitaire au profit des syndics de copropriété. Si cet élément de fixation des modalités de rémunération n'est qu'un détail, il n'en demeure pas moins que la rémunération elle-même est la gratification de l'activité du mandataire. Qu'elle soit facultative pour les non professionnels ou obligatoire pour les professionnels, elle est la juste contrepartie du service d'amis. Mais n'oublions pas que la rémunération se justifie surtout pour les mandataires qui exercent dans le cadre de leur activité. La gratuité, qui ne peut s'apprécier dans ce cas, prend toutefois une ampleur autre dès

---

[322] Même si la rémunération est admise.

[323] Ce que les statuts des MJPM doivent prévoir, au même titre que l'exercice d'une mesure de protection juridique.

[324] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.*, LGDJ, 1996, § 31177, p. 1002. La jurisprudence admet donc que le mandat est présumé salarié dès lors que le mandataire a pour profession de s'occuper des affaires d'autrui : v. *supra* n. n° 321, Civ. 1ère, 11 février 1981, préc.

[325] Civ. 3ème, 4 janvier 1973, n° 70-14.269, Bull. Civ. III, n° 21, p. 17. Toutefois, le montant de la commission peut être réduit si elle apparaît déséquilibrée au regard du service rendu : *cf* ainsi Civ., 29 janvier 1867, DP, 1867, I, 53. Pour cela, il faut que la rémunération ait été convenue au moment de l'établissement de la convention, à défaut, si elle a été fixée après l'opération, le juge ne peut pas réviser le montant des honoraires : *cf* Civ. 1ère, 19 janvier 1970, n° 98-13.859, Bull. Civ. I, n° 23, p.19 ; Civ. 3ème, 9 décembre 1975, n° 74-12.859, Bull. Civ. III, n° 362, p. 275. D'un point de vue général sur la rémunération de l'agent commercial : v. S. Sanz, « Le droit à commission de l'agent immobilier », RTD Civ., 1981.507 ; M. Dagot, « Le droit à la commission de l'agent immobilier », JCP N.1986.I.255 ; D. Tomasin, « La rémunération des agents immobiliers », RTD imm., 1989.125.

lors que les parties conviennent de l'accomplissement d'actes en dehors de toute rémunération. C'est donc dans ce cas précis que la notion de service d'amis peut s'apprécier véritablement, qui reste cependant à l'entière appréciation du mandant. Lui seul peut donner rétribution à son mandataire, mais rien ne l'y oblige. La volonté individuelle reste sacrée en l'occurrence, puisque la gratuité doit témoigner de la confiance réciproque entre les parties. La rémunération, *a contrario*, peut paraître comme une forme de méfiance dont seule une rétribution financière doit permettre la réalisation (peu) sincère de tel acte.

c- La durée du mandat fixée par le mandant.

83. La durée du mandat n'est pas expressément prévue par le Code civil, et il y aurait à ce propos un vide juridique[326]. En fixant un délai, il est possible de vider l'effet d'un mandat laissé en sommeil[327]. La délimitation du mandat dans le temps permet, comme toute convention, de ne pas constituer un engagement perpétuel[328]. Les parties doivent pouvoir être désengagées par l'effet de l'écoulement du temps. Or, dans le mandat, rien de tout cela. Aucune durée ne peut être fixée, mais cette non fixation peut paraître une négligence. La limite à l'effet durable du mandat est tout de même posée. Si l'objet au contrat est réalisé, le mandat devient caduc, même en l'absence de terme fixé. L'autre moyen de voir le mandat cesser ses effets est le contrôle établi par le notaire dans la procuration que détient le mandataire. Si cette procuration remonte dans le temps, le notaire pourra éventuellement y mettre fin au regard des pouvoirs du mandataire. La durée prend une importance autre dans le cadre des mandats des agents immobiliers : leur durée est limitée à trois mois avec libre révocation. Le mandat de protection future répond de la même absence de fixation de la durée : il demeure tant que le mandant n'a pas recouvré l'ensemble de ses facultés mentales. Par contre, en apportant la preuve médicale que le rétablissement de ses facultés s'est opéré, le mandat prendra fin à cette condition ; dans le cas contraire, il y sera mis un terme si le juge des tutelles décide d'instaurer un régime de protection.

Voyons à présent les formes que peut revêtir le mandat.

3) Les formes du mandat.

84. Le mandat peut recouvrir deux formes différentes : dans son principe, le mandat ne sera formé que par consensualisme (a). À titre d'exception, le mandat sera établi en la forme solennelle (b).

---

[326] L'ancien droit fixait une durée limitée à un an lorsque cette durée n'était pas fixée. L'objet devait être réalisé durant ce délai.

[327] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.*, LGDJ, 1996, § 31182 et 31183, p. 1006.

[328] La Cour de cassation distingue bien la notion de « perpétuel » ou de « durée illimitée » et la notion de « durée indéterminée ». Si, dans le premier cas, la perpétuité du mandat doit entraîner logiquement la nullité de la convention, en revanche, la notion de « durée indéterminée » doit garantir la légalité de la convention, car la rupture unilatérale reste possible, ce qui n'est pas le cas dans le contrat à durée illimitée. La Cour de cassation censure ainsi toutes les conventions dites à durée illimitée, en raison de la dénaturation du terme employé qui laisse entendre un engagement perpétuel. *Cf* ainsi Civ. 1ère, 5 mars 1968, Bull. Civ., I, n° 85, p. 68 ; JCP 1968, II, 15525, n. R. L. ; RTD Civ. 1968, p. 560, obs. Cornu. Cet arrêt est confirmé par Com., 26 mai 1970, n° 69-11.407, Bull. Civ. IV, n° 173, p. 153 qui interdit les mandats perpétuels.

a- Principe : le mandat peut être consensuel.

85. Si le mandat peut être établi par acte authentique, par acte sous seing privé, par lettre ou donné verbalement[329], aucune obligation ne se déduit de son interprétation. Le principe veut que le mandat peut simplement être donné verbalement, sans que ne soit remise en cause sa validité et son existence[330]. Le consensualisme est donc l'expression de la liberté des parties et de la volonté individuelle du mandant[331]. Qu'en est-il par contre du mandat donné tacitement, dès lors qu'il est donné ni verbalement ni textuellement ? Si au temps de l'adoption du Code civil, la question a longtemps été débattue, à savoir si le caractère tacite du mandat était une condition de validité, aujourd'hui, il est admis que le mandat tacite ne peut voir son existence et sa validité remises en cause. N'est-ce pas à ce titre un instrument juridique mis à la disposition des conjoints ? Le mandat tacite peut être analysé comme l'acte qui ressort de *« certains faits, actes, positions, circonstances »*[332]. Ces attitudes ou actes expriment la volonté du mandant sans nécessairement la mise en place d'un support juridique. Et ce caractère tacite est largement admis en raison des relations préalables qu'entretiennent les époux.

Une autre application du mandat tacite trouve matière à s'exprimer dans la poursuite tacite du mandat du syndic de copropriété. Le mandat durant trois ans, les actes accomplis après ce délai ne pourront être validés que si les fonctions du syndic sont reconduites tacitement. Le caractère tacite n'est donc pas une condition négative de la validité du mandat.

86. Concernant le mandat de protection future, le consensualisme s'efface devant les impératifs qu'il induit. En effet, quel que soit le type de protection souhaitée, quelle que la soit la personne qui en bénéficie[333], le support juridique reste une obligation formelle, à peine de nullité. Aucun mandat de protection future ne pourra être mis en œuvre en dehors de tout support, quand bien même le mandant aurait donné habilitation à son mandataire aux fins de représentation. Le caractère tacite et immatériel n'a pas sa place en la matière et devra être nécessairement établi en la forme authentique ou sous seing privé. C'est dès lors une atteinte à la volonté du mandant : imposer un support pour fixer une ligne de conduite à tenir n'est pas à même de respecter ce que souhaite le mandant, car le mandat de protection future se voit conditionné par l'*instrumentum* quant au choix de la seule protection du patrimoine. Il est sans doute vrai aussi que la protection de ses intérêts n'est pas la même suivant que son état lui permette ou ne lui permette plus de contrôler le gestionnaire de ses intérêts. Le support doit garantir cette protection et doit servir de preuve en cas de faute commise par le mandataire. Mais à raisonner d'un point de vue absolu, la volonté reste brimée et limitée, voire contrôlée par le support matériel du mandat.

87. Toutefois, même si la mandat de droit commun se démarque du mandat de protection future en raison de l'absence obligatoire de support matériel, il est des cas dans lesquels les dispositions de l'article 1985 du Code civil s'appliqueront strictement, notamment par l'obligation d'établir un écrit. Qu'il soit authentique ou sous seing privé, le mandat sera nécessairement solennel afin de répondre aux conditions de validité particulières.

---

[329] C. civ., art. 1985.

[330] Com., 21 janvier 1969, Bull. Civ. IV, n° 22.

[331] La volonté du mandant peut donc choisir la forme du mandat, qu'il soit écrit ou non écrit : *cf* Civ. 3ème, 12 juillet 1983, n° 82-11.130, Bull. Civ. III, n° 165. L'article 2:101 des Principes du droit européen des contrats confirme cette position : *« le contrat n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre exigence de forme. Il peut être prouvé par tous moyens , y compris par témoins »*.

[332] Civ. 3ème, 12 mars 1969, n° 67-11.001, Bull. Civ. III, n° 224 ; Ch. Lazerges, RTD Civ., 1975, 222, n° 2.

[333] Mandat pour soi et mandat pour autrui.

b- Exception : le mandat peut être solennel.

88. Le recours à un mandat établi en la forme authentique reste en pratique assez rare. Tel est le cas en matière d'actes de l'état civil, qui prévoit l'authenticité de la procuration[334], pour le cas où les personnes ne sont pas obligées de comparaître *in personam*. Dans l'hypothèse où l'authenticité de la procuration est demandée, c'est pour se conformer au parallélisme des formes[335]. Le mandat sera authentique[336] en raison de l'acte juridique à accomplir, lui-même établi en la forme authentique. Ce recours à l'acte authentique se justifie également par la gravité de l'acte. Tel sera le cas pour les actes de donation. Si la nécessité du mandat authentique s'impose dès lors qu'il est le complément d'un autre acte établi en la forme authentique, il en va différemment si la condition de publicité est posée en lieu et place de la condition de validité. Le mandat devra être authentique si l'acte juridique auquel il se rapporte est rendu obligatoirement authentique par dispositions légales. Si les parties ont prévu elles-mêmes que l'acte juridique est établi en la forme authentique, le mandat n'est pas soumis à l'obligation du parallélisme des formes. Il pourra être cependant établi par acte authentique, mais uniquement aux fins de publicité, dans le cadre de l'information des tiers au contrat. La procuration donnée aux fins de réalisation de la vente d'un immeuble n'a pas à être établie en la forme authentique, même si l'acte de vente est établi par notaire aux fins de publicité foncière. Le mandat ne sera pas authentique, sauf si les parties le souhaitent, et pourra simplement être établi en la forme sous seing privé.

89. Le mandat exigé sous la forme d'un acte sous seing privé[337] constitue également une condition de validité, au regard de l'importance de l'acte. Cette exigence s'inscrit aussi dans le cadre de la protection du mandant. Ainsi, en matière de cautionnement, au même titre que la caution, normalement protégée par la mention manuscrite de la somme garantie dans le cautionnement, le mandant est pareillement protégé lorsque cette caution s'engage par le biais d'un mandat[338].

90. Qu'il soit authentique ou sous seing privé, le mandat solennel conditionne la validité du mandat. Ainsi, les agents immobiliers ont pour obligation de disposer d'un mandat écrit aux fins d'exercice de leurs fonctions. La loi « Hoguet » impose la rédaction du mandat de l'agent aux fins de justification de son activité. Sa rédaction[339] permettra ainsi la définition des conditions de validité de la convention : conditions de versement de fonds et de reddition de comptes, conditions de rémunération de l'agent et indication de la partie en ayant la charge, limitation du mandat dans le temps. Ce mandat écrit protège deux intérêts bien distincts : les clients se voient protégés des aléas du mandat verbal, et le mandataire voit sa rémunération protégée d'éventuelles manœuvres commises par les concurrents ou par les clients. Un intérêt supérieur commande la mise en œuvre du mandat écrit : la moralisation de

---

[334] C. civ., art. 36.

[335] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit*, LGDJ, 1996, § 31189, p. 1010.

[336] Civ., 7 février 1854, *D.* 1854, 1, 49 (portant sur l'obligation de passer un mandat authentique aux fins de conclure une convention hypothécaire).

[337] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit*, LGDJ, 1996, § 31191, p. 1011.

[338] La condition de validité garantit la protection du mandant en matière de cautionnement : Civ. 1ère, 31 mai 1988, n° 86-17-495, Bull. Civ. I, n° 163, p. 113, JCP 1989, II, 21181, n. Ph. Simler ; *D.* 1989, som. 289, obs. L. Aynès ; RTD Civ. 1989.111, obs. M. Bandrac. *Adde.* Civ. 1ère, 22 novembre 1988, n° 86-19.266, Bull. Civ. I, n° 329, p. 223, *D.* 1989, som. 289, obs. L. Aynès ; Ph. Simler, J.-Cl. Civil, art. 2011 à 2020, fasc. 20, cautionnement, condition de validité, 1990, n° 49.

[339] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit*, LGDJ, 1996, § 31192, p. 1011. Ce qui justifie la mission de l'agent : v. D. Ferrier, « Le mandat des agents immobiliers », JCP.1976.I.2795, et J.-Cl. Contr. et distrib., Fasc. 1180, agents immobiliers, 1985 ; J.-M. Guth, Rep. Com. Dalloz, V. agents immobiliers, 1984 ; J.-L. Bergel, « Les ventes d'immeubles existants », Litec 1982, n° 273.

la profession. Cet impératif de l'écrit concernant le mandat de l'agent immobilier empêche en conséquence le mandataire d'agir en dehors de tout pouvoir, ce dernier pouvant être poursuivi pour exercice sans autorisation d'une profession réglementée. En outre, l'absence d'écrit prive le mandataire de la rémunération qui lui est due.

91. L'exception posée dans le cadre du mandat écrit répond donc d'un impératif de sécurité des parties, de publicité et de respect de l'ordre public. L'écrit garantit la validité de la convention non seulement, mais la licéité de l'objet de la convention qui plus est. Le principe du mandat tacite reste cantonné à des opérations entrant davantage dans la sphère privée, comme on l'a vu pour les couples, et ne vise pas les opérations qui peuvent porter atteinte aux intérêts des tiers. Par contre, le mandat écrit, et quelle que soit sa forme, rentre dans le cadre d'opérations particulières qui réclament sécurité de l'opération et protection des intérêts de toutes les parties à la convention.

92. En ce qui concerne le mandat de protection future, les explications du précédent paragraphe s'imposent d'elles-mêmes. La solennité de l'acte est de rigueur et s'impose systématiquement au regard des enjeux à défendre.

Puisqu'on a vu le formalisme et l'objet relatifs au mandat, quels effets ressortissent de l'exécution du mandat ?

C- Les effets du mandat.

93. Les effets du mandat se manifestent par les obligations qui reposent sur chacune des parties : le mandant (1) et son mandataire (2).

1) Les obligations du mandataire envers le mandant.

94. Les obligations du mandataire se résument en deux thèmes majeurs : l'exécution du mandat (a) et la reddition des comptes auprès du mandant (b).

a- L'exécution du mandat.

95. L'exécution du mandat par le mandataire demeure l'obligation principale. Cette exécution se définit selon l'étendue de la mission du mandataire[340]. Par l'accomplissement du mandat, il faut entendre gestion de biens, vente d'immeubles, administration d'affaires... En tant qu'exécutant, le mandataire est le subordonné du mandant, hiérarchiquement soumis à ce dernier. Cependant, le rapport hiérarchique qui peut exister entre les deux connaît un tempérament. La marge de manœuvre accordée au mandataire peut être suffisamment large dès lors que toutes les conditions propres à l'accomplissement d'un acte juridique ne sont pas entièrement définies en amont de cet acte[341]. Ce n'est pas dans le cadre d'un mandat impératif que la marge de manœuvre du mandataire pourra s'apprécier à sa juste mesure : le mandant aura déjà fixé le prix de la chose ainsi qu'il aura déterminé cette chose en tant que telle. Mais il restera loisible au mandataire de trouver un acquéreur que le mandant n'aura pas encore rencontré ou sur lequel son choix ne se sera pas porté.

96. Pourtant, au gré des circonstances, le mandataire pourra prendre des initiatives si la nécessité s'impose. Cette initiative pourra être remise en cause si le mandataire éprouve des difficultés à informer le mandant de circonstances particulières l'obligeant à agir ainsi. Reste

[340] L'article 1991 du Code civil dispose que *« le mandataire se trouve dans l'obligation d'accomplir le mandat tant qu'il en est chargé, [...] et d'achever la chose commencée au décès du mandant s'il y a péril en la demeure ».*

[341] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.*, LGDJ, 1996, § 31225, p. 1037.

malgré tout un point sur lequel le mandataire n'a pas toute latitude pour agir. S'il lui est offert la possibilité de choisir un cocontractant, le mandataire ne dispose pas du pouvoir de se porter contrepartie à l'opération. Il n'est pas partie principale au contrat et doit se limiter à son rôle d'intermédiaire : en effet, si choisir un cocontractant engage sa responsabilité dans les limites de ce choix, se porter contrepartie le rendrait partie principale à la convention et engagerait sa responsabilité contractuelle.

97. Le rôle du mandataire est d'exécuter le mandat du vivant même du mandant. Il est toutefois possible que le mandant décède en cours d'exécution. La conséquence sera sans équivoque : la continuation du mandat est prévue dès lors que la chose exécutée a été commencée du vivant du mandant[342]. Cette solution peut se comprendre aisément : les héritiers du mandant décédé ne sont pas nécessairement au courant des affaires du mandant, et la poursuite de l'exécution du mandat peut leur permettre de connaître l'existence d'opérations déterminées. Mais une limite reste d'actualité : la poursuite ne peut se faire que lorsqu'il y a péril en la demeure. Le risque est que les héritiers voient leurs intérêts atteints. C'est pourquoi, le mandataire doit poursuivre l'exécution du mandat afin de préserver les intérêts des héritiers, et pourra cesser son exécution une fois l'objet rempli. Cette limite n'est pas une interprétation *a contrario*. Si le péril n'existe pas, ce n'est pas une raison justifiant que le mandataire puisse ne plus s'exécuter du jour au lendemain. Ce dernier doit entrer en relation avec les ayants-cause du mandant décédé et leur indiquer son choix de poursuivre l'exécution du mandat ou de la leur transmettre.

98. Dans le cadre du mandat de protection future, les choses sont plus simples : le décès entraîne l'extinction de l'obligation du mandataire. Sa seule obligation est de conserver et de mettre à disposition les comptes annuels et de les remettre au notaire afin de procéder à l'ouverture de la succession.

99. L'exécution du mandat soumet le mandataire à un régime de responsabilité. Une responsabilité du fait personnel en résulte[343]. Sa responsabilité répond donc d'une obligation de moyen : c'est le défaut de mise en œuvre des moyens qui lui seront donnés, ou d'une exécution non conforme aux directives du mandant qui engageront sa responsabilité. Le mandataire doit donc s'exécuter relativement aux connaissances et aux données acquises de la pratique entrant dans le cadre de son activité professionnelle si tel est le cas. Si le mandataire se montre responsable d'une inexécution pure et simple, il sera frappé d'une présomption de faute, comme l'a indiqué la Cour de cassation dans un arrêt du 30 novembre 1945[344]. Seul un cas fortuit pourrait dégager le mandataire de toute responsabilité. Mais c'est davantage la preuve de la faute du mandataire qui devra être établie : cette preuve peut être rapportée par une exécution non conforme aux directives établies à l'avance par le mandant. Si le mandataire sort du cadre, il sera responsable par voie de conséquent des fautes découlant de cette inexécution. La marge de manœuvre du mandataire est donc limitée, et son exécution doit être conforme à ce qu'a décidé le mandant. Il s'agit ici de ce qu'on pourrait appeler le droit commun de la responsabilité dans le cadre du mandat. La responsabilité s'apprécie de surcroît différemment suivant que l'on se situe dans le cadre du mandat à titre gratuit ou dans celui du mandat rémunéré.

En effet, la responsabilité s'appréciera mois rigoureusement dans le cadre d'un mandat donné à titre gratuit[345] que dans le cadre du mandat rémunéré. Dans le mandat donné à titre gratuit, la responsabilité doit s'apprécier à travers la faute lourde ou grave, à la différence du

---

[342] Selon l'article 1991 du Code civil.

[343] C. civ., art. 1992, al. 1er : *« le mandataire répond non seulement de son dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion ».*

[344] Soc., 30 novembre 1945, *D.* 1946, n° 155. V. aussi Civ. 1ère, 8 décembre 1965, Bull. Civ. I, n° 686 ; Paris (CA), 25 mai 1950, *D.* 1950, 439.

[345] L'article 1992, alinéa 2, du Code civil évoque cette distinction.

mandat dans lequel le mandataire salarié serait responsable d'une faute simplement empreinte de légèreté. La responsabilité de ce mandataire gratuit s'appréciera *in abstracto*[346] et pourra bénéficier d'une atténuation de responsabilité au titre d'une *« faveur méritée »*[347]. Mais seuls les juges du fond peuvent l'apprécier souverainement. Si l'on peut se montrer somme toute indulgent envers un mandataire à titre gratuit, ce tempérament ne sera pas admis à l'égard du mandataire professionnel, en raison de ses compétences et des moyens dont il bénéficie. L'indulgence ne peut lui être accordée. Et quand bien même son obligation resterait une obligation de moyen, sa responsabilité serait établie à la lumière d'une faute simple.

Mais peut-on réellement parler d'obligation de moyen ? Un mandataire rémunéré, tel un agent immobilier, doit parvenir, dans la mesure du possible et des exigences des parties, à la conclusion de la vente de l'immeuble au profit de son client. La vente de l'immeuble obéit-elle à une obligation de moyen ? l'agent doit-il parvenir à mettre en œuvre tous les moyens qui sont en son pouvoir ou bien la vente n'est-elle pas la finalité de l'objet du mandat ? Il semble en conséquence que l'obligation pour le mandataire de parvenir à la vente de l'immeuble s'analyse plus en une obligation de résultat que de moyen, car de la vente, dépend son commissionnement. Ce qui permettrait d'affirmer que la faute commise dans l'exercice du mandat ayant compromis la vente engage la responsabilité du mandataire sur le fondement de son obligation de résultat, et non de moyen, cette dernière pouvant s'apprécier selon son manque de diligence[348].

100. Le mandat de protection future ne tient pas compte de ces problématiques. La rémunération, qu'elle soit prévue ou pas, n'est pas un élément pouvant conduire à retenir la responsabilité du mandataire de protection future. Ce dernier serait tenu pour responsable des fautes commises dans l'exécution de la convention. Il peut être rémunéré comme agir à titre gratuit, sa responsabilité n'en sera pas différente, il restera responsable sur le plan civil *stricto sensu*.

101. L'exécution du mandat se borne enfin à une obligation de renseignement et d'information de la part du mandataire. Le mandant doit être informé par le mandataire de tous renseignements utiles quant à la mise en œuvre du mandat. Si le mandataire non professionnel ne pourra informer le mandant qu'en fonction de ses compétences et connaissances très limitées dans un domaine donné, en revanche, le mandataire professionnel pourra être consulté par le mandant à titre de conseil. Un agent immobilier sera ainsi invité à donner tout renseignement utile quant à la nature d'un terrain aux fins de construction, ou encore sur les vices de construction d'un appartement et les éventuelles réparations à prévoir. Cette exigence du droit à l'information s'explique en raison de la compétence particulière du mandataire professionnel. Car ce défaut de renseignement pourrait s'analyser comme une rétention d'information pouvant constituer un dol. Le mandataire serait alors poursuivi civilement pour vice du consentement. Le devoir de conseil permet en outre au mandataire de faire preuve de loyauté envers son mandant. Cet aspect ne ressort pas des dispositions propres au mandat de protection future.

102. Ces obligations propres au mandataire doivent garantir l'efficacité de la mission que ce dernier accomplira. Le mandant peut ainsi être assuré que le mandataire se tiendra aux ordres fixés, car la rémunération du mandataire, la responsabilité de ce dernier, ainsi que son

---

[346] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.*, LGDJ, 1996, § 31230, p. 1040.

[347] Req., 2 mars 1891, DP 1892, 1. 31, S. 1895. Les juges apprécient souverainement la clémence accorée au mandataire à titre gratuit.

[348] Le mandataire professionnel engage plus facilement sa responsabilité qu'un mandataire non professionnel, sa pratique professionnelle étant plus rigoureuse. D'ailleurs, la jurisprudence se borne à relever que la faute du mandataire professionnel doit être établie selon sa propre négligence, si tant est que sa faute soit légère. L'onérosité du mandat est donc source d'une plus grande responsabilité que ne l'est celle du mandat gratuit.

obligation de renseignements et de conseil, doivent maintenir le mandataire dans le cadre déterminé par le mandant. Ces obligations ne sont pas en reste, car l'exécution du mandat suggère également que l'exécutant rende des comptes à son mandant. Cette reddition des comptes doit justifier la bonne exécution de l'objet du mandat.

b- La reddition des comptes.

103. Le principe de bonne gestion est érigé comme un moyen protecteur des intérêts du mandant. Le mandataire est ainsi tenu de présenter des comptes[349] comportant toutes les sommes dont il a pu bénéficier, même celles que le mandat n'avait pas prévues textuellement. La Cour de cassation, dans son arrêt du 24 juillet 1900[350], a confirmé que la reddition des comptes se fait à chaque fois que le mandataire a accompli sa mission. La Chambre commerciale fait prévaloir l'obligation de rendre compte pour toute opération, quelle qu'elle soit[351]. Cette solution dénote la protection des intérêts du mandant, dès lors que le mandataire est susceptible de percevoir des sommes supérieures à ce que le mandat prévoit et qu'il ne déclarerait pas nécessairement. Ainsi, c'est pour empêcher toute forme d'escroquerie ou d'abus de confiance que le mandataire reste soumis à cette obligation.

La reddition des comptes présente une similarité avec le mandat de protection future. Ainsi, le mandataire, de droit commun ou de protection future, doit joindre toutes pièces justifiant la perception des sommes au regard des actes accomplis. Les comptes présentent une partie double, avec les sommes inscrites au débit et celles inscrites au crédit. Les comptes doivent présenter une balance entre les sommes dues par le mandataire et les sommes qu'il peut recouvrer au titre du remboursement de ses frais professionnels. Toutefois, si le mandat est passé entre conjoint, une dispense peut être accordée au mandataire. Par contre, la reddition des comptes ne pourra faire l'objet de dispense dès lors que le mandat sera mis en œuvre par le syndic de copropriété. L'assemblée des copropriétaires ne saurait dès lors l'en dispenser. Le mandat de protection future n'admet toutefois pas de dispense, la reddition étant obligatoire si bien entendu, la protection porte sur le patrimoine.

2) Les obligations du mandant envers le mandataire.

104. La principale obligation du mandant envers le mandataire est de garantir le remboursement des frais du mandataire, voire même de l'indemniser. Cette obligation est propre à tous les types de mandats, qu'ils soient à titre gratuit ou à titre onéreux. L'absence de rémunération ne dispense pas le mandant de se montrer redevable de cette obligation, à plus forte raison si le mandataire est salarié. Le remboursement des frais du mandataire est prévu aux articles 1999 et 2000 du Code civil, mais une limite à ce remboursement est posée à l'alinéa 2 du premier article cité : le remboursement des frais et avances ne peut être admis qu'à la condition que le mandataire n'ait pas commis de faute dans sa gestion (a). Une autre

---

[349] La reddition des comptes est posée à l'article 1993 du Code civil. *« Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire mention au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration […] »*. Les tribunaux font des dispositions de l'article 1993 du Code civil une règle d'interprétation stricte.

[350] Civ., 24 juillet 1900, DP 1905, 1, 261, S, 1901, 1, 9, n. Teissier.

[351] Com., 26 décembre 1960, Bull. Civ. IV, n° 428 ; Com., 10 février 1964, Bull. Civ. IV, n°63 ; Com., 25 février 1974, n° 73-10.305, Bull. Civ. IV, n° 68, p. 53 ; Com., 9 novembre 1993, n°91-13.950, Bull. Civ. IV, n° 383, p. 278 ; Com., 29 février 2000, n° 97-15.935, Bull. Civ. IV, n° 44, p. 37 ; Com., 7 juillet 2004, n° 01-11.470, inédit, source Légifrance ; Com., 10 septembre 2013, n° 12-21.075, inédit, source Légifrance.

obligation s'impose au mandant : dès lors que le mandataire a rendu des comptes au mandant, ce dernier doit approuver les comptes en donnant *quitus* au mandataire (b).

a- Le remboursement et l'indemnisation du mandataire.

105. Le remboursement des frais et avances répond de la combinaison de deux éléments. Il s'effectue dans une dimension de faveur, mais dans un cadre rigoureux[352].

Dans une mesure de faveur, le remboursement des dépenses du mandataire se fait dans des termes très généraux pour ce dernier[353], puisque le mandant ne peut discuter leur montant, sous prétexte qu'ils seraient excessifs. Si le mandataire a accompli sa mission conformément aux ordres du mandant, le montant du remboursement dû par le mandant doit être accordé au mandataire sans que le mandant ne puisse en discuter le montant. Le mandant sera autorisé à en discuter le montant si, par hypothèse, le mandataire a commis une faute dans sa gestion qui l'aurait amené à engager des dépenses non prévues. Le remboursement des frais et avances sera également admis dès lors même que le mandataire n'aurait pas connu le succès dans sa mission[354], à condition que sa mission ne l'astreigne pas à une obligation de résultat. Si son obligation reste une obligation de moyen, son échec ne suspendra pas son droit à remboursement. Ce droit concernant le mandataire de protection future n'est quant à lui pas posé par les textes, sans doute en raison du caractère personnel de la charge[355].

Cette faveur connaît toutefois un tempérament en ce qui concerne les agents immobiliers : ces derniers ne pourront pas faire valoir leur droit à remboursement, en l'occurrence, si la réalisation de l'opération n'a pas été constatée par écrit. Si tel n'est pas le cas, ils ne peuvent exercer ce droit. La faveur que le Code civil accorde au mandataire reste cependant empreinte d'une certaine rigueur. Le remboursement se bornera aux sommes réellement dépensées. Ainsi, la Chambre des requêtes a considéré que si le mandataire règle une dette pour le compte du mandant, en obtenant de ne verser qu'une somme inférieure à celle-ci, il ne saurait lui être dû le nominal de la dette éteinte, mais exclusivement ce qu'il a effectivement déboursé[356]. Cette situation dans laquelle le mandataire se ferait rembourser en deçà du montant engagé se démarque de celle de la cession de créance : le cessionnaire peut acquérir une créance à un prix inférieur à sa valeur nominale et obtenir celle-ci du débiteur, tout en conservant la différence.

En plus du droit au remboursement, le mandataire peut exiger du mandant l'indemnisation de ses pertes. Les pertes sont de deux ordres : pertes financières et pertes

---

[352] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.*, LGDJ, 1996, § 31243, pp. 1050 et 1051.

[353] C. civ., art. 1999.

[354] Com., 20 février 1990, n° 88-10.695, Bull. Civ. IV, n° 50, p. 34.

[355] C. Civ., art. 419, al. 1er, puisque le principe de gratuité de la charge tutélaire s'applique aussi au mandat de protection future ; à moins que la gestion patrimoniale n'engage des frais relativement importants pour le mandataire, ce dernier aura droit au remboursement de ses frais qui doivent être justifiés en l'occurrence et prévus préalablement dans le mandat.

[356] Req., 1er juillet 1856, DP, 1856, 1, 464. De cette obligation de remboursement, découle pour le mandant l'obligation de reprise des engagements personnels souscrits par le mandataire. En effet, en s'obligeant, le mandataire peut agir comme un représentant du mandant puisque l'opération est conclue au nom du mandant. En conséquence, le mandataire peut être amené à s'engager personnellement auprès des tiers. Le mandant devra reprendre à son compte cet engagement car l'exécution du mandat se fait pour son compte. Ce n'est donc pas au mandataire d'être débiteur d'une obligation alors qu'il agit pour le compte de son mandant. Une nuance existe dès lors que le mandataire agit en qualité de commissionnaire. En effet, ce dernier qui agit pour le compte de son commettant agit toutefois en son nom propre, et non au nom du commettant. Le mandataire commissionnaire est alors considéré comme le débiteur direct de l'obligation contractée à l'égard du tiers.

commerciales. L'indemnisation de la perte financière répond du principe de l'obligation de sécurité. Le mandant doit indemniser les pertes du mandataire subies dans le cadre de la gestion, mais exclut cette indemnisation dès lors que le mandataire s'est montré négligeant[357]. L'indemnisation ne se limite pas à la stricte perte financière causée par les risques liés à la mission. Il est possible pour le mandataire de solliciter l'indemnisation de tous les préjudices subis dans le cadre de sa mission, que ce soit un dommage matériel ou un préjudice corporel. Cette indemnisation du préjudice matériel ou corporel s'entend également de l'obligation de sécurité. Toutefois, bien qu'il s'agisse d'un droit pour le mandataire, le mandant peut en exclure son application[358]. Cette indemnisation n'est pas plus impérative qu'elle ne pourrait l'être en cas de pertes financières ou de préjudices de tous ordres. Les règles sont supplétives de volonté : les parties sont libres de les écarter. C'est notamment le cas dans les contrats entre compagnies pétrolières, fournisseurs et pompistes de marque, dont ces derniers, qui subiraient une perte dans le cadre de leur exploitation commerciale, seraient en droit d'invoquer l'indemnisation. Les compagnies qui se servent du mandat conservent alors la maîtrise des prix au détail, ce qui leur confère un avantage sur la concurrence. Les distributeurs placés dans une situation de dépendance économique peuvent évoquer ce droit à indemnisation, mais comme on l'a dit, les compagnies peuvent en écarter les dispositions. Ainsi, la protection qu'accorde la jurisprudence ne serait qu'une illusion.

Toutefois, dans un cadre général, le mandant est tenu à cette obligation de remboursement et d'indemnisation. Il doit aussi donner *quitus* à son mandataire.

b- L'approbation des comptes et le *quitus* donné au mandataire.

106. Si le mandataire doit rendre des comptes au mandant, ce dernier se doit d'approuver les comptes présentés par le mandataire. En obtenant *quitus*, le mandataire pourra voir le montant de ses honoraires inchangés[359], surtout s'ils sont inclus dans les comptes qu'il aura soumis à approbation[360]. C'est ainsi que sa rémunération est reconnue à sa juste valeur au regard de l'accomplissement de sa mission. Car le défaut d'approbation des comptes a une conséquence assez dommageable pour le mandataire : si ses honoraires peuvent faire l'objet d'une révision judiciaire, le mandataire restera soumis à l'action en répétition durant trente ans. Le *quitus* donné par le mandant est donc le moyen de ne pas recourir à une action en répétition. Seule une action en redressement des comptes, en cas de fraude ou d'erreur, serait susceptible de remettre en cause la rémunération du mandataire, malgré *quitus* donné.

Pour être complet avec les obligations du mandant envers le mandataire, sans toutefois s'attarder de trop, il convient de préciser qu'une rémunération est due obligatoirement dès lors que le mandataire agit en tant que salarié. Le mandant doit fixer les conditions de rémunération avec le mandataire, et à défaut, c'est le juge qui en décidera le montant. En outre, ce montant pourra faire l'objet d'une révision judiciaire, sauf si les parties conviennent de pas y procéder.

Pour en finir sur le mandat de droit commun, voyons quels sont les différents termes du mandat.

---

[357] C. civ., art. 2000.

[358] Req., 9 février 1938, DH, 1938, 213, car les dispositions de l'article 2000 ne sont pas considérées comme d'ordre public.

[359] Civ. 1ère, 13 mars 1967, Bull. Civ. I, n° 95 ; Com. 19 février 1958, Bull. Civ., IV, n° 83.

[360] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.*, LGDJ, 1996, § 31248, p.1054.

D- Le terme du mandat.

107. Le droit commun du mandat se résume à quatre manières différentes de mettre un terme à la convention. Les articles 2003 à 2010 du Code civil prévoient ainsi que le mandat peut prendre fin, soit par le décès de l'une des parties (1), soit par le terme stipulé par le contrat (2), soit encore par la renonciation du mandataire (3), soit enfin par la révocation du mandat par le mandant (4). À la seule exception du terme stipulé dans le mandat, le mandat de protection future reprend exactement les mêmes méthodes pour mettre un terme à la convention. Sur ce point, la protection conventionnelle peut s'apparenter au mandat de droit commun, mais des particularités restent l'apanage du mandat de protection future.

1) Le décès de l'une des parties.

108. Le dénouement du mandat par décès de l'une des parties n'est pas acquis de plein droit[361]. Suivant la partie qui décède, le mandat peut toujours être exécuté. Les parties doivent alors en convenir par clause spéciale en amont de l'exécution du mandat. Cet aspect dénote en tout cas le caractère *intuitu personae* du mandat, et une fois de plus, sa volonté individuelle. Dans le cas où le décès concerne le mandataire, le mandat doit nécessairement prendre fin, l'*intuitu personae* disparaissant[362]. Le choix du mandant se portant *ab initio* sur une personne de confiance plutôt qu'un tiers absolu, l'exécution du mandat ne peut en définitive avoir lieu, puisqu'un individu autre que ce mandataire ne pourrait accomplir un acte comme l'aurait fait ce dernier. Les héritiers du mandataire décédé ne peuvent pas non plus se faire transmettre de droit la mission confiée au mandataire. Leur obligation[363] est toutefois d'indiquer au mandant le décès du mandataire afin de mettre fin à la convention ; à moins qu'une clause spéciale établie par les parties prévoie expressément que les héritiers du mandataire, pour le jour où il sera décédé, reprendront l'exécution de ses obligations. Le cas du mandant décédé est un peu différent. Le décès du mandant peut ne pas être porté à la connaissance du mandataire. Si ce dernier poursuit l'exécution de ses obligations en totale ignorance du décès de son donneur d'ordres, les actes réalisés seront considérés comme valides. Il devra établir que l'ignorance du décès du mandant est légitime si les actes accomplis sont soumis à contestation.

Le décès dans le cadre du mandat de protection future entraîne des conséquences bien plus évidentes : le décès de l'une des parties quelle qu'elle soit précipite la caducité du mandat : ouverture de la succession du mandant ; placement sous protection juridique de ce dernier si le mandataire décède ou s'il est lui-même protégé.

109. Il n'en demeure pas moins que les actes accomplis dans l'hypothèse d'une ignorance légitime sont valables et voient le mandat poursuivre ses effets. Et s'il y a péril en la demeure, le mandataire est tenu de poursuivre l'exécution de sa mission jusqu'à achèvement. Ce qui permet de dire qu'*a contrario*, si le péril n'existe pas, le mandataire pourrait mettre fin au mandat, mais « pourrait » seulement.

La notion de « péril en la demeure » n'a pas cours avec le mandat de protection future. Les dispositions des articles 2008 et 2009 du Code civil viennent se combiner quant aux effets du mandat à l'égard des tiers pour cause de décès du mandant. Les engagements pris par le mandataire à l'égard des tiers de bonne foi sont valables dans la mesure où les tiers sont directement liés au mandant, et non au mandataire. La conséquence en est simple : la

---

[361] L'article 2003, dernier alinéa, du Code civil régit le terme du contrat en raison du décès de l'une des parties.

[362] Com., 20 avril 1967, Bull. Civ. IV, n° 156, JCP 1968, II, 15389 ; J.-P. Doucet, « Les effets de la mort sur le mandat », Gaz. Pal., 1963, 2. Doct. 27.

[363] Selon l'article 2010 du Code civil.

combinaison de ces deux articles permet aux ayants-cause du mandant décédé de demander l'exécution du contrat[364]. Les tiers cocontractants ne seront pas tenus de l'exécution des obligations à leur égard à condition d'établir qu'ils ignoraient légitimement le décès du mandant. Si tel est le cas, la procuration devra prendre fin ; au contraire, leur mauvaise foi dans l'ignorance du décès du mandant leur vaudra de rester engagés envers les ayants-cause.

2) Le terme stipulé dans le contrat.

110. Le mandat porte sur un objet particulier pour un temps provisoire, ce qui n'est pas le cas du mandat de protection future qui prend fin pour la cause énoncée ci-avant. Il existe un terme, dans le mandat de droit commun, dont l'arrivée est l'expression de la réalisation de l'objet du mandat. Le mandataire verra sa mission définie pour un temps certain durant lequel il devra accomplir l'acte juridique. La durée du mandat peut ne pas être déterminée, les parties convenant que le mandat durera le temps pour le mandataire de réaliser l'acte en cause. Au contraire, les parties peuvent fixer à l'avance la durée du mandat, mais toujours dans un cadre temporel déterminé et fini. Le terme stipulé dans le mandat oblige en conséquence les parties à s'y soumettre, ces dernières devant respecter le terme prévu pour agir chacune dans leur intérêt ou dans l'intérêt de l'autre. Cependant, le non respect du terme du mandat mettra fin à la convention, puisque le mandataire dispose de la faculté de renoncer à la mission qui lui est confiée, alors que dans le même temps, le mandant pourrait révoquer la convention. Ainsi, la durée du mandat n'est pas une condition de validité de la convention, pourvu qu'un terme soit prévu par les parties. Il importe donc peu que les parties fixent une durée plus ou moins longue.

Toutefois, le mandat confié aux agents immobiliers, soumis à la loi « Hoguet », est dépendant d'une durée maximale[365]. La loi « Hoguet » rajoute que la révocation par le mandant ne peut intervenir qu'après un délai de trois mois à la suite de la conclusion du mandat, dès lors que l'exclusivité pour l'affaire en cause a été donnée à l'agent. Si le mandat ne prévoit pas la durée maximale, il sera soumis à nullité. Et dans l'hypothèse où le mandat prévoirait une durée maximale avec reconduction tacite mais sans pour autant déterminer la durée du renouvellement, la Cour de cassation considère que seul le renouvellement du mandat encourt l'annulation[366].

3) La renonciation du mandataire.

111. Le mandataire peut se retirer de la convention à tout moment : il peut renoncer à sa mission sans aucune autre forme que celle de l'information donnée au mandant de sa volonté d'y renoncer. Cependant, le renonciation à sa mission ne sera pas admise dès lors qu'il se sera engagé à faire le nécessaire pour ne pas causer de préjudice au mandant, par la brusquerie ou la légèreté de son initiative. La renonciation à la mission tire sa justification du principe de gratuité du mandat. Le mandat ne posant pas de rémunération obligatoire, sauf professions particulières, l'obligation du mandataire non professionnel s'avère différente de celle de l'agent immobilier. Son engagement auprès de son mandant lui permet de renoncer à sa mission sans avoir besoin de se justifier comme le ferait un professionnel dans les mêmes circonstances. Mais le mandataire non professionnel renonçant est astreint à une obligation

[364] Com., 22 mai 1967, Bull. Civ. IV, n° 199, JCP 1968, II, 15389, n. P. L.

[365] J.-L. Meunier, « La durée du mandat de l'agent immobilier », JCP 1983, I, 2131.

[366] Civ. 1ère, 22 mai 1985, n° 84-10.572, Bull. Civ. I, n° 159, p. 145 ; Civ. 1ère, 8 octobre 1986, n° 85-10.371, Bull. Civ. I, n° 235, p. 224 ; Civ. 1ère, 4 novembre 1986, n° 85-14.395, Bull. Civ. I, n°246, p. 237.

d'indemnisation envers le mandant. En effet, la renonciation peut causer un préjudice au mandant. L'indemnisation doit permettre de compenser la perte d'un représentant à la convention, la perte en temps générée par la recherche éventuelle d'un nouveau mandataire, et surtout la rupture que la renonciation cause dans la relation *intuitu personae*. L'article 2007 du Code civil pose une limite quant à cette indemnisation : le mandataire pourra se dégager de cette obligation, à moins qu'il ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver un préjudice considérable.

112. La renonciation du mandataire de protection future est aux antipodes de la renonciation du mandataire de droit commun : la volonté du mandataire de protection future de renoncer à sa mission ne suffit pas à ce qu'il soit déchargé de l'exercice de ses prérogatives. Il a nécessité de saisir le juge des tutelles aux fins d'être déchargé de ses fonctions. Cette intrusion du juge dans la renonciation démontre les limites d'un tel mandat en termes de respect de la volonté. Pourquoi cette intrusion? Sans doute en raison de l'absence d'accord possible entre le mandant et son mandataire de mettre fin à la relation contractuelle. Que le contrôle de la renonciation soit vertueux en ce sens, le problème n'est pas forcément celui-ci, par contre, la dénomination de mandat pose bien des difficultés en tant qu'acception, puisque le terme doit seul admettre que les parties s'arrangent entre elles. Pour autant, le contrôle du juge des tutelles contrevient à la volonté du mandataire dont la renonciation dépendra d'une décision judiciaire.

4) La révocation du mandat par le mandant.

113. La révocation par le mandant constitue l'ultime manière dont on peut mettre fin à un mandat, du moins dans sa dimension de mandat de droit commun. Si la renonciation relève de l'ordre de la volonté unilatérale du mandataire, la révocation est l'émanation de la volonté du mandant de ne pas poursuivre l'exécution du mandat. La révocation[367] du mandat par le mandant peut intervenir *ad nutum*, *id est « quand bon lui semble »*[368], signe manifeste de la volonté individuelle. C'est ici l'un des traits caractéristiques du mandat, en comparaison avec les autres types de conventions dans lesquels un défaut de l'article 1134 du Code civil peut constituer un viol de la loi des parties, la rupture ne pouvant se faire que selon un commun accord[369]. Ce défaut constaté dans le cadre d'une convention classique aurait tendance à engager la responsabilité contractuelle de la partie défaillante[370]. Dans le mandat, rien de tout cela. Le mandant peut révoquer la convention à tout moment, sans risquer la moindre sanction, pourvu qu'il ne soit pas l'auteur d'un abus de droit.

Dans le cadre du mandat de droit commun, la révocation peut être *ad nutum,* elle peut intervenir à tout moment ; le mandat demeure donc librement révocable, comme l'indique l'article 2004 du Code civil, de même que la Cour de cassation dans un arrêt du 2 mai 1984[371].

La libre révocabilité doit être en conséquence plus encadrée qu'elle ne l'est dans le mandat de droit commun, *« il ne suffit donc pas que le mandant ait fait confiance à l'origine au mandataire. Cette confiance doit durer. Si elle vient à manquer, le contrat doit*

[367] C. civ., art. 2004.

[368] V. *supra* n. n° 267, J. Huet, *op. cit.*, LGDJ, 1996, § 31273, p. 1072. D. Alexandre, J.-Cl. Civ., art. 1984 à 2010, Fasc. H. n° 83.

[369] C. civ., art. 1134, al. 2.

[370] C. civ., art. 1147.

[371] Civ. 1ère, 2 mai 1984, n° 83-12.056, Bull. Civ. I, n° 143.

disparaître »[372]. La différence est de taille : si une durée a été prévue dans un mandat de droit commun, la libre révocabilité reste souple[373].

114. La révocation par le mandant jouera autant dans le mandat salarié que dans le mandat à titre gratuit.

115. Mais un tempérament est apporté à la révocation dans le mandat d'intérêt commun[374]. Si ce dernier est conclu dans l'intérêt du mandant et du mandataire ensemble[375], la rupture du mandat doit être commune[376]. Chaque partie doit ainsi exprimer son consentement à rompre la procuration, du moins en principe[377]. Toutefois, si le mandant se justifie d'un intérêt légitime à rompre, il peut être dispensé de recevoir le consentement de son mandataire[378]. Il est même admis que le mandat d'intérêt commun soit établi pour une durée indéterminée. Il serait ainsi parfaitement légal d'instaurer une durée « perpétuelle », dira-t-on, si une révocation était justifiée selon qu'un intérêt légitime existât[379], l'intérêt étant de ne pas tenir le mandant engagé perpétuellement[380]. Hors rupture, le mandat d'intérêt commun peut se maintenir indéfiniment, contrairement au mandat de droit commun. Dans ce dernier, nul ne pouvant être tenu indéfiniment, le mandataire ne peut rester sous les ordres de son mandant perpétuellement ; il en va de même pour le mandant. La Cour de cassation considère qu'un

---

[372] Ph. Le Tourneau, « De l'évolution du mandat », Rép. Civ. *D.* 1992, chron. n° 157.

[373] Paris (CA), 8 juillet 1994, *D.* 1994, p. 223.

[374] Sur ce point et pour plus de détails : v. Ch. Pigache, *Le mandat d'intérêt commun,* th. Paris V, 1991 ; D. Alexandre, J.-Cl. Civ., art. 1984 à 2010, Fasc. H n° 27 et sui. ; A. Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun, Mélanges Weill, 1983 ; J. Ghestin, « Le mandat d'intérêt commun », Mélanges Derrupé, 1991.

[375] Ceci caractérise son irrévocabilité en termes d'application de son régime. Le versement d'un salaire au mandataire ne témoigne pas du caractère irrévocable, pas plus d'un intérêt commun : v. Req., 1er mai 1907, S. 1908,1,88 *« attendu que, par cela seul qu'une rémunération plus ou moins importante était stipulée au profit du mandataire, ce mandat ne pouvait être considéré comme donné dans l'intérêt [des deux parties] »* ; Civ., 4 mars 1914, DP 1916,1,68 ; Civ. 1ère, 11 juin 1969, Bull. Civ. I, n°223, p. 179.

[376] Ce qui suppose que le mandant justifie d'un motif légitime et s'assure du consentement de son mandataire à la rupture à la fois, ce que confirme la Cour de cassation : Com., 3 juin 1997, n° 95-11.450, Bull. Civ. IV, n° 172, p. 153.

[377] Exception étant faite du majeur protégé dont les procurations pourront être écartées par le juge des tutelles : C. civ., art. 491-3, al. 3, anc. C'est aussi la position de la Cour de cassation : *cf* Civ. 1ère, 12 mai 1987, n° 95-12.242, Bull. Civ. I, n° 148, p. 116.

[378] Cet intérêt légitime a été évoqué par la Cour de cassation dans un arrêt de 1885, sa justification permettant effectivement une rupture unilatérale : *cf* Civ., 13 mai 1885, S. 87,1,220. L'intérêt légitime à révoquer unilatéralement le mandat d'intérêt commun n'écarte pas le droit à indemnisation du mandataire, puisque le droit à renoncer à verser une indemnité compensatrice d'un préjudice doit être contractuellement établie : *cf* Com., 6 juillet 1993, n° 91-15.469, Bull. Civ. IV, n°287, p. 204, ou encore confirmant cette position Com., 2 mars 1993, n° 90-18.403, Bull. Civ. IV, n°90, p. 61 ; JCP 1993, II, 22176, n. M. Béhar-Touchais.

[379] Ce qui suppose un contrôle du juge selon une appréciation souveraine. V. ainsi la thèse de B. Houin sur ce point : B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris II, 1973, n° II-191 et sui., p. 371 et sui. La preuve du motif légitime doit aussi être rapportée. La faute suffisamment caractérisée du mandataire constitue un motif légitime de rupture unilatérale, alors que cette même faute, dans le cadre d'un mandat non reconnu d'intérêt commun, doit être constitutive d'un abus dans l'exercice du droit de rupture unilatérale et causant un préjudice au mandataire ou au mandant : *cf* Com., 10 juin 1969, Bull. Civ. IV, n° 218, p. 121 ; Civ. 1ère, 14 mars 1984, n° 83-10.897, Bull. Civ. I, n° 92, p. 76. Dans ce dernier cas, des dommages et intérêts peuvent être accordés : Com., 12 décembre 1967, Bull. Civ. IV, n° 411, p. 388 ; JCP, 1968, II, 15534, 1ère espèce, n. J. Hémard.

[380] M. Béhar-Touchais, Contrats distribution, V. Extinction du contrat, les causes, Fasc. 175, 1988, n° 120 *in fine.*

mandat est nul pour vice de perpétuité dès lors qu'il indique qu'il est conclu pour un temps non déterminé, mention signifiant pour les juges *« durée illimitée »*[381]. Pour le mandat d'intérêt commun, le raisonnement est inverse, puisque la durée peut être illimitée, cependant contrecarrée par une rupture consentie à deux ou, à défaut, selon un motif légitime de rupture unilatérale.

On peut faire une analogie avec le mandat de protection future qui se rapproche d'un mandat perpétuel, et donc d'un mandat d'intérêt commun, mais dont les modalités de rupture sont contrôlées par le juge, rarement par les parties. La révocation par le mandant de protection future n'est possible que par le jeu de l'intervention du juge des tutelles. Une fois mis en œuvre, le mandant n'a plus pouvoir pour inverser l'ordre des choses. Le seul cas de révocation possible par le mandant est que ce dernier ne soit pas atteint d'altération de ses facultés mentales ou qu'il ne soit plus en situation d'inaptitude, et que, incidemment, le mandat ne soit pas mis en œuvre. La révocation du mandat de protection future par le mandant répond donc de sa lucidité au moment de la mise à l'écart du mandataire.

116. Le service d'amis que le mandat est censé représenter prend toute sa dimension dès lors que le mandat est conclu par les parties à titre gratuit. À titre onéreux, il démontre une professionnalisation de la technique lui faisant perdre cet aspect de service d'amis. Mais dans l'ensemble, cet aspect reste conservé, ce qui ne semble pas le cas avec le mandat de protection future. En effet, les règles de constitution font apparaître que le mandat répond au principe du consensualisme, alors que la solennité n'intervient que dans des cas particuliers, solennité élémentaire en ce qui concerne la protection conventionnelle. Cet *a parte* aura permis de montrer que le mandat de protection future, malgré sa nomination, ne présente pas une analogie parfaite avec le mandat de droit commun. La liberté contractuelle est certes prééminente dans le choix qu'opère le mandant, mais on voit que l'intervention du juge pour la révocation du mandataire, ou encore l'absence de durée initiale démontrent un particularisme évident. Comme on l'a dit, son caractère solennel n'en est que plus prégnant. Alors, une différence de nature et de forme, oui, mais un particularisme sans doute plus exacerbé avec le droit comparé du mandat à effet posthume. Avec le mandat à effet posthume, on verra donc que le mandat de protection future tend à déroger au principe de base du mandat de droit commun.

[381] Civ. 1ère, 5 mars 1968, Bull. Civ., I, n° 85, p. 68 ; JCP 1968, II, 15523, n. R. L. ; RTD Civ. 1968, p. 560, obs. Cornu ; *D.*1968, 624.

Section 2 - Du mandat à effet posthume.

117. Le mandat à effet posthume[382], selon sa dénomination, doit logiquement rentrer dans la catégorie des mandats en tant que tels… du moins au regard de sa qualification juridique. Mais à faire un rapprochement avec le mandat de protection future, et en faisant la comparaison avec le mandat de droit commun, on doit percevoir que la logique d'appartenance ne tient que de la fiction juridique. En effet, on verra qu'il est difficile de qualifier le mandat à effet posthume, au même titre que le mandat de protection future, en tant que mandat de droit commun. Et pourtant, quelle que soit la nature juridique du mandat à effet posthume, celui-ci a conduit à l'émergence du mandat de protection future, selon l'idée de protection par anticipation au moyen d'une volonté libérale et sans barrière.

En quoi le mandat à effet posthume peut-il être l'un des fondements du mandat de protection future ? Si le premier concerne davantage la gestion de la succession du *de cujus* par le jeu de la désignation d'un mandataire avant ouverture de la succession, il n'en demeure pas moins qu'il propose une protection par anticipation. Élaboré par la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités[383], le mandat à effet posthume a donc posé les jalons de la protection par anticipation que l'on peut qualifier, au même titre que le mandat de protection future, de mandat de prévention[384]. On pourra alors apprécier la démarcation qui existe entre le mandat de droit commun et les mandats préventifs dont la mise en œuvre et les effets dérogent littéralement au régime juridique de ce premier.

Ainsi, le (futur) défunt est seul à pouvoir, de son vivant[385], faire connaître à tous ses héritiers la consistance de son patrimoine, et ce, quel que soit l'héritier, qu'il soit majeur capable juridiquement ou majeur bénéficiant d'une mesure de protection[386]. Si la morale juridique peut en être affectée, comme c'est le cas pour les pactes sur succession future, et bien qu'altérée dans une certaine mesure en ce qui concerne le mandat de protection future, il sera question de montrer en quoi le mandat à effet posthume constitue l'un des fondements de la protection par anticipation. C'est pourquoi, seront successivement abordés la définition et les conditions de validité du mandat à effet posthume (I) et son régime juridique (II). À travers ces éléments de forme et de fond, le mandat a une cause précise : faciliter la transmission du patrimoine et sa gestion[387]. Il en résulte alors l'idée d'anticipation et de réalisation de l'objet du mandat pour la survenance d'un événement n'étant pas encore arrivé, ce vers quoi tend pareillement le mandat de protection future.

---

[382] Th. Fossier, M. Bauer, E. Vallas-Lenerz, *Les tutelles, accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF Editeur, 2011, 5è éd., p. 249.

[383] L. nº 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JO n°0145, 24 juin 2006, p. 9513, texte n° 1.

[384] V. *supra* n. n° 264, S. Hébert, art. préc.

[385] Dans la logique des choses...

[386] V. *supra* n. n° 265, Fl. Fresnel, art. préc. ; M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », Defrénois, 15 janvier 2007, art. n° 38509, § 4.

[387] V. *supra* n. n° 386, M. Grimaldi, art. préc., § 1.

I) La définition et les conditions de validité du mandat à effet posthume.

118. Les conditions aux fins de constitution et de mise en œuvre du mandat à effet posthume[388] sont d'interprétation stricte. Si la constitution du contrat ne répond pas à cet ensemble de conditions, la nullité de la convention sera prononcée. L'établissement d'un mandat à effet posthume est soumis à un formalisme contraignant : il ne peut être établi qu'en la forme notariée[389], cette condition amenant à revoir la définition de l'article 812 du Code civil. On assiste à un traitement radicalement différent de la constitution du mandat de droit commun qui peut recouvrir toute les formes, consensuel, solennel, écrit ou verbal, tacite ou exprès. La similitude est de rigueur avec le mandat de protection future qui, lui, est nécessairement solennel. Trois conventions qui portent un dénominateur commun et trois manières différentes d'en formaliser la constitution. On peut légitimement douter de la classification dans la catégorie « mandat » desdits mandats de protection future et à effet posthume sur la seule base du formalisme.

119. Le notaire ne peut en aucun cas être désigné comme le mandataire conventionnel, dès lors qu'il est le notaire instrumentaire chargé du réglement de la succession[390]. Le conflit d'intérêts sera éminemment trop grand, et on voit mal le notaire pouvoir gérer la succession dans l'intérêt des héritiers, alors même qu'il doit procéder au partage. Cependant, cette interdiction se limite au notaire chargé du réglement de la succession. Il en va autrement du notaire non instrumentaire qui pourra être désigné en qualité de mandataire. Cette possibilité lui est offerte dans la mesure où la définition prévoit que toute personne physique ou morale peut être désignée en qualité de mandataire. Cette disposition vaut en outre pour le mandat de protection future qui permet au même type de personne d'agir en cette qualité. Un notaire peut donc avoir la qualité de mandataire dans le cadre du mandat de protection future. Mais à la différence du mandat à effet posthume, le notaire peut aussi être le rédacteur du mandat[391]. Si le cumul des fonctions dans le mandat à effet posthume est interdit, le mandat de protection future admet que le notaire rédacteur soit aussi le mandataire à la convention. Certes, le risque de conflits en matière successorale est limité, mais cette limite est ténue, car la réalisation d'un acte de disposition, même sur autorisation du juge des tutelles, peut profondément affecter le contenu de la succession qui pourrait être grevée d'une dette[392]. Aussi, le conflit potentiel en matière patrimoniale n'est pas sans poser de problème déontologique, la gestion

---

[388] Codifié aux articles 812 à 814-1 du Code civil, le mandat à effet posthume peut se définir de la sorte, selon l'article 812 :

« Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés.

Le mandataire peut être un héritier.

Il doit jouir de la pleine capacité civile s'il ne veut pas être frappé d'une interdiction de gérer lorsque des biens professionnels sont compris dans le patrimoine successoral.

Le mandataire ne peut être le notaire chargé du règlement de la succession ».

[389] M. Chopin-Texier, « Les mandats : mandat posthume et mandat de protection future », Dr. et patri., n° 190, 1er mars 2010, pp. 53 et sui. ; v. *supra* n. n° 386, M. Grimaldi, art. préc., § 9. Il est à noter que le mandat doit être « *précisément motivé* », avec la mention d'un intérêt légitime et sérieux.

[390] v. *supra* n. n° 365, Fl. Fresnel, art. préc.

[391] Le notaire rédacteur peut se transformer en notaire exécuteur du mandat, et ainsi avoir la double qualité de rédacteur-exécuteur.

[392] Si le risque existe, le juge n'autorisera pas l'acte. Mais le juge peut toutefois autoriser, reste à apprécier si un risque d'aléa est susceptible d'exister dans l'avenir.

en *« bon père de famille »* n'étant plus tolérable[393]. Le notaire rédacteur désigné mandataire devrait accomplir ainsi les diligences que l'on attend de la part d'un professionnel. Là n'est pas le problème, le conflit d'intérêts existe, et ce que le mandat à effet posthume veut éviter, le mandat de protection future s'y engouffre. Au demeurant, le contrôle du juge des tutelles n'en sera que plus strict, à moins qu'il ne soit jamais saisi du litige.

120. Quel que soit le mandataire désigné dans le cadre du mandat à effet posthume, il est évident qu'il doit jouir de sa pleine capacité juridique. La capacité juridique s'accompagne en outre de l'obligation de ne pas être frappé d'une incapacité de gestion. La définition prévoit en effet que le patrimoine de la personne peut contenir des biens professionnels. L'incapacité de gestion interdit en conséquence que le mandataire puisse exercer ses prérogatives s'il ne dispose pas de cette capacité en présence de biens professionnels[394]. Le même raisonnement prévaut dans la protection conventionnelle : l'incapacité du mandataire de protection future lui ferme les portes de l'exercice du mandat.

121. Le mandat à effet posthume répond d'une condition temporelle, au même titre que le mandat de droit commun, alors que le mandat de protection future a écarté cette disposition. Le mandat à effet posthume doit être instauré pour une durée de deux ans, le juge ayant la faculté de pouvoir proroger le mandat pour une durée de deux ans supplémentaires, une ou plusieurs fois suivant la situation du mandant. Une durée de cinq ans peut être prévue avec possibilité de prorogation si l'inaptitude ou l'âge de l'héritier commandent une durée plus longue[395], si l'héritier venant à la succession est placé sous sauvegarde de justice, s'il bénéficie d'une MASP ou si le juge des tutelles prononce une MAJ, ou même si un mandat de protection future est établi.

Enfin, au même titre que la mandat de protection future doit être accepté par le mandataire, dans le temps de lucidité du mandant précédant son altération des facultés mentales, le mandat à effet posthume doit être accepté avant le décès du mandant. Le décès ou l'altération des facultés mentales antérieurs à toute acceptation rendraient caduc le mandat. Sur cette modalité, le mandat de protection future s'est donc tout simplement calqué, non sur le modèle du mandat à effet posthume, mais sur la théorie générale du droit des contrats dans laquelle l'acceptation du contrat doit se faire avant toute cause qui pourrait empêcher

---

[393] H. Fulchiron, « Le notaire et l'exécution du mandat de protection future », Defrénois, n°38883, 30 janvier 2009, pp. 178 et sui.

[394] V. *supra* n. n° 365, Fl. Fresnel, art. préc.

[395] *Ibid.;* v. *supra* n. n° 386, M. Grimaldi, art. préc.,§ 7. La nécessité de gérer des biens professionnels peut aussi justifier cette durée de cinq ans. Le mandat de protection future ne s'est pas embarrassé quant à l'instauration d'une durée. Il dure le temps que la personne mandante est en vie, à condition que l'altération des facultés mentales soit toujours le préalable de sa mise en œuvre. La raison à cette absence de durée peut trouver une justification dans le fait que le mandat à effet posthume s'oriente vers le décès du mandant, qui est la seule cause d'ouverture d'une succession (si l'on écarte volontairement les causes relatives à la présomption et la déclaration d'absence, ou le sort des personnes disparues). Le mandat à effet posthume n'aurait donc qu'une existence temporaire. À la différence, le mandat de protection future s'oriente vers la protection de la personne du fait de son altération future des facultés mentales. Les parents d'un enfant majeur handicapé peuvent conclure un mandat pour le jour où ils seront décédés. Il se peut par la suite que l'enfant vive longtemps en l'absence de ses parents. C'est pourquoi, ce mandat relève d'une durée de vie beaucoup plus longue que celle du mandat à effet posthume. Prévoir une durée serait donc superfétatoire, du seul fait que l'altération des facultés mentales ne présume en rien du décès du majeur dans un temps très proche. Au contraire, le mandant établissant un mandat à effet posthume doit préparer sa succession, cela supposant que le décès de ce dernier, incertain dans un intervalle de temps donné, doit être envisagé à plus ou moins court terme. Sans même en préjuger, ce qui donnerait une cause illicite au mandat, on peut envisager de manière spéculative que son décès pourrait intervenir assez rapidement. D'où la finalité d'instaurer un délai dans l'existence du mandat à effet posthume.

l'inexécution du contrat. Ce qui prouve d'ailleurs, au titre de la comparaison avec le mandat de droit commun, que le mandat de protection future reste une convention qui répond du droit commun des contrats, du moins dans ses conditions générales de formation. Si l'on reste dans la sphère contractuelle, l'acceptation doit aussi porter sur un intérêt légitime et sérieux. Le mandant doit justifier sa décision tout en indiquant pourquoi il compte confier la gestion de sa succession future au mandataire. Cette acceptation donnée, le mandat doit être donné pour le compte d'un ou plusieurs héritiers désignés nommément[396]. Ainsi, le mandat doit être passé dans l'intérêt et pour le compte d'autrui, ce qui traduit ici la représentation conventionnelle d'une partie par l'autre[397].

122. Le mandat de protection future s'inscrit dans la même démarche. Bien que pouvant être passé pour soi-même, le mandat peut être conclu pour autrui, notamment dans l'hypothèse d'un mandat conclu par des parents pour le compte de leur enfant handicapé. Le mandat à effet posthume présente donc des éléments de formation qui ont conduit à l'institution du mandat de protection future. Mais de par son objet particulier et différent de celui du mandat de protection future, il se différencie de ce dernier dans le sens où son exécutant ne peut en aucun cas être son rédacteur, alors que le mandat de protection future le permet. Si le mandat à effet posthume essaie de limiter les sources de conflits, le mandat de protection future a tendance à les générer, même s'il n'a pas vertu à en créer. Cependant, il existe une certaine analogie entre les deux types de mandat et le mandat de droit commun.

II) Le régime juridique du mandat à effet posthume.

123. Le mandat à effet posthume répond du régime de droit commun du mandat dans son principe général[398]. Le mandat de protection future a été établi selon le même régime juridique de droit commun. Si ces mandats sont des contrats spéciaux qui peuvent déroger au droit commun du mandat, les conditions générales du mandat leur sont toutefois applicables, tant dans leurs conditions de formation, d'exécution et de fin de mise en œuvre, avec toutefois les réserves prévues à cet effet. Le mandat de protection future prévoit cependant une différence de conception : si le mandat à effet posthume porte exclusivement sur la protection patrimoniale et l'administration successorale dont on veut absolument éviter *« l'abandon »*[399], le mandat de protection future admet, outre la protection patrimoniale, la protection personnelle[400]. Si le mandat à effet posthume a servi de référence à la création du mandat de protection future en ce qui concerne la protection patrimoniale, le mandat de protection future a réadapté le principe dans le cadre de la protection des majeurs. Le parallèle peut être fait entre les deux avec un accroissement de la protection dans le domaine touchant à la personne en faveur du mandat de protection future.

124. Le mandat à effet posthume est un mandat dont la forme revêt une grande importance : il reste établi en la forme notariée, sa rédaction sous seing privé entraînant sa nullité formelle. À la différence de ce dernier, le mandat de protection future peut s'affranchir des règles de l'acte authentique puisque les parties peuvent établir un mandat de protection sous la forme d'un acte sous seing privé. Cette différence semble évidente : la gestion successorale suppose d'apporter toutes les garanties nécessaires afin de préserver l'ordre public successoral, alors que le mandat de protection future, bien que pouvant porter sur l'administration de biens, n'a pas pour objet la gestion d'une succession à venir. C'est

[396] V. *supra* n. n° 389, M. Chopin-Texier, art. préc.
[397] V. *supra* n. n° 264, S. Hébert, art. préc.
[398] Selon les articles 1984 à 2010 du Code civil.
[399] V. *supra* n. n° 386, M. Grimaldi art. préc., § 1.
[400] V. *supra* n. n° 389, M. Chopin-Texier, art. préc.

pourquoi, l'acte établi sous seing privé n'a pas les conséquences que pourrait avoir le mandat à effet posthume sur l'ordre public successoral. Cependant, ces deux mandats supposent la solennité de la convention, alors que le mandat de droit commun peut simplement être établi de manière consensuelle. La volonté des parties de choisir un support est donc limitée par le support lui-même rendu obligatoire par l'objet du mandat.

125. En cas de concurrence entre un mandat de protection future et un mandat à effet posthume, le mandataire de protection future se voit limité dans ses fonctions lorsqu'il est confronté au mandataire posthume : en effet, ce dernier vient dessaisir le premier de ses droits en termes de gestion successorale lorsque le mandant est héritier. Le mandataire de protection future conserve toutefois une prérogative : il doit procéder à la reddition des comptes annuels, dans un but de contrôle de la gestion du mandataire posthume[401]. En cas de conflit, le mandataire posthume peut être assigné par le mandataire de protection future devant le juge, à condition que le mandat de protection future soit établi en la forme authentique. Par contre, si l'acte n'est établi que sous la forme d'un acte sous seing privé, alors le mandataire de protection future devra au préalable saisir le juge aux fins d'être autorisé à engager une action patrimoniale en matière successorale. Cette dernière requiert ladite autorisation car elle est considérée, selon la loi du 5 mars 2007, comme un acte de disposition[402]. On voit donc que le mandataire posthume dispose d'une « capacité juridique » supérieure à celle du mandataire de protection future, bien qu'il ne puisse pas accomplir les actes de disposition, alors que le mandataire de protection future peut les accomplir avec l'autorisation du juge des tutelles. Suivant la nature des actes et des mandats, un équilibre des pouvoirs s'instaure, afin de garantir la volonté individuelle du mandant.

126. Le mandataire désigné dans le mandat à effet posthume a pour mission de gérer et d'administrer la succession du mandant pour le jour où ce dernier sera décédé[403], ce qui permet de déroger à la saisine héréditaire et au principe de la gestion de la succession par les héritiers[404]. L'exercice des pouvoirs qu'il détiendra du mandant dépendra de l'acceptation de la succession par les héritiers. Si la succession devait revenir à un seul héritier, le mandataire ne pourrait pas exercer ses prérogatives si l'héritier n'acceptait pas la succession. La situation serait la même si l'un des héritiers n'acceptait pas alors que les autres l'acceptaient. Une fois que les acceptations respectives sont données par les héritiers, le mandataire pourra administrer la succession. Les pouvoirs que détient le mandataire lui confère un avantage indéniable par rapport au mandat de droit commun : il pourra administrer la succession, alors même que l'un des héritiers se trouve en état d'incapacité. Cependant, le conflit d'intérêts entre le gérant de la succession et l'héritier protégé est possible, voire probable : le juge des tutelles n'hésiterait sûrement pas à dessaisir le mandataire posthume s'il se trouve être aussi le tuteur ou le curateur de l'héritier protégé. Un mandataire posthume *ad hoc* serait alors désigné à l'effet de gérer la part de succession revenant à l'héritier protégé[405].

Cette faculté trouve une utilité évidente dès lors que le mandat à effet posthume est conclu dans le cadre de l'entreprise personnelle. Le mandataire qui exercera l'administration de la succession pourra assurer la continuité de cette gestion, même si l'un des héritiers est un mineur ou un majeur protégé[406]. Si dans le même cadre, le mandat n'avait pas été conclu, la

---

[401] V. *supra* n. n° 265, Fl. Fresnel, art. préc. ; M. Bourassin, « Les sûretés sur le logement du majeur protégé », RTD Civ., 14 octobre 2011, n° 3, pp. 433 et sui.

[402] C. civ., art. 468 et 475.

[403] V. *supra* n. n° 386, M. Grimaldi, art. préc., § 1.

[404] La Lettre Omnidroit, n° 102, I, 9 juin 2010, pp. 7 et 8.

[405] V. *supra* n. n° 265, Fl. Fresnel, art. préc.

[406] V. *supra* n. n° 386, M. Grimaldi, art. préc., § 4. Pour une illustration de la gestion d'une succession par le mandataire posthume en présence d'un mineur, *cf* Civ. 1ère, 12 mai 2010, n° 09-10.556, Bull. Civ. I, n° 117, *D.* 2010.1348, *ibid*. 2392, obs. V. Brémond, M. Nicod et J. Revel, AJ fam.

gestion de la succession s'arrêterait. La protection juridique des mineurs voudrait que l'on saisisse le juge aux affaires familiales afin d'obtenir une autorisation de gestion de la part successorale revenant au mineur. Concernant la présence d'un majeur protégé, le juge des tutelles devrait prononcer rapidement une décision de placement sous régime de protection et désigner l'administrateur de sa part successorale. Le mandat est donc un avantage indéniable : il permet un gain de temps dans la gestion de la succession, tout en évitant d'avoir recours à un juge aux fins d'autorisation de gestion. Les pouvoirs du mandataire posthume sont dès lors relativement intéressants d'un point de vue pratique. Le mandat de protection future s'est légitimement inspiré de cette étendue des pouvoirs : lorsque le mandat de protection future est établi en la forme authentique, les pouvoirs du mandataire sont également étendus, en tout cas bien plus que ceux issus d'un mandat sous seing privé. En effet, le mandataire désigné par acte authentique peut accomplir tous les actes que le tuteur pourrait faire seul ou avec l'autorisation du juge des tutelles[407]. La seule limite à ces pouvoirs est l'interdiction d'accomplir les actes de disposition à titre gratuit sans autorisation du juge des tutelles.

127. Pour autant, la limite peut vite être repoussée par l'autorisation du juge. Les pouvoirs dans le mandat sous seing privé sont autrement moins importants : le mandataire ne peut accomplir que les actes que le tuteur pourrait faire sans autorisation du juge des tutelles. Pour l'exercice des actes d'administration dans le cadre du mandat à effet posthume, le Professeur Cornu les définit en ces termes :

2010.287, obs. C. Vernières, RTD Civ. 2010. 527, obs. J. Hauser, *ibid*. 602, obs. M. Grimaldi, Defrénois 2010.1583, n. J. Massip, 1776, n. Fr. Sauvage, et 2373, obs. Chamoulaud-Trapiers, arrêt par lequel la Cour de cassation indique que le droit de disposer des biens compris dans le mandat est d'ordre public. V. également Civ. 1ère, 10 juin 2015, n° 14-10.377, à publier, *D.* 2015.1319, RTD Civ. 2015.585, obs. J. Hauser, *ibid*. 670, obs. M. Grimaldi, arrêt par lequel la Cour de cassation indique que pour révoquer un mandat à effet posthume, il faut démontrer, selon l'article 812-4 du Code civil, la disparition de l'intérêt légitime et sérieux concernant l'attribution de la gestion de la succession au mandataire à effet posthume ; la Cour de cassation infirmant par ailleurs les juges d'appel, lesquels ont renversé la charge de la preuve alors qu'il revient à celui qui invoque le cas de révocation de prouver la perte ou l'absence de l'intérêt légitime ou sérieux du mandat. En l'occurrence, la mère de famille gérant les biens de l'enfant mineur en sa qualité d'administrateur légal sous contrôle judiciaire avait été dessaisie de cette gestion au profit d'un tiers. La mère devait donc établir que le dessaisissement de la gestion dont elle a fait l'objet pouvait être remis en cause par la perte de l'intérêt légitime et sérieux qui consistait à donner à un tiers la gestion de ces biens : c'était donc à elle à approter cette preuve, ce qu'elle n'a pas fait. V. également J. Casey, « Le mandat posthume », Dr. Fam. 2007, 2006, ét. n° 53 ; A. Aynès, « L'administration de la succession pour autrui », JCP N 2008, n° 29, p. 1246. L'arrêt rendu par la Première chambre civile précise que le mandataire ne peut pas s'opposer à l'aliénation par les héritiers des biens composant la succession, malgré ses pouvoirs d'administration. Selon l'article 812-4 du Code civil, cette aliénation constitue une cause d'extinction du mandat. Ceci confirme que le mandat à effet posthume n'a qu'un caractère dérogatoire, et donc qu'il ne s'agit pas d'un mandat classique au sens de l'article 1984 du Code civil. Le parallèle est ainsi réalisé avec le mandat de protection future qui est caractérisé comme un mandat particulier. La présence d'un mineur dans les faits de l'espèce (un majeur protégé amenant aux mêmes conséquences), permet aux héritiers d'aliéner les biens de la succession et de ne pas subir son blocage par le mandataire. L'aliénation doit être soumise à l'autorisation du juge aux affaires familiales pour le mineur (l'arrêt évoque l'autorisation du juge des tutelles en raison de la compétence de ce dernier en la matière au moment des faits). Sauf clause d'inaliénabilité prévue par le *de cujus* de son vivant, conformément à l'article 900-1 du Code civil, l'aliénation des biens se fera sans restriction. A.-M. Leroyer le fait bien comprendre de cette façon : *« il n'est ensuite pas impossible que les héritiers cherchent à mettre fin au mandat en vendant les biens de la succession. On voit là les limites d'un procédé qui tend à dessaisir les héritiers sans leur accord »* : A.-M. Leroyer, « Commentaire de la loi du 23 juin 2006 », RTD Civ., 2006, p. 612.

[407] V. *supra* n. n° 389, M. Chopin-Texier, art. préc.

« […] une opération de gestion normale, un acte ordinaire d'exploitation d'un bien ou d'une masse de biens englobant l'expédition des affaires courantes et la mise en valeur d'un patrimoine (entretien, assurances, dépôt, prêt, location sauf exceptions) qui peut varier selon la nature du bien administré (entreprise commerciale, exploitation agricole, immeuble de rapport) et comprend des actes d'aliénation (vente de marchandises ou de récoltes) ou d'acquisition (achat de semences, d'engrais ou de petit outillage), opération qui occupe le deuxième degré dans l'échelle de gravité des actes juridiques (après le actes de disposition et avant les actes conservatoires) et dont l'ensemble détermine, en canon législatif, la limite des pouvoirs de l'administrateur sur les biens d'autrui »[408]. Reste à voir si le mandat à effet posthume est constitutif d'un acte d'administration ou de disposition[409]. Sauf qu'une confusion peut être faite si l'on en croit Claude Brenner, qui soutient que certains actes de dispositions pourraient être assimilés à des actes d'administration selon certaines circonstances : *« les actes de disposition qui entrent dans la gestion normale du patrimoine sont a priori permis à l'administrateur posthume »*[410]. Les actes que le mandataire à effet posthume peut accomplir dépendent essentiellement de l'acceptation ou non par l'héritier de la part de succession qui lui revient. Avant acceptation, le mandataire ne peut accomplir que les actes de conservation ou d'administration. Par contre, après acceptation, le mandataire posthume reçoit tous les pouvoirs qu'accordent les dispositions de l'article 1984 du Code civil[411].

Cependant, le mandataire posthume ne peut pas accomplir tous types d'actes, à l'exception des actes conservatoires, dans ces trois cas[412] :

- Lorsqu'un ou plusieurs exécuteurs testamentaires peuvent accomplir ses actes[413] ;
- Lorsque ses actes n'ont pas d'effet sur l'option héréditaire[414] ;
- Tant que l'option, qu'elle soit propre à l'acceptation pure et simple de la succession ou à concurrence de l'actif net, n'a pas été activée par l'un des héritiers[415] ;

Le mandataire, limité aux actes conservatoires, peut également accomplir les actes propres au paiement des frais funéraires, les dettes de loyers, les impôts dus par le défunt ou encore le recouvrement des fruits et revenus, pour ne citer que ceux-ci[416]. La différence est nettement établie entre le mandat à effet posthume et le mandat de protection future. Dans ce dernier, le mandataire peut passer les actes d'administration et de conservation, de la même façon que ceux du mandat à effet posthume. Sauf que les actes de disposition restent soumis à l'autorisation du juge des tutelles, alors que ceux du mandat à effet posthume peuvent être assimilés à des actes d'administration, comme l'a évoqué Claude Brenner. C'est pourquoi, le

---

[408] Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, collec. « Quadrige », 6è éd. 2004, v. « Actes d'administration ».

[409] V. *supra* n. n° 265, Fl. Fresnel, art. préc.

[410] Cl. Brenner, « La gestion d'une succession », *in* Dossier, Premières vues sur la réformes des successions, Rec. D., 2 novembre 2006, n° 37, p. 2561.

[411] V. *supra* n. n° 386, M. Grimaldi, art. préc., § 11.

[412] V. *supra* n. n° 265, Fl. Fresnel, art. préc.

[413] C. civ. art. 1025 et sui.

[414] C. civ. art. 812-1-2.

[415] *Ibid.*

[416] L'article 784 du Code civil rajoute, en outre, *« les frais de dernière maladie, les autres dettes successorales urgentes, la vente des biens périssables, les actes destinés à éviter l'aggravation d'un passif successoral, les opérations nécessaires à la continuation à court terme de l'activité de l'entreprise dépendant de la succession, le renouvellement de baux comme preneur ou bailleur, les actes d'administration ou actes de disposition nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise ».*

mandat de protection future délimite clairement les pouvoirs du mandataire dans la réalisation d'actes de disposition et n'admet aucune interprétation. Le mandat à effet posthume ne doit pas admettre aussi une telle interprétation : l'acte de disposition ne peut être utilement réalisé par le mandataire, à peine de porter atteinte aux droits des héritiers, d'autant plus si l'un des héritiers est un majeur protégé. Le décret du 22 décembre 2008[417] doit apporter une aide utile à la compréhension de la qualification des actes d'administration et de disposition. Dès lors, il est nécessaire de s'en tenir à une interprétation stricte : tout acte de disposition est prohibé. Le mandat de protection future et le mandat à effet posthume présentent en conséquence une analogie évidente.

128. Le régime juridique du mandat à effet posthume porte sur deux autres aspects qui auront fondé le mandat de protection future.

Le premier ne nécessite pas de développements très conséquents. Il porte sur la rémunération du mandataire posthume. Le principe veut que le mandataire exerce ses fonctions à titre gratuit. Toutefois, les parties peuvent décider que le mandataire bénéficiera d'une rémunération dont les modalités de réglement peuvent prendre deux formes : le mandataire peut recevoir un capital, ou bien percevoir une partie des fruits et revenus provenant de la succession. Le mandat de protection future prévoit lui aussi une rémunération du mandataire, mais non obligatoire et dépendant du principe de gratuité des charges tutélaires, laissée cette fois à la libre négociation des parties.

Le second porte sur les modalités relatives au terme du mandat et aux règles de la reddition des comptes. L'inventaire de patrimoine que réalise le mandataire posthume et/ou de protection future jouera le rôle de complément dans la gestion des biens.

Le mandat à effet posthume prend fin ainsi [418] : arrivée du terme prévu ; renonciation du mandataire ; révocation judiciaire ; conclusion d'un mandat conventionnel entre les héritiers et le mandataire ; aliénation du bien mentionné dans le mandat[419] ; décès ou mise sous protection du mandataire personne physique ou dissolution du mandataire personne morale ; décès de l'héritier intéressé ou mise sous protection de ce dernier, suivie de la fin du mandat prononcée par le juge des tutelles[420].

Le mandat de protection future a ainsi adapté les modalités d'extinction au regard de sa nature et de son régime juridique. Ainsi, le terme n'intervient que selon quatre modalités : rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé ; décès de la personne « protégée » ou placement de cette dernière sous tutelle ou curatelle, sauf décision contraire du juge des tutelles ; décès du mandataire ou placement de ce dernier sous mesure de protection, ou encore déconfiture ; révocation judiciaire à la demande de tout intéressé.

Le terme expirant, que ce soit dans le mandat à effet posthume ou dans le mandat de protection future, le mandataire désigné doit rendre des comptes. La reddition des comptes se fait également chaque année tant que le mandat est encore en vigueur.

Même si le mandat à effet posthume a vocation à s'appliquer au domaine successoral, il n'en demeure pas moins qu'il constitue un outil juridique à avoir trouvé une véritable application concrète dans le domaine de la protection par anticipation, selon la seule volonté du majeur. Par la désignation d'un mandataire ayant pour mission de gérer la succession du

---

[417] D. n° 2008-1485 du 22 décembre 2008 relatif à la tarification des certificats et avis médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs JORF n°0304 du 31 décembre 2008, page 20634, texte n° 95.

[418] C. civ., art. 812-4 ; v. *supra* n. n° 386, M. Grimaldi, art. préc., § 14.

[419] *Cf* l'arrêt Civ. 1ère, 12 mai 2010 préc., *supra* n. n° 406.

[420] V. *supra* n. n° 265, Fl. Fresnel, art. préc. Cette considération vaut en ce qui concerne une mesure de protection juridique. Par contre, le juge ne doit pas pouvoir mettre un terme au mandat si le majeur est placé sous mesure d'accompagnement judiciaire, puisque cette dernière ne constitue pas une mesure incapacitante sur le plan juridique.

mandant pour le jour où il ne sera plus, le mandat de protection future ne pouvait pas trouver meilleur argument pour créer « un régime de protection » de la personne par anticipation. Avec des nuances toutefois, même s'il apparaît évident que les deux mandats permettent d'anticiper sur la gestion d'intérêts personnels et/ou patrimoniaux[421]. Mais la prudence s'impose : la technique juridique n'est pas exempte de complexités et de contentieux éventuels. La volonté individuelle peut s'avérer dangereuse toutefois, le mandant devant connaître les risques d'une telle protection. N'étant plus lucide pour le jour où le mandat est mis à exécution, le majeur n'a plus moyen de contrôler si sa protection est réellement et efficacement mise en œuvre. Le rôle de surveillance de l'autorité judiciaire n'en sera que plus nécessaire, sous peine de voir le contentieux (familial) s'accroître dangereusement. Car on parle de mandat dans la forme, mais on peut clairement douter de la qualification juridique de ces conventions particulières en tant que « mandat ». En effet, si un mandat de droit commun prend effet dès son établissement, le mandat de protection future et le mandat à effet posthume divergent en ce sens, puisqu'ils ont vocation à être mis en œuvre ultérieurement à leur établissement. C'est pourquoi, en les regroupant et en les comparant, on verra qu'il est admis de les exclure de la classification de mandat en tant que tel ; de même, la volonté qui en résulte n'aura pas les mêmes conséquences quant aux effets recherchés.

Section 3 - Le mandat de protection future et le mandat à effet posthume : des mandats conformes aux dispositions de droit commun du mandat ?

129. Il est nécessaire de faire une comparaison[422] entre le mandat de protection future et le mandat à effet posthume avec le mandat de droit commun pour répondre aux deux interrogations suivantes : ces deux mandats présentent-ils une conformité avec le droit commun du mandat ? En outre, sont-ils dotés de dispositions dérogatoires au droit commun du mandat justifiant leur caractéristique de mandat de prévention ? Pour voir si le mandat de protection future et le mandat à effet posthume présentent un aspect conforme, en tant que mandats, au droit commun du mandat, il conviendra de s'interroger sur l'objet même qu'ils recouvrent en leur sein, tel l'accomplissement d'actes juridiques (I). Et la preuve de cette conformité sera apportée si leur objet se réalise au profit du mandant, en son nom et pour son compte. La conséquence de cette comparaison est simple : quand bien même le mandant souhaite faire valoir la prééminence de sa volonté dans la réalisation d'un objet juridique, il n'en demeure pas moins que des limites à cette volonté sont manifestes, et que l'idée même que l'on se fait de la convention, le mandat en tant que tel, ne répond plus de cette qualification, mais d'une qualification particulière et *sui generis* : le quasi-mandat, dérogeant au droit commun du mandat (II).

Avant de voir ce qui suivra, il est possible de voir le quasi-mandat de prévention au même titre qu'un quasi-contrat. Si ce dernier crée un engagement réciproque entre deux parties et dont il ressort de la « convention » toute absence d'accord de volonté, le mandat de protection future (pour autrui) et le mandat à effet posthume peuvent largement s'en rapprocher. En effet, le quasi-contrat admet qu'il n'existe aucune convention propre à mettre en œuvre un objet particulier. Ce sont davantage des faits juridiques qui en résultent sans que quiconque en ait exprimé l'envie et le désir. La gestion d'affaire en est le meilleur exemple. Quant au mandat préventif, il relève de la réalisation d'actes juridiques sans pour autant que le

[421] V. *supra* n. n° 389, M. Chopin-Texier, art. préc.

[422] M.-C. Forgeard et N. Levillain, « Mandat de protection future et pratique notariale », Defrénois, n° 38730, 15 mars 2008, § 4.

bénéficiaire ait exprimé sa volonté à cette fin. Dans le mandat à effet posthume, les bénéfices (si tant est qu'ils existent) de la convention doivent profiter aux héritiers : leur succession est administrée provisoirement avant de procéder au partage. Dans ce cas, ces derniers n'ont pas expressément été parties à la conclusion de la convention, et pourtant, celle-ci les rend bénéficiaires. Dans le mandat de protection future, le raisonnement est le même : l'enfant majeur handicapé n'a donné aucun accord de volonté quant à profiter des avantages de la convention mise en œuvre dans son intérêt. Là aussi, c'est lui qui sera le principal intéressé alors même qu'il ne peut plus agir seul.

Les quasi-contrats fonctionnent de la même manière : un avantage, découlant d'une situation de fait, créera un lien de droit entre les parties[423]. Dans tous les cas, un avantage bénéficie à l'une, au détriment de l'autre. On crée donc une illusion dans laquelle on croit à l'existence d'un contrat. Le mandat préventif, lui, est un vrai contrat, mais dont les avantages, ne profitent ni au mandataire, ni au mandant, mais au bénéficiaire de la convention, soit les héritiers, soit l'enfant majeur handicapé. Concernant ce dernier, l'absence de mandat préventif entraînerait normalement une tutelle qui, selon le droit romain, la considérait comme un quasi-contrat[424]. Même si le droit contemporain ne l'entend pas ainsi, alors que la tutelle demeure un mandat judiciaire donné du fait d'une cause médicale qui empêche un majeur d'agir seul, il n'en demeure pas moins que l'on retrouve une certaine conception du quasi-contrat. Le « quasi-mandat de prévention » pourrait donc s'apparenter à un quasi-contrat, tant il n'existe aucun accord de volonté exprimé par le bénéficiaire. Le rapprochement avec la gestion d'affaire est-elle alors envisageable ? On peut répondre oui assurément, car comme le dit Alain Bénabent, *« la gestion d'affaire est donc un quasi-contrat de mandat et produira donc, lorsqu'elle sera reconnue, des effets similaires à ceux d'un mandat »*[425]. Le bénéficiaire d'un mandat préventif ne donne aucun accord afin que l'on gère ses intérêts à sa place : c'est le même cas lorsque le gérant d'affaire procède à des réparations ou à tout autre acte dans l'intérêt du maître de l'affaire, alors même que ce dernier n'a rien demandé.

Ainsi donc, le rapprochement est possible. On a donc un mandat préventif qui arbore deux teintes : l'une empreinte d'un mandat qui n'en est pas un, d'où le quasi-mandat ; l'autre qui tend à se calquer sur l'idée même de la conception du quasi-contrat, dans le sens où le bénéficiaire n'a pas exprimé sa volonté quant à profiter des avantages d'une situation quelconque. Le mandat préventif peut donc recouvrir les deux notions et justifie qu'on l'exclue de la catégorie de mandat de droit commun.

I) L'accomplissement d'actes juridiques dans le cadre du mandat de protection future et du mandat à effet posthume : témoins d'une volonté individuelle ?

130. Pour affirmer que le mandat de protection future, au même titre que le mandat à effet posthume, est un mandat à part entière soumis aux dispositions des articles 1984 à 2010 du Code civil[426], il est nécessaire que son objet se porte vers l'accomplissement d'actes juridiques. Il serait ainsi mal approprié de dire que le mandat de protection future est un mandat alors que son objet n'est pas défini dans le sens de l'accomplissement de tels actes. En

[423] V. *supra* n. n° 269, A. Bénabent, *op. cit.*, n° 450, p. 315.

[424] *Ibid.*, n° 451, p. 316. La tutelle était interprétée ainsi, car le tuteur agissait dans l'intérêt du tutélaire qui, du fait de son incapacité, ne pouvait exprimer un quelconque accord de volonté pour que l'on fît à sa place.

[425] *Ibid.*, n° 454, p. 320.

[426] V. *supra* n. n° 382, Th. Fossier, M. Bauer, E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 137 ; v. *supra* n. n°389, M. Chopin-Texier, art. préc.

outre, en confrontant le mandat de protection future au mandat à effet posthume, le jeu des comparaisons doit servir de base à l'établissement de la qualification du mandat préventif, mandat dont les dispositions sont partiellement dérogatoires au droit commun du mandat, mais qui tendront à donner une qualification juridique unique du mandat de protection en tant que quasi-mandat.

131. La réalisation d'actes matériels pourrait qualifier bien d'autres contrats, alors que ces mêmes actes ne rentrent pas dans la sphère juridique du mandat[427]. Seul un acte juridique que le mandataire doit accomplir permet de définir le mandat comme la convention définie à l'article 1984 du Code civil. Alors, le mandat de protection future et le mandat à effet posthume reposent-ils sur le postulat selon lequel ils seraient considérés comme des mandats répondant à la définition du Code civil ? Si l'on se réfère aux dispositions des articles 812-11 du Code civil relatives au mandat à effet posthume, et 477 du même code propres au mandat de protection future, ces deux mandats ont pour objet la réalisation d'actes juridiques, au même titre que le mandat de droit commun[428], pourvu que la réalisation ne porte pas sur des actes matériels. Si l'on considère l'acte juridique *stricto sensu* comme élément de qualification du mandat, on pourrait alors s'en satisfaire. Si l'acte juridique contenu dans les mandats de prévention (dirons-nous pour l'instant sans avoir encore démontré cet aspect) est un acte juridique au sens où on l'entend dans le mandat, la difficulté ne se pose pas. Mais l'objet de ces mandats est-il en tout point identique à celui du mandat de droit commun ? L'acte juridique visé dans ces deux mandats est-il identique par voie de conséquent à l'acte que pourrait réaliser le mandataire de droit commun ?

Les actes que visent les mandats préventifs présentent une particularité : le mandant doit définir en amont de la mise en œuvre du mandat les conditions dans lesquelles le mandataire désigné agira. Le mandataire posthume devra administrer la succession du mandant pour le jour où ce dernier sera décédé, alors que le mandataire de protection future garantira la protection de la personne inapte, ainsi que son patrimoine. Cette particularité est la suivante : le mandant a toute latitude pour définir un type de protection ou de gestion bien avant la survenance de l'événement générateur de la mise en œuvre du mandat. Ce caractère exorbitant créerait donc un doute sur la qualification de mandat. Ces deux mandats répondent à une exécution soumise à la condition suspensive de la survenance de l'événement en cause dont la finalité ne ferait que justifier le doute existant sur la qualification de mandat. Il n'est pas certain que cette qualification juridique puisse être remise en cause, même si certains éléments tendent à confirmer ce doute. On pourrait dire que tant que le mandat à effet posthume et le mandat de protection future permettent le réalisation d'actes juridiques, il n'est pas utile de vouloir battre en brèche cette qualification.

132. Il est reproché au mandat à effet posthume d'opérer un dessaisissement des héritiers organisé par le mandant. Les héritiers se voient alors privés de leurs droits successoraux à la seule initiative de celui-ci. Ils perdent en conséquence l'emprise qui aurait été la leur si le feu mandant n'avait pas instauré ce type de gestion. Cependant, précisons que cette privation est temporaire et qu'elle n'empêche pas les héritiers de faire valoir leurs droits sur la succession[429].

Il est également reproché au mandant d'avoir la possibilité de prévoir une clause d'inaliénabilité qui supprime le droit de disposition des héritiers, et dans le même temps, la possibilité de mettre un terme au mandat. Car en stipulant une clause d'inaliénabilité, le mandat à effet posthume se prolongera, alors que si cette clause n'avait été introduite, ce dernier aurait pu prendre fin à compter de l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés

[427] Bien que la Cour de cassation puisse l'admettre.
[428] V. *supra* n. n° 264, S. Hébert, art. préc. ; v. *supra* n. n° 386, M. Grimaldi, art. préc., § 4.
[429] V. *supra* n. n° 386, M. Grimaldi, art. préc.§ 1.

dans le mandat. Ainsi, le mandant priverait pour le temps de la gestion de sa succession la vocation successorale des héritiers. Seul le mandataire se retrouverait investi du pouvoir d'organiser la répartition de la succession selon la volonté du mandant. L'acte juridique serait donc celui-ci. Cette qualification de l'acte est-elle de nature à justifier que le mandat à effet posthume n'est pas un mandat en tant que tel, en raison de ce pouvoir exorbitant confié au mandataire ? Il est vrai qu'il porte atteinte au droit des héritiers, mais l'atteinte n'est que temporaire. Et on ne peut pas parler réellement de dépossession. La mission du mandataire n'est que d'administrer la succession pour un temps déterminé, alors que passé ce délai, les héritiers retrouveront pleinement leur vocation successorale et l'emprise qu'ils auraient du avoir immédiatement sur la succession de leur auteur.

133. La technique de la fiducie permet de confirmer que le mandat à effet posthume n'a pas pour objet la dépossession des héritiers, même s'ils peuvent être mis à l'écart de la gestion de la succession[430]. La fiducie rentre davantage dans cette théorie[431]. En effet, comme on peut le voir dans le mandat, *« le mandat ordinaire ne prive pas le mandant de ses pouvoirs de propriétaire : l'acte que le mandataire reçoit pouvoir d'accomplir, le mandant doit pouvoir l'accomplir valablement lui-même »*[432]. Si dans le mandat de droit commun ou à effet posthume, le mandataire ne devient pas propriétaire des biens qu'il reçoit en gestion, au contraire, dans la fiducie, le fiduciaire qui reçoit les biens en devient propriétaire, et à ce titre, doit les gérer en tant que tel, et ce, même si le titre de propriété ne lui est donné que temporairement. La conséquence de ce transfert de propriété, dans le cadre de la fiducie, est la création par le fiduciaire d'un patrimoine d'affectation, distinct de son patrimoine personnel, qu'il devra administrer et gérer comme le propriétaire qu'il devient[433].

Les critiques qui se rapprochent du mandat à effet posthume sur sa qualification de mandat sont en conséquence peu fondées sur ce point. Le mandataire désigné doit seulement se résoudre à administrer une succession dont il ne devient pas le propriétaire ; il est simplement un administrateur, sa mission se limitant à organiser le partage de la succession selon les règles de la vocation successorale. Le droit des héritiers est mis à mal un temps, mais leur vocation successorale ne sera pas remise en cause. En aucun cas, les héritiers ne sont dépossédés des biens qui leur reviennent, restant toujours « propriétaires », contrairement à ce que prévoit la fiducie. La différence entre la fiducie et le mandat à effet posthume est donc flagrante : l'exécuteur testamentaire, dans la fiducie, agit dans l'intérêt du légataire, alors que le mandataire à effet posthume le fait dans le seul intérêt des héritiers[434].

134. C'est pourquoi, on peut dire que le mandat à effet posthume ne peut voir sa qualification juridique de mandat remise en cause, sur ce seul point : la mission du mandataire est de réaliser des actes de gestion, d'administration et de répartition de la succession, le tout dans un cadre temporel déterminé et sans octroi d'un droit de propriété sur les biens gérés. Sur ce point en effet, le mandat à effet posthume peut être considéré à juste titre comme un mandat.

135. Qu'en est-il du mandat de protection future, dans un second temps ? En désignant le mandataire qui s'occupera de sa personne dans un avenir proche, le mandant dessaisit l'autorité judiciaire normalement compétente pour décider d'un placement sous protection juridique[435]. Le mandataire désigné recevra des pouvoirs très étendus qui, comme le mandat à effet posthume, excéderont ceux que le mandant peut accorder à son mandataire dans un

---

[430] V. *supra* n. n° 386, M. Grimaldi, art. préc., § 5.

[431] *Ibid.*; C. Glasson, « Le mandat de protection future : des dispositions conventionnelles pour la fin de vie », RD. Sanit. Soc., 11 septembre 2009, n° 5, pp. 890 et sui.

[432] *Ibid.*

[433] Donc, une fiducie-testamentaire comme le prévoit l'article 811-12 du Code civil.

[434] V. *supra* n. n° 386, M. Grimaldi, art. préc., § 6.

[435] V. supra n. n° 264, S. Hébert, art. préc.

mandat traditionnel. Tout porte à croire que le mandat de protection future ne peut être vu comme un mandat traditionnel, notamment au regard de la mission du mandataire. Ce dernier sera investi du pouvoir de réaliser des actes personnels, sans pour autant réaliser ceux dits strictement personnels. En général, les actes personnels ne peuvent être accomplis que par la personne à laquelle ils demeurent attachés. Le mandat serait donc une institution qui remettrait en cause ces dispositions. Est-ce une réalité ? Pas tant que cela[436]. Les pouvoirs du mandataire, dès lors qu'ils se situent dans le cadre de l'exercice d'actes personnels, se bornent aux dispositions des articles 457-1 à 459-2 du Code civil. L'article 479 du même code, qui contient les pouvoirs du mandataire dans ce domaine, opère un renvoi aux articles précités. C'est ainsi que la limite des pouvoirs du mandataire est fixée dans le domaine des actes personnels. Le mandataire n'a pas plus de pouvoir en la matière que n'en a le tuteur. Le mandataire de protection future ne peut en conséquence venir en représentation de son mandant pour les actes qui nécessitent un consentement strictement personnel[437] et ceux qui porteraient gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne.

136. Le mandant a obligation de laisser le mandataire agir à sa place[438]. Or, en agissant seul, le mandant viole son obligation de laisser le mandataire accomplir les actes au nom du mandant et pour le compte de ce dernier. Les actes accomplis auront des conséquences sur ses intérêts personnels. En théorie, la sanction de tels actes devrait être prononcée, car le mandant n'a pas le droit d'excéder les pouvoirs que lui-même a donnés au mandataire. Or, les textes créent un doute quant à la portée réelle de la sanction de cette violation[439]. L'article 488 du Code civil ne simplifie pas les choses[440]. Si l'on remet en cause les actes que le mandant accomplit alors qu'il n'en a pas le droit, on s'aperçoit que ledit article ne se révèle pas aussi contraignant pour le mandat de protection future que les conditions d'annulation ne le sont pour la tutelle. En effet, si dans la tutelle, la nullité peut être soulevée, celle-ci n'est pas de droit dans le cadre du mandat de protection future, lequel n'admet que l'action en réduction pour excès ou la rescision pour lésion. La raison est que le mandant n'est pas placé sous régime de protection, et *de juris*, il n'est pas possible d'appliquer aux actes réalisés dans le cadre du mandat de protection future le régime de la nullité des actes réalisés dans le cadre d'une tutelle. La protection typique de la sauvegarde de justice s'applique en conséquence dans l'intérêt du mandant[441]. Dans le cadre des régimes de protection judiciaire, le juge des tutelles sanctionnera cette violation[442].

---

[436] C. Lequillerier, « Le mandat de protection future et la personne de confiance : vers une consécration d'un consentement substitué en matière médicale ? », Gaz. Pal., 7 juin 2007, 32.

[437] On pourra se reporter aux développements consacrés à cette étude qui définit les actes personnels, lesquels exigent un consentement strictement personnel.

[438] V. *supra* n. n° 431, C. Glasson, art. préc.

[439] J. Massip, « Le mandat de protection future », LPA, 27 juin 2008, n° 129, pp. 11 et sui., §27 et 29.

[440] Disposant en ces termes : *« les actes passés et les engagements contractés par une personne faisant l'objet d'un mandat de protection future mis à exécution, pendant la durée du mandat, peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1 [du code civil]. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou la mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté. L'action n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai de cinq ans prévu par l'article 1304 [du Code civil] ».*

[441] J.-D. Pellier, « Le mandat de protection future issu de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs », LPA, 25 avril 2007, n° 83, pp. 4 et sui.

[442] Ph. Potentier, « Forces et faiblesses du mandat de protection future », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 74 et sui. ; v. *supra* n. n° 422, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc., § 49. La sanction sera prononcée dans trois cas :

Ce régime de sanction des actes réalisés dans le cadre des régimes de protection judiciaire relève des dispositions de l'article 465 du Code civil, et on s'aperçoit que la sanction, certes progressive, conduit toutefois à la nullité des actes, du moins dans certaines conditions. En revanche, dans le cadre du mandat de protection future, la nullité n'est pas de droit, et la rescision pour lésion ou la réduction en excès sont davantage les régimes de sanction des actes réalisés par le mandant. Le mandant est donc libre de porter atteinte au mandat par des actes pour lesquels il n'a plus compétence. Les régimes de protection judiciaire ne pourraient le tolérer, mais le mandat de protection future l'admet. Dès lors, le mandataire a-t-il une réelle utilité si le mandant peut se permettre d'intervenir dans sa mission ? Certes, le régime de sanction jouera, mais il est certain que le temps perdu à engager les actions ne permettra pas de gérer au mieux les intérêts du mandant. Le mandataire verra peut être sa mission réduite à engager des actions en justice, ce qui n'est pas l'objet même de sa mission. En outre, les critères définis par l'article 488 du Code civil restent absolument sommaires, tels l'utilité ou l'inutilité de l'opération, ou encore la consistance du patrimoine. Sommaires, ou plutôt évasifs, car le juge saisi d'une action en rescision ou en réduction devra apprécier la situation de la personne, certes, en fonction des critères qui lui sont imposés, mais en fera sans doute une appréciation pratiquement personnelle, donc subjective[443].

137. Ce n'est qu'un risque, mais la gravité des enjeux aurait sans doute mérité une appréciation autrement plus précise de la sanction des actes engagés par le mandant, et surtout, aurait mérité que le mandant ne puisse disposer de la sorte à sa convenance. La volonté du mandant est ici un gage de non réussite de l'exécution de la mission du mandataire ; elle est surtout totalement contraire à l'esprit du mandat qui est censé donner pouvoir au mandataire d'accomplir ce que le mandant ne peut plus faire seul. Le mandat de protection future peut s'avérer catastrophique si l'on donne le droit au mandant de faire comme bon lui semble. Le juge est tout de même confronté au risque de prendre une décision en réduction ou en rescision selon une approche subjective, faute d'éléments objectifs suffisants. C'est pour cette raison que le droit volontaire des parties doit rester sous le contrôle de l'autorité du juge des tutelles, car bien que neuf à ce stade de son existence, le mandat de protection future n'a pas fini de faire divaguer le droit positif.

Le mandat de protection future risque fort de faire dépérir le droit relatif à la matière : en effet, on ne sait plus qui fait quoi, qui est « protégé » et qui agit pour le compte de qui. La protection peut en réalité vaciller d'un moment à l'autre, puisque la violation de l'obligation du mandant de ne pas réaliser d'actes peut mettre à mal le mandat. Mais le palliatif semble être trouvé : si jamais le champ d'application de la protection est insuffisant et que le mandat risque d'être mis à mal par le mandant, le juge des tutelles pourrait ouvrir une mesure de protection juridique, afin de procéder à un rééquilibrage de la protection[444]. Voilà une solution qui confirme tout le laxisme que le mandat de protection future augure à travers la volonté individuelle du mandant. Il est en tout cas regrettable que le mandant puisse réaliser des actes en lieu et place du mandataire. Car comment s'effectuera l'information des tiers contractants avec ce mandant ? Bien que la publicité du mandat de protection future soit désormais prévue

---

- Si la personne protégée a accompli seule un acte qu'elle pouvait faire avec l'assistance ou la représentation de la personne chargée de sa protection, l'acte reste soumis aux actions en rescision ou en réduction comme une personne placée sous sauvegarde de justice ;

- Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait du être assistée, l'acte ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice ;

- Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait du être représentée, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice.

[443] V. *supra* n. n° 441, J.-D. Pellier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 442, Ph. Potentier, art. préc.

[444] C. civ., art. 485.

mais non effective à ce jour, on voit mal le mandant annoncer à la partie contractante qu'il est en état d'incapacité ou d'inaptitude. Le mandataire pourrait alors avertir les tiers, mais dans ce cas, pourquoi ne pourrait-il pas contracter directement avec les tiers ? Cela sous-entend que le mandataire ne peut continuellement surveiller le mandant, et qu'en conséquence, le mandant reste libre de mettre en péril sa protection. On peut donc trouver dommageable le défaut d'information et les largesses que la mesure admet.

138. Les obligations du mandataire doivent être compatibles avec les dispositions des articles 1984 à 2010 du Code civil relatives au mandat de droit commun[445]. C'est pourquoi, dans cette optique, il accomplit sa mission personnellement[446] .

139. Durant l'exécution du mandat, le mandataire l'exécute à titre personnel, avec une possible assistance d'un tiers sous-mandataire. Seulement, une limite est posée quant à la désignation du sous-mandataire : ce dernier ne pourra intervenir qu'en matière de gestion patrimoniale, et seulement encore à titre spécial. Cette limite posée ne doit pas aller à l'encontre des intérêts du mandant. Le mandataire principal doit également rendre compte de son obligation annuelle de gestion[447]. La reddition des comptes est le moyen le plus sûr de contrôler l'activité du mandataire. Seulement, à qui doit-il rendre des comptes ? Il semble inutile pour lui de justifier de son activité auprès du mandant en raison de son inaptitude, bien que ce dernier soit le principal intéressé. Envers les héritiers présomptifs, la reddition des comptes est inutile, car ces derniers n'ont pas à connaître l'existence du mandat, sans parler de la succession qui n'est pas ouverte (le mandataire n'agit pas comme s'il était mandataire dans le cadre d'un mandat à effet posthume). Il pourrait alors justifier de son activité au greffe de la juridiction d'instance, mais le juge des tutelles est, de par la nature juridique du mandat, absent de la mesure. En réalité, le mandataire devra rendre compte de son activité en fonction des modalités de contrôle établies dans le mandat lors de sa rédaction.

Ainsi, suivant que le mandat est établi par notaire ou par avocat, ce sont ces derniers qui procéderont aux contrôles[448]. Ce n'est qu'en cas de doute sur la régularité de certains comptes que le notaire ou l'avocat devront saisir le juge des tutelles aux fins de vérification. Le juge des tutelles intervient donc à un deuxième degré de contrôle[449]. Cependant, on peut noter une limite à ce contrôle. Le juge ne sera saisi que lorsque le notaire ou l'avocat seront opposés à une difficulté sur la réalité d'un compte. En dehors de toute irrégularité, le contrôle du praticien doit faire foi. Ce n'est en tout cas pas la bonne solution pour vérifier que le mandataire a bien rempli sa mission. Et quant au rôle du notaire, on ne sait pas encore à quel niveau doit se situer la saisine du juge : sa fonction se limite-t-elle à une sorte d'investigation dans laquelle il doit rechercher l'irrégularité et la signaler au juge, ou bien doit-il alerter le juge après avoir constaté l'irrégularité ? Dans tous les cas, l'article 491 du Code civil opère un transfert de charges et en même temps un transfert de responsabilité. Le mandataire devrait

---

[445] V. *supra* n. n° 439, J. Massip, art. préc., § 5.

[446] V. *supra* n. n° 382, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 139 ; v. *supra* n. n°441, J.-D. Pellier, art. préc. Il est possible toutefois que le mandataire se fasse substituer un tiers dans la réalisation des actes du patrimoine. Mais cette substitution ne vaut que pour des actes en particulier, et bien entendu, le mandataire doit répondre des fautes commises par ce tiers, comme le prévoit l'article 482 du Code civil, de même que l'article 1994 du même code en ce qui concerne le mandat conventionnel ; v. *supra* n. n° 439, J. Massip, art. préc., § 20.

[447] V. *supra* n. n° 422, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc., § 44.

[448] V. *supra* n. n° 439, J. Massip, art. préc., § 25 ; J. Klein, « Le mandat de protection future enfin opérationnel », *in* Dossier, La réforme des tutelles, les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p.56.

[449] Le juge des tutelles mettra en œuvre les dispositions de l'article 511 du Code civil et fera vérifier les comptes par le greffier en chef de la juridiction

alors se contenter de transmettre ses comptes au notaire, ce dernier devant ensuite contrôler les comptes et les transmettre à son tour au juge des tutelles pour signaler toute difficulté.

140. La responsabilité du mandataire peut être reconnue dans trois hypothèses : le dépassement de mandat, la faute de gestion et l'atteinte aux intérêts du mandant.

La gravité de la faute du mandataire entraînera une responsabilité graduelle, mais tout dépendra de la rémunération prévue à cet effet. Si le mandataire exerce à titre gratuit, sa responsabilité doit être autre que celle qu'il engagerait s'il agissait en fonction d'une rémunération. L'échelle des sanctions doit donc être adaptée.

Concernant le dépassement de mandat, le mandataire accomplit un acte qu'il n'a pas le droit d'accomplir, soit en raison d'une absence d'autorisation, soit en raison de son manque de compétence pour l'accomplir. La sanction d'un tel acte devrait être la nullité. Or, les dispositions relatives au mandat de protection future ne prévoient pas ce cas de nullité[450].

Concernant les fautes de gestion, il n'est pas besoin d'établir une liste précise de ce qu'elles peuvent être : il suffit que le mandataire n'exécute pas le mandat comme le préconisait le mandant, ou bien qu'il traite avec des tiers autres que ceux prévus dans la convention, ou encore qu'il établisse des comptes de gestion erronés, pour que sa responsabilité soit établie[451]. Le même raisonnement vaudra pour l'atteinte aux intérêts du mandant : suivant le type de faute de gestion, elle pourra ou non y porter atteinte.

141. Il n'est nullement besoin de préciser que leur domaine et leur étendue témoignent de l'engagement contractuel et de la volonté individuelle et qu'il est nécessaire que chacune d'elles respecte ses obligations afin que le mandat puisse se dérouler conformément au souhait de l'une et selon la mission de l'autre. À ce jour, l'interprétation des obligations des parties ne peut se fonder que sur de simples postulats, mais le jour où l'une d'entre elles ne respectera pas l'obligation qui est la sienne, qu'en sera-t-il réellement ? Un mandat pourra-t-il être révoqué en dernier recours si l'une des parties viole son engagement ? Le mandataire peut effectivement commettre des fautes de gestion ; le mandant peut, de par sa perte de lucidité, oublier qu'il ne doit plus accomplir d'actes mais penser qu'il est toujours en état de le faire. Seul l'avenir le dira. Mais quand bien même on pourrait essayer de raisonner de manière pragmatique, seule l'approche pratique, en ligne directe avec les praticiens, permettra de saisir les chances de réussite ou d'échec de la mesure. Pour l'heure, les obligations des parties restent un tant soit peu soumises au contrôle du juge des tutelles. Si ce dernier est écarté de la procédure, du moins dans le cadre de l'élaboration du mandat, son intervention est nécessaire dès lors qu'il existe un litige dans l'exécution du mandat.

142. Ainsi, la réponse à la question – le mandat de protection future peut-il être considéré comme un mandat au sens traditionnel – est oui, du moins sur ce point. Son objet se rapporte à l'accomplissement d'actes juridiques, patrimoniaux ou à caractère personnel, exception faite des actes strictement personnels du majeur. L'innovation qui consiste à dire

---

[450] Et pourtant, la nullité devrait être de mise, car si l'on se réfère au droit commun du mandat, l'article 1989 du Code civil prévoit la nullité d'un acte passé dans le cadre du mandat qu'il convenait de ne pas réaliser. L'acte est considéré comme réalisé sans mandat, ce qui justifie sa nullité. Toutefois, pour permettre à l'acte de conserver sa validité, on pourrait considérer que l'acte a été réalisé dans le cadre d'un mandat de gestion ou d'un mandat apparent. Mais où se trouve le principe de sécurité juridique ? Si l'acte accompli porte en plus atteinte aux intérêts du mandant, on cherchera par tous moyens à en justifier sa réalisation, et ce au mépris de ses intérêts. Soit on se situe au niveau du mandat de protection future, soit on agit dans le cadre d'un autre mandat. Il ne devrait pas être possible de pouvoir sauver l'acte de la nullité en le justifiant au regard d'un mandat parallèle au mandat de protection future, autrement ce dernier ne sert à rien. Mais le mandataire encourt une condamnation au paiement de dommages-intérêts au mandant ainsi que la révocation de son mandat.

[451] Outre les dommages-intérêts habituels auxquels il peut être condamné à payer, le mandataire, suivant la gravité de la faute, encourt également des sanctions pénales.

que le mandataire de protection future peut assurer la représentation du mandant dans tous les actes personnels n'en est pas une. En effet, les limites posées par le législateur annulent les effets de cette innovation. On peut dire en conséquence que, puisque le mandat ne peut pas permettre d'accomplir tous les actes personnels alors que la mission du mandataire est de représenter le mandant dans les actes personnels, la qualification juridique du mandat de protection future ne peut être remise en cause dans ce qu'elle est établie en tant que mandat traditionnel. Et quand bien même le mandataire serait amené à réaliser des actes matériels ou se rendrait auteur de faits juridiques, la qualification de mandat ne pourrait être retirée, dans la mesure où ces actes restent accessoires à d'autres actes juridiques. Les prérogatives du mandataire sont exorbitantes du droit commun des pouvoirs d'un mandataire traditionnel, mais l'objet du mandat de protection future repose sur l'accomplissement d'actes juridiques personnels, certes limités en portée.

D'un point de vue de la réalisation des actes juridiques, on peut affirmer que le mandat de protection future et le mandat à effet posthume sont bien des mandats qui répondent aux exigences du droit commun du mandat. Si représentation il y a, elle n'est que temporaire ; si le mandataire à effet posthume doit gérer la succession du mandant décédé, ce n'est pas en qualité de propriétaire agissant aux fins de dépossession des héritiers ; si le mandataire de protection future représente la personne, ce n'est pas dans le cadre des actes à caractère strictement personnel. Sur cette base, il convient de dire que ces mandats ne dérogent pas au droit commun du mandat quant à la réalisation des actes juridiques. Mais comme il y a mandat, il est censé y avoir action pour le compte et au nom d'autrui.

143. C'est bien par le jeu de la représentation que le mandataire pourra agir au nom et pour le compte de son mandant. Cette appréciation vaut cependant pour le mandat de droit commun. Est-ce à dire que tout mandat dans lequel le mandataire agit au nom mais non pour le compte du mandant n'est plus un mandat[452] ? on pourrait dire que le mandat qui n'obéit pas à cette condition, même partiellement, n'est pas un contrat pouvant bénéficier du régime juridique du mandat. Et si l'on regarde d'un peu plus près, le mandat de protection future et le mandat à effet posthume seraient purement et simplement écartés de la définition de l'article 1984 du Code civil, pour la simple et bonne raison que le mandataire n'agit pas dans l'intérêt du mandant.

Ainsi, le mandat de protection future peut échapper à l'action pour le compte du mandant : si les parents d'un enfant majeur handicapé désignent le mandataire qui s'occupera de leur enfant pour le jour où ils ne pourront plus s'en occuper, l'action pour le compte du mandant ne jouera pas. En effet, même si les parents sont les mandants, l'action « pour le compte de » bénéficiera à l'enfant majeur qui, lui, ne sera pas mandant.

La même interprétation vaut pour le mandat à effet posthume : le mandant ne bénéficiera pas des actions qu'exercera le mandataire. Puisqu'il sera mort le jour où le mandataire administrera sa succession, les effets de cette administration seront au bénéfice des héritiers[453]. Il y a donc un décalage entre les effets bénéficiant au mandant dans le cadre d'un mandat de droit commun et les effets bénéficiant à d'autres personnes dans les mandats à effet posthume et de protection future. Ce décalage équivaudrait à disqualifier le mandat en une forme de contrat hybride en raison d'une « action pour le compte de » bénéficiant à une personne autre que le mandant. En d'autres termes, le mandant posthume ne bénéficie d'aucun avantage de la convention, laquelle bénéficie à des tiers, parties à la convention, et ce, malgré eux. Cette disqualification du mandat préventif en un quasi-mandat peut sans doute être admise en raison de « action pour le compte de » dont ne bénéficie plus le mandant.

[452] En raison de la représentation imparfaite.

[453] V. *supra* n. n° 386, M. Grimaldi, art. préc., § 5.

Cette représentation imparfaite est donc à l'origine du doute quant à la qualification de mandat de ces deux institutions[454]. On pourrait évoquer le fait qu'elles doivent être appréciées davantage comme des stipulations pour autrui[455] : le stipulant donne un ordre quelconque à un stipulé qui s'engage à faire profiter un tiers à la convention de l'avantage découlant de cet ordre au bénéficiaire. Le mandat pour autrui irait bien dans ce sens : les parents mandants donnent pouvoir à un mandataire de gérer les intérêts de leur enfant handicapé, ce dernier étant un tiers à la convention, alors que les deux premiers sont les parties contractantes. Cette comparaison tendrait à dire que le mandat de protection future pour autrui est une stipulation pour autrui ; le mandat à effet posthume pareillement, puisque le bénéficiaire, l'héritier[456], n'est pas le donneur d'ordre (le *de cujus)*, ni le gestionnaire de la succession (le mandataire). Les bénéficiaires de la convention sont donc des tiers qui n'interviennent pas dans l'élaboration de la convention, mais qui, pourtant, profitent des avantages en ressortissant. Mais cet aspect apparaît comme insuffisant pour dire que ces mandats peuvent être appréciés comme une stipulation. En effet, pour caractériser la stipulation pour autrui en tant que telle, il est nécessaire que le bénéficiaire donne son acceptation, que celle-ci soit tacite[457] ou expresse, comme le cas se présente dans les assurances-vie[458]. Dans le même temps, tant que la stipulation n'a pas été acceptée par le bénéficiaire, le stipulant et le stipulé ont tout loisir pour modifier leur accord, puisqu'étant seuls engagés entre eux, ce qui rend la stipulation révocable.

Au contraire, l'acceptation du bénéficiaire rend la stipulation irrévocable, les effets bénéficiant seulement à ce dernier, ladite stipulation ne pouvant plus être modifiée[459]. Or, il s'avère que l'acceptation peut difficilement être donnée : l'enfant handicapé n'aura sans doute pas la capacité intellectuelle pour appréhender, ne serait-ce que la simple idée que sa protection ressort d'une convention à laquelle il n'a même pas pris part ; quant à l'héritier, il n'acceptera pas non plus l'idée que l'on administre sa part de succession[460]. Il va sans dire que la stipulation ne peut pas prendre effet dans ces conditions, eu égard à l'absence de toute acceptation.

Dans ces conditions, on ne peut même pas parler des effets de la stipulation qui se produisent en cas d'acceptation, effets qui se produisent entre le stipulé et le bénéficiaire : le défaut d'acceptation par le bénéficiaire, dans le mandat de protection future pour autrui ou le mandat à effet posthume, ne crée aucun droit direct entre eux[461]. Ce droit direct, dans toute autre stipulation pour autrui acceptée par le bénéficiaire lui garantit, lui ou ses héritiers s'il

---

[454] V. *supra* n. n° 264, S. Hébert, art. préc.

[455] C. civ., art. 1121.

[456] En tant qu'entité, il peut très bien y avoir plusieurs bénéficiaires.

[457] Civ. 1ère, 13 mai 1998, n° 96-16.222, Bull. Civ. I, n° 170, p. 113 ; *D.* 1999.291, n. Raymond.

[458] En cas d'acceptation par le bénéficiaire de l'assurance-vie, *cf* Kullmann, *Pour le maintien du droit de rachat en dépit de l'acceptation du bénéficiaire, Mél. Gavalda*, 2001, 199.

[459] Sur l'acceptation : *cf* Civ. 1ère, 5 février 1978, Bull. Civ. I, n° 371 ; *D.* 1979.401, n. Berr et Groutel. Civ. 1ère, 26 avril 1983, n° 82-12.217, Bull. Civ. I, n° 129. Civ. 1ère, 22 mai 1984, n° 82-16.813, Bull. Civ. I, n° 166. Sur l'absence de modification de la stipulation, *cf* Civ. 1ère, 20 juin 2000, n° 97-22.419, Bull. Civ. I, n° 194, p. 126. ; Civ. 1ère, 30 janvier 2001, n° 98-15.178, Bull. Civ. I, n° 15, p. 9.

[460] Et ce d'autant plus si l'héritier est un majeur placé sous tutelle : il ne pourra pas donner son acceptation, celle-ci étant donnée par le tuteur, sous la seule condition que le juge des tutelles lui ait donné autorisation aux fins d'accepter purement et simplement la succession.

[461] Ce qui est le cas si le bénéficiaire d'une assurance-vie accepte : l'assureur transmet directement le capital au bénéficiaire si ce dernier accepte la clause-bénéficiaire. Le stipulant, celui qui détient le contrat d'assurance-vie, n'est pas celui qui reverse les fonds.

décède avant d'accepter, de réclamer l'exécution du contrat au stipulé[462]. Dans ces deux formes de mandat, ce droit direct n'existe pas. On voit mal l'enfant handicapé réclamer au mandataire l'exécution d'un droit dont il n'a même pas connaissance[463] ; le bénéficiaire du mandat à effet posthume risque même d'entrer en conflit avec l'administrateur de la succession. C'est pourquoi, il ressort que la stipulation pour autrui, telle qu'elle apparaît dans le cadre de l'assurance-vie, n'est pas transposable au mandat préventif, puisque ce dernier n'admet pas les effets de la stipulation. Aucun effet ne se crée du fait de l'absence de toute acceptation par le bénéficiaire, d'autant plus que les mandats pour autrui et à effet posthume prennent effet à compter du décès des deux parents et de l'auteur qui transmet sa succession. Rien ne permet de dire que les mandats préventifs sont des stipulations pour autrui.

144. Les mandats à effet posthume et de protection future constituent une figure juridique sans précédent. Si le commissionnaire agit en son nom propre mais au nom du commettant, ces deux mandats admettent une action « pour le compte de » qui ne peut bénéficier au mandant lui-même. Pour faire une analyse dénuée de toute interprétation et plus directe, on pourrait dire que ces types de mandat excluent d'office l'action du mandataire pour le compte du mandant, encore que le mandat de protection future puisse être passé pour soi-même et admette en conséquence cette action au bénéfice du mandant. Mais la logique est la suivante : le mandat à effet posthume consiste à gérer une succession dans l'intérêt des héritiers, sur ordre du *de cujus* ; le mandat de protection future passé pour autrui fait que les effets se produiront au bénéfice d'un tiers. Alors, l'action pour le compte du mandant ou d'un tiers est-elle une condition nécessaire à la validité du mandat à effet posthume et du mandat de protection future ?

Si l'on considère que ces institutions sont des mandats à part entière, alors il suffit que le mandat puisse se satisfaire, soit de l'action pour le compte du mandant ou du tiers, soit de l'action au nom du mandant. Au contraire, si le cumul de ces deux conditions s'impose, les mandats pourront être qualifiés ainsi, au même titre que le mandat de droit commun. Au vu des effets de ces mandats, il suffit finalement que le mécanisme de la représentation parfaite puisse jouer. Après tout, l'objet de ces mandats n'est-il pas de mettre le mandataire en situation d'accomplir un acte juridique pour le compte du mandant ou d'un tiers, ou au nom de ce dernier ? Et *a fortiori* en cumulant ces deux conditions ? D'un autre côté, l'absence de mécanismes de protection similaires antérieurs permettrait de dire que ces institutions sont des conventions constitutives d'un mandat au sens où on l'entend. La seule condition de disqualification serait que le mandataire agisse exclusivement dans son intérêt propre. Et pour corroborer le fait que les mandats à effet posthume et de protection future doivent être assimilés à des mandats de droit commun, les dispositions relatives à ces institutions prévoient le principe de gratuité, la reddition des comptes et la possibilité d'une révocation judiciaire en cas de faute du mandataire, avec la particularité des dispositions propres à chaque institution. La représentation imparfaite n'est donc pas une condition de disqualification de ces mandats en une autre forme de contrat.

145. En conclusion, les mandats de protection future et à effet posthume répondent bien aux conditions du droit commun du mandat[464]. Les dispositions de droit commun s'appliquent, à l'exclusion des dispositions qui y demeurent incompatibles. Pour affirmer que ces conventions sont à proprement parler des mandats, on pourrait observer que l'*intuitu personae* est une motivation exacerbée, puisque touchant à des aspects très personnels, tels la

[462] Civ. 2ème, 23 octobre 2008, n° 07-19.163, Bull. Civ. II, n° 250.

[463] Car le mandat de protection future établi pour le compte d'un enfant handicapé est essentiellement réservé aux enfants majeurs atteints d'une pathologie leur enlevant toute capacité de compréhension.

[464] M.-H. Isern-Réal, « La loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique du majeur », Gaz. Pal., mars-avril 2009, pp. 1014 et sui.

succession ou la protection de sa propre personne. Il ne faut pas non plus oublier que l'*intuitu personae* dépend essentiellement de la volonté du mandant de donner sa confiance à son mandataire. Cette caractéristique ferait même oublier les particularismes liés à ces mandats. Ces derniers méritent aisément leur qualification juridique, dans un sens très général. Mais cette qualification ne doit pas occulter le très fort particularisme existant : ces mandats sont caractérisés par un singularisme attenant à leur qualification de mandats de prévention. C'est en fonction de cette qualification particulière que l'on pourra prétendre et affirmer que les mandants préventifs ne sont pas des mandats généraux, mais qu'ils sont avant tout des mandats *sui generis* ou des quasi-mandats.

II) Les dispositions dérogatoires au droit commun du mandat : la confirmation de la qualification d'un mandat de prévention.

146. On dira que d'un point de vue général, le mandat de protection future et le mandat à effet posthume sont des mandats répondant aux dispositions de droit commun du mandat. Mais ils restent des mandats très particuliers. En effet, deux éléments viennent démontrer que ces conventions restent soumises à des dispositions dérogatoires au droit commun. Leur qualification juridique de mandat risque ainsi d'être compromise en raison de la particularité qui les caractérise. Comme on l'a évoqué précédemment, le singularisme de ces mandats est d'établir une prévention ou une anticipation, caractère qui n'existe pas dans le mandat de droit commun. C'est donc cet aspect particulier qui admet que les dispositions exorbitantes du droit commun du mandat excluent ces deux institutions de la catégorie générique du mandat pour les admettre dans la catégorie *sui generis* du quasi-mandat. En effet, le mandat de droit commun obéit à une exécution immédiate et à une possible révocation *ad nutum*. Il n'est nullement question de ces dispositions dans le mandat de protection future et le mandat à effet posthume. Leur particularisme se caractérise par une *« exécution différée »* (A) et par une *« révocation anticipée »* (B)[465].

C'est ainsi que l'aspect préventif prend tout son sens : les mandats font *« perdurer »*[466] la volonté individuelle du mandant. La nature exorbitante de ces mandats justifie pleinement leur qualification de mandats de prévention mais ne leur donnant pas pleinement la qualification juridique de mandat de droit commun. Au même titre qu'un quasi-contrat qui crée des obligations en dehors de tout contrat volontairement établi, le quasi-mandat préventif ne permet pas d'affirmer que le régime juridique des mandats préventifs se rapproche totalement du régime juridique du mandat de droit commun. La volonté individuelle du mandant dans la prévention modifie considérablement les effets de la convention : on peut donc ainsi affirmer que la volonté individuelle du mandat classique n'est pas celle des mandats préventifs.

A- « *Des mandats à exécution différée* ».

147. Si, dans le mandat de droit commun, le décès de l'une des parties ou sa mise sous protection judiciaire vient mettre un terme au mandat, ces mêmes événements sont la cause qui permettront au mandat de protection future et au mandat à effet posthume de trouver leur terrain d'expression. C'est en cela que ces institutions se démarquent radicalement du mandat de droit commun, l'exécution du mandat s'en trouvant reportée dans un avenir proche. Le mandat à effet posthume prendra effet au jour où le mandant sera décédé, alors que le mandat

[465] Pour reprendre les termes de Sophie Hébert, v. *supra* n. n° 264.
[466] *Ibid*.

de protection future prendra effet pour le jour où le mandant ne sera plus en état de pourvoir seul à ses intérêts. L'événement survenant est donc l'élément déclencheur de la mise en œuvre des mandats. Cependant, cet événement constitue-t-il une condition ou un terme du contrat ? Car suivant sa nature, le régime des obligations sera différent selon que l'on se situe face à un contrat conditionnel ou un contrat à terme. En effet, l'exécution s'en trouve différée, avec la condition suspensive de l'inaptitude. Les obligations nées au jour de la survenance de l'inaptitude rétroagissent au jour duquel l'engagement a été contracté et ne peuvent être exécutées qu'après l'événement. Voila donc ce que prévoit le *« mandat à exécution différée »* dans son principe, mais une exception de taille peut être admise. La Troisième chambre civile de la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 19 février 1976[467], que *« si l'obligation contractée sous une condition suspensive dépendant d'un événement futur et incertain ne peut être exécutée qu'après la survenance de l'événement, il n'en demeure pas moins qu'une fois la condition réalisée, le caractère rétroactif de la condition entraîne, sauf convention contraire des parties, la validité des actes accomplis avant ladite réalisation ».*

148. En ce qui concerne le mandat à effet posthume, le décès du mandant est un événement prévisible et certain, avec la seule incertitude reposant sur le moment du décès. Mais le décès en lui-même est un événement futur. Sur ce fondement, le mandat à effet posthume peut s'apprécier comme un contrat à terme[468], le décès constituant le terme de la vie de la personne et justifiant l'exécution du mandat. Son exécution s'en retrouve donc retardée jusqu'à l'arrivée de ce terme. De la sorte, le mandat à effet posthume ne peut être considéré comme un pacte sur succession future dans lequel l'événement relatif au décès de la personne n'est qu'une éventualité mais dont on règle à l'avance le sort de la succession[469], même avec le consentement de celui dont il convient d'en régler le sort[470]. Cette interdiction s'entend de droits que l'on créerait et que l'on s'approprierait alors même que la succession dont il s'agit n'a pas encore été ouverte, du fait que le (futur) *de cujus* est toujours vivant. Aucun effet ne peut donc se produire sur des droits non encore existants. Le mandat à effet posthume se démarque clairement du pacte dans le sens où dans le premier, le défunt, de son vivant, a prévu les règles de gestion de la succession, alors que dans le second, on décide de la création

---

[467] Civ. 3ème, 19 février 1976, n° 74-12.154, Bull. Civ. III, n° 76, p. 58.

[468] On parle alors de terme incertain, puisque le décès, ou du moins le moment, n'est pas déterminable en l'état, le décès en lui-même étant certain de se produire. Le terme sera même dit suspensif dans la mesure où le mandat ne prendra pas effet tant que le mandant ne sera pas décédé. Un exemple permet de confirmer que le mandat à effet posthume est un contrat à terme suspensif : les parties à une convention peuvent prévoir que la dette dont est redevable le débiteur sera exigible au jour du décès de ce dernier. La dette entrerait alors dans le passif de la succession, ce qui rendrait les héritiers de ce débiteur débiteurs à leur tour. *Cf* ainsi Civ. 1ère, 3 avril 2002, n° 00-10.301, Bull. Civ. I, n° 106, p. 83. En comparant le mandat à effet posthume à ce type de convention, on voit bien que la prise d'effet ne se produit qu'au jour de la survenance du décès du mandant ou du débiteur. Le mandat à effet posthume s'apprécie donc logiquement du point de vue d'un contrat à terme. Le terme, à savoir le décès, entraîne la mise à exécution du mandat d'administration de sa succession.

[469] Ce qui induit sa prohibition : *cf* ainsi M. Nast, *Etude sur la prohibition des pactes sur succession future*, th. Paris, 1905 ; J.-F. Vouin, *La prohibition des pactes sur succession future*, th. Paris, 1967 ; Capitant, « La prohibition des pactes sur succession future non ouverte », Rev. crit. legis. et jurispr., 1933, 86 ; Lucas, « Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif », RTD Civ., 1976, 455.

[470] Ch. Jubault, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Domat Droit privé, Monchrestien, 2005, n° 613 à 634, pp. 370 et sui. L'article 722 du Code civil interdit de régler le sort d'une succession non encore ouverte, à moins que la loi n'en décide autrement. En effet, il est possible de compromettre le mécanisme de la représentation, de ne pas respecter l'égalité dans le partage de la succession, de contrevenir aux règles de la réserve héréditaire.

d'un droit ou de sa suppression avant même que la succession ne soit ouverte[471]. Le mandat à effet posthume ne présume en rien du sort de la succession : il ne s'agit que d'une gestion avant que les héritiers ne décident de donner leur acceptation ou leur accord à renoncer[472] à ladite succession. Dans ce cas, les droits ne sont ni créés ni éteints, mais simplement en suspens le temps de l'administration de la succession par le mandataire.

149. La représentation dans le mandat à effet posthume n'est pas la même puisqu'elle ne peut jouer qu'à compter du jour du décès du mandant. Il est donc évident que le mandat à effet posthume, de par la représentation postérieure au décès du mandant, ne puisse voir ses effets mis en œuvre immédiatement. En ce sens, il se caractérise par cette exécution différée qui tend à démontrer que le mandat à effet posthume a une dimension préventive, et que, par voie de conséquent, son régime peut être exorbitant du droit commun du mandat. En effet, la prévention prônée par le mandat reste dépendante de la survenance du terme qui est l'événement générateur de sa mise en œuvre.

150. Le mandat de protection future est-il lui aussi un contrat à terme, comme peut l'être le mandat à effet posthume ? Cela n'en est pas moins sûr, la détermination de son régime s'avérant autrement plus difficile. L'inaptitude future du mandant laisse entrevoir deux interprétations possibles. La première consisterait à dire que cette inaptitude relève d'une condition suspensive[473], ce qui en ferait un *« mandat à exécution différée »*[474] : contrairement au décès qui est un événement futur mais inévitable, l'inaptitude relève d'un postulat totalement incertain. Le mandant peut effectivement devenir inapte, comme il peut rester parfaitement sain d'esprit le reste de sa vie. Dès lors, la survenance de cet événement reste purement et simplement du domaine de la probabilité, sans aucune certitude sur le résultat visé par le mandat. La seconde interprétation repose davantage sur les textes : seuls les effets du mandat sont différés[475], et non la formation du mandat. Le mandat se forme le jour où les parties en ont convenu ainsi, et c'est tout à fait logique : si le mandant est incapable juridiquement ou inapte au jour de formation, le mandat est entaché de nullité substantielle. Il est donc évident que les effets ne peuvent intervenir qu'à compter du jour où le mandant sera inapte. Et en conséquence, l'interprétation revient à dire que le mandat de

---

[471] Des tempéraments existent et sont tacitement ou expressément prévus par la loi.

Autorisations implicites : CPC, art. 12 et 604, disposant que *« le juge tranche le litige conformément aux règles du droit applicable »* ; dans le cadre également de conventions socialement utiles et juridiquement inoffensives : *cf* H. Vialleton, *La conservation du fonds de commerce propre et la prohibition des pactes sur succession future*, Études H. Capitant, p. 833, en ce qui concerne la clause « commerciale », dans l'hypothèse où l'épouse peut recevoir à titre onéreux un bien dépendant de la succession de son conjoint.

Autorisations expresses : le testament C. civ., art. 893 et sui.), la donation de biens futurs à cause de mort (C. civ., art. 1082 et 1083), ou encore la possibilité pour les deux époux dès lors que la séparation de corps est prononcée sur requête conjointe, de renoncer aux droits successoraux prévus par les articles 756 à 757-3 et 764 à 766 du Code civil, à condition qu'ils prévoient cette renonciation par convention.

[472] Sur la renonciation à un droit de succession : *cf* Civ. 1ère, 17 mars 1998, n° 96-13.972, Bull. Civ. I, n° 120, p. 79, JCP 1998, II, 10148, n. S. Piedelièvre. Car celui qui se permet de renoncer à la succession avant même son ouverture vient modifier l'ordre des successibles, ainsi qu'éventuellement, la part revenant à chacun. Rapprocher : Civ. 3ème, 5 décembre 1972, n° 71-12.965, Bull. Civ. III, n°657, p. 485 ; Civ. 3ème, 27 octobre 1975, n° 74-11.656, Bull. Civ. III, n° 310, p. 234 ; Civ. 1ère, 8 juin 1994, n° 92-10.560, Bull. Civ. I, n° 207, p. 150.

[473] V. sur la condition : Civ. 1ère, 13 avril 1999, n° 97-11.156, Bull. Civ. I, n° 131, p. 85, JCP 2000.II.10309, n. A.-S.Barthez ; Defrénois 1999.1001, obs. D. Mazeaud ; Gaz. Pal. Rec. 1999, panor. cass. p. 181 [993063]. Civ. 1ère, 13 juillet 2004, n° 01-01.429, Bull. Civ. I, n° 204, p. 171.

[474] V. *supra* n. n° 382, Th. Fossier, M. Bauer, E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 70.

[475] C. civ., art. 481.

protection future ne peut s'apprécier comme un contrat soumis à une condition suspensive, mais comme un mandat à terme, de la même sorte que le mandat à effet posthume quant à la survenance du décès du mandant.

151. Les deux théories peuvent être retenues l'une et l'autre suivant le type de mandat de protection future. Le mandat de protection future conclu pour autrui s'orienterait davantage vers un contrat à terme. Les effets du mandat se produiront à compter du jour du décès des parents mandants, et non à compter de la survenance de l'inaptitude de l'enfant bénéficiaire, puisque ce dernier est déjà inapte au moment où les mandants ont établi la convention. La condition suspensive peut jouer dans l'hypothèse où le mandat est conclu pour soi-même, puisque rien ne garantit que le mandant sera un jour atteint d'une altération des facultés mentales. Même si l'inaptitude peut s'apprécier comme un événement futur au regard du moment où le mandant, lucide, établit la convention, la science ne permet pas d'affirmer que la cause médicale apparaîtra ou non. L'incertitude laisse planer un doute quant à la réelle survenance de cette cause médicale. C'est pourquoi, le mandat pour soi-même doit être apprécié comme un contrat conditionnel suspensif. On peut donc voir le régime juridique du mandat de protection future comme un contrat à terme, ou comme un contrat conditionnel.

L'inaptitude doit être interprétée de manière objective, même si elle s'apprécie en fonction de la personne. Seulement, l'interprétation qu'en font les parties peut s'avérer fausse et conduire le mandat de protection future à être vu comme un contrat à terme, alors que l'interprétation pourrait parfaitement s'accommoder du régime du contrat conditionnel suspensif. Les parties peuvent considérer en effet que l'inaptitude, événement incertain *ab initio*, peut devenir un événement parfaitement certain[476]. Cette interprétation s'avère très dangereuse : s'il suffit de considérer que l'inaptitude est acquise dans un avenir proche, les parties peuvent aller au-delà même de la simple protection qu'elles auraient définie si on était resté dans une hypothèse d'inaptitude incertaine. C'est pourquoi, considérer le mandat de protection future pour soi-même comme un contrat à terme, sur la seule base de la conception de l'inaptitude comme certaine dans son principe, constitue un présupposé contrevenant au principe même du mandat de protection future[477]. Sauf l'exception que peut constituer le mandat de protection pour autrui, ce serait ainsi s'ingérer dans les affaires du mandant à sa demande en risquant de porter atteinte à ses intérêts et aux intérêts des tiers. C'est pour cette raison que les deux théories peuvent s'adapter au mandat, suivant la personne bénéficiaire : le mandat conclu pour soi devra s'apprécier comme un contrat selon la condition suspensive de la survenance de l'inaptitude ; le mandat pour autrui sera davantage un contrat à terme dont les effets joueront au jour du décès des mandants. Les deux théories sont admissibles suivant le cas d'espèce. Il n'en demeure pas moins que l'exécution du mandat est à effet différé, et que cet aspect ne peut être remis en question

152. Le mandat à effet posthume et le mandat de protection future, en partie, sont pour autant des contrats à terme. Il ressort donc que ces conventions ne sont admissibles au titre de mandats classiques. Ils sont mandats dans le sens où ils sont une procuration aux fins de gérer ou d'administrer au nom et pour le compte du donneur d'ordre, mais ils dérogent complètement à la mise en œuvre immédiate du mandat classique. Ce dernier prend effet à l'instant, ceux-là prennent effet ultérieurement. En aucun cas, ils ne peuvent répondre de la nature de mandat classique, ce qui justifie leur nature de quasi-mandat. Mais c'est surtout la nature de contrat à terme ou de contrat conditionnel qui permettra à ces mandats de justifier leur statut dérogatoire et leur caractère de mandat préventif : en effet, puisque les effets des

[476] Même si, on en convient, l'inaptitude ne peut être que future selon le moment d'établissement de la convention.

[477] Le mandat ne doit trouver exécution qu'à la seule condition que le mandant soit dans l'incapacité de se gérer lui-même, et non parce qu'il est certain de devenir inapte.

mandats sont différés, il est possible pour le mandant de procéder à la révocation anticipée des conventions.

B- *« Des mandants à révocation anticipée ».*

153. La révocation que prévoit le mandat de droit commun est en principe *ad nutum*. Le mandant peut mettre fin à la convention à tout moment afin de ne pas soumettre le mandataire à un engagement perpétuel[478]. Cette révocation va-t-elle de pair avec les mandats de protection future et à effet posthume, lesquels présentent un caractère *intuitu personae* très fort, comme le mandat de droit commun, si ce n'est plus ? On serait tenté de dire oui, mais la logique juridique ne l'admet pas comme on l'entend. Dans le cadre du mandat de droit commun, la révocation peut intervenir à tout moment, à compter de l'échange des consentements. Il importe peu que le mandataire ait accompli sa mission en intégralité ou même partiellement, le mandant pouvant faire jouer la révocation selon sa propre volonté. Il en va autrement en ce qui concerne les mandats de prévention. Bien que la révocation de ces mandats soit possible, elle ne se fait plus comme dans le cadre du mandat de droit commun. Le caractère *ad nutum* de la révocation s'efface en tout point dès lors que les effets se produisent. *A contrario* donc, la révocation d'un mandat de protection future ou d'un mandat à effet posthume ne peut intervenir qu'avant toute survenance de l'événement qui est la cause génératrice des effets des mandats. Les effets étant produits, la révocation est impossible.

154. Dans le cadre du mandat à effet posthume, le mandant peut révoquer la mission du mandataire avant la survenance de son décès. Le décès du mandant a pour conséquence (et c'est bien entendu évident !) de le priver de sa faculté de révocation. Le mandataire reste alors investi de la mission que lui a confiée le mandant. Cette faculté de révocation pourrait-elle revenir aux héritiers ? En principe non, puisque la faculté de révocation n'entre pas dans leur vocation successorale et, ironie du sort, si elle le pouvait, elle serait contrôlée par le mandataire qui administrerait la succession du défunt. Dès lors, la révocation d'un mandat à effet posthume ne peut être autorisée que par le juge.

Il en est de même pour le mandat de protection future. Le mandant ne pourra plus révoquer le mandat si un certificat médical atteste de l'altération de ses facultés mentales, prouvant ainsi son inaptitude. Seule l'intervention du juge des tutelles sera à même d'aboutir à la révocation[479]. Le mandat mis en œuvre, le problème est autre, car en étant inapte, le mandant peut ne pas se rendre compte des difficultés qu'il peut engendrer en ce qui concerne l'exercice de la mission du mandataire. De par sa volonté *ante*-inaptitude, le mandant s'engage à ce que le mandataire accomplisse à sa place les actes le concernant[480]. Autrement, après, il sera trop tard pour lui d'engager une telle action. Il semble peu probable que le mandant puisse lui-même demander la révocation du mandat si l'on considère que son inaptitude lui ferme cette possibilité d'un point de vue médical, par une analyse trop stricte, on en conviendra. Cependant, une modalité procédurale autorisera le mandant à demander la révocation du mandat en cours d'exécution. Par requête, le mandant doit solliciter du juge des tutelles l'autorisation aux fins de révocation du mandat pour recouvrement des facultés mentales, à condition d'en justifier selon un certificat médical circonstancié. Ces dispositions font que, dans tous les cas, le mandant ne peut manquer à son obligation, puisqu'en raison de

[478] V. *supra* n. n° 264, S. Hébert, art. préc.

[479] Car ce rejet de la révocation par le mandant inapte a pour vertu de le protéger contre lui-même. Il se pourrait que le mandant prenne la décision de rompre le contrat alors qu'il n'a pas conscience de la portée de son acte. Il ne pourra révoquer son propre mandat que si un certificat médical justifie qu'il a retrouvé la plénitude de ses facultés mentales.

[480] D'ailleurs, les articles 489 et 492 du Code civil précisent, *a contrario*, que tant que le mandat n'a pas pris effet, le mandant peut modifier le mandat ou le révoquer.

la mise en œuvre du mandat, le mandant accepte que le mandataire gère tout à sa place. Seulement, en est-il réellement capable ? Peut-il faire valoir sa propre volonté ? Rien n'est moins sûr et on peut douter de la réelle volonté du mandant de parvenir à cette fin. Les textes se bornent à donner une certaine valeur à la volonté du mandant de renoncer en cours d'exécution, mais la réalité médicale le proscrit : si le mandant est atteint de la maladie d'Alzheimer, on le voit mal agir en ce sens.

155. Cette nouvelle conception de la révocation s'explique par le fait que la survenance d'une difficulté dans l'exécution du mandat ne doit pas justifier la rupture intempestive de la mission du mandataire. C'est pourquoi, la révocation ne peut intervenir qu'avant toute survenance de l'événement en cause, les effets produits annulant la libre révocabilité du mandat par le mandant.

156. En conclusion, on peut dire que le mandat de protection future et le mandat à effet posthume présentent des particularités du point de vue de leur finalité. Bien qu'ils répondent de la définition générale du mandat de droit commun, en raison de la réalisation d'actes juridiques pour le compte du mandant ou d'une tierce personne au mandat, ces mandats peuvent être regroupés dans une catégorie bien singulière de quasi-mandats. Étant constitutifs d'une sorte de prévention dans la protection des intérêts personnels ou patrimoniaux, les mandats de protection future et à effet posthume sont amenés à constituer une catégorie générique de mandats-hybrides. En effet, la volonté individuelle contribue grandement à leur qualification juridique si particulière, et en même temps, participe d'une substance tout aussi unique. Le mandat de droit commun n'a jamais été caractérisé par une telle volonté, bien que la volonté du mandant de droit commun s'exprime très largement à travers la convention et son objet. La volonté individuelle trouve un essor nouveau dans le mandat à effet posthume, et encore plus dans le mandat de protection future, puisque contrairement au premier de ces mandats, le mandant de protection future est toujours en vie. Leurs ressemblances sont très proches les unes des autres de par les effets produits, au même titre que leur objet premier.

Le mandat de protection future est en définitive un contrat préventif, largement conditionné par la volonté individuelle. À condition toutefois que le mandat à effet posthume trouve sa place dans la conscience populaire : les notaires devront, en tant que seuls « gestionnaires » de la mise œuvre de l'acte en tant que tel, le faire connaître à leurs divers clients, à peine de faire du mandat une *« innovation mort-née »*[481]. Tout comme pour le mandat de protection future du reste… Mais pour autant, la difficulté liée à la volonté individuelle dans le cadre de la prévention est dérangeante : le mandat de droit commun admet toute liberté, tant sur le plan du formalisme que de l'objet à réaliser, tant sur les modalités d'exécution que de cessation de la convention. Le mandat préventif, lui, supprime cette liberté : formalisme imposé, type de protection imposé par ailleurs selon le support de la convention, liberté de choix d'une protection personnelle limitée selon les textes en vigueur, faculté de révocation soumise à l'interventionnisme du juge, alors que le principe, en droit des obligations, veut que les parties puissent mettre fin à la convention en premier lieu. On est donc bien loin du mandat, ou du moins de l'idée même du mandat, que souhaite nous faire croire la loi du 5 mars 2007. Trop de contraintes dissimulées viennent effacer la liberté factice que le « quasi-mandat » de protection future laisse augurer. C'est malheureusement à cause de ce type hybride de contrat préventif que la liberté individuelle du mandant, *in fine*, se dilue dans la pseudo-sphère de la liberté contractuelle.

[481] M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », Defrénois, 15 janvier 2007, art. n° 38509, n°1, § 15.

Chapitre Second
De la primauté de la volonté individuelle : de la protection conventionnelle définie selon la thèse volontariste.

157. Bien que le mandat de protection future ne réponde pas de la définition du mandat de droit commun, il n'y a pas à douter qu'à travers le principe d'autodétermination, le majeur qui souhaite définir seul la protection qu'il estime nécessaire à ses intérêts tant personnels que patrimoniaux, sera l'acteur principal quant à ce choix. À ce stade, la volonté individuelle surpasse toute autre considération. De par sa primauté, elle ne peut se voir opposer une quelconque résistance dans l'élaboration de la protection future. Le majeur lucide décide que sa protection portera sur un aspect essentiellement personnel, ou bien patrimonial exclusivement ; il peut aussi décider que la protection portera sur une combinaison de ces deux aspects, en instaurant un ordre de priorité. Qu'importe, le majeur qui souhaite une telle protection sera le seul et unique instigateur de sa protection future. Personne, pas même le mandataire désigné en amont de la mise à exécution du mandat, ne pourra modifier l'étendue de la protection.

Il est ainsi dénoté une conception volontariste de la protection par convention, sous la forme d'un mandat[482] qui se voudrait être de droit commun, même si cette qualification juridique ne peut être retenue. Dès lors, n'est-elle pas dénuée de tout danger quant à l'instauration d'une autoprotection[483] qui ne serait en réalité qu'une *« demi-protection »*[484] ? On pourrait objecter que le risque n'existe pas dès lors que la protection que l'on souhaite correspond aux attentes que l'on en a. Seulement, c'est vite oublier qu'une fois l'altération des facultés mentales établies, la difficulté sera de faire correspondre la protection mise en œuvre aux besoins du mandant. Et sur ce point, la volonté individuelle apparaît comme trop large en termes de décision personnelle, puisqu'elle ne permet pas au mandat de gouverner à une protection dénuer de tout risque. Risque pour le mandant et la protection de ses intérêts, mais aussi risque pour les tiers qui participeraient éventuellement à une opération juridique avec le mandant.

158. Ces aspects qui nuisent un tant soit peu à la protection conventionnelle ne doivent pas faire oublier que ce type de protection repose sur une très forte volonté individuelle que l'on ne peut pas éluder. C'est de cette manière qu'elle sera consacrée à travers le principe d'autodétermination (Section 1). Mais cette volonté individuelle a son pendant : pour être efficacement respectée, pour voir le mandat préventif être mis en œuvre de manière efficiente, il est nécessaire de s'entourer de toutes les garanties. C'est dans ce cadre que les professionnels du droit voient de nouvelles compétences leur être attribuées. En effet, autant le Notariat que le Barreau auront matière à intervenir dans l'élaboration du mandat de protection future, à des degrés divers. Même s'il n'en demeure pas moins que leur approche pratique sera (logiquement ?) le témoin de la pérennité de la volonté individuelle, et si l'on se fie au cadre conventionnel du mandat, il semble aisé de dire que la protection déterminée par le mandant doit être parfaitement en accord avec sa volonté et ses intérêts. Toutefois, quel rôle joue le juge des tutelles dans ce type de protection ? Les tiers qui ont contracté avec le mandant dans le cadre d'un contrat de vente sont-ils nécessairement informés de l'altération des facultés mentales dont peut être atteint le mandant avant ou après la réalisation de l'acte

[482] J. Massip, « Le mandat de protection future », Gaz. Pal., 17 juin 2008, n° 169, pp. 5 et sui. ; du même auteur, « Le mandat de protection future », LPA, 27 juin 2008, n° 129, pp. 11 et sui.

[483] Ph. Potentier, « Forces et faiblesses du mandat de protection future », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 74 et sui.

[484] Ph. Malaurie, « La réforme de la protection des majeurs », Defrénois, 30 avril 2007, art. n°38569, n° 8, § 9.

de vente par exemple ? Qu'en est-il des règles de publicité en conséquence ? Et bien d'autres questions se posent quant à la véritable légitimité du mandat. Peut-on dire dès lors que la protection par mandat est une protection réelle, ou bien qu'elle n'est qu'une *« illusion »*[485] (Section 2) ? C'est ce qu'il conviendra de définir pour affirmer que le mandat de protection future est une réelle avancée ou un instrument juridique sans lendemain. En tout cas, il doit être apprécié comme une prévision sur l'avenir[486], comme l'apogée de la volonté individuelle ; une protection *stricto sensu*, individuelle et volontaire, concrétisant le droit volontaire[487], bien que parcellaire.

Il y a donc à regretter que le caractère incomplet du mandat de protection future ternisse finalement l'image que le législateur a voulu donner de lui. Car ce qui transparaît de l'étude du mandat de protection future, c'est un respect partiel de la volonté individuelle. Fortement prégnante en amont de son élaboration, elle disparaît à l'approche de son exécution et n'existe plus durant cette dernière. La faute à l'altération des facultés mentales ? sans doute… la faute à son régime juridique qui ne permet pas de définir ce que l'on veut comme on le souhaite ? assurément… du fait aussi de sa nature de quasi-mandat ? Également...

[485] D. Fenouillet, « Le mandant de protection future ou la double illusion », Defrénois, 30 janvier 2009, art. 38882, pp. 142 et sui.

[486] Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *Les tutelles, accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF Editeur, 2011, 5è éd., p. 69 ; F. Perrotin, « Un nouvel outil patrimonial : le mandat de protection future », LPA, 20 novembre 2009, n° 232, pp. 3 et sui.

[487] Th. Fossier, « Quand le juge (des tutelles) se fait discret », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 46 et sui.

Section 1 - De la consécration de la volonté individuelle selon le principe d'autodétermination.

159. Le caractère atypique du mandat de protection future est-il de nature à espérer une protection idoine ? Si l'on se base en premier lieu sur les figures juridiques antérieures qui auront amené à la création du mandat de protection future, le mandat à effet posthume doit pouvoir justifier cette conception de la protection volontaire. Le mandat de protection future doit conduire à la même réponse : les intérêts personnels et patrimoniaux doivent être préservés comme le prévoit le mandant. Ce qui amène, dans un second temps, à la forme même du mandat qui doit préserver, à géométrie variable, les intérêts en cause. L'étendue de la protection sera plus ou moins importante en fonction de la rédaction du mandat : un mandat notarié donnera de très grands pouvoirs au mandataire, alors que le mandat établi sous la forme d'un acte sous seing privé viendra limiter les pouvoirs du mandataire. On verra alors les limites qu'imposent à la volonté individuelle de tels mandats prédéterminés selon le type de protection patrimoniale.

C'est pourquoi, tant au niveau de la protection des intérêts du mandant que des pouvoirs confiés au mandataire, la protection conventionnelle volontaire se veut être le système idéal de protection, puisqu'elle prévaut sur la protection judiciaire[488]. Le mandat de protection future[489] n'est pas spécialement défini par la loi du 5 mars 2007. Il pourrait se définir comme le mandat permettant *« la représentation d'une personne physique qui, lorsque celle-ci n'est plus en état de manifester sa volonté, ne peut plus pourvoir seule à ses intérêts dans les actes de la vie civile, personnelle et patrimoniale, selon sa propre volonté »*[490]. Et c'est par l'instauration de dispositions conventionnelles prévues par le mandant que le mandataire pourra accomplir les actes relatifs à la protection de la personne, ainsi que les actes relatifs à la protection de son patrimoine (Sous-Section 1). Comme on l'a dit, le mandataire tiendra ses pouvoirs du mandant. Mais quels pouvoirs ? Peut-il exercer librement un acte de disposition ? Et s'il le peut, quelle forme de mandat le permet-il ? C'est donc en se basant sur la forme notariée ou convenue par les parties que le mandat de protection future définira les pouvoirs du mandataire (Sous-Section 2). Il s'en suivra alors la mise en œuvre pure et simple du mandat (Sous-Section 3). Ce fonctionnement témoigne en tout cas d'une approche contractuelle évidente : l'élaboration de la convention et son exécution relèvent de la procuration. Même si le mandat de protection future n'apparaît pas tel qu'on l'entend dans le sens de mandat, on voit tout de même que la prévention contractuelle obéit à la volonté du mandant, du moins dans ses grandes lignes.

Sous-Section 1 - Une protection conventionnelle.

160. De son élaboration à sa mise en œuvre, des dispositions contractuelles formeront le mandat de protection future (I). Ces dispositions sont communes au mandat de droit commun et participent du formalisme juridique propre au mandat de protection future, quelle que soit la forme du support matériel du mandat. De la sorte, le mandat de protection future fonctionnera comme une procuration. C'est donc cette relation contractuelle qui viendra conditionner la mise en œuvre du mandat et sa mise à exécution. À travers ce formalisme,

---

[488] En cause, notamment, le principe de subsidiarité qui fait valoir la protection conventionnelle sur la protection judiciaire (*cf* C. civ., art. 428).

[489] C. civ., art. 477 à 494 ; v. *supra* n. n° 484, Ph. Malaurie, art. préc., n° 8, § 6.

[490] F. Perreau-Billard, « Le mandat de protection future », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les acteurs de la protection : le majeur à protéger, AJ Fam., 14 mai 2007, n° 5, pp. 213 et sui.

c'est l'ensemble du contenu du mandat qui prendra forme et instillera les contours de la protection future, selon son contenu (II). Il n'empêche, il convient de se demander si le contenu de la protection s'avère être conforme à ce qu'une protection conventionnelle peut offrir (III).

I) Les dispositions communes au mandat de protection future.

161. Afin que la relation contractuelle s'instaure (B), les parties à la protection future doivent trouver un terrain d'entente (A). Le mandant et le mandataire à la protection future sont les instigateurs de la protection et en définissent ses contours. Si l'on reste dans ce cadre purement contractuel, il se dégage un principe selon lequel la liberté des parties prévaut : le mandant détermine les conditions dans lesquelles la protection aura lieu, choisit le mandataire selon un principe de confiance et définit sa protection, en tout cas selon ce que ses intérêts propres commandent. *« Le juge des tutelles s'efface »*[491]. Alors oui, le principe de la liberté contractuelle doit prévaloir, conditionné par le libre arbitre…[492] Du moins, en théorie. Cette liberté contractuelle est-elle réelle, ou bien ne constitue-t-elle pas un *« instrument factice »*[493] ? Quoi qu'il en soit, si liberté contractuelle il existe, il est nécessaire d'assortir le principe d'un garde-fou. En l'occurrence, le principe de sécurité contractuelle prévaudra. Mais malheureusement, ce dernier ne joue pas (C).

A- Les parties au mandat.

162. Quelle que soit la forme du mandat et quelle que soit la personne pour laquelle il est établi, la rencontre des volontés est nécessaire. Le mandant (1) définit les conditions dans lesquelles la protection sera mise en œuvre par le mandataire ; il pourra ainsi prévoir sa protection personnelle[494], comme le choix d'une maison de retraite, le maintien de ses conditions de vie à son domicile ou la représentation de sa personne dans certains actes personnels. Le Code de la santé publique réglemente la détermination des pouvoirs du mandataire à travers les prérogatives confiées par le mandant. Quant au mandataire, il doit accepter la mission que lui confie le mandant et appliquer les directives définies dans le mandat. Le mandataire est en quelque sorte la personne sur laquelle repose tout le mandat et ses effets à venir[495] (2).

1) Le mandant.

163. Le mandant[496] est le grand instigateur de l'élaboration du mandat de protection future. C'est lui seul qui détermine les conditions de sa future protection. C'est en amont de toute altération des facultés mentales que le choix de la protection se décide. Le mandant peut être toute personne, au sens de l'article 477 du Code civil[497].

---

[491] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., p. 69.

[492] V. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc.

[493] V. *supra* n. n° 485, D. Fenouillet, art. préc.

[494] Au regard des dispositions des articles 457-1 à 459-2 du Code civil ; v. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., p. 138 ; M.-H. Isern-Réal, « La loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique du majeur », Gaz. Pal., mars-avril 2009, pp. 1014 et sui.

[495] *Ibid*.

[496] V. *supra* n. n° 482, J. Massip, art. préc. ; du même auteur, art. préc., § 8, pp. 11 et sui.

[497] *«[…]la personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle [qui] peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le*

Il se trouve que, dans tous les cas, le mandant peut être toute personne majeure ou mineure émancipée. Suivant la qualité de la personne, la nature du mandat de protection future variera[498]. Ainsi, la convention offre la possibilité au mandant de bénéficier de la protection dans son intérêt propre, comme il peut être l'instigateur de ce mandat dans l'intérêt d'une tierce personne. On peut donc décider pour soi ou pour autrui. La forme du mandat, qu'il soit notarié ou passé sous seing privé[499], sera abordée ultérieurement.

164. Le mandat de protection future peut être conclu dans un intérêt personnel[500] : le mandat sera alors passé pour soi-même[501]. Dès lors que le mandat de protection future est établi à cette fin, seul un majeur peut être en mesure de l'établir, au même titre que le mineur émancipé. La condition essentielle aux fins d'établissement d'un mandat de protection future par un majeur est que ce dernier ne soit pas incapable juridiquement au moment de son établissement[502]. La solution est relativement simple lorsque le majeur est sain d'esprit. Il n'existe aucune restriction à ce qu'il soit demandeur dans l'établissement des règles propres à sa protection. Par contre, les choses sont plus complexes dans l'hypothèse où le majeur, atteint d'une altération des facultés mentales, voudrait conclure un mandat de protection future. En effet, suivant le régime de protection sous lequel le majeur est déjà placé, l'assistance du représentant légal sera nécessaire[503].

165. Entre-temps, le majeur peut être placé provisoirement sous sauvegarde de justice. Durant cette période suspecte, le juge des tutelles peut être amené à apprécier si la personne est atteinte d'une altération des facultés mentales ou non. Toutefois, tant que la sauvegarde de justice n'a pas été levée au profit d'une mesure de protection judiciaire, le majeur est considéré comme toujours capable juridiquement[504]. En conséquence, il n'existe pas de contre-indications à ce que le majeur « sauvegardé » puisse établir un mandat de protection future, puisque la mesure d'instruction n'a pas encore débouché sur une mesure de protection

---

cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts.

La personne en curatelle ne peut conclure de mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur.

Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assumant la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé.

Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Toutefois, le mandat prévu au troisième alinéa ne peut être conclu que par acte notarié ».

M.-C. Forgeard et N. Levillain, « Mandat de protection future et pratique notariale », Defrénois, n°38737, 30 mars 2008, § 6.

[498] Ph. Reutin, « Mandat de protection future, approche pratique », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri. n° 180, 1er avril 2009, pp. 94 et sui.

[499] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., pp. 71, 72 et 73.

[500] V. *supra* n. n° 497, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc., § 14.

[501] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 70 ; L. Pécaut-Rivolier, « Fiche pratique : signer un mandat de protection future », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 70.

[502] Ce qui se détermine par la mise en œuvre d'un régime de protection. Si tel est le cas, seul le majeur en curatelle peut être autorisé par le juge à conclure un mandat de protection future.

[503] Ce qui confirme que la protection juridique interdit l'instauration d'un tel mandat, sauf exception, notamment, comme on l'a dit, l'autorisation du juge en cas de placement sous curatelle (et seulement la curatelle).

[504] Sauf qu'il ne peut pas accomplir les actes pour lesquels un mandataire spécial a été nommé.

judiciaire. Elle ne constitue pas un régime prohibant la réalisation de certains actes. Mais ne perdons pas de vue que la sauvegarde de justice est une mesure qui laisse subsister une suspicion d'altération[505].

166. Les actes que le majeur accomplit seul sont susceptibles d'encourir la rescision pour lésion, la réduction en excès, ou encore la nullité. La situation juridique de la personne est donc à même de faciliter la mise en œuvre de ces actions afin d'annuler tous les actes suspects. La précaution voudrait donc que le principe de sécurité juridique soit respecté : puisqu'il existe un doute quant à la réelle capacité juridique de la personne, il serait inadapté en pratique que le majeur établisse seul sa protection. S'il existe un doute quant à sa capacité juridique, alors le mandat ne peut tirer sa légitimé de la volonté du mandant, sans doute altérée. Le mandat de protection doit pouvoir être remplacé par un mandat judiciaire. Mais la pratique juridique veut que la sauvegarde de justice n'empêche pas le majeur d'établir ou de faire établir un mandat de protection future. On peut donc dire de manière certaine que la volonté du majeur n'est pas remise en cause dans sa totalité, malgré l'existence d'un doute quant à sa pleine capacité à réaliser tout acte juridique.

167. Le majeur protégé peut faire l'objet d'une curatelle. L'alinéa 2 de l'article 477 du Code civil est on ne peut plus clair : le majeur en curatelle est tout à fait disposé à établir un mandat de protection future, à la seule condition que son curateur l'assiste. En effet, le curateur devra apposer sa signature aux côtés de celle du majeur. La possibilité de conclure un mandat de protection future couplé à un régime de curatelle dépend en grande partie de la souplesse de ce régime. Puisque la mesure de curatelle est prononcée par le juge des tutelles dès lors que l'altération des facultés mentales est relativement légère, le majeur protégé doit pouvoir rester maître de la protection qu'il souhaite. Malgré sa mesure de protection, admettre que le majeur puisse être autorisé à passer un mandat de protection est censé garantir son autonomie. La curatelle n'étant qu'une mesure d'assistance, le majeur doit pouvoir prendre des décisions, toujours sous contrôle de son curateur, afin de parvenir à une quasi-autonomie (pour ne pas dire indépendance). Par le jeu du mandat, il pourra ainsi définir les conditions de sa protection future selon ce que ses intérêts réclament. Le mode volontaire de protection doit ainsi permettre de sortir de la protection judiciaire, sous contrôle préalable du juge des tutelles, lequel devra lever la mesure de curatelle en raison du principe de subsidiarité.

Quant au majeur placé sous tutelle, la rédaction de l'article 477 du Code civil ne laisse planer aucun doute : la tutelle interdit tout établissement, durant la mesure, d'un mandat de protection future au profit du majeur protégé. D'abord, parce que la tutelle est un régime de représentation continue au regard de l'incapacité générale d'exercice qui frappe le majeur[506], ensuite parce que le texte ne prévoit pas que le tuteur puisse saisir le juge des tutelles aux fins de mise en œuvre d'un mandat de protection future au cas où il ne pourrait plus assumer la charge de la tutelle. La tutelle exclut en conséquence la possibilité de mise en œuvre d'un mandat de protection future[507].

168. Suivant le degré de protection, la loi doit respecter la volonté du majeur : même protégé, le majeur doit disposer d'un droit d'organiser sa protection, même si cela dépend de sa capacité de décider et prévoir. En l'occurrence, c'est ce que l'on peut constater.

169. Le mandat de protection future permet au mandant de définir les conditions de la protection d'un tiers à la convention dans le cadre du mandat de protection future pour autrui. L'alinéa 3 de l'article 477 du Code civil prévoit la possibilité de mise en œuvre d'un mandat

---

[505] Carbonnier, *Droit civil. Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, Thémis, 21è éd. 2000, n° 190. La sauvegarde de justice doit être envisagée comme un régime provisoire d'incapacité pouvant laisser place à un régime permanent.

[506] J.-D. Pellier, « Le mandat de protection future issu de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs », LPA, 25 avril 2007, n° 83, pp. 4 et sui.

[507] V. *supra* n. n° 498, Ph. Reutin, art. préc.

de protection future au profit de l'enfant majeur handicapé[508], les parents de ce dernier, ou seulement le survivant des deux parents, pouvant être le(s) mandant(s). La notion de handicap n'est pas expressément prévue par le texte, mais elle s'en déduit : les parents de l'enfant majeur assumant sa charge matérielle et affective, dans l'hypothèse où ce dernier ne pourrait pourvoir seul à ses intérêts, ont droit de décider de la protection que ce dernier réclame. Il va sans dire que les parents de l'enfant majeur handicapé doivent exercer l'autorité parentale et qu'ils ne doivent pas être placés sous régime de protection eux-mêmes. Le mandat pour autrui ne bénéficie en aucun cas au(x) mandant(s), seul l'enfant majeur pouvant en bénéficier[509]. La mise en œuvre du mandat de protection future au profit de l'enfant majeur dépend des conditions de l'altération des facultés mentales prévues par l'article 425 du Code civil. Son information doit constituer une condition de validité de la convention, au même titre que la désignation de son mandataire. Si ces conditions ne se retrouvent pas dans le mandat, elles doivent être recherchées par les auteurs du mandat[510].

170. La possibilité de mise en œuvre d'un mandat de protection future au profit de l'enfant majeur répond d'une attente importante de la part des familles. Il peut être difficile pour les familles touchées par le handicap d'un enfant d'assumer quotidiennement sa charge affective, morale et matérielle. La difficulté de ces familles relève des pouvoirs d'administration qu'elles ont sur l'enfant. Tant que ce dernier est mineur, les parents exerceront leur autorité parentale dans les limites conférées par la minorité. Leurs pouvoirs sont ainsi conséquents pour ce temps. La difficulté survient lors de la majorité de l'enfant. L'autorité parentale cesse, de même que les pouvoirs issus de l'administration légale pure et simple. Comment ces derniers peuvent être amenés à gérer des biens et exercer certains actes de disposition dans la mesure où ils n'en auraient plus le droit ? La gestion relevant, pour l'occasion, d'une simple gestion d'affaires, ne suffit pas ; l'enfant majeur handicapé peut aussi ne pas être apte à l'établissement d'une procuration ou d'un mandat de gestion. La solution revenant à ces familles serait de saisir le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'un régime de protection. Certes, il s'agit d'une solution, mais le souci des familles est de savoir ce qu'il adviendra de l'enfant une fois les parents décédés. Or, le juge des tutelles ne peut décider pour l'avenir, mais seulement pour le temps présent. Le mandat de protection future pour autrui apparaît comme la protection idoine pour les familles touchées par le handicap. En désignant le mandataire qui s'occupera de l'enfant handicapé, les parents n'auront plus le

[508] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 69 et 70, ainsi que *supra* n. n° 501, L. Pécaut-Rivolier, art. préc. 70 La circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 précise que *« [les] parents qui gèrent et administrent les biens de leur enfant handicapé mineur dans le cadre des pouvoirs conférés par l'exercice de l'autorité parentale se retrouvent juridiquement dans une situation difficile à la majorité de cet enfant, puisque dépourvus de toute autorité et de tout pouvoir légal sur l'enfant devenu majeur, ils ne peuvent qu'accomplir des actes courants au titre de la gestion d'affaires pour le compte de celui-ci. Et lorsque des décisions importantes dans la gestion du patrimoine de l'enfant majeur s'imposent […], la saisine du juge des tutelles est incontournable […] ; le mandat de protection future pour autrui permet à ces parents d'organiser à l'avance la protection de leur enfant majeur, en choisissant la personne chargée de sa représentation et en organisant les modalités de cette protection, tant au niveau de la personne même de l'enfant majeur, de son lieu de vie, de ses relations familiales, que de son patrimoine. Le recours au juge et à la mise sous tutelle peut désormais être évitée ».*

[509] Mais il est admis que le mandat peut être établi au moment de la minorité de l'enfant pour produire ses effets au jour de sa majorité. Le mandat de protection future ne peut déroger aux dispositions relatives aux règles du droit commun de la minorité. S'il ne pouvait être mis en œuvre à la majorité de l'enfant, en raison du décès des deux parents, ou bien s'ils venaient à être placés sous régime de protection juridique, les dispositions propres à la minorité s'appliqueraient.

[510] Conformément aux dispositions de l'article 415 du Code civil relatives au respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne.

souci de savoir ce qu'il adviendra de leur enfant à leur décès. Ils sauront que leur enfant sera pris en charge, tant d'un point de vue matériel qu'affectif.

171. Cette solution pratique permet également de passer outre la saisine de l'autorité judiciaire et la lourdeur du dispositif judiciaire. Cependant, la rédaction du mandat par notaire est une obligation légale. Mais le mandat pour autrui ne fait que traduire la volonté individuelle du ou des parents : elle est la même que celle du mandant qui décide pour pourvoir à ses intérêts, sauf qu'elle permet d'établir une convention pour pourvoir aux intérêts de l'enfant majeur qui ne serait plus en état d'exprimer sa volonté réelle.

2) Le mandataire.

172. Les dispositions de l'article 480 du Code civil[511] reprennent les dispositions des articles 448 à 450 du même code : le mandant dispose de la faculté de désigner, soit une personne issue de sa famille ou de ses proches, soit une personne ayant la qualité de MJPM[512]. Mais à la différence des régimes de protection judiciaire, il n'existe aucune hiérarchie dans le choix du mandataire. Si dans un régime de tutelle ou de curatelle, le juge des tutelles doit désigner un représentant légal, le giron familial prévaudra, en favorisant dans la mesure du possible, le conjoint, puis la famille, et enfin, la personne de confiance qui a longuement entretenu des relations stables et étroites[513]. Ce n'est que dans l'impossibilité de désigner l'une de ces personnes que le juge des tutelles se bornera à désigner un MJPM. Le mandat de protection future va en sens contraire. Le mandant peut tout aussi bien préférer un ami de longue date ou un professionnel à un membre de la famille, au même titre qu'il peut désigner un parent proche plutôt que son conjoint. Dans ce cadre, les choix prioritaires n'ont plus vocation à prévaloir. La liberté contractuelle et individuelle que le mandat de protection future accorde s'applique aussi dans le choix du mandataire.

173. En même temps, le choix du mandataire peut s'établir quant à la désignation, non pas d'un mandataire, mais de plusieurs mandataires. La liberté est totale en la matière ; le choix de plusieurs mandataires[514] permet d'adapter le mandat à la situation personnelle du mandant. Ainsi, si la désignation porte sur deux mandataires, la répartition des tâches peut être réorganisée. L'un des deux mandataires sera chargé de l'administration des biens du mandant, alors que l'autre mandataire s'occupera de sa personne. Cette répartition permet en outre de confier des tâches à un mandataire davantage compétent en matière de gestion patrimoniale, alors qu'un autre mandataire sera davantage qualifié en termes de représentation de la personne en tant que telle. Le choix de plusieurs mandataires vaut tout aussi bien pour le mandat pour autrui que pour le mandat pour soi-même. En recourant à cette double désignation, le mandant peut montrer sa volonté de ne pas favoriser un membre de la famille au détriment d'un autre. Si le mandant désigne ses enfants, il choisira celui ou ceux qui

---

[511] *« Le mandataire peut être toute personne physique choisie par le mandant ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles.*

Le mandataire doit, pendant toute l'exécution du mandat, jouir de la capacité civile et remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires par l'article 395 et les deux derniers alinéas de l'article 445 du présent code.

Il ne peut, pendant cette exécution, être déchargé de ses fonctions qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ».

V. *supra* n. n° 482, J. Massip, art. préc., ; du même auteur, art. préc., n° 129, § 6, pp. 11 et sui. ; v. *supra* n. n° 497, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc.§ 8.

[512] CASF, art. L. 471-2 ; v. *supra* n. n° 501, L. Pécaut-Rivolier, art. préc.

[513] *Cf* C. civ., art. 430.

[514] V. *supra* n. n° 498, Ph. Reutin, art. préc.

s'intéressent le plus à sa personne et à la gestion patrimoniale[515], et s'évitera à l'avance la contestation d'un enfant non désigné en cette qualité[516]. Quant au choix du mandataire professionnel parmi les MJPM, le mandant peut ainsi souhaiter une gestion de son patrimoine autrement plus rigoureuse qu'un mandataire familial ne le ferait. La technicité de certaines opérations immobilières, si elles sont nécessaires, doit conduire le mandant à s'entourer de mandataires compétents et qualifiés[517], pouvant en outre répondre de certaines fautes de gestion[518].

174. Le mandat de protection future offre un avantage indéniable au mandant : en même temps qu'il établit les modalités de sa protection future, en même temps qu'il désigne le mandataire qui sera le gestionnaire de ses intérêts, le mandant peut demander la désignation de telle personne en qualité de tuteur ou de curateur[519]. Cette disposition permet de prévoir les conditions dans lesquelles la personne que l'on souhaite voir en qualité de représentant légal pourra agir pour le jour où un régime de protection judiciaire serait ouvert. Le choix du mandant outrepasse pour le coup les pouvoirs du juge des tutelles, mais fixe d'entrée les obligations propres au futur représentant, dans l'hypothèse où le mandat de protection future aurait vocation à être révoqué. La volonté individuelle est clairement affichée à travers le choix personnel dans la désignation du curateur ou du tuteur, volonté qui écarte les pouvoirs du juge en termes de désignation du représentant légal.

Cependant, le risque de cette désignation par anticipation porte sur la création de graves conflits familiaux[520]. C'est pourquoi, la forme authentique de la désignation revêt toute son importance afin de prévenir ces éventuels conflits. D'un autre côté, n'est-ce pas se poser en juge à la place du juge des tutelles ? On n'ira pas dans le sens de la négation, car si le mandant peut désigner le mandataire en toute lucidité, pourquoi ne pourrait-il pas désigner, ou choisir, telle personne en qualité de tuteur ou de curateur ? Car s'il est lucide à cet instant précis, il saura désigner la personne qui, selon lui, sera tout à fait apte à le représenter. Pour autant, le formalisme authentique constituera une sécurité juridique précieuse et palliera à une volonté individuelle trop laxiste et certainement empreinte d'une lucidité quelque peu altérée.

175. Un dernier élément sur le mandataire, et pas des moindres. L'article 480 du Code civil précise que le mandataire désigné doit disposer de sa pleine capacité juridique afin de pouvoir exercer sa mission. En effet, si le mandataire vient à être placé sous régime de protection, le mandat de protection future prendrait fin irrémédiablement. Il ne prendrait même pas effet au cas où le mandataire désigné aurait été placé sous protection avant l'établissement du mandat. Au même titre que le mandant placé sous sauvegarde de justice, le mandataire pourrait être désigné, mais la suspicion que la mesure engendre doit pouvoir empêcher toute désignation de mandataires placés sous sauvegarde de justice, les actes accomplis pouvant être soumis à nullité.

Enfin, il est nécessaire que le mandataire puisse exercer les charges tutélaires requises. Les professions médicales ou les auxiliaires médicaux ne peuvent en conséquence être

---

[515] Et pas seulement à celle-ci.

[516] F. Perrotin, « Un nouvel outil patrimonial : le mandat de protection future », LPA, 20 novembre 2009, n° 232, pp. 3 et sui.

[517] V. *supra* n. n° 506, J.-D. Pellier, art. préc.

[518] Grâce à leur assurance responsabilité que les mandataires familiaux n'ont pas.

[519] V. *supra* n. n° 516, F. Perrotin, art. préc. : cette formalité est nécessairement passée devant notaire.

[520] Le futur curateur/tuteur, s'il est amené à agir en cette qualité, peut déjà envisager les contours de la protection et pourra s'intéresser autrement au patrimoine du mandant plutôt qu'à ses intérêts essentiellement personnels.

désignés mandataires dans un mandat de protection future[521]. Mais si l'on raisonne dans un sens purement contractuel, le choix de désigner un médecin en tant que mandataire ne devrait pas être contraint. Soit on reconnaît une liberté totale au mandant, et il désigne qui bon lui semble, soit on crée une interdiction de désignation en ce qui concerne les professions médicales à ce propos, et c'est en même temps renier la liberté contractuelle. Le mandataire médical n'apparaît de toute façon pas conforme à l'intérêt de la relation contractuelle. Les contrôles étant davantage prégnants en matière de protection juridique, ces derniers semblent inopérants en protection préventive. C'est pourquoi, cette interdiction doit contrarier la volonté individuelle.

De là à affirmer effectivement la réalité de la relation contractuelle ? C'est ce qui est à vérifier.

B- La relation contractuelle : liberté réelle ou fictive ?

176. Si l'on s'en tient à ces premiers éléments, le mandant dispose de pouvoirs très étendus quant au choix de son mandataire qui jouira de prérogatives particulières. Mais la question est de savoir si la liberté contractuelle, qui semble être le principe même de l'établissement d'un mandat de protection future, se retrouve pleinement, ou si elle ne résulte que d'un apparat, en raison des règles relatives à la formation des contrats. On verra successivement que le pouvoir et la capacité propres au mandat de protection future ne sont pas aussi étendus que ce qu'il en est (1) et que la nature de la protection engendre la nécessité d'un certain formalisme imposé d'office que ne peut écarter la volonté individuelle (2). Ceci tend donc à confirmer que le quasi-mandat de protection future ne va pas dans le sens du respect d'une volonté individuelle totale. Il conviendra enfin de se demander si cette relation contractuelle obéit au droit commun de la protection juridique, dans le sens où le mandat de protection future peut fonctionner selon les principes de nécessité et de subsidiarité (3).

1) Le pouvoir et la capacité propres au mandat de protection future.

177. On sait que le mandat de protection future ne répond pas de la qualification juridique du contrat en tant que tel. Dire que la protection que le mandat instaure est d'origine conventionnelle n'est pas contestable, mais il reste à démontrer qu'il peut fonctionner comme un contrat de droit commun. Tout dépend de la nature du mandat, suivant qu'il a été établi pour soi-même ou qu'il a été établi pour autrui selon les pouvoirs qu'il confère à son mandataire[522].

178. En ce qui concerne le pouvoir de conclure un mandat de protection future, la liberté est pleinement consacrée dès lors que le mandat est conclu pour soi-même. Le mandant lucide est maître de la protection qu'il souhaite : il fixe seul les modalités de sa protection. Le mandataire ne peut remettre en cause ces modalités, et s'il accepte la mission confiée par le mandant, il devra se soumettre à la volonté de ce dernier. En ce sens, le mandat de protection future se montre respectueux de l'essence même de la convention, en termes de liberté contractuelle. L'autonomie de la volonté individuelle[523] prévaut énormément dès lors que le mandat est conclu pour soi-même ; la rédaction du mandat de protection future doit être large et encadrée. La rédaction doit s'attacher à ce que le mandat reproduise fidèlement

[521] Cette disposition particulière est sans doute amenée à ne pas créer de conflits d'intérêts entre les médecins et leurs patients.

[522] V. *supra* n. n° 485, D. Fenouillet, art. préc.

[523] V. *supra* n. n° 490, F. Perreau-Billard, art. préc. Mais pas dans le sens du droit des obligations.

l'esprit dans lequel la mission du mandataire devra se dérouler, tout en définissant les modalités de contrôle de l'activité du mandataire et de gestion du patrimoine[524].

Cette même liberté contractuelle est-elle le fondement du mandat de protection pour autrui ? Dans la mesure où un enfant handicapé mentalement ne peut concevoir seul la protection qui sera sienne, ce sont ses parents qui établiront le type idoine de protection. Encore faut-il que ces derniers exercent l'autorité parentale sur lui, ou bien qu'ils en assument la charge matérielle et affective. Le mandat pour autrui peut-il s'apprécier comme un contrat ou bien comme une délégation de pouvoir[525] ? Car le contrat suggère que les parties disposent de leur liberté contractuelle. Or, le mandat pour autrui bénéficiant à un tiers qui ne peut exprimer sa volonté, comment le mandat peut-il être analysé en tant que contrat si l'enfant handicapé ne peut exprimer sa volonté contractuelle ? En aucun cas, il ne peut s'agir ici d'une stipulation pour autrui, puisque l'impossibilité pour le bénéficiaire d'accepter le mandat à son profit empêche toute interprétation de la sorte.

179. N'étant pas en capacité d'exprimer sa volonté dans son acception la plus générale, il ne peut *a fortiori* exprimer sa volonté contractuelle particulièrement. Non seulement parce qu'il ne le peut pas médicalement, mais aussi parce juridiquement, le défaut d'exercice de ses droits lui interdit de conclure tout contrat. La liberté contractuelle serait donc purement hypothétique ; le mandat pour autrui ne pourrait utilement être analysé en un véritable contrat. L'analyse du mandat pour autrui en une délégation de pouvoir serait autrement plus juste. D'abord parce que les parents de l'enfant handicapé agissent en son nom et pour son compte et qu'aucun effet du mandat pour autrui ne bénéficiera aux mandants, puis et surtout, parce que le mandat ne portera ni sur l'autorité parentale ni sur la charge matérielle et affective de l'enfant. Le mandat ne pouvant prendre effet qu'à compter du décès du dernier vivant des parents, et à condition que l'enfant mineur soit devenu majeur, l'autorité parentale sur laquelle le mandat porterait serait exclue : l'enfant handicapé, ne pouvant pourvoir seul à ses intérêts, doit être assisté d'un curateur ou d'un tuteur si le mandat ne trouve pas matière à s'appliquer. Quant à la charge matérielle et affective, le mandat ne porte pas non plus dessus, seuls les intérêts personnels ou patrimoniaux étant pris en charge par le mandat[526]. L'analyse en une délégation de pouvoir, du reste, semble bien plus appropriée que ne l'est la notion de contrat, puisque la liberté contractuelle ne peut être mise en œuvre par le tiers bénéficiaire du mandat pour autrui.

180. La capacité que le mandat de protection future suppose de disposer doit garantir la liberté contractuelle. Tout dépendra en réalité de la situation juridique du point de vue des régimes de protection.

181. La sauvegarde de justice rend indécise l'appréciation de la liberté contractuelle. Et dans ce cas précis, on peut affirmer que la liberté contractuelle n'est pas réellement garantie. La sauvegarde de justice, en tant que mesure provisoire, ne doit pas faire perdre le sens des réalités. Même si le régime n'est que temporaire et qu'il ne doit pas conclure hâtivement à l'incapacité juridique avérée[527], il s'agit pour autant d'une période suspecte[528]. Mais le doute subsiste, et la personne conserve l'exercice de ses droits dans tous les domaines, sauf dans ceux pour lesquels un mandat spécial a été mis en place. Mais le principe veut que la personne soit toujours considérée comme capable. En conséquence, sa liberté

---

[524] V. *supra* n. n° 498, Ph. Reutin, art. préc.

[525] V. *supra* n. n° 485, D. Fenouillet, art. préc.

[526] De toute façon, la notion de charge matérielle et affective reste à déterminer, ce qui laisse un vide juridique que chacun s'empressera de remplir à sa convenance.

[527] Même s'il existe une cause pathologique.

[528] Dans une certaine proportion, certains majeurs étant réellement incapables d'exprimer leur volonté. C'est davantage l'urgence relevée dans un contexte particulier qui conduira le juge à ouvrir une mesure temporaire.

contractuelle devrait être préservée et lui permettre de conclure un mandat de protection future, sans que rien ne soit mis en cause, tant que son altération des facultés mentales ne nécessite pas un placement sous régime de protection. Sauf que la mesure de sauvegarde de justice est une période suspecte, et à ce titre, on ne peut résolument admettre en pratique que le majeur puisse être habilité à conclure un mandat de protection future, du moins sous la forme d'un mandat sous seing privé. Car même si un mandataire devait intervenir dans la rédaction du mandat, l'existence d'un trouble décelable doit le conduire à refuser toute rédaction. La liberté contractuelle résultant du mandat de protection future, dans le cadre d'une sauvegarde de justice, est une fausse réalité, puisque la suspicion d'une altération des facultés mentales devrait empêcher un majeur d'établir un mandat de protection future. La volonté individuelle devrait trouver une juste limite en l'occurrence.

182. La liberté contractuelle serait davantage assurée dans le cadre de la curatelle que dans la tutelle[529]. En effet, la curatelle n'est qu'une mesure d'assistance et témoigne d'une altération moins sévère des facultés de la personne. Le majeur reste en partie lucide et il semble appréciable qu'il puisse décider de la protection qu'il souhaite. En outre, l'assistance de son curateur est une condition nécessaire. À condition toutefois que le mandat bénéficie à soi-même, car la solution ne serait pas la bienvenue en ce qui concerne le mandant sous curatelle voulant établir le mandat pour autrui : le fait d'être placé sous régime de protection lui interdirait tout établissement d'un mandat pour autrui.

Enfin, la liberté contractuelle ne peut avoir libre cours lorsque le majeur est placé sous tutelle. L'altération grave des facultés mentales ne peut admettre en aucun cas que le majeur puisse se porter mandant pour sa protection. L'altération des facultés mentales ne peut permettre l'établissement d'une protection conventionnelle qui ne saurait écarter le principe de subsidiarité de la protection juridique des majeurs : la protection juridique étant pour l'occasion plus poussée que la protection conventionnelle, la tutelle est une juste limite à la liberté conventionnelle[530].

183. Au final, la liberté contractuelle, combinée à la volonté individuelle, ne peut être remise en cause totalement. Autant elle trouve un terrain d'expression dans les mesures d'assistance et lorsque le mandat est conclu pour soi, autant elle ne peut valoir dans les hypothèses de suspicion d'altération des facultés mentales ou lorsque ces dernières, établies et avérées, demeurent graves et nécessitent une tutelle. La liberté contractuelle n'en est pas moins un mirage lorsque le mandat bénéficie à autrui. Il est nécessaire de mettre de côté cette liberté et mettre en œuvre le régime de protection adapté. La seule volonté des parties et la liberté contractuelle ne saurait porter atteinte aux principes dérogatoires de la nécessité et de la subsidiarité des régimes de protection juridique. Ainsi, la cause médicale justifie que la volonté du majeur soit écartée, s'il est établi que sa volonté est viciée. Sauf qu'il est possible qu'un mandant établisse une convention alors même que, déjà atteint d'une altération de ses facultés, ces dernières n'aient jamais été relevées. Là est une autre question qui altère le principe de sécurité juridique des conventions. Reste à voir la forme du mandat pour voir si la relation contractuelle est fictive ou si la liberté contractuelle est préservée.

[529] V. *supra* n. n° 490, F. Perreau-Billard, art. préc.
[530] C. civ., art. 428.

2) La mise en place d'un *instrumentum* : le consensualisme évincé, la solennité consacrée.

184. Il ne va pas sans dire que le liberté contractuelle n'a pas sa place dès lors que l'on parle de formalisme rédactionnel. En effet, la relation contractuelle entre le mandant et son mandataire ne peut admettre le consensualisme. Le mandat de protection future obéit en conséquence à l'établissement d'un support écrit[531] impérativement. L'éviction du consensualisme au profit de la solennité procède d'un raisonnement logique d'un point de vue juridique : le consentement des parties doit être garanti, tout en assurant leur information et en respectant leur volonté, protéger la sécurité des tiers en veillant à la rédaction du mandat et en assurant la conservation de l'acte. La rédaction d'un mandat notarié est sans aucun doute une garantie de la protection des intérêts de chacun. Par contre, le rédaction du mandat pour soi-même par acte sous seing privé n'est pas sans poser certaines difficultés. Certes, l'avocat devra apposer son contreseing, mais sera-t-il en capacité d'assister à l'échange des consentements des parties, de telle sorte qu'il pourra certifier la bonne forme de leur engagement, ce qui ne relève pas de ses compétences ?

Dans une autre mesure, les parties peuvent s'en référer au modèle pré-établi par le décret du 30 novembre 2007[532], lequel n'impose pas le recours à l'avocat. Remplir le modèle pré-établi produit des effets juridiques. L'*instrumentum* est donc une obligation rédactionnelle dès lors que l'on souhaite mettre en place un mandat pour soi-même. La relation contractuelle ne peut se prévaloir d'une totale liberté contractuelle, puisque le consensualisme est écarté. Et l'éviction du consensualisme se justifie à plus forte raison dans le mandat pour autrui[533].

185. La liberté contractuelle ne trouve pas toujours un terrain d'entente. Le degré d'altération des facultés mentales interdira ou autorisera sous assistance la rédaction d'un mandat de protection future, alors que selon la nature du mandat, sa rédaction, et non sa formation par simple échange des consentements, est une condition de validité formelle. L'instauration d'un *instrumentum* est une condition de garantie des intérêts de chacun. On peut donc dire que la relation contractuelle ne peut justifier totalement la libre expression de la volonté des parties. Si le mandat a été conçu comme le type idéal d'autoprotection, il n'en demeure pas moins qu'il obéit à un formalisme très poussé[534]. Si en droit des obligations, les parties peuvent conclure une convention par simple échange des consentements, suivant la nature du contrat et suivant la valeur de l'objet au contrat, le mandat de protection future proscrit formellement la constitution par consensualisme. La solennité de l'acte justifie le

---

[531] Le mandat pour soi-même autorise deux formes de rédaction : la rédaction par notaire et la rédaction par acte sous seing privé. Si la rédaction par notaire suppose que toutes les formalités légales seront remplies par l'officier public, le formalisme est bien plus astreignant dans l'hypothèse où le mandat est établi en la forme sous seing privé. En effet, il est nécessaire que le mandant et le mandataire contresignent le mandat, outre le signature de l'avocat rédacteur, si ces derniers sont passés par le ministère d'avocat, il s'entend.

[532] D. n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé, JORF n° 0280 du 2 décembre 2007, page 19537, texte n° 7.

[533] L'obligation d'un formalisme est posée à l'article 477 du Code civil, rendant obligatoire la rédaction du mandat pour autrui par acte notarié. La raison en est très simple : le caractère exorbitant de ce type de mandat doit justifier la délivrance d'une information de qualité, la conservation de l'acte, l'assurance de la rédaction de l'acte. Comme le mandat ne peut bénéficier au mandant lui-même, la solennité de l'acte doit apporter toutes les garanties au bénéficiaire qui n'est pas le demandeur à la protection. La protection dont il bénéficiera ultérieurement doit en conséquence être encore plus sécurisée en raison de l'impossibilité pour lui d'exprimer son consentement et sa volonté. La rédaction notariée est une garantie exacerbée du mandat pour autrui.

[534] Dès lors, la liberté contractuelle n'est pas celle du contrat au sens de l'article 1101 du Code civil.

caractère *ad validitatem* et à la fois *ad probationem*, en raison des enjeux personnels, voire financiers, très importants. Il est donc normal de contraindre la liberté contractuelle des parties. Car n'oublions pas que, même si le mandat de protection future obéit au droit commun du mandat, il peut aussi en déroger de par ses effets particuliers. En ce sens, le mandat de protection n'est décidément pas un contrat au sens classique du terme. La liberté que l'on a voulu instaurer dans ce type de protection ne doit pas trouver libre cours malgré la vitrine idyllique qu'elle représente. La réalité juridique est tout autre, et encore faut-il savoir ce que l'on veut : laisser la personne se perdre dans un choix de protection non adaptée à ses besoins, ou la protéger efficacement, en portant atteinte nécessairement à sa liberté contractuelle. Ce dernier point de vue doit prévaloir.

3) L'articulation du mandat de protection future au regard des régimes de protection judiciaire.

186. Le mandat de protection future répond d'une condition d'ordre médical pour être exécuté. L'absence d'altération des facultés mentales interdit sa mise en œuvre, alors que son existence, à condition d'être constatée, doit permettre son exécution. Dès lors que l'on se trouve sur le terrain médical, le mandat de protection future doit fonctionner comme une tutelle conventionnelle, puisqu'un régime de représentation va se mettre en place. Si représentation il y a, les principes directeurs propres aux régimes de protection judiciaire doivent être recherchés pour justifier le fonctionnement du mandat. Ainsi, le principe de nécessité (a) doit caractériser les difficultés du mandant à pourvoir seul à ses intérêts. De la même façon, le principe de subsidiarité (b) doit admettre que les règles du droit commun de la représentation sont insuffisantes afin de permettre au mandant de demander une protection conventionnelle.

Toutefois, quand bien même ces principes amènent à la conclusion que la mesure de protection, quelle qu'elle soit, ne peut qu'être ordonnée, ces derniers ont-il la même portée dans le mandat de protection future qu'ils ne l'ont dans une mesure de tutelle ? Le principe d'autodétermination vient contrecarrer les effets de ces principes, du seul fait de l'aspect conventionnel de la protection. Dès lors, cette protection risque de porter atteinte à la liberté contractuelle du fait de la mauvaise application des principes de nécessité et de subsidiarité. L'étude portant sur le mandat de protection future réalisée par Dominique Fenouillet, et notamment sur le respect desdits principes, n'en est que plus critique et justifiée.

a- Le principe de nécessité.

187. Là où le mandat de protection future accorde une indéniable liberté contractuelle dans le choix de la protection souhaitée, il le réduit en partie à néant dans les principes relatifs à la protection de la personne[535]. Le principe de nécessité ne fait pas exception à la règle. De là à dire que la protection est *« illusoire »,* comme le dit l'auteur ? Cela reste effectivement à démontrer. Mais pour autant, la mise en œuvre du principe de nécessité laisse à désirer. En effet, la loi du 3 janvier 1968, et à plus forte raison, la loi du 5 mars 2007, ont érigé en haut lieu le principe de nécessité. Si la loi du 3 janvier 1968 permettait d'en faire la déduction à travers certaines dispositions du Code civil, le loi du 5 mars 2007 l'a, non seulement renouvelé, mais aussi renforcé. Ce principe répondait du besoin pour la personne d'être

[535] V. *supra* n. n° 485, D. Fenouillet, art. préc.

protégée et de l'établissement de l'altération des facultés mentales ou des facultés corporelles empêchant l'expression de la volonté[536].

188. D'un point de vue substantiel, le principe de nécessité semble en effet respecté : il suffit que la personne ne puisse plus gérer elle-même ses affaires pour que le principe de nécessité soit mis en œuvre. Le mandat prendra effet dès lors que le personne n'est plus en état de s'autogérer. Mais une réserve demeure : l'impossibilité pour la personne de pourvoir seule à ses intérêts doit être corroborée par un certificat médical attestant de cette impossibilité. La condition de fond du principe de nécessité n'est qu'une condition factuelle. Or, une condition factuelle ne peut permettre à elle seule la justification de la mise en œuvre d'une mesure de protection quelle qu'elle soit. Il faut soit une condition juridique, soit une condition médicale qui établira que l'impossibilité de pourvoir à ses intérêts est une réalité. Et c'est dans ces conditions que le principe de nécessité n'est pas complètement effectif.

189. La preuve est ainsi extrêmement réduite : si les régimes de protection judiciaire exigent un certificat médical circonstancié[537], ce n'est pas le cas pour le mandat de protection future[538]. La conséquence est la suivante : le médecin inscrit établira un certificat sans indiquer le réel degré d'altération des facultés de la personne[539]. Cette absence du caractère circonstancié est une gageure : admettre que le certificat puisse se contenter d'être établi par un médecin inscrit peut amener le mandant à commettre de graves erreurs de choix. Son altération peut être effectivement une réalité, il n'en demeure pas moins que si l'on se contente de dire que le mandant peut voir le mandat être mis en œuvre, c'est se tromper lourdement. Sans déterminer le degré réel de la perte de lucidité, comment prévoir une protection nécessaire à cette dernière ? Le principe de nécessité est tout simplement appliqué de manière désinvolte et sans réel fondement médical[540]. Il conviendra d'espérer que certains médecins aillent au-delà de ce qui leur est demandé afin d'avoir une expertise très précise.

190. De manière formelle, le principe de nécessité est littéralement bafoué. Le juge des tutelles n'est nullement saisi en ce qui concerne la mise en œuvre du mandat ; seul le greffier est amené à être saisi[541]. Dans ces conditions, comment le juge des tutelles peut contrôler la nécessité de protéger la personne s'il ne peut être saisi en dehors de toute contestation, tel que cela se fait au regard d'un régime de protection, alors même qu'il ne ressort pas de la compétence du greffier de constater le principe de nécessité[542] ? Il est certain que le principe de nécessité n'est en aucun point respecté quant aux dispositions formelles. Le juge ne pourra

---

[536] Cette appréciation de la nécessité de protéger un majeur résulte de son audition lors de laquelle le juge des tutelles peut effectivement s'apercevoir de la pathologie décrite dans le certificat médical.

[537] Comme le prévoit l'article 431 du Code civil.

[538] L'article 481 du Code civil dispose que le certificat médical, sans préciser qu'il soit circonstancié, doit être produit au greffe, tant qu'il est établi par un médecin inscrit sur la liste établie par le procureur de la République. En définitive, il suffit que le médecin soit inscrit sur cette liste pour que le certificat soit reçu valablement par le greffe, sans qu'il n'y ait à se soucier du caractère circonstancié ou non. Seule la date d'établissement restera à apprécier.

[539] Du moment que le médecin indique que la personne se trouve dans les conditions de l'article 425 du Code civil, il semble impossible d'aller à l'encontre du certificat médical.

[540] Il apparaît en outre que le principe de proportionnalité n'est pas non plus respecté, car l'absence de caractère circonstancié ne permettra pas de vérifier si le mandat est la mesure la plus adaptée au profil de la personne, ou si un autre régime eût été plus adapté en lieu et place du mandat. Cette limite traduit cependant la volonté du législateur de ne pas révéler l'état de santé du mandant à des personnes extérieures à la mesure. Cependant, la solution ne paraît pas adaptée, car à trop vouloir respecter la liberté de la personne, on en oublie sa protection.

[541] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., pp. 76 à 79.

[542] Étant précisé que selon les statuts, le rôle du greffier est d'assister le juge et de vérifier la conformité de la procédure ; son rôle n'est donc pas d'apprécier la substance même.

entendre la personne à protéger et ne pourra en conséquence se rendre compte effectivement de l'altération des facultés de la personne.

191. Et l'atteinte au principe de nécessité n'en est que sublimée au regard de la durée : le mandat n'est soumis à aucune condition de durée. La remise en cause n'est donc pas l'apanage du mandat, puisqu'il maintient en l'état un ordre établi[543]. Dans le mandat dit classique, rien de tout cela, car dans toute convention, un terme est prévu. Sauf si le mandant recouvre ses facultés personnelles, le mandat se poursuivra tant qu'aucun événement ne justifie sa cessation. Si aucune initiative de la part du mandant, ou même du mandataire, ne s'oriente vers l'établissement d'un nouveau certificat médical permettant le constat du recouvrement des facultés mentales du mandant, il y a fort à craindre que le mandat produise des effets qui soient totalement inadaptés à la situation familiale ou patrimoniale du mandant. Donc, sur cet aspect, on ne peut pas dire que le mandat de protection future remplisse pleinement les conditions du principe de nécessité, et que ce dernier soit en totalité respecté.

192. Cette limitation des effets du principe de nécessité trouverait justification selon les avantages que le législateur a voulu instaurer : *« la discrétion quant à la mise en œuvre du mandat, ou quant à l'état de santé du mandant »*[544], doivent permettre aux familles de *« mettre en œuvre le mandat au moment opportun »*[545]. On peut douter de la volonté du législateur, car la simplification de l'appréciation du principe de nécessité n'écartera pas tout litige rencontré dans l'exécution du mandat. La révocation de la convention par le juge des tutelles pourrait donc intervenir sur signalement des parties, ou si le mandant parvient à établir qu'il a recouvré toute sa lucidité[546].

193. Contrairement au principe de nécessité que l'on retrouve pour les régimes de protection judiciaire, le principe de nécessité dans le mandat de protection future semble insuffisant, faute sans doute au trop grand libéralisme que le législateur a voulu accorder à la volonté du mandant. Si bien que lorsque le principe trouve une application conforme aux dispositions de la loi du 5 mars 2007 au regard de la substance, la forme et la preuve de l'insanité viennent réduire à néant les effets du principe de nécessité. Le juge des tutelles ne peut se faire une idée précise de l'altération des facultés de la personne, alors que le certificat médical ne précisera pas suffisamment ce degré d'altération. Dans ces conditions, comment peut-on affirmer que le mandat de protection future apparaît comme une mesure de protection idoine et conforme à l'intérêt de la personne si le juge des tutelles ne peut se prononcer sur la nécessité de placer sous protection ou de confirmer la mise en œuvre du mandat de protection future ? Sa saisine n'étant possible qu'en cas de difficulté rencontrée dans l'exécution du mandat, il est donc peu convaincant que le principe de nécessité garantisse la pleine efficacité du mandat. Et la même question vaut pour le principe de subsidiarité.

---

[543] Or, l'on sait que la tutelle ou la curatelle doivent faire l'objet de révision chaque fois que nécessaire, et au pire, avant l'arrivée du terme de la mesure.

[544] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 82.

[545] V. *supra* n. n° 485, D. Fenouillet, art. préc.

[546] On pourra toutefois objecter que la sauvegarde de justice suppose la même procédure : l'article 434 du Code civil dispose que la déclaration médicale établissant la nécessité de placer la personne sous sauvegarde de justice doit être adressée au procureur de la République selon les conditions de l'article L. 3211-6 du Code de la santé publique. Seulement, la sauvegarde de justice n'est qu'une mesure temporaire, et le juge des tutelle peut la lever à tout moment. En outre, la sauvegarde de justice ne préjudicie en rien sur la capacité du protégé, lequel peut toujours agir en son nom propre, alors que le mandant, une fois le mandat mis à exécution, se fera représenter dans tous les actes définis par la convention. Dans ces conditions, le principe de nécessité ne permet pas d'adapter le mandat à la situation de la personne, puisqu'il ira même au-delà de ce que la protection donne au mandant.

b- Le principe de subsidiarité.

194. Le principe de subsidiarité est-il mieux respecté que le principe de nécessité ? Rien n'est moins sûr. La subsidiarité suppose que lorsque les règles du droit commun de la représentation ou les régimes matrimoniaux suffisent à protéger la personne, la mise en œuvre d'une mesure de protection doit être écartée, et dans le pire des cas, si mesure de protection il y a, il est toujours de rigueur de choisir le régime le moins contraignant et le plus adapté au profil de la personne[547]. Visiblement, dans le mandat de protection future, le principe de subsidiarité s'efface. Dans la logique d'interprétation, le juge des tutelles ne doit pas prononcer de placement sous protection judiciaire en raison de l'instauration d'un mandat de protection future, la protection conventionnelle étant prééminente sur la protection judiciaire[548]. Mais le principe de subsidiarité paraît largement insuffisant au regard des conditions de mise en œuvre du mandat de protection future[549].

195. À certains égards, la mise en œuvre du mandat sera à la fois *« trop souple »* ou *« trop stricte »*[550]. Dans ces conditions, il sera difficile de faire jouer valablement le principe de subsidiarité.

196. *« Trop souple »* d'une part, car l'insuffisance avérée de la protection par convention doit conduire le juge des tutelles à prononcer la révocation du mandat au profit d'une mesure judiciaire[551]. En principe, le mandat doit prendre fin ou être écarté si l'on en

---

[547] Eu égard au principe de proportionnalité : *cf* C. civ., art. 428, al. 2.

[548] A.-M. Leroyer, « Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », RTD Civ., 15 juin 2007, n° 2, pp. 394 et sui.

[549] V. *supra* n. n° 485, D. Fenouillet, art. préc.

[550] *Ibid*.

[551] Le mandat de protection future doit être écarté s'il apparaît insuffisant à pourvoir aux intérêts du mandant. Dès lors qu'il est conclu, sans être activé, la mesure de protection sera préférée, sauf décision contraire du juge de maintenir le mandat. Le premier arrêt portant sur le mandat prévoit justement que le mandat de protection ne pouvait se maintenir : *cf* Civ. 1ère, 12 janvier 2011, n° 09-16.519, Bull. Civ. I, n° 11, *D*. 2011, 1204, obs. D. Noguéro ; *ibid*. 2501, obs. J-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; AJ fam., 2011, 110, obs. Th. Verheyde ; RTD Civ., 2011, 323, obs. J. Hauser ; Defrénois 2011, 690, n. J. Massip ; JCP 2011, 691, obs. N. Péterka ; Dr fam., 2011, n° 42, obs. I. Maria ; JCP N 2011, 1115, n. Boulanger. La Cour a ainsi considéré que le mandat ne pouvait suffisamment protéger le majeur et que seule une mesure de curatelle s'avérerait efficace. La Cour a repris l'esprit du texte (C. civ., art 477) en écartant le mandat simplement conclu mais non activé. Dans un autre temps, la Cour d'appel de Paris a préféré faire valoir l'application du mandat de protection future, étant précisé qu'elle a considéré que le mandat était suffisamment protecteur. Elle a donc écarté l'instauration d'une mesure de tutelle qu'avait ouverte le juge des tutelles : *cf* Paris (CA), 14 janvier 2013, n° 12/03648, AJ fam., 18 septembre 2013, n° 9, p. 509, obs. J. Massip ; *D*. 2013.2196, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; Dr. Fam., 2013, comm, 61 ; RTD Civ. 2013, 576, obs. J. Hauser. Il convient de rajouter que le mandat, conclu par les parties, n'était pas encore activé, et que la Cour d'appel de Paris, en infirmant la décision d'ouverture d'une tutelle, a invité le mandataire à faire activer le mandat auprès du greffe. Dans une autre espèce similaire à l'arrêt du 12 janvier 2011 précité, la Cour de cassation a écarté le mandat de protection future, non activé, en raison de son insuffisance. Ceci traduit par ailleurs la mise en œuvre du principe de subsidiarité dans le cadre du mandat de protection future : *cf* Civ. 1ère, 29 mai 2013, n° 12-19.851, inédit, *D*. 2013, 1815, n. D. Noguéro ; *ibid*, 2196, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M . Plazy ; AJ fam., 18 septembre 2013, 510, obs. Th. Verheyde ; RTD Civ., 2013. 576, obs. J. Hauser : *« Mais attendu qu'en application de l'article 483, 2°, du Code civil, le mandat de protection future mis à exécution prend fin par le placement en curatelle de la personne protégée sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure […] »*. Dans une autre espèce, la Cour d'appel de Douai a proposé une solution particulière qui paraît dénaturer les textes. Ainsi, elle a préféré faire prévaloir la mesure de protection juridique en lieu et place d'un mandat déjà mis en oeuvre qu'elle a par ailleurs écarté. Et pour faire valoir le mandat de

croit les textes en cas d'insuffisance de la protection projetée. Mais le juge pourra suspendre le mandat le temps que durera le régime de protection qu'il aura prononcé, ou bien le maintenir en parallèle du nouveau régime de protection. Sur cette base, le principe de subsidiarité n'est pas totalement respecté. Le mandat qui présenterait certaines faiblesses peut être assorti d'une mesure de protection complémentaire, permettant de sauvegarder le mandat. Dans ces conditions, le principe de subsidiarité est en partie sauvé, car le principe voulant que la fin du mandat survienne aux premiers constats de ses insuffisances, ne permet plus de faire jouer la protection conventionnelle en lieu et place de la protection judiciaire. Le passage de l'un à l'autre est donc trop large et ne permet pas de garantir une protection efficace. Enfin, *« trop stricte »*, car selon l'article 428 du Code civil, le juge ne peut ouvrir de mesure judiciaire que *« s'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne [...] par le mandat de protection future conclu par l'intéressé »*. Cette disposition n'est pas sans poser problème : le juge des tutelles ne peut pas vérifier si le mandat paraît suffisant à la protection des intérêts du mandant. Il ne le peut pas car les diligences accomplies au sein du greffe sont du ressort du mandataire dans un premier temps, ce dernier devant indiquer en cours de mandat que la protection conventionnelle ne permet pas de pourvoir aux intérêts de la personne[552].

197. Qu'en est-il de la subsidiarité face à des mesures moins contraignantes ? En certaines occasions, le principe de subsidiarité est purement et simplement écarté, voire inexistant : la volonté du mandant étant visiblement sacrée, la représentation qu'instaure le mandat équivaut à ce que ni une curatelle ni une sauvegarde de justice ne puissent prévaloir sur le mandat, alors que ces deux mesures instaurant, pour l'une une assistance, pour l'autre, une représentation partielle, sont inférieures en terme de gravité que ne l'est le mandat qui instaure un régime de représentation totale. La liberté des parties écarte tout régime aux effets moins contraignants pour le mandant. Il est clair que la subsidiarité n'est même pas une *« illusion »*. Par contre, la subsidiarité prévaut à part entière dès lors que les règles du droit commun de la représentation ou les régimes matrimoniaux sont insuffisants. Dans ce cas, le mandat ne pourra prendre effet et sera remplacé par une mesure de tutelle ou de curatelle.

198. On sait que la mandat de protection future prévaut sur toute mesure de protection judiciaire, en raison du principe de subsidiarité. À moins toutefois que le mandat soit inadapté aux besoins du majeur et qu'il soit révoqué par le juge au nom dudit principe, le mandat s'appliquera conformément à la volonté du majeur. Cependant, qu'advient-il du mandat

---

protection future en lieu et place de la mesure de protection, le mandataire s'est vu signifier l'obligation d'en demander la mainlevée. La Cour d'appel de Douai a donc rendu une décision prétorienne puisque le visa de l'article 477 du Code civil n'impose pas que le mandat soit activé pour être écarté, mais simplement conclu. Or, ladite Cour retient la thèse du mandat déjà activé qui ne pourra être mis en œuvre qu'à la seule condition d'obtenir la mainlevée de la mesure de protection juridique. Cette solution s'oppose à celle de la Cour d'appel de Paris (préc.) qui se limite à la lettre du texte : pour écarter le mandat, il suffit qu'il soit conclu, il sera écarté s'il est insuffisant, il sera mis en œuvre s'il apparaît suffisamment protecteur. La Cour d'appel de Douai ne va donc pas dans ce sens, ce qui n'incite pas forcément le mandataire à demander la mainlevée pour appliquer le mandat de protection future : *cf* Douai (CA), 7 juin 2013, n° 13/00491, AJ fam., 21 novembre 2013, n° 11, p.641, obs. J. Massip.

[552] C'est donc pour motifs d'insuffisance que le juge des tutelles aura à se prononcer sur le choix d'un régime de protection. Et il ne sera pas possible de procéder autrement. Le rôle du juge des tutelles, dans ce cas, ne sera pas de vérifier si, effectivement, le mandat ne protège pas assez les intérêts du mandant. Il est donc facile de dire que le principe de subsidiarité n'a pas grande importance dans ce cadre. Le juge, qui ne peut vérifier le caractère réellement protecteur du mandat, ne pourra pas se prononcer efficacement sur le choix d'un régime de protection adapté au profil de la personne. Le principe de subsidiarité ne peut donc apporter de sérieuses garanties quant à la mise en œuvre d'une mesure de protection adaptée.

lorsque celui-ci, conclu après une demande de placement sous tutelle, se trouve en concurrence avec un désistement du demandeur à l'action ? La réponse pourrait être simple et ne pas prêter à discussion, mais elle a effectivement donné à discussion[553]. Le litige ne pose pas de difficultés en tant que tel : la requérante souhaite placer sa mère sous protection, mais cette dernière s'empresse de conclure un mandat de protection future (aux fins de protection de ses patrimoines professionnel et personnel et dont la gestion serait confiée à son avocat). La requérante adresse au juge des tutelles un désistement d'instance aux motifs que le mandat de protection future conclu par sa mère a été mis à exécution. Le tribunal d'instance saisit la Cour de cassation pour avis aux fins de confirmer le désistement de la requérante[554].

La réponse de la Cour de cassation est celle-ci : le désistement du requérant permet de mettre un terme à la procédure et par conséquent, de faire valoir la mise en œuvre du mandat (réponse à une question dite *« sans objet »* selon la Cour de cassation en raison de la réponse à la première question). Cette réponse est sans doute lapidaire et ne convient pas à la doctrine, mais la réalité juridique impose ce type de réponse. En effet, le législateur ne fait-il pas prévaloir la convention sur la protection classique ? Dès lors que le mandat paraît suffisant pour pourvoir aux intérêts du majeur, on ne saurait remettre en cause le mandat en le suppléant par une mesure de protection. Faire valoir le principe de subsidiarité ne vaut que si le mandat est insuffisant dans l'étendue de sa protection. La question de l'insuffisance du mandat n'a pas été posé en l'espèce et les juges de la Cour de cassation ont simplement rendu un avis conformément à la loi à et à la procédure civile. Pourquoi remettre en cause le mandat alors même que la requérante ne le contestait pas ? Pourquoi son désistement, dans ce cas, si elle partait du principe que le mandat apparaissait comme plus conforme à l'intérêt de sa mère qu'une mesure de tutelle ne saurait l'être ? Du moment que le requérant se désiste et que, conformément au Code de procédure civile, le majeur à protéger indique accepter le désistement du requérant, la difficulté ne se pose plus. La procédure voit son terme et le mandat de protection continue de produire effet.

Ce n'est pas tant la solution qui pose problème, mais la manière dont répond la Cour de cassation. Que l'avis soit critiquable est une chose, notamment en affirmant que la seconde question est sans objet au regard de la réponse à la première question. Mais pourquoi serait-il critiquable, du moins sur le plan juridique ? Le législateur de la loi nouvelle a voulu faire de la protection conventionnelle une protection supérieure qui a la primauté sur la protection dite subsidiaire. Du moment que le mandat est conclu, mis à exécution et jugé suffisant pour protéger le majeur, on ne saurait aller à l'encontre de ce dernier. Quand bien même la réponse donnée par la Cour ne témoigne pas d'une grande réflexion, on ne peut que se soumettre à cette réponse, même si la forme n'est pas la meilleure qu'ait adopté la Cour de cassation. Il n'empêche, il n'y a pas tant à discuter le fondement de l'avis de celle-ci. Le législateur s'est inscrit dans une démarche volontariste de la protection des majeurs, voilà une position que chacun doit assumer, quand bien même la réponse ne saurait satisfaire une partie de la

---

[553] Cass. avis, 20 juin 2011, n° 11-00.007, Bull. Avis, n° 9, *D.* 2011. 1771 ; AJ famille 2011. 377, obs. Th. Verheyde ; J. Hauser, RTD Civ. 14 octobre 2011, n° 3, p. 512, « Privatisation procédurale de la protection des majeurs sans bémol », LPA, 22 juillet 2011, n° 145, pp. 10 et sui., obs. D. Noguéro.

[554] Deux questions lui sont posées :

- En premier, d'un point de vue procédural, il convient de déterminer si le désistement du requérant a pour conséquence l'extinction de plein droit de l'instance devant le juge.

- En second, il faut savoir si l'engagement d'une procédure, en vue d'une mesure judiciaire, permet d'écarter le principe de subsidiarité donnant normalement priorité à la mesure conventionnelle, lorsque le majeur concerné a indéniablement ses facultés personnelles altérées lors de la signature du mandat, au point de justifier une tutelle, et n'a pas souhaité sa représentation pour la gestion de ses affaires, ignorant même l'organisation résultant du mandat.

doctrine. Celle-ci a voulu la protection volontaire, elle l'a eue. Maintenant, elle doit l'accepter comme telle, même si les avis des juges du droit ne sont pas aussi fournis sur le plan juridique[555].

199. Pour peu que le principe de subsidiarité s'applique, il est aussitôt contrebalancé par des imprécisions d'application : soit écarté, soit mis en jeu, la fluctuation du principe dans le cadre du mandat de protection future a de quoi dérouter, tant son application ne permet pas d'affirmer qu'il est un des principes directeurs du mandat. Autant la subsidiarité joue pleinement dans les régimes de protection, au même titre que le principe de nécessité du reste, autant dans le mandat de protection future, son appréciation est fonction de certains cas.

En effet, soit il produira ses effets, soit il n'en produira pas. L'articulation de ces principes qui se dégage du mandat de protection future démontre clairement que la volonté des parties, associée à leur liberté contractuelle, fait largement péricliter l'appréciation classique de l'instauration d'un régime de protection. Dans ce cadre, les données sont claires : le principe de nécessité entraîne de lui-même le principe de subsidiarité, et en conséquence, le régime de protection dépend de la combinaison de ces principes. Mais dans le mandat de protection future, on peut ne trouver que l'un de ces principes, voire même aucun. Le mandat ne dépend donc pas de ces principes, ce sont ces derniers qui restent conditionnés par la nature du mandat. De par sa nature particulière, ces principes seront écartés ou non, selon le cas d'espèce dans lequel on se situe. Mais ce qui est certain, c'est le défaut de réelles garanties quant au respect de ces principes. En effet, ces derniers permettent le choix ou non d'un régime de protection, si le mandat de protection future est suffisant ou non. Pour le mandat de protection future, ce n'est pas le cas. Le fait de faire prévaloir la liberté contractuelle n'est pas un gage de réussite de la mesure, alors que les principes directeurs doivent écarter le mandat s'il est insuffisant. Dès lors, c'est toute la matière qui reste sujette à caution.

C- La sécurité juridique relative à l'élaboration du mandat de protection future.

200. La sécurité juridique dans le mandat de protection future peut s'apprécier soit au moment de son élaboration, soit après sa mise en œuvre[556]. Ainsi, la force obligatoire du mandat est renforcée à l'égard des parties. Bien qu'élaboré, le mandat peut ne jamais être mis en œuvre, malgré l'altération future des facultés mentales du mandant. Il est possible que la modification du mandat, ou sa révocation, se produisent. Que l'acte soit établi par acte authentique ou par acte sous seing privé, le mandant peut modifier le contenu du mandat ou procéder purement et simplement à sa révocation. La seule volonté de la partie mandante prévaut. Cette solution est pour le moins la bienvenue. Tant que l'altération des facultés mentales ne s'est pas produite, le mandant demeure libre de moduler la protection qu'il souhaite, ou bien la supprimer s'il estime ne plus vouloir bénéficier des effets du mandat de protection future et se raccrocher à une décision ultérieure du juge des tutelles.

201. La sécurité juridique qui se superpose à la rédaction du mandat pose toutefois une difficulté en termes d'aménagement pratique. En effet, la modification doit intervenir *« dans les mêmes formes »*[557]. Seulement, si la modification doit faire l'objet d'une notification, cette dernière n'est pas complètement prévue pour le mandat établi sous seing privé. L'article 492

[555] L'article 428 du Code civil étant d'interprétation stricte quant à l'application du principe de subsidiarité, il n'y a pas lieu à disserter. Le mandat prévaut sur la protection juridique, point final. S'il suffit à protéger efficacement, dont acte. Si le contraire est de mise, on peut contester.

[556] On se limitera à ce moment de l'étude au principe de sécurité juridique lors de l'élaboration du mandat.

[557] Comme le prévoient les articles 489 et 492 du Code civil.

du Code civil ne prévoit pas la notification au mandataire, encore moins celle à l'avocat qui aurait contresigné le mandat. Inutile de préciser que la personne chargée de contrôler le mandataire n'est pas visée pareillement. Si la relation contractuelle classique impose que toutes les parties soient avisées de la modification du contenu du contrat[558], et quelle qu'en soit sa portée, la réalité est autre dans le mandat de protection future sous seing privé. La modification pourra intervenir à l'initiative du mandant sans que les autres parties à la convention n'en soient informées.

Il est à craindre un défaut d'information, alors que ce devoir d'information est une condition élémentaire de tout contrat. En outre, si le mandant ne peut plus exprimer sa volonté, le défaut d'information n'en sera que plus manifeste. Le mandat de protection future peut être analysé comme un contrat consensuel impliquant l'échange réciproque des consentements. Au demeurant, tant que le mandat n'a pas pris effet, chaque partie peut remettre en cause l'accord donné à la convention. Dans le cadre d'un mandat de droit commun, il serait possible que le mandant ou le mandataire demandent la révocation du mandat, mais seulement après sa mise en œuvre. Dans le mandat de protection future, on sait que les effets n'interviennent qu'à compter de la constatation médicale de l'altération des facultés mentales[559]. Les effets ne se produisent pas dès lors que le mandat a été conclu, quelle qu'en soit sa forme et sa nature. C'est en raison du régime juridique particulier du mandat de protection : la libre révocabilité de la convention peut intervenir entre le moment de la conclusion du mandat et sa mise en œuvre, alors que dans le mandat de droit commun, elle ne pourrait intervenir qu'après sa mise en œuvre.

C'est pourquoi, jusqu'au constat médical de l'altération des facultés mentales, le mandant ou le mandataire ont chacun la possibilité de renoncer à la convention. Par contre, la mise en œuvre du mandat interdit toute libre révocabilité, même une simple modification. Le juge des tutelles doit être saisi aux fins d'autorisation à révocation du mandat, traduisant par ailleurs les limites de la volonté individuelle.

202. Il faut espérer qu'en cas de survenance de cette situation, le mandant aura le souci de notifier à sa propre initiative les clauses modificatives du mandat, ou même sa révocation. En tout cas, il est nécessaire d'aménager le reprise du consentement des parties car, n'oublions pas, un vice du consentement pourrait toujours être invoqué par la partie non informée.

---

[558] Notamment lorsque la modification concerne l'avenir. En effet, l'équilibre contractuel peut être rompu et créer un désavantage au détriment de l'une des parties. La théorie de l'imprévision admet donc, à titre d'exception, la révision de la convention afin de sauvegarder l'équilibre contractuel. Si le droit des contrats l'admet dans certains cas, le mandat de protection future l'autorise hors de tout cadre informationnel. Ainsi, les tiers au mandat peuvent contracter avec le mandataire sans connaître pour autant toute modification intervenue en amont de l'exécution du mandat. Mais le principe contractuel veut que l'on ne révise pas le contrat, seulement qu'on tienne compte des nouvelles circonstances de l'espèce. V. en ce sens Civ. 1ère, 8 mars 1876, arrêt dit *« Canal de Craponne »*, *D.* 1876.I.193, *Grands arrêts* n° 165. Le juge peut réviser exceptionnellement le contrat, mais l'effet d'une loi d'application immédiate, ou encore les parties, peuvent aussi modifier le contrat. La loi peut modifier un contrat en cas de bouleversement économique, les parties le peuvent aussi dans tout domaine par avenant.

[559] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 70.

II) Le contenu juridique du mandat de protection future.

203. Le contenu du mandat de protection future répond de trois objets bien précis, mais de portée variable : ce contenu sera déterminé en fonction de la nature et de l'étendue de la protection dont souhaitera bénéficier le mandant (A) et des modalités de contrôle de la mise à exécution du mandat (B). Ces deux dispositions sont essentielles quant à la détermination de la portée du mandat.

A- La détermination de la nature et de l'étendue de la protection.

204. La protection vaut aussi bien pour le majeur qui agit dans son intérêt que pour l'enfant handicapé. Par commodité, on considérera que le mandant agit dans son intérêt propre.

205. Le mandant dispose d'un choix triple : la protection peut porter sur son patrimoine seulement, ou bien sur l'aspect purement personnel, ou encore, la protection peut résulter d'une combinaison de la protection personnelle et patrimoniale[560]. Ce choix est à mettre en parallèle des régimes de protection judiciaire[561]. On observe donc un parallélisme des formes, ce qui laissera augurer d'une certaine articulation entre les deux types de protection. En outre, pour confirmer que le mandat préventif obéit au droit commun du mandat, ce premier, selon l'article 1987 du Code civil, par renvoi à l'article 478 du même code, peut être établi de manière générale et s'appliquera à l'ensemble de la protection, alors qu'il pourra pareillement être établi en la forme spéciale et s'appliquer à un acte particulier[562].

206. Le mandat de protection future peut comporter des dispositions propres à la protection du patrimoine du mandant. C'est ici le principal domaine de protection. L'article 479 du Code civil en est pour le moins révélateur : sans même indiquer textuellement que la protection peut porter sur l'aspect patrimonial, il se déduit de sa simple lecture que la protection personnelle n'arrive qu'en second choix[563] : *« lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne [...] »*. Cette rédaction laisse un doute quant à la véritable portée de la protection de la personne par convention. Non seulement, la protection patrimoniale s'analyse par déduction des dispositions de l'article précité, mais en plus, elle passe en priorité sur la protection personnelle, ce qui révèle *« sa teinture nettement patrimoniale »*[564].

Le mandat de protection future serait-il une manière de contrôler le patrimoine de la personne, mais en lui laissant le soin de déterminer elle-même les modalités de cette protection ? Dès lors, ne crée-t-on pas l'apparence d'une protection décidée en son *for* interne, mais qui, dans tous les cas, échappera à la personne mandante, puisqu'elle ne pourra plus être amenée à gérer ses intérêts ? On ne peut donc pas dire que l'intérêt purement personnel soit prégnant, puisque le patrimoine passe une fois de plus avant toutes considérations relatives à la personne du mandant.

---

[560] V. *supra* n. n° 516, F. Perrotin, art. préc. ; E. Delouis, « Le mandat de protection future, le point sur la mise en œuvre d'un contrat très attendu », LPA, 4 novembre 2010, n° 220 ; J. Klein, « Le mandat de protection future enfin opérationnel », *in* Dossier, La réforme des tutelles, les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 56.

[561] V. *supra* n. n° 560, E. Delouis, art. préc., p. 29. Les articles 415 et 425, alinéa 2, du Code civil disposent que la protection peut porter sur l'un de ces éléments ou bien sur l'ensemble.

[562] V. *supra* n. n° 560, E. Delouis, art. préc., p. 31.

[563] V. *supra* n. n° 497, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc., § 18.

[564] Th. Fossier, « Le droit des tutelles après la réforme : nouvelle branche du droit social ? », RD. Sanit. Soc., 16 juillet 2007, n° 4, pp. 672 et sui.

207. Si l'on fait le rapprochement avec la loi du 3 janvier 1968, la protection patrimoniale était l'essence même, témoin la curatelle pour prodigalité, spécialement créée pour protéger les intérêts patrimoniaux. Bien que la protection de la personne fît partie des régimes de protection juridique, elle n'était visée qu'à l'article 490 ancien du Code civil, la protection patrimoniale étant visait à l'article 488 ancien du même code. Il se dégage de l'appréciation de la protection patrimoniale le même sentiment que pour la protection instaurée sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968. La protection patrimoniale est le leitmotiv du mandat de protection future, la protection personnelle apparaissant comme un incident relatif à la protection. On ne saurait dire que le mandat de protection future a été mis au jour selon le postulat de maintenir sous une autre forme l'esprit de la loi du 3 janvier 1968. Mais la question mérite une réponse claire : peut-on avoir la certitude de pouvoir être réellement maître de la protection que l'on souhaite au niveau patrimonial ? La simple mise en œuvre du mandat, du fait de l'altération des facultés mentales de la personne, suffit amplement à l'empêcher de gérer ses biens, et à plus forte raison, d'en exercer le contrôle. Alors, bien sûr, le mandant peut aussi prévoir les modalités de contrôle, mais sera-ce suffisant pour garantir la protection qu'il souhaite ? Des garde-fous existent, mais cet aspect n'en appelle pas moins à critiques.

208. Quoi qu'il en soit, la protection patrimoniale peut s'apprécier selon le support juridique du mandat[565]. Et là encore, certains aspects ne manquent pas de laisser perplexe quant à la protection du patrimoine. Si le mandant a établi le mandat sous la forme d'un acte sous seing privé, la protection patrimoniale va connaître certaines limites dans son étendue. En effet, la gestion patrimoniale restera cantonnée au domaine des actes d'administration. Seuls les actes de gestion courante et de conservation sont concernés par cette limite. D'une manière générale, le mandataire sera limité à la réalisation des actes qu'un tuteur pourrait faire sans autorisation du juge des tutelles. Si le patrimoine de la personne est de faible consistance, le seul recours à la gestion des actes d'administration et de conservation ne sera pas une difficulté en soi ; de même s'il existe des biens immobiliers dont il n'y a pas nécessité à engager des actes de disposition. Seulement, lorsque la nécessité impose la réalisation d'un acte de disposition, comment le mandataire est-il amené à agir s'il ne peut réaliser que les actes pour lesquels le juge des tutelles n'a pas à donner son autorisation ? C'est là la limite du mandat sous seing privé.

209. Le mandat notarié offre de plus grandes garanties[566]. Mais quand on connaît la consistance d'un patrimoine, le principe de sécurité juridique n'impose-t-il pas de recourir au mandat notarié, alors que l'on sait pertinemment que dans l'hypothèse de la réalisation d'un acte de disposition dans le cadre d'un mandat sous seing privé, le recours au juge des tutelles sera, non seulement obligatoire, mais en plus, une perte de temps considérable, alors que l'urgence pourrait se faire pressante ? C'est bien pour cette raison que le mandat sous seing privé doit rester dans un cadre où la consistance d'un patrimoine ne donnerait pas lieu à l'accomplissement d'actes de disposition.

210. Le problème de la gestion financière relève de la même difficulté. Le recours au mandat établi en la forme authentique présente sans doute un attrait plus grand. L'article 490 du Code civil rajoute, aux actes de conservation et d'administration, les actes de disposition. Le mandataire pourra accomplir tous les actes du patrimoine qu'il peut accomplir avec ou sans autorisation du juge des tutelles. Ainsi, les actes de disposition à titre gratuit, dès lors que l'autorisation du juge des tutelles est donnée au préalable[567], peuvent être accomplis par le

---

[565] V. *supra* n. n° 498, Ph. Reutin, art. préc.

[566] V. *supra* n. n° 490, F. Perreau-Billard, art. préc. Les plus grandes garanties concernent la réalisation des actes patrimoniaux.

[567] *Ibid ;* v. *supra* n. n° 586, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 137 et 138. Sur les actes de donation et la rédaction d'un testament par le majeur, *cf* Fr. Sauvage, « Fiche

mandataire qui ne serait pas le notaire désigné en cette qualité. Si le notaire est en même temps l'exécutant, il n'aura nullement besoin de l'autorisation du juge des tutelles, mais cela n'est pas sans poser de difficultés quant au rôle ambigu que peut avoir le notaire en la circonstance. Le mandataire autre qu'un notaire ne peut ainsi être investi de tous les pouvoirs procédant de la volonté seule du mandant. Le mandat reste un contrat relatif à la protection, et non un acte de liberté.

Mais la possibilité de passer des actes de disposition à titre gratuit, sous couvert de l'autorisation du juge des tutelles, n'est pas sans risque. Quelle est la notion précise des actes de disposition à titre gratuit, et quels actes en pratique recoupent-ils ? Ces actes correspondent en réalité aux actes de donation sous toutes leurs formes, tels que les dons manuels, les donations indirectes ou déguisées, ou encore les donations notariées[568]. Quant au testament, il constitue un problème sérieux, aucun texte n'ayant prévu l'hypothèse suivante : le mandant peut-il être autorisé par le juge des tutelles à établir lui-même son testament[569] ? À l'évidence, la loi n'a pas expressément prévu cette hypothèse, laissant augurer au demeurant un vide juridique assez fâcheux. Lesdites dispositions s'appliqueront-elles par analogie au mandat de protection future mis à exécution ? Il est certain que le cas qui se présentera fera sans doute jurisprudence. Un juge des tutelles saisi de cette question devra, soit autoriser la personne à rédiger son testament, soit le lui interdire en dehors de l'assistance de son mandataire. Mais une chose est sûre, un conflit est à envisager dans l'hypothèse où le mandant ne pourrait établir son testament. Dans le pire des cas, pour rejoindre l'idée de la réalisation d'actes de disposition à titre gratuit, il serait admis que le mandataire puisse recevoir l'autorisation du juge des tutelles pour rédiger le testament au nom du mandant. Mais dans ce cas, les conditions relatives au contrôle de l'activité du mandataire doivent être absolument drastiques pour empêcher toute forme d'abus[570].

---

pratique : Rédiger et révoquer son testament », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 72, et du même auteur, « Fiche pratique : donation », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 72.

[568] Dans tous les cas, la réalisation d'un tel acte suppose que le donateur se dépouille en faveur du donataire, sans rien avoir en échange. Le dépouillement doit être volontaire, réfléchi en son *for* interne. La volonté qui imprègne l'acte de donation doit revêtir un caractère psychologique qui témoigne plus que la simple idée de souhaiter faire un don. Car le dépouillement a une conséquence irréversible : le patrimoine est affecté de la perte en valeur consécutive au don. Il faut donc savoir qu'en donnant un bien quelconque, le patrimoine subira une perte en consistance et en valeur et qu'il sera transmis tel quel lors de l'ouverture de la succession (à condition de respecter la réserve héréditaire et dans la limite de la quotité disponible). Les actes de disposition à titre gratuit dans le cadre du mandat de protection future sont donc source de difficultés. Comment le mandant, alors dans un état de non lucidité, peut-il voir son patrimoine dépouillé alors même que l'on n'est pas sûr qu'il existe une intention libérale manifeste à même de prouver sa volonté de donner ? Bien sûr, le juge des tutelles contrôlera le contenu de la demande, cependant, le doute qu'il pourra avoir quant à la réelle volonté du mandant devra l'amener à auditionner le mandant. Si ce dernier n'est plus en état de s'exprimer, la solution conduira le juge à ne pas autoriser le mandataire à réaliser la donation. Ceci témoigne donc des limites du mandat de protection future : la convention même ne garantit pas la réalisation de tout objet, quand bien même le mandant, lucide auparavant, aurait effectivement manifesté l'intention libérale de vouloir donner, par l'intermédiaire du mandataire, pour le jour où il ne serait plus en état de décider seul. Précisons aussi que les donations sont un contrat et qu'elles doivent être réalisées par le notaire. Si le mandant n'est plus lucide, on voit mal comment il pourrait manifester son intention devant le notaire, lequel constatera que l'acte ne peut être réalisé, du fait d'une intention libérale suffisamment peu manifeste.

[569] Comme l'article 476 du Code civil l'autorise au majeur placé sous tutelle.

[570] Il suffirait que le mandataire rédige le testament sous la dictée du mandant. Mais encore fait-il que le mandant soit en état de le faire, ou encore, que sa volonté de tester soit aussi suffisamment manifeste. Dès lors, il importe peu que le testament soit rédigé par le mandataire sous la

211. Les difficultés reposant sur la notion d'actes de disposition à titre gratuit se posent dans d'autres domaines. La renonciation à succession doit être appréciée de la même façon : le mandataire qui renoncerait pour le compte du mandant devrait là aussi recourir à l'autorisation du juge des tutelles. Autrement, la possibilité de renoncer en dehors de toute intervention du juge des tutelles conduirait le mandataire à porter atteinte à l'ordre public successoral : il pourrait en effet se prononcer en faveur d'une renonciation à succession alors même que l'intérêt du mandant réclamerait son acceptation. Dès lors, ses intérêts seraient atteints, et les autres héritiers se verraient accorder plus qu'il ne leur est du.

212. La question des assurances-vie est encore plus complexe[571] : la question relève surtout de la désignation du bénéficiaire par le mandataire durant l'exécution du mandat[572]. Si l'on suit le même raisonnement que pour les actes vus précédemment, la logique d'interprétation doit être la même pour le mandat de protection future. En effet, aucune disposition ne prévoit pareille solution dans l'hypothèse du mandat de protection future. C'est donc par analogie que l'on raisonnera dans le silence de la loi. Le mandataire se verrait ainsi autorisé à souscrire un contrat d'assurance-vie, mais la nature du contrat conditionnera l'autorisation ou non du juge des tutelles. Si le contrat emporte une libéralité indirecte au profit du bénéficiaire désigné, il est clair que l'autorisation du juge des tutelles sera nécessairement obligatoire.

213. La difficulté est moindre en ce qui concerne d'autres actes de disposition à titre gratuit. Concernant le logement de la personne mandante, la règle propre aux régimes traditionnels de protection juridique est absolue : l'autorisation du juge des tutelles sera donnée dès lors qu'il doit être disposé des droits relatifs au logement de la personne ou à son mobilier[573], par aliénation, résiliation ou conclusion d'un bail. L'interprétation des textes relatifs au mandat de protection future sera très rapide : le mandat ne peut déroger à ces dispositions, si bien que le mandataire sera autorisé à disposer de la sorte dans les mêmes conditions, selon autorisation du juge des tutelles. Les meubles qui garnissent le logement, les souvenirs et la résidence secondaire répondent du même impératif. Enfin, concernant les comptes bancaires, la modification ou l'ouverture d'un compte ouvert au nom du mandant ne pourra se faire sans l'autorisation du juge des tutelles. La seule façon pour le mandataire de passer outre cette autorisation est que le mandant ne soit titulaire d'aucun compte en banque, ce qui n'est pas sans compliquer la mission du mandataire en termes de gestion.

214. La protection patrimoniale dans le cadre d'un mandat de protection future a donc deux dimensions particulières, suivant que le mandat est établi par acte notarié ou sous la forme d'un acte sous seing privé. Si dans ce dernier, la protection est limitée à des actes de

---

dictée du mandant, ou par le mandant lui-même si l'intention libérale est viciée. En outre, le testament doit pouvoir être écrit de la main même du mandant, dans un but de reconnaissance et d'authentification de l'écriture de ce dernier. Le problème semble ne pas pouvoir être soluble : le défaut de lucidité doit logiquement empêcher le juge des tutelles d'autoriser la rédaction du testament.

[571] H. Fabre et Ph. Van Steenlandt, « Mandat de protection future et assurance-vie », Dr. et patri., n° 185, octobre 2009, pp. 36 et sui. ; v. aussi *supra* n. n° 560, E. Delouis, art. préc., p. 30.

[572] Pour avoir un élément de réponse, il faut se reporter à l'article L. 132-4-1 du code des assurances qui dispose ainsi : *« lorsqu'une tutelle a été ouverte à l'égard du stipulant, la souscription ou le rachat d'un contrat d'assurance-vie, ainsi que la désignation ou la substitution du bénéficiaire, ne peuvent être accomplis qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué. Après l'ouverture d'une curatelle, ces mêmes actes ne peuvent être accomplis qu'avec l'autorisation du curateur ».*

[573] C. civ., art. 426, al. 3 ; v. *supra* n. n° 560, E. Delouis, art. préc., p. 27 ; v. *supra* n. n° 482, J. Massip, art. préc., n° 129, § 45, pp. 11 et sui. ; Fr. Sauvage, « Fiche pratique : vendre de gré à gré le logement du majeur protégé », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 72 ; Th. Verheyde, « Le logement dans la réforme de la protection juridique des majeurs », AJ Fam., 16 novembre 2009, n° 11, p. 448.

gestion courante, la protection prend tout son sens dans le mandat notarié où tous les actes peuvent être accomplis par le mandataire, dès lors que le juge des tutelles donne son autorisation[574], à condition bien sûr qu'autorisation il y ait. Car, dans le cas contraire, le mandataire se voit opposer un interdit absolu d'accomplir un acte que le juge refuse d'autoriser. Pareillement, le problème se pose dans les cas où la portée des actes de disposition à titre gratuit, qui emportent dépouillement d'une partie du patrimoine, a pour effet de porter atteinte aux intérêts patrimoniaux du mandant. Il s'agit ici d'un aspect purement contraignant limitant la liberté contractuelle sur laquelle la volonté individuelle du mandant n'a plus de prise. La loi vient limiter volontairement la volonté du mandant dans le choix de la nature des actes à engager sur son patrimoine. En effet, la forme de l'acte impose légalement une plus ou moins grande souplesse dans la gestion des actes[575], ce qui écarte par voie de conséquent la liberté contractuelle du mandant[576]. Si pour autant, la protection patrimoniale est avant tout définie par la forme du mandat, la protection patrimoniale peut aussi se combiner avec la protection à caractère personnel.

215. C'est dans un second temps que la protection personnelle intervient. Même si elle peut être combinée avec la protection patrimoniale, il n'en demeure pas moins qu'elle peut être la seule protection visée dans le mandat. Elle ne dépend pas de la mise en place de la protection patrimoniale et reste parfaitement indépendante de cette dernière. Mais en tout état de cause, elle ne constitue pas la protection principale du mandat de protection future, ce qui est vraiment regrettable.

La protection personnelle est visée par l'article 479 du Code civil et reprend trait pour trait ce que la protection judiciaire des majeurs prévoit en ce domaine[577]. Elle ne saurait malheureusement déroger aux dispositions prescrites par le Code civil [578]. Elle reste encadrée selon ces dispositions, et toute dérogation serait réputée non écrite. Même si le mandant voulait y déroger, le mandataire serait contraint par les limites de la protection personnelle de la tutelle ou de la curatelle[579]. Et cette limite vaut aussi bien pour le mandat sous seing privé que pour le mandat notarié. Il n'y a toutefois que dans le choix d'un lieu de vie ou dans le choix d'une activité personnelle que la loi admet une certaine souplesse dans la détermination de la protection personnelle[580].

On s'aperçoit qu'en matière de protection de la personne, la convention revêt un rôle finalement très limité, la volonté de la personne d'y déroger ne pouvant s'opposer utilement au principe rigide posé par l'article 479. Cette limite est une atteinte flagrante à l'autonomie de la volonté. Pourquoi le mandant serait-il contraint de rester sous l'égide desdites dispositions ? Alors bien sûr, il est des actes pour lesquels le consentement du mandant ne

---

[574] V. *supra* n. n° 497, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc., § 17.

[575] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* pp. 137 et 138.

[576] V. *supra* n. n° 485, D. Fenouillet, art. préc.

[577] La protection personnelle repose sur les dispositions des articles 457-1 à 459-2 du même code.

[578] En effet, toute stipulation contraire est prohibée. Mais le mandant peut confier au mandataire les missions que détermine le Code de la santé publique ainsi que le code de l'action sociale et des familles. Ces missions sont confiées au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance : v. en ce sens *supra* n. n° 482, J. Massip, art. préc., n° 129, § 46, ou encore *supra* n. n° 497, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc., § 18 ; C. Glasson, « Le mandat de protection future : des dispositions conventionnelles pour la fin de vie », RD. Sanit. Soc., 11 septembre 2009, n° 5, pp. 890 et sui. ; v. *supra* n. n° 560, J. Klein, art. préc.

[579] Le juge des tutelles pourrait donc intervenir pour rétablir le droit commun de la protection en matière personnelle. V. en ce sens : Th. Verheyde, « Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales ? », Rec. D., 28 octobre 2010, n° 37, pp. 2460 et sui.

[580] V. *supra* n. n° 516, F. Perrotin, art. préc.

peut être donné par aucune autre personne que lui-même[581]. Mais pour autant, les dispositions de l'article 459, alinéa 2, du Code civil admettent l'intervention du conseil de famille ou du juge des tutelles pour prévoir les actes qui feront l'objet d'une assistance d'un curateur ou la représentation du tuteur. Pourquoi le mandant ne pourrait-il pas s'affranchir de cette intervention extérieure alors que le cadre contractuel doit éviter toute intrusion ? Pourquoi aussi le mandant ne pourrait pas seul déterminer les actes qui admettraient une assistance ou une représentation ?

Il est dommage de voir de telles dispositions contraindre la volonté individuelle en matière personnelle. Que les actes à caractère strictement personnel soient exclus d'une quelconque représentation est recevable, mais que pour des actes personnels, l'assistance soit déterminée par un tiers à la convention ne fait que violer le principe de liberté contractuelle. On se posait la question de savoir si le mandat pouvait constituer un contrat comme un autre, voilà un élément de réponse en sa défaveur : si le mandat pouvait être perçu comme un contrat classique, la volonté du mandant ne serait pas contrainte. Les directives qu'il prendrait devrait trouver application sans limite aucune, mais le mandat de protection future vient contrecarrer cette volonté. Autant que le mandant ne fasse aucune convention et se contente d'être placé sous tutelle à la demande d'un tiers, là sera sans doute le moyen de ne pas violer sa volonté individuelle et sa liberté contractuelle. Que ses libertés individuelles soient judiciairement contrariées dans le cadre de la tutelle est une chose, mais que la convention ne soit pas le lieu d'une liberté totale est difficilement compréhensible.

216. Pour autant, la doctrine s'est demandée si la mission de représentation du mandataire ne pouvait pas s'appliquer aux actes personnels du mandant. Cette représentation dans les actes personnels aurait pu à ce titre être définie par le mandant du temps où il était lucide. Mais cette représentation n'était pas sans poser certaines difficultés. Pour voir cette représentation, il convient de faire la distinction entre les actes personnels qui ne touchent pas à l'intimité de la personne de ceux qui ont cette qualification. Si le mandataire désigné se voit confier la mission de mettre en œuvre les prérogatives personnelles du mandant pour le jour où ce dernier est dans l'impossibilité d'agir, il ne peut être titulaire de la totalité de ces prérogatives, dans la mesure où il ne peut décider pour le mandant dans le cadre des actes strictement personnels.

En effet, si, en ce qui concerne les actes personnels qui ne touchent pas à l'intimité de la personne, le mandataire peut se substituer au mandant, il ne le peut pas en revanche dans les actes plus intimistes. C'est d'ailleurs ce qu'a distingué Jean-Marie Plazy[582]. S'il est possible de se substituer au mandant pour décider de son placement en maison de retraite ou de l'administration de soins, à condition toutefois de respecter la volonté du mandant, tant dans son acceptation que dans son refus, ce même mandataire ne pourrait en aucun cas se substituer au mandant dans les actes plus intimistes, tels que le mariage ou la rédaction de son testament. Dès lors, le mandat de protection future peut paraître limité quant à l'instauration d'une représentation dans les actes personnels. Si la représentation dans les actes matériels ne soulève pas d'immenses difficultés, cette même représentation est autrement plus problématique pour les actes personnels. Il y a ainsi contradiction entre le respect de la volonté du mandant qui demanderait à être substitué dans certains actes personnels et la teneur de ce que la loi autorise dans la représentation dans les actes personnels.

217. Si la question ne se pose pas pour les régimes de tutelle ou de curatelle, en revanche, la limitation de la liberté contractuelle des parties se trouve en totale contradiction avec la théorie du contrat, et viole immanquablement l'autonomie de la volonté[583].

---

[581] Not. les actes strictement personnels visés à l'article 458 du Code civil.

[582] J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, th., Bordeaux, 1998.

[583] C'est pourquoi, la seule représentation possible que le mandat aurait pu autoriser dans les actes strictement personnels aurait été la mise en œuvre de moyens aux fins de réalisation de l'acte. Le

Que devrait faire le mandataire s'il devait prendre une décision importante touchant à la personne du mandant[584]? La Cour d'appel de Paris[585] a considéré que ces actes relèvent du conseil de famille dès lors qu'une tutelle complète a été prononcée par le juge des tutelles ; ces mêmes actes peuvent également être réalisés avec l'autorisation du juge des tutelles si ce dernier a ouvert une tutelle simplifiée. Il en est autrement en cas d'urgence puisque cette dernière permet au mandataire de ne pas demander d'autorisation.

218. On voit surtout que la protection patrimoniale connaît des degrés de protection : limitée dans le cadre du mandat sous seing privé, accrue et démultipliée dans le mandat notarié. Or, dans la protection de la personne même, la variabilité du degré de protection est aux antipodes de ce qu'admet la protection patrimoniale. Le principe d'intangibilité est d'une rigidité désarmante. Et dire que la protection de la personne prévaut ! La loi du 5 mars 2007 a voulu recentrer dans tous ses dispositifs la personne même du protégé. Cela signifie que, quand bien même le patrimoine ne peut être dépourvu de toute importance, la personne même du protégé ne doit pas être mise en minorité, mais au moins être mise au même niveau, tout en restant prioritaire. Dans le mandat de protection future, rien de tout cela. Si la protection patrimoniale est modulable, la protection personnelle reste stricte et rigide, que le mandat ait été conclu par acte sous seing privé ou par acte authentique. Dès lors, il semble peu aisé de dire que le mandat de protection future puisse s'apprécier comme un contrat, puisque la volonté individuelle du mandant ne peut aller au-delà de l'intangibilité de la modulation de la protection personnelle. Sa volonté demeure sans incidence, ses choix non considérés. Et pourtant, la modulation de la protection personnelle devrait pouvoir être admise.

En effet, une présomption de capacité prévaut dans les dispositions propres à la protection de la personne. L'article 459 du Code civil prévoit que *« la personne protégée peut prendre des décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet, en dehors des cas prévus par l'article 458 ».* Voilà une contradiction évidente entre la règle posée par l'article 479 du même code et la présomption de capacité posée par l'article 459. Pourquoi opposer au mandant l'impossibilité de moduler la protection de sa personne si, dans le même temps, on le présume capable de pouvoir prendre des décisions à caractère personnel[586], hors cas de l'article 458 du Code civil ? La réponse à cette interrogation se trouve en réalité dans les pouvoirs confiés au mandataire. Ce dernier sera soumis aux dispositions des article 457-1 à 459-2 du Code civil[587], et à ce titre, il se conduira comme un tuteur ou un curateur. Il sera même admis que le mandataire pourra exercer les missions que confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles[588]. Le mandant doit le déterminer toutefois en amont de la mise

---

mandant, dans le cadre du mariage, serait effectivement le seul à pouvoir donner son consentement, mais serait accompagné par son mandataire pour ce qui est des démarches à accomplir jusqu'au jour de son mariage. La question du testament pose le même postulat : le mandant informerait son mandataire de son intention de rédiger son testament, et si besoin, le notaire rédigerait le testament du mandant, sous sa dictée et avec l'assistance du mandataire.

[584] Comme le placement dans un établissement médicalisé ou le consentement aux soins.

[585] Paris (CA), 15 mars 1996, JCP 1996 II 22733, n. Th. Fossier.

[586] V. *supra* n. n° 497, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc., § 20. Le majeur mandant peut ainsi déterminer son lieu de vie, ses conditions d'hébergement, conserver ses souvenirs ou biens personnels, entretenir des relations avec les personnes qu'il souhaite voir. Par contre, aucune modulation des dispositions sur les actes strictement personnels ne peut être admise, tels que la reconnaissance d'un enfant ou le consentement à l'adoption.

[587] V. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc.

[588] L. Talarico, *La personne du majeur protégé*, Th. Lyon, 2008, § 733 et sui. ; v. *supra* n. n°506, J.-D. Pellier, art. préc. ; Cl. Esper, « La personne de confiance », Gaz. Pal., 17 décembre 2002, n° 351, pp. 13 et sui. ; v. *supra* n. n° 578, C. Glasson, art. préc.

en œuvre du mandat[589]. Qu'en sera-t-il lorsque le majeur aura pris une directive anticipée réglant sa fin de vie ? Il conviendra de l'adjoindre au mandat, mais on risque d'avoir un double emploi, et encore, faut-il que la directive anticipée soit prise dans un intervalle de trois ans afin d'éviter sa péremption.

219. Pour les actes à caractère strictement personnel nécessitant le consentement du mandant, comme la reconnaissance d'un enfant ou les actes relatifs à l'autorité parentale, le mandataire sera dans l'impossibilité d'assister ou de représenter le mandant.

220. Pour les autres actes à caractère personnel, ce n'est que lorsque le mandant ne sera pas en capacité de décider seul que le juge des tutelles autorisera le mandataire à assister le mandant ou à le représenter. En outre, le mandat de protection future oppose la même conception que l'on rencontre dans les régimes de protection judiciaire : faut-il garantir la protection de sa personne, et donc sa dignité, ou sa liberté individuelle ? Il est certain que la liberté contractuelle ne peut totalement être aboutie, car l'altération des facultés de la personne constituera un frein, pour le cas où le mandant aurait défini des conditions particulières de protection personnelle. Il est donc nécessaire de sacrifier une partie de la liberté contractuelle et de la volonté individuelle au profit de la protection et du respect de la personne et de sa dignité. Si la loi du 5 mars 2007 vient autant comprimer la liberté contractuelle en matière de protection personnelle, c'est bien dans cet intérêt, mais elle s'oppose elle-même au grand principe qu'elle édicte.

221. On l'a dit, le mandat de protection future n'est pas un contrat comme les autres, il ne se situe pas au niveau d'un contrat de droit commun[590], lequel autorise une totale liberté contractuelle au profit d'enjeux purement matériels. La protection personnelle dans le cadre du mandat de protection future ne peut donc pas se contenter d'admettre l'étendue qui existe concernant la protection patrimoniale. Les enjeux sont autres et la priorité est donnée au respect de la personne elle-même, davantage qu'à sa liberté contractuelle. Il est certain que pour les puristes de l'aspect conventionnel, le droit des contrats est en partie mis au rebut, puisque la liberté contractuelle n'est pas respectée dans ce domaine. Mais il ne faut pas perdre de vue que le mandat de protection future est avant tout un mandat préventif, dérogeant en partie au droit commun des conventions. Il n'est pas loisible de laisser toute liberté au mandant, dès lors qu'il ne serait plus en capacité de prendre une décision personnelle. C'est pourquoi, le respect de la dignité de la personne doit limiter la volonté du mandant dans le choix d'un type de protection personnelle. Il doit en rester, par conséquent, aux dispositions relatives à la protection de la personne. Malheureusement, le cadre contractuel qu'impose le mandat n'est pas le bon.

B- Les modalités de contrôle de l'exécution du mandat.

222. Les modalités de contrôle de l'exécution du mandat doivent également être définies en amont de la mise en œuvre du mandat. Il revient au mandant de les fixer selon l'article 479, alinéa 3, du Code civil[591]. Il s'agit dans tous les cas d'un principe incontournable propre à toutes mesures de protection qui vaut aussi bien pour le mandat de protection future. Les modalités de contrôle ne sont pas expressément déterminées par la loi. Le contrôle peut être variable suivant que le mandat est établi par acte sous seing privé ou par acte établi par notaire. Les rédacteurs professionnels disposent de toute latitude pour aménager ou créer les modalités de contrôle qu'ils estiment pertinentes selon la situation de la personne et la protection patrimoniale ou personnelle.

[589] V. *supra* n. n° 494, M.-H. Isern-Réal, art. préc.
[590] Au sens général du terme.
[591] V. *supra* n. n° 497, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc., § 21.

223. Concernant le mandat notarié, une obligation légale s'impose au notaire : l'article 491 du Code civil impose l'obligation de recevoir les comptes de gestion que le mandataire aura établis. Ce dernier doit en outre fournir toutes les pièces justificatives de son activité, et toute irrégularité constatée doit être indiquée par le notaire au juge des tutelles. Cette reddition des comptes[592] se fait annuellement et le notaire est tenu d'assurer la conservation des pièces, ainsi que toutes autres pièces relatives aux inventaires[593]. Ainsi, les modalités de contrôle ressortissent aux pouvoirs dont disposent le notaire ou l'avocat. On ne saurait remettre en cause leurs compétences respectives, ni même douter de leur probité ou de leur respect de l'éthique, mais n'y a-t-il pas un risque à ce qu'aucune règle de contrôle établie par la loi n'existe, alors que les enjeux propres au mandat de protection future restent tout de même conséquents ? Les critiques ne manquent pas de fleurir en la circonstance, en raison des contrôles qui seront effectués sans réelles contraintes d'origine légale[594]. Ces critiques portent sur l'activité du mandataire, que ce soit en matière de protection personnelle ou en matière patrimoniale. Comme on l'a dit, le contrôle effectué par le notaire ou l'avocat n'a pas ce caractère impératif que seule la loi pourrait instituer. Bien entendu, le contrôle s'effectuera, mais sa portée risque d'être très incertaine, notamment en raison du fait que le mandant, devenu « incapable », ne pourrait même plus jouer le rôle de contre-pouvoir pour apprécier si le mandataire a bien accompli les missions qui lui ont été confiées.

En outre, les pouvoirs confiés au mandataire sont la résultante du choix de la protection que souhaite le mandant. Alors, si le doute est permis quant à l'efficacité du contrôle en général, une certitude peut être apportée quant à la portée du contrôle. Lorsque le mandat est établi en la forme authentique, le notaire sera chargé de recevoir et de conserver annuellement les comptes. Un compte qui ne présenterait pas un caractère conforme à la réalité patrimoniale du majeur « protégé » ferait l'objet d'une information au juge des tutelles, lequel prendrait les dispositions qui s'imposent pour faire la lumière sur l'écart constaté. Seulement, rien ne dit que le notaire communiquera l'irrégularité au juge des tutelles. Concernant le mandat établi sous seing privé, l'avocat en fera-t-il autant ? Et quand bien même le notaire et l'avocat apprécieraient chacun une situation patrimoniale ou personnelle en conformité avec la situation de la personne, ne pourrait-il pas y avoir en réalité une irrégularité ou une atteinte aux intérêts de la personne ?

224. Ce défaut de contrôle impératif légal peut faire encourir le risque de passer outre l'autorité du juge des tutelles. Et c'est là que le bât blesse : aucune intervention de la part du juge des tutelles n'est possible puisque le mandat de protection future lui échappe en amont de toute mise en œuvre. Il semble difficile de concevoir que le juge des tutelles puisse connaître d'une difficulté propre au mandat alors qu'il ne connaît pas l'objet même du litige. Ceci est un autre problème, mais la question du contrôle n'est pas assortie de toutes les garanties nécessaires quant à l'efficacité avec laquelle le mandataire accomplirait sa mission et sans risquer de porter atteinte aux intérêts du mandant. En outre, le contrôle par le juge des tutelles portant sur le choix du mandataire n'est pas expressément prévu par les textes. Le choix du mandataire est-il donc en adéquation avec la situation de la personne et ne risque-t-il pas de porter atteinte aux intérêts du mandant ? Quand on sait que certains mandataires familiaux n'ont pas nécessairement les compétences en termes de gestion patrimoniale ou de représentation de la personne, on se doute bien que le choix portant sur un mandataire non

[592] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 139.

[593] Concernant le mandat établi sous seing privé, si ce dernier est établi selon le modèle proposé par le décret du 30 novembre 2007, il est prévu la désignation d'une ou plusieurs personnes chargées de contrôler l'exécution du mandat. La ou les personnes désignées peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales, indifféremment.

[594] V. *supra* n. n° 485, D. Fenouillet, art. préc.

professionnel est de nature à compromettre l'efficacité de la protection de la personne à plus forte raison, puisque le juge ne connaît pas de l'existence du mandat, sauf litige[595].

D'un autre côté, imposer le choix d'un mandataire professionnel s'analyse non plus en un choix, mais en une obligation[596]. Comme on l'aura déjà évoqué, la liberté contractuelle, et même la volonté individuelle, s'effacent irrémédiablement au profit de la protection de la personne. Pour autant, le contrôle du juge des tutelles ne pourrait intervenir que suite à la mise en œuvre problématique du mandat. Il est à ce titre fort dommageable qu'aucun contrôle ne puisse intervenir avant. Seulement, l'autonomie de la volonté en décide autrement, le législateur également.

225. Malgré certains silences de la loi, il est évident que tous les aspects primordiaux du mandat de protection future ne seront pas laissés à l'incompétence du mandant qui pourrait s'induire lui-même en erreur. Les modalités de contrôle qui ne sont pas pour autant définies par la loi restent soumises, en cas de difficulté, à l'appréciation du notaire et à l'interventionnisme du juge. Le mandat de protection future a peut être été conçu sous la forme d'un contrat qui unifie les consentements de personnes désireuses de déterminer elles-mêmes leur protection, il n'en reste pas moins que le mandat est une mesure particulière de protection qui se doit de respecter avant tout les intérêts de la personne plutôt que sa simple liberté contractuelle.

III) Le contenu de la protection est-il conforme à ce que l'on peut attendre d'une protection conventionnelle ?

226. Sachant que l'on se trouve dans la sphère contractuelle de la protection, peut-on retrouver une protection similaire à celle des régimes de tutelle ou de curatelle (A) ? La réponse ne va pas nécessairement dans le sens de l'affirmative, car on aura pu voir tout au long de ces développements les limites qui balisent la réelle portée de la mesure. On verra d'ailleurs ce qui empêche le mandat de protection future de faire l'objet d'une comparaison en tout point identique de son contenu par rapport à celui des régimes de protection judiciaire. Et en conséquence, c'est tout le principe de sécurité juridique qui reste entouré d'un voile opaque, la protection contractuelle ne pouvant servir de point d'appui quant aux certitudes sur une mise en œuvre exempte de vices (B).

A- Une protection conventionnelle similaire aux régimes de protection judiciaire ?

227. Depuis la loi du 3 janvier 1968, et toujours sous l'empire de la loi du 5 mars 2007, le principe de proportionnalité permet de mettre en place un régime de protection adapté à la situation de la personne, tant personnelle, familiale, financière que patrimoniale. La proportionnalité dans la protection des majeurs consiste à ce que le juge des tutelles tienne compte du degré d'altération des facultés mentales pour prononcer le régime le plus juste. Au travers des régimes de protection que le Code civil définit, le juge des tutelles choisira davantage une tutelle à une curatelle renforcée dans un cas, ou préférera garantir au maximum l'autonomie de la personne en préférant se prononcer en faveur d'une curatelle simple dans un

[595] Un mandataire professionnel serait en conséquence un choix plus judicieux. Malheureusement, le juge des tutelles ne peut contrôler ce choix, et seul un litige survenant entre le mandataire, quant à l'exercice de sa mission, et le mandant, vaudrait saisine du juge des tutelles aux fins de substitution de ce mandataire au profit d'un autre, professionnel ou non.

[596] Et si la garantie d'efficacité dans l'accomplissement de la mission est un gage de certitude, il n'en demeure pas moins que la liberté contractuelle s'efface encore une fois.

autre cas. Et pour exercer la mesure, le juge des tutelles en confiera l'exercice soit à un membre de la famille, soit à un MJPM. Le principe de proportionnalité sait donc allier les exigences légales aux conditions humaines : la loi donne au juge des tutelles un éventail de possibilités protectrices dont il retiendra la solution adaptée et individualisée. Le mandat de protection future consacre-t-il pleinement le principe de proportionnalité ?

Au demeurant, la réponse est bien en deçà de ce que l'on connaît dans les régimes de protection judiciaire. Et pour cause : il écarte le principe de proportionnalité au profit d'un principe d'autodétermination. La proportionnalité a purement et simplement succombé devant la volonté de la personne[597]. Bien que certaines dispositions légales se retrouvent impérativement dans le contenu du mandat, tels le statut du logement du mandant, l'interdiction pour le mandataire de disposer gratuitement des biens du mandant ou l'impossibilité de déroger au statut personnel d'ordre public, la volonté prévaut et réduit à néant le principe de proportionnalité. Le mandant déterminera lui-même la technique de la représentation comme moyen de protection, au même titre qu'il définira les aspects de sa protection. Le mandant restera libre de désigner le mandataire selon des critères personnels, une personne de confiance en conséquence, et déterminera ses pouvoirs ainsi que leur étendue. Enfin, le mandant décidera si l'activité du mandataire sera soumise à rémunération ou non[598].

228. Deux écoles divergentes se font face. Si une certaine partie de la doctrine considère que le mandant conserve sa pleine capacité[599], une autre opte pour l'incapacité. Pour la doctrine qui estime que le mandant doit toujours disposer de sa capacité, la raison se justifie au regard du droit commun du mandat et du droit spécial de la sauvegarde de justice. Dans cette combinaison, le mandant peut conserver sa pleine capacité car, dans la sauvegarde de justice, le mandant se voit ouvrir la possibilité d'agir en rescision ou en réduction, car les actes qu'il accomplit ne peuvent pas être suspectés d'irrégularités, sa capacité étant toujours intacte[600]. Enfin, autre argument justifiant que le mandant resterait capable[601], était prévu un texte permettant de prononcer la nullité des acte accomplis dans le champ du mandat. Or, ce texte n'a pas été retenu, au motif selon lequel le mandat n'étant pas un régime d'incapacité, il n'était pas possible de retenir la solution consistant à prononcer la nullité de ces actes.

229. Cet ensemble de dispositions ne permet pas pour autant de garantir une protection totale : certes, si on reconnaît au mandant le droit d'agir en rescision ou en réduction, on peut le protéger selon un certain degré. Mais la solution ne serait-elle pas de reconnaître une incapacité pure et simple qui limiterait les risques d'atteinte aux intérêts du mandant en l'empêchant tout simplement d'agir contre lui-même ? Sans doute la position de l'autre partie de la doctrine se justifie-t-elle, dès lors qu'elle estime que le simple placement sous

---

[597] V. *supra* n. n° 485, D. Fenouillet, art. préc.

[598] Ces éléments sont le témoin de la mise à l'écart de la proportionnalité. Toutes ces modalités, dans les régimes de protection juridique, sont pour partie de l'appréciation souveraine du juge des tutelles. Le principe veut que le juge désigne le mandataire qui gérera les affaires du protégé et conditionnera l'activité du mandataire selon un type précis de protection. Le mandat de protection future ne l'admet pas : le juge ne définit absolument pas les contours de la protection, cette dernière répondant exclusivement de la volonté seule du mandant. C'est bien ici la consécration du principe d'autodétermination dans lequel le mandant est omnipotent quant à la protection qu'il souhaite. Le principe de proportionnalité est d'ailleurs mis à mal en ce qui concerne la capacité du mandant.

[599] A. Delefosse et N. Baillon-Wirtz, « le mandat de protection future », JCP N 2007, I, 147, n°1.

[600] Cette position est également celle législateur, qui indique dans la notice explicative du mandat sous seing privé établi selon le modèle prévu par le décret du 30 novembre 2007 : *« le mandat ne vous fait perdre ni vos droits ni votre capacité juridique »*. Cette solution ne liera pas le juge.

[601] Rapp. Assemblée nationale n° 3557, 10 janvier 2007, p. 193.

sauvegarde de justice doit conduire à reconnaître l'incapacité de la personne, notamment par la désignation d'un mandataire spécial intervenant dans des domaines particuliers, avant placement sous tutelle. En outre, la mise en œuvre du mandat exclut la possibilité au mandant de révoquer la convention, du seul fait qu'à cet instant, le certificat médical atteste qu'il n'est plus en état de décider par lui-même. La référence au mandat de droit commun ne peut se justifier en l'état car, dans ce dernier, le mandant reste en capacité d'agir et de révoquer la convention quand il le souhaite. Tel n'est pas le cas dans le mandat de protection future où l'incapacité interdit toute révocation hors intervention du juge des tutelles. Une conciliation des deux écoles voudrait que l'on interprète les choses ainsi : la protection et son principe de proportionnalité seraient sauvegardés dès lors que la représentation permettrait, dans le cadre du mandat, d'entraîner la nullité des actes que le majeur, en conséquence « incapable », accomplirait seul. Par contre, en dehors du domaine propre au mandat de protection future, le mandant serait considéré comme capable, et les actes sujets à caution lui ouvriraient une possibilité d'agir en rescision ou en réduction, voire même en nullité pour trouble mental.

230. Cependant, il est normal d'affirmer que la volonté des parties est à même de déterminer ce qui semble adapté, et que pour l'occasion, la protection mise en place sera la moins contraignante et la moins attentatoire aux intérêts du mandant et à sa vie privée. Mais le principe d'autodétermination est trop prégnant pour assurer la protection du mandant. Car l'erreur est de considérer que la volonté du mandant garantira au mieux ses intérêts[602]. C'est faux, et le temps qui passe donne la parfaite illustration de cette grossière erreur d'interprétation. En effet, dans un intervalle de temps très court entre la conclusion du mandat et sa mise en œuvre, il est tout à fait possible que les intérêts du mandant restent les mêmes. Rien ne permet de garantir cependant que, dans le même laps de temps, ces mêmes intérêts ne seraient pas les mêmes. Et le raisonnement vaut tout aussi bien pour l'évolution des intérêts à moyen terme, voire même à long ou très long terme. Le mandat ne peut prendre effet qu'une vingtaine d'année après sa signature. Qui peut dire que les intérêts du mandant seront les mêmes aujourd'hui ou dans vingt ans ?

231. Le principe de proportionnalité est ici également bafoué, car comment peut-on dire que la protection que l'on souhaite aujourd'hui sera suffisamment efficace demain ? Le principe de proportionnalité dans le mandat de protection future aurait permis de limiter la validité du mandat à une certaine durée, et au-delà de cette durée, une révision de la protection aurait été envisagée pour adapter la protection définie au profil actuel du mandant. Rien de tout cela : le principe d'autodétermination rend le mandat valable dès sa conclusion jusqu'à sa mise en œuvre, et *a fortiori* jusqu'à son terme. Et la protection conventionnelle s'appliquera demain telle qu'elle a été définie hier, sans tenir compte des intérêts évolutifs du mandant. Au vu de tous ces éléments, le principe de proportionnalité se serait certainement imposé avec bonheur, ce qui aurait apporté une certaine sécurité dans la mise en place de la protection. Or, avec le principe d'autodétermination, c'est le sentiment d'insécurité juridique qui prévaut.

B- La sécurité juridique dans la prévention contractuelle.

232. La sécurité juridique existe-t-elle réellement dans le mandat de protection future ? On sait que ce qui garantit la protection de la personne au regard de l'ordre public est la publicité de la mesure de protection. Et comme on a pu déjà le constater, le mandat de protection future n'est en aucun point satisfaisant en terme de publicité[603]. Les régimes de

[602] V. *supra* n. n° 485, D. Fenouillet, art. préc.

[603] V. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc., ou encore, n. n° 548, A.-M. Leroyer, art. préc. ; L. Pécaut-Rivolier, « Les mesures de protection du Code civil comme dispositif d'accompagnement »,

protection judiciaire font l'objet d'une publicité. Ainsi, la sauvegarde de justice fait l'objet d'une inscription sur un registre spécial tenu par le Parquet. De son côté, le répertoire civil assure la publicité des mesures de tutelles, de curatelles et de sauvegardes autonomes. La publicité de la mesure protège les droits des tiers.

233. Pour faire un parallèle avec les registres propres à la publicité, il n'existe pas de registres en matière de mandat pour en diffuser l'existence[604], du moins pour l'instant. Le Notariat français avait bien proposer l'utilisation du fichier des dernières volontés pour permettre la publicité du mandat, mais la proposition n'a pas été retenue. Le risque d'insécurité juridique est donc bien réel, et se trouve même démultiplié en cas de mise à exécution du mandat. S'il n'existe pas de fichier permettant la publicité du mandat signé par les parties, il n'en existe pas non plus et encore moins en ce qui concerne le mandat que l'on met à exécution. Le répertoire civil aurait pu servir de base aux mentions de publicité de la mise à exécution du mandat, mais là encore, le greffe n'a pas à effectuer ces modalités comme il le ferait pour les régimes de protection traditionnels. Il en aurait pu être de même pour toute modification dans le mandat, voire aussi son éventuelle révocation. La conséquence qui découle du défaut de publicité du mandat est l'atteinte portée à l'effectivité du principe de subsidiarité des régimes de protection judiciaire. Quant à celle relevant du défaut de publicité de la mise à exécution du mandat, le principe de sécurité juridique s'efface totalement, les tiers ne pouvant savoir qu'un mandat déjà conclu vient d'être mis en œuvre.

La difficulté est de concilier le défaut total de publicité avec la mission de surveillance du juge des tutelles et du procureur de la République. En effet, l'article 416 du Code civil dispose que *« le juge des tutelles et le procureur de la République exercent une surveillance générale des mesures de protection dans leur ressort »*[605]. Cette surveillance est certes facilitée dans le cadre d'une tutelle ou d'une curatelle, puisque la publicité est une mention obligatoire adressée au répertoire civil du tribunal de grande instance du lieu de naissance, transmettant à son tour la demande d'inscription de la mesure en marge des actes de l'état civil de la mairie du lieu de naissance.

Mais concernant le mandat de protection future, la surveillance générale paraissait compromise à l'origine de la loi du 5 mars 2007. S'il n'y avait pas publicité du mandat, comment l'autorité judiciaire pouvait-elle respecter les dispositions de l'article 416 ? Son information peut en effet ne jamais être assurée, et dans le meilleur des cas, ne lui être donnée qu'en cas de survenance d'une difficulté dans l'exécution de la convention. La doctrine peut considérer que l'autorité judiciaire pourrait ne pas être informée de l'existence du mandat, car n'étant pas reconnu comme un régime d'incapacité. De ce fait, le principe de sécurité s'accommoderait de ne pas porter à la connaissance du public l'existence du mandat. En outre, l'information est garantie dès lors que le mandataire agit pour le compte du mandant avec des tiers contractants. Le mandataire sera alors tenu d'informer les tiers de l'existence du mandat. Mais dans tous les cas, cette absence de publicité préjudicie au principe de sécurité juridique des tiers. Comme la double publicité n'était pas prévue, une seule solution pourrait garantir la protection des droits des tiers : la sécurité juridique pourrait se prévaloir de la théorie de l'apparence : il suffirait simplement que l'acte conclu entre le mandataire et le tiers soit validé, alors que le mandat révoqué au moment de la réalisation de l'acte, n'eût pas fait

---

in Dossier L'accompagnement, entre droit et pratique, RD Sanit. Soc., 31 décembre 2012, n° 6, pp.1010 et sui.

[604] V. *supra* n. n° 560, E. Delouis, art. préc., pp. 35 et 36.

[605] *Ibid*. p. 26 ; C. Sévely-Fournier, « Fiche pratique : le rôle du Parquet dans les mesures de protection juridique », *in* Dossier Réforme des tutelles, les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p.70 ; C. Sévely-Fournier, « Quel rôle pour le Parquet dans la protection juridique des majeurs ? », Rec. D., 30 avril 2009, n° 18, pp. 1221 et sui. V. *infra* n. n. 607 pour apprendre que la publicité du mandat est prévue dans les mois à venir.

l'objet de l'information nécessaire au profit du tiers contractant, ce dernier, par voie de conséquent, croyant en l'exécution du mandat à cet instant précis. Certes, la protection des droits des tiers va de pair avec la sécurité juridique, mais il en va autrement avec la protection du majeur.

234. L'ancienne Ministre de la Justice, Christiane Taubira, a proposé, le 30 octobre 2012, lors de son intervention à l'Assemblée nationale, que les notaires tiennent eux-mêmes un registre national des mandats de protection future[606]. Mais elle n'est pas sûre, de par la création de ce registre ou de ce fichier, de *« respecter la volonté du législateur »,* même si, trois ans après, une évolution notoire allait voir le jour[607] avec la création d'un registre spécial et la création de la publicité. D'ailleurs, le décret d'application n'étant pas paru, l'étude se bornera à l'absence pratique de publicité et ses conséquences, malgré la loi du 28 décembre 2015.

Le mandat de protection future, une fois mis en œuvre, ne fait plus intervenir le mandant qui est hors d'état d'agir lui-même. Le mandat ici n'est plus une convention traditionnelle, il fait office de mesure de protection « conventionnelle » dans laquelle le mandataire agira dans le cadre des intérêts propres du mandant. N'est-ce pas ce que fait le tuteur ? alors pourquoi ne pas avoir voulu créer un registre qui aurait garanti la sécurité juridique des tiers et du mandant ? Cessons d'être aveugle et reconnaissons que le mandat est une forme de protection juridique et pas vraiment un contrat et que la publicité s'avère nécesaire, bien que la protection soit conventionnelle. Pour autant, la publicité n'est pas encore effective, bien que prévue.

235. Car la sécurité juridique dépend également du mandataire. Si l'on sait que sa désignation par le juge des tutelles est un gage de sécurité pour le majeur protégé dans les régimes de tutelle ou de curatelle, le principe de sécurité s'évapore dans le mandat de protection future. Lorsque le juge des tutelles désigne un tuteur ou curateur familial, il choisira, parmi la parenté ou l'entourage proche, la personne la plus apte à gérer les intérêts tant patrimoniaux que personnels du majeur. Si aucun membre de la famille n'apparaît compétent, ou en leur absence, un mandataire professionnel sera désigné et rajoutera au sentiment de sécurité[608]. D'autant que les obligations que le mandataire familial, ou à plus forte raison, le mandataire professionnel, doit accomplir, sont soumises à un contrôle de la part du juge des tutelles, telles les obligations d'inventaire ou de reddition des comptes, ne laissant pas la possibilité d'accords entre les parties, dans le but de masquer la réalité de certains comptes[609].

236. La sécurité juridique quant au mandataire désigné par le mandant ne répond pas de prime abord aux impératifs des régimes de protection judiciaire. L'aspect volontariste de sa désignation n'apporte aucune certitude quant à son honnêteté et son intégrité. Ce problème se pose surtout lorsque le mandataire est une personne physique ; dès lors que le mandant souhaite désigner une personne morale, il est obligé de désigner un MJPM, aucune autre

---

[606] « Vers un fichier national des mandats de protection future et la révision des tutelles ? », Defrénois, n° 21, p. 1102, 15 novembre 2012.

[607] *Ibid*. Quoique la loi du 28 décembre 2015 portant sur le vieillissement de la population crée un registre spécial sur lequel les mandats de protection future seront inscrits. Toutefois, le décret d'application n'a toujours pas été mis en œuvre. *Cf* L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, JORF n° 0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1, not. art. 35. L'article 477-1 nouveau du Code civil prévoit en tout cas cette publicité.

[608] En principe…

[609] Quoi qu'il en soit, la désignation d'un mandataire est assurée par le juge des tutelles qui peut se rendre compte de sa compétence ou de sa capacité, voire même son intégrité, son honnêteté ou sa probité. Du moins, selon les impressions qu'il aura sur un mandataire non professionnel, la désignation d'un mandataire professionnel ne devant poser aucune difficulté.

alternative n'étant possible. Pour l'occasion, voilà bien un aspect qui apporte les conditions minimales de respect du principe de sécurité juridique. Mais la désignation d'un mandataire personne physique est symptomatique. On peut douter de l'honnêteté supposée du mandataire, et c'est pour cette raison que la loi a instauré des conditions strictes pour que le mandataire accomplisse ses fonctions en toute discrétion : le mandataire ne doit pas s'être fait retirer l'autorité parentale, ne doit pas être interdit d'assumer des charges tutélaires[610] et ne doit pas être un professionnel médical en charge des intérêts du mandant. Rien pour autant ne garantit la probité du mandataire[611].

237. Dans le cadre de la gestion patrimoniale, deux conséquences ressortissent à la forme du mandat : à supposer que le mandataire soit malhonnête et/ou incompétent, le principe de sécurité juridique risque d'être malmené, mais à un degré moindre. Si le mandat est passé sous seing privé, le mandataire sera contraint de se limiter aux actes de conservation et d'administration. Le risque est ainsi limité. Mais lorsque le mandat est authentique, le risque est grand. On sait que sans autorisation, le mandataire ne peut accomplir d'actes de disposition à titre gratuit. Si l'autorisation lui est donnée, le mandataire est libre d'agir comme il le souhaite tout en donnant l'illusion d'agir dans l'intérêt du mandant[612]. Mais à l'inverse, lorsque le mandataire aura besoin de l'autorisation du juge des tutelles pour un acte de disposition, c'est le défaut de publicité de la mesure qui fera perdre du temps au mandataire, puisqu'il devra justifier de sa qualité auprès des tiers, du moins pour les mandats antérieurs à la loi du 28 décembre 2015.

238. Quant à la protection personnelle, les risques d'atteinte à la sécurité juridique sont limités : puisque les articles 457-1 à 459-2 du Code civil s'imposent d'eux-mêmes, le mandataire devra s'y soumettre sans aucune contestation. Mais la responsabilité lui incombant sera d'informer le mandant de tout ce qu'il entreprendra en matière personnelle, tout en respectant la volonté du mandant dans son choix d'un lieu de vie et de ses relations personnelles. Risque limité, mais risque tout de même, car, en dehors des actes à caractère strictement personnel dans lesquels le mandataire ne peut s'insinuer, ce dernier peut intervenir dans tous les autres actes pour lesquels le mandant ne peut prendre une décision éclairée, selon l'article 459 du Code civil[613]. Le juge des tutelles devra tout de même donner son autorisation, mais une fois donnée, elle ne permet pas d'engager des contrôles efficaces en raison de leur insuffisance. Il en sera de même pour les actes strictement nécessaires pour mettre fin à un danger : l'insuffisance des contrôles pourrait permettre au mandataire d'agir au gré de sa propre interprétation de la notion de danger, et non dans l'intérêt strict du mandant.

239. La sécurité juridique en matière de gestion patrimoniale et d'actes personnels n'est en rien garantie. Et les droits et obligations du mandataire ne vont pas dans le sens de la sécurité.

240. Des difficultés surviennent dans ce domaine, remettant en cause la rémunération du mandataire, sa substitution et sa responsabilité.

241. Sur sa rémunération en premier lieu, si l'on considère que le fait de rémunérer le mandataire est une garantie pour le mandant de voir le mandataire accomplir sa mission conformément aux dispositions de la convention, c'est une chose, mais cela est-il réellement le cas ? Comment peut-on dire que le mandataire accomplit sa mission conformément aux

---

[610] Selon l'article 131-26 du Code pénal.

[611] Si l'intégrité morale du mandataire peut être sujette à caution et peut remettre en cause la sécurité juridique, cette dernière le sera tout autant en ce qui concerne les pouvoirs du mandataire. Le mandant définit ses pouvoirs en amont de la mise en œuvre de la protection, mais c'est la réalisation d'actes qui laisse planer un doute. Le mandataire peut-il outrepasser les limites que la loi établit en termes de pouvoirs ? Il est à craindre que le mandataire agisse de façon très libre, voire même trop.

[612] V. *supra* n. n° 485, D. Fenouillet, art. préc.

[613] V. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc.

intérêts du mandant sur la simple base de sa rémunération ? Au contraire, même, la rémunération peut conduire à des abus, et rien ne justifiera la conformité de l'action du mandataire au vu de sa rémunération.

Autre problème : si, dans le cadre des régimes de protection judiciaire, la mission du mandataire familial relève du principe de gratuité[614], le mandat de protection future permet la rémunération d'une mission finalement en tout point semblable à celle du mandataire désigné dans une tutelle. Ainsi, la rémunération n'apporte pas d'élément permettant de souscrire à l'idée selon laquelle il suffit de payer un intervenant pour obtenir de lui loyauté dans l'accomplissement de sa mission.

242. En deuxième lieu, la substitution du mandataire par un sous-mandataire appert comme une incongruité frappante. En effet, alors que les régimes de protection judiciaire caractérisent la charge d'une tutelle comme une charge personnelle, n'autorisant au représentant désigné de ne s'adjoindre le concours d'un tiers que dans des circonstances particulières (un décret rendu en Conseil d'État en fixe les modalités), le mandat de protection future reprend allègrement le principe alors qu'il semble mal venu. C'est l'aspect *intuitu personae* qui caractérise le mandat, ce que ne garantit pas une mesure de tutelle. En désignant un « assistant », le mandataire viole largement cet aspect ainsi que la confiance que le mandant lui a accordée. Là encore, la sécurité juridique est totalement décapitée. Il est possible que le sous-mandataire n'accomplisse pas la mission comme l'aurait accomplie le mandataire, et toute faute commise par le sous-mandataire relèvera de la responsabilité du mandataire. Et la question vaut aussi dès lors que le mandant aura désigné une pluralité de mandataires : quelles seront leurs missions respectives, leur responsabilité, les modalités de contrôle ? Il est clair que l'intervention de plusieurs mandataires ou de tiers dans le mandat doit être prévue par la convention. Mais un défaut de contrôle de toutes les parties en cause n'est pas pour apporter les gages du respect des intérêts du mandant.

243. En dernier lieu, la responsabilité du mandataire est mal assortie à la rémunération fixée dans le mandat. On considère que dans le mandat de droit commun, la responsabilité du mandataire doit être fonction de sa rémunération ou non, et si tel est le cas, du montant de la rémunération. L'interprétation laisse planer une incertitude : dans les régimes de protection judiciaire, le mandataire agissant à titre gratuit engage sa responsabilité s'il est établi qu'il a commis une faute de gestion. Dans le mandat de protection future, la logique qui s'applique est celle du mandat de droit commun, alors qu'elle écarte la responsabilité propre aux régimes de protection. Ce raisonnement serait logique si l'on considérait, comme une partie de la doctrine, que le mandat n'est pas un régime d'incapacité. Or, cette interprétation est fausse[615].

244. Ces lignes amènent logiquement à s'interroger sur les contrôles que doit subir le mandataire. Car sans contrôle, le principe de sécurité juridique est totalement exsangue. Le contrôle du mandataire en matière patrimoniale est à géométrie variable, selon que le mandat a été établi par acte sous seing privé ou par acte notarié.

Dans ce dernier cas, c'est le notaire qui procédera au contrôle des comptes que le mandataire présentera en fin de chaque exercice. Le notaire contrôlera, mais sur quelle base ?

---

[614] Comme l'indique l'article 419 du Code civil.

[615] Même si le mandat de protection future n'est pas à proprement parler une mesure de protection, il n'empêche que le mandataire assure une mission de représentation d'une personne qui n'est plus en capacité de décider sur le plan patrimonial. En conséquence, il se trouve dans les mêmes conditions d'exercice d'une mission de représentation de la personne, et devrait pouvoir engager sa responsabilité en cas de faute de gestion. Seulement, le droit commun du mandat l'emporte sur les régimes de protection. En ce sens, si l'on restreint le champ de la responsabilité du mandataire, il y a fort à parier que toute faute du mandataire n'engage pas la responsabilité de ce dernier, alors que la même faute commise dans le cadre d'une tutelle ne laisserait pas le mandataire exempt de toute responsabilité.

Les textes ne précisent pas quelles sont ces modalités de contrôle, et la mise en pratique de ce contrôle risque de poser certains problèmes d'appréciation. Outre le contrôle que le notaire peut effectuer en établissant un parallèle entre les comptes de l'année *n* et les comptes de l'année *n+1*[616], le notaire devra se fier aux modalités de contrôle que le mandant aura fixées par convention. Le contrôle risque ainsi de se faire en toute subjectivité, ce qui conduirait le contrôle vers une forme d'opportunité. En soi, rien qui ne permettrait de faire émerger le principe de sécurité juridique, d'autant que la responsabilité du notaire serait grande en cas de mauvaise gestion du contrôle des comptes du mandataire[617]. C'est pourquoi, le doute sur la réalité d'un compte de gestion doit conduire le notaire à saisir le juge des tutelles qui procédera aux modalités de vérification des comptes. Mais il convient au départ pour le notaire de ne pas commettre d'erreur dans l'appréciation de l'irrégularité portant sur un compte de gestion. Et l'on ne parle pas de l'obligation pour le notaire de conserver les comptes de gestion pendant une durée de cinq ans.

Si la responsabilité du notaire est grande et qu'elle affaiblit le principe de sécurité juridique, le système paraît plus contraignant pour le mandataire lorsque le mandat est établi sous la forme d'un acte sous seing privé. La conservation des comptes de gestion relève de la compétence du mandataire, et ce dernier peut être sollicité par le juge des tutelles ou le procureur de la République aux fins de production des pièces. Le contrôle de l'autorité judiciaire n'est qu'apparence puisque le contrôle des comptes n'est pas systématique, comme cela est le cas pour les régimes de protection juridique. En conséquence, si le contrôle est aléatoire, comment peut-on voir si les intérêts du mandant ne sont pas lésés si on n'inaugure pas un contrôle obligatoire et annuel ? Il est peut être bien jugé d'imposer au mandataire l'obligation de conserver les comptes de gestion, de même que l'inventaire et ses actualisations, mais il ne sert sans doute à rien de le faire si le contrôle est inopérant[618].

245. Il est certain qu'en matière de gestion patrimoniale, le droit a une conception pour le moins exotique de la sécurité juridique dans le cadre du mandat de protection future. Et en matière personnelle ? Quelle est la valeur du contrôle du mandataire ? Réponse sans doute lapidaire, mais témoignant de la réalité de la situation : le contrôle n'a aucune valeur en soi car les textes ne prévoient aucun contrôle en la matière[619]. À cela, le mandataire est « dispensé » d'établir annuellement un état descriptif des actions qu'il a engagées à l'égard du mandant, sans procéder dans le même temps à un état de la situation personnelle du mandant actualisée. Il est vraiment à déplorer cette absence totale de contrôle en la matière. Le mandataire peut donc faire absolument ce qui lui semble bon sans en rendre compte. On sait bien que les dispositions propres à la protection de la personne s'imposent par voie de conséquent, mais cela ne signifie pas que le mandataire agira dans les règles de l'art. Cette remarque vaut quelle que soit la forme du mandat. On aurait pu d'ailleurs espérer que lorsque le mandat est notarié, le contrôle de la protection personnelle se fît également par le notaire. Mais en l'espèce, le contrôle n'est visiblement pas une priorité de la loi du 5 mars 2007 pour le compte du mandat, alors qu'elle l'encadre en ce qui concerne les mesures de tutelle ou de curatelle. La sécurité juridique n'en est que plus bafouée, au mépris de la prise en considération de la personne à protéger, personne qui mandate, qui donne tout pouvoir à un

[616] Ce qui est le minimum qu'il puisse assurer.

[617] On peut même dire qu'il y aurait un transfert de responsabilité non jusitifé.

[618] C'est à la limite de se demander si un mandataire malhonnête, pensant à juste titre qu'il pourrait échapper au contrôle, pourrait ne pas falsifier les documents comptables et en profiter à titre personnel !

[619] La seule référence à un prétendu contrôle se trouve à l'article 479, alinéa 3, du Code civil, lequel précise que *« le mandat fixe les modalités de contrôle de son exécution »*.

mandataire qui fera finalement ce qu'il veut, si tant est qu'il puisse échapper à certains contrôles[620].

246. L'intervention du juge des tutelles est malheureusement soumise, non pas à un contrôle *a priori* de la mise en œuvre de la mesure, mais à un contrôle *a posteriori* portant sur les difficultés de mise en œuvre, de prise d'effets et de contestations en tout genre. Certes, sur certains aspects, l'intervention du juge se fera préventivement lorsqu'il devra vérifier que les intérêts du mandant n'ont pas été lésés au moment de sa saisine. Mais pour le reste…

Car pour mettre en œuvre les contrôles du juge, encore faut-il le saisir, et cela n'est pas systématique. Le mandataire peut se figurer qu'il accomplit sa mission sans ambiguïté, et sauf contestation de tiers à la convention ou de toute personne intéressée, la saisine du juge des tutelles ne sera qu'un mirage. En outre, les contestations peuvent être soulevées par toute personne intéressée : qui sont ces personnes en l'état et quel est leur intérêt à saisir le juge des tutelles ? Et comment le saisiront-elles ? Le juge ayant la faculté de révoquer le mandat a-t-il en conséquence le pouvoir de modifier le contrat en retranchant des éléments du mandat ou en le transformant en fonction de la situation du mandant ? Ces réponses se trouvent dans la combinaison de deux logiques : la logique personnelle voudrait que l'on tienne compte de l'intérêt à agir comme cela est le cas en termes de protection institutionnelle. Dès lors que l'intérêt du mandant est lésé, il est possible d'agir pour rétablir l'équilibre. Par contre, en matière de logique contractuelle, il est possible de faire prévaloir la loi des parties aux fins d'action et d'écarter le juge en conséquence.

247. Il est évident que le principe de sécurité juridique se ressent des manœuvres proprement contractuelles du mandat. À tous les niveaux, le principe est mis à mal en raison du dénuement dans lequel les principes directeurs de la protection des majeurs sont censés être mis en balance. Ni le principe de nécessité, ni le principe de subsidiarité, et en conséquence le principe de proportionnalité et celui de sécurité juridique, ne trouvent de place logique dans le mandat de protection future. Si ces mêmes principes gouvernent les régimes de protection juridique, le principe dérogatoire de l'autodétermination ne peut assurer la mise en œuvre de ces principes, les excluant au final. L'articulation du mandat avec les régimes de protection est dès lors impossible, tant d'un point de vue théorique que pratique. Théorique parce que les vertus que prônent une tutelle ou une curatelle ne sont pas celles du mandat de protection future, du fait de la nature conventionnelle de ce dernier. Puis pratique, car il est mal aisé de mettre en parallèle d'un mandat de protection future un régime de protection juridique complémentaire qui engendrerait de grandes lourdeurs procédurales et une gestion patrimoniale extrêmement complexe. Le mandat ne simplifie donc en rien la protection que l'on souhaite pour soi ou pour autrui, car *« l'illusion »,* comme le dit Dominique Fenouillet, que le mandat donne sur sa prétendue facilité de mise en œuvre masque la réelle complexité du procédé dépourvue de sécurité.

248. Le mandat de protection future ne répond donc pas de la nature d'un régime de protection traditionnel. Sa nature conventionnelle déroge à tous les principes de gouvernance d'une mesure judiciaire, et dès lors, il est impossible de pouvoir calquer le mandat sur un autre régime de protection. Le mandat de protection future apparaît donc comme une mesure sans équivalent : tout ce qui est bon pour les mesures judiciaires ne l'est pas nécessairement pour le mandat, et inversement. C'est presque un raisonnement circulaire que de dire que le mandat de protection future répond de la protection contractuelle, et non de la protection judiciaire. Mais ne soyons pas dupes : même la protection contractuelle n'est pas totalement une protection contractuelle, la liberté individuelle n'est pas totale[621] ; l'autonomie de la

[620] C'est pour cette raison que l'intervention du juge des tutelles doit garantir le principe de sécurité juridique. Seulement, y arrive-t-il ?

[621] V. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 485, D. Fenouillet, art. préc.

volonté n'est pas nécessairement garantie[622], certains éléments du mandat ne permettant pas d'en tirer la conclusion que l'on souhaite : la modification après mise en œuvre est soumise à l'autorité du juge des tutelles, de même que la renonciation du mandataire au même instant. Ce que l'on croit n'est pas, et ce que l'on ne croit pas est, pourrait-on dire du mandat. Cependant, il ne faut pas rester sur cet effet d'optique.

Sous-Section 2 - Les différentes formes du mandat de protection future.

249. On aura compris que le mandat de protection future fera l'objet d'une rédaction selon un formalisme plus ou moins imposé[623], dérogeant malheureusement à la volonté individuelle. Le mandant pourra établir le mandat de protection future sous deux formes[624], notamment sous la forme d'un acte sous seing privé (I), dont l'étendue ne permettra pas au mandataire d'accomplir la large gamme des actes que le mandataire du mandat établi sous la forme authentique pourra exécuter (II), lequel accroît sa capacité et lui donne une quasi-plénitude d'exercice de ses pouvoirs. On a même pu considérer que selon la forme du mandat, on aurait un mandat dit *« supérieur »* et un mandat dit *« inférieur »*, selon qu'il est établi par un notaire pour le premier, par un avocat pour le second[625]. Mais le mandat de protection future, selon sa forme, doit respecter, en substance, la volonté du mandant et l'adhésion[626] de ce dernier à la « mesure », au même titre qu'en matière de protection juridique, ce que la forme ne fait pas.

I) Le mandat établi sous la forme d'un acte sous seing privé.

250. L'article 492 du Code civil prévoit, en son alinéa 1er, les modalités d'établissement du mandat de protection future sous seing privé[627]. Il est ainsi prévu que *« le mandat établi sous seing privé est daté et signé de la main du mandant. Il est soit contresigné par un avocat, soit établi selon un modèle défini par décret en Conseil d'État »*. Le mandat sous seing privé est donc établi selon deux variantes[628]. Il peut être établi pour soi-même ou

[622] Th. Fossier, « Quand le juge (des tutelles) se fait discret », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 46 et sui.

[623] La solennité de l'acte authentique n'étant pas requise systématiquement : v. *supra* n. n°560, E. Delouis, art. préc., n° 220, p. 25.

[624] V. *supra* n. n° 482, J. Massip, art. préc., n° 129, § 9 ; L. Pécaut-Rivolier, « Le mandat de protection future », Rec. D., 15 janvier 2009, n° 3, p. 216 ; v. *supra* n° 490, F. Perreau-Billard, art. préc., ; v. *supra* n. n° 578, C. Glasson, art. préc. ; v. *supra* n. n° 603, L. Pécaut-Rivolier, art. préc., ou du même auteur n. n° 501, L. Pécaut-Rivolier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 560, J. Klein, art. préc.

[625] J. Casey, « Quel avenir pour le mandat de protection future ? », Gaz. Pal., 13 août 2011, n°225, p.8.

[626] En dispose ainsi l'article 415 du Code civil.

[627] Pour un modèle de mandat sous seing privé, *cf supra* n. n° 497, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc. ; J. Massip, « Le mandat de protection future (seconde partie) », Gaz. Pal., 17 juin 2008, n° 169, § 49. Le mandat établi par décret est en pratique un formulaire que le mandant doit simplement remplir. Il est complété par un arrêté du même jour faisant office de notice explicative, contenant des informations propres à sa compréhension. Le mandant doit apporter des renseignements en apportant des réponses aux questions posées dans le formulaire. En outre, le mandat préétabli contient des instructions qui permettent de connaître la volonté du mandant.

[628] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 73 ; F. Moureau, « La place de l'avocat dans la nouvelle législation sur la protection des majeurs », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 12. La circulaire de la DACS

pour autrui, exception faite lorsqu'il est conclu par des parents dans l'intérêt de leur enfant majeur handicapé : dans ce cas, seul le mandat établi en la forme authentique prévaut. Si le mandant établit lui-même le mandat de protection future en dehors de tout modèle préétabli, la contresignature d'un avocat est obligatoire afin de donner force certaine au mandat. Le recours à la contresignature de l'avocat est envisagé dans le cadre du conseil donné au client[629]. Comme il n'est pas toujours aisé pour tout mandant de définir les modalités de sa protection et l'objet sur lequel elle portera, le conseil de l'avocat peut s'avérer utile, voire nécessaire, au regard des différents enjeux dépendants de la future protection de la personne.

251. Le conseil de l'avocat peut également s'avérer utile[630] quant au souhait du mandant de vouloir ne pas rester dans les limites posées par le décret du 30 novembre 2007. Si ce dernier pose des règles déjà définies et dont il suffit d'en suivre les principes pour exécuter le mandat, l'intervention de l'avocat permettra d'orienter la volonté du mandant dans le choix de modalités dérogeant à celles prévues par le décret. En conséquence, en écartant les dispositions prévues par le décret, l'avocat pourra mettre en place une protection personnelle ou patrimoniale adaptée à la situation individuelle du mandant, selon la volonté propre du mandant. L'élaboration du mandat n'en sera que plus pertinente et répondra de l'impératif de la prise en compte et du respect de la volonté individuelle du majeur. Au contraire, si le mandant s'en réfère au modèle proposé par le décret, la contresignature de l'avocat n'est plus nécessaire, le mandat prenant force certaine selon les dispositions prévues par le présent décret[631].

252. Cet aspect du mandat sous seing privé relève d'un formalisme beaucoup plus restreint. Bien que le mandant exprime sa volonté à travers le modèle établi par décret, il n'en demeure pas moins que ce sont les dispositions propres au décret qui conditionnent la protection de la personne, cette dernière acceptant les modalités de la protection en apposant

---

n°CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 prévoit que le mandat sous seing privé, et notamment le recours à l'avocat, *« permet d'offrir aux parties un conseil complet sur les formalités, le contenu et les effets du mandat dans une matière encore peu familière du grand public, et portant sur un outil juridique très novateur. En outre, l'avocat permet aux parties d'élaborer un mandat qui s'exonère des contraintes posée par le modèle réglementaire afin d'être le plus adapté possible à la situation du mandant et le plus conforme à sa volonté. Le rôle de l'avocat trouve son sens dans l'élaboration d'un outil pertinent, qui concilie principes du code civil et liberté contractuelle. Enfin, l'intervention de l'avocat implique l'engagement de sa responsabilité professionnelle ».*

[629] Le nouveau rôle de l'avocat en matière de protection par mandat doit dépasser le clivage entre acte sous seing privé et acte authentique : v. en ce sens Ch. Jamain, « Mandat de protection future et contreseing de l'avocat : une préfiguration de l'acte sous signature juridique ? » Rec. D. 2007, n° 15, p. 1004. On connaît le pouvoir qu'ont les notaires en matière de rédaction des actes authentiques sur ce point, mais on connaît moins le pouvoir désormais acquis aux avocats en matière de rédaction de mandats de protection future sous seing privé. Et cet acquis ne s'est pas fait sans mal. Car l'instauration du mandat sous seing privé devait être conçue pour empêcher d'octroyer au notariat le monopole du mandat de protection future, alors que les notaires l'ont déjà en matière d'actes authentiques. Les travaux préparatoires de l'Assemblée nationale ont donc abouti dans un premier temps à l'élaboration du mandat selon le décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007, au motif que la présence de deux témoins, au moment de l'élaboration du mandat entre les parties, n'apporterait pas les garanties nécessaires à assurer la sécurité du mandant. Pour apporter une sécurité autre, le mandat de protection future par acte sous seing privé a fait l'objet d'un regard particulier à travers la profession d'avocat. L'avocat n'est pas que l'intervenant aux divers litiges, il est aussi le garant d'une certaine sécurité juridique au niveau de la rédaction d'actes. Après tout, l'avocat rédige bien les statuts de société sans pour autant qu'il n'y ait de conflits avérés.

[630] Le mandant peut avoir recours à un avocat aux fins d'établissement du mandat, mais la règle ne constitue pas une obligation formelle.

[631] V. *supra* n. n° 494, M.-H. Isern-Réal, art. préc.

sa signature. La volonté serait donc limitée en l'état puisque seules les dispositions du décret permettraient au mandant d'établir les grandes lignes de sa protection, sans pouvoir y déroger. Pour autant, le mandant peut s'en tenir à ces seules dispositions, sans aucune intervention, ce qui traduirait la *« volonté totale du mandant »*[632], selon Philippe Potentier. N'est-ce pas plutôt un acte de soumission de la part du mandant ? On peut accepter l'ensemble des conditions prévues par le décret, mais n'y-t-il pas moyen de modifier certaines clauses, afin d'adapter la protection à sa propre situation ? Le modèle du décret est purement général, voire impersonnel. Accepter ces conditions revient à ne pas reconnaître sa personnalité : la protection se veut uniforme, quelle que soit la personne. La volonté est totale, certes, mais elle correspond à une volonté soumise, donc une absence totale de volonté. L'idée revient à dire *« Je consens à me soumettre à ta volonté »*. Le mandat du décret n'est qu'un miroir de la protection instituée par le législateur, car en ne voulant pas modifier le contenu de la protection du décret, c'est finalement admettre que l'on n'a aucune idée de la protection que l'on souhaite. Cette conception est bien dommage, elle est illusoire et donne une fausse représentation de la protection souhaitée. Le législateur s'insinue ici dans la vie privée du mandant, alors que l'aspect conventionnel doit permettre d'éviter cette intrusion. C'est pourquoi, le principe de subsidiarité, qui tend à écarter un régime de protection judiciaire lorsque le mandat de protection future est suffisant à pourvoir aux intérêts de la personne, laisse entrevoir cette intrusion : le décret dit de faire, et l'on fait. Voila donc la boîte de Pandore modernisée, un cheval de Troie nouveau.

253. Dans tous les cas, quelle que soit la forme du mandat de protection future, le mandant a pour obligation de signer de sa main même le mandat. Mais il n'acquiert date certaine[633] que selon les dispositions propres à l'article 1328 du Code civil.

254. Cette forme de mandat a été conçue *ab initio* dans un souci de respect de la volonté du mandant. S'il souhaitait définir lui-même les modalités de sa protection, rien ne pourrait venir le contraindre dans sa liberté contractuelle. Cette figure juridique constitue donc une nouvelle forme de modèle d'acte en droit civil, ce que le droit de la consommation consacrait déjà[634]. En reprenant cette figure juridique, le législateur a tenu à ce que le formalisme allégé soit une garantie du respect de la volonté du mandant, puisqu'il ne s'agissait pas de brider sa volonté présidant à sa création[635]. Cependant, on constate une fois de plus que la volonté de la personne mandante reste contrainte par le formalisme qui se dégage de ce type de mandat. D'abord, le mandat pré-établi prévoit à l'avance les dispositions propres à la protection : le mandant, s'il ne souhaite pas définir lui-même les modalités de sa protection, est en conséquence soumis à ces dispositions. Si le mandant recourt davantage au conseil de l'avocat, ce dernier doit contresigner le mandat, et dans tous les cas, le mandant doit lui-même viser le mandat par lequel il institue sa protection. Il en ressort que, malgré la

---

[632] V. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc.

[633] V. *supra* n. n° 627, J. Massip, art. préc., § 49.

[634] A.-M. Leroyer, « Mandat de protection future – Acte sous seing privé », RTD Civ., 14 mars 2008, n° 1, p. 167. Pour une comparaison du mandat sous seing privé établi selon le décret n° 2007-1207 du 30 novembre 2007 avec d'autres types de mandats établis dans le cadre du droit de la consommation, *cf* C. consom., art. L. 311-13, L. 312-7, L. 312-8, L. 312-28, L. 313-15, R. 311-6, en ce qui concerne certaines offres devant être établies selon un modèle élaboré par le comité de réglementation bancaire, comme le prêt lié à une vente ou une prestation de service, la vente à crédit, le prêt personnel ou encore l'ouverture de crédit. Toutefois, la jurisprudence précise que le modèle-type ne doit pas être scrupuleusement suivi, du moment que les mentions légales figurent dans le mandat : Civ. 1ère, 14 juin 1989, n° 88-12.665, Bull. Civ. I, n° 240, p. 160, Rev. dr. bancaire, 1989. 711, n° 3, obs. F. Crédot et Y. Gérard-Riom.

[635] Th. Fossier, « Le mandat de protection future sous seing privé, deuxième décret d'application de la réforme de la protection des majeurs », Dr. fam. 2008, ét. 2.

volonté des parties, le mandat le moins contraignant à établir nécessite la mise en œuvre d'un formalisme à même de garantir la protection de la personne.

255. Ce formalisme, même minimaliste, s'entend largement : l'acte présente une gravité certaine[636] en raison de l'étendue de la protection personnelle ou patrimoniale. Quand bien même le mandat sous seing privé ne permet pas au mandataire d'accomplir les actes de disposition, ce dernier sera tout de même investi du pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de conservation ; leur réalisation ne doit pas être conditionnée par la légèreté du comportement du mandataire ou par la fragilité de l'instrument juridique. D'autant que le principe relatif au mandat veut que le juge des tutelles n'intervienne qu'en cas de litige dans son exécution, il n'est donc pas tenu de connaître l'établissement d'un mandat. C'est pourquoi, le formalisme allégé reste une garantie pour la personne protégée, et ce, même si les dispositions de l'article 1985 du Code civil autorisent les parties à conclure un mandat sans la nécessité de le formaliser par écrit. Même si le mandat de protection future répond aux dispositions de droit commun, la loi du 5 mars 2007 ne fait pas référence aux dispositions de l'article 1985 : le mandat ne peut être établi tacitement. Son formalisme réclame qu'il soit un mandat solennel au lieu d'un contrat consensuel dans lequel les garanties de protection ne seraient apportées.

256. Le contenu du mandat sous seing privé est spécifique à son formalisme. Le champ d'application est tout d'abord limité quant à la nature des actes que le mandataire devra accomplir[637]. Le mandataire se limitera aux actes que le tuteur pourra accomplir sans autorisation du juge des tutelles, à savoir les actes d'administration et de conservation. Si la nécessité et l'urgence de l'opération se révèlent au grand jour, le mandataire pourra solliciter l'autorisation du juge des tutelles aux fins d'autorisation d'accomplir un acte de disposition. Le champ d'intervention du mandataire est limité à juste titre : les garanties de protection de la personne protégée étant apportées au moyen d'un acte conclu entre parties, il n'est pas possible de confier au mandataire des pouvoirs dont l'étendue dépasserait le cadre des actes que le tuteur pourrait accomplir seul. En effet, quand bien même un avocat contresigne le mandat de protection future, le conseil qu'il apporte aux parties reste dans un cadre entièrement privatiste. Il en va autrement du mandat notarié dans lequel le notaire apporte toutes les garanties nécessaires au respect de l'ordre public en offrant l'efficacité et la sécurité juridique propre à la technicité de l'opération. Il est donc logique d'un point de vue juridique que le mandant ne puisse confier au mandataire des pouvoirs excédant le degré de gravité des actes visés par le mandat sous seing privé.

257. Outre la limitation du champ d'application du mandat sous seing privé, le contenu du mandat établi selon le modèle prévu par le décret du 30 novembre 2007 doit faire référence aux modalités de contrôle de l'exécution de la convention[638]. La loi ne prévoit pas expressément la teneur de ces modalités de contrôle. Les parties les détermineront entre elles, et c'est là que la présence de l'avocat est fortement utile : seul son devoir de conseil pourra modéliser le contrôle prévu dans le mandat. Il y a fort à parier que ces modalités de contrôle, à travers leur caractère subjectif, relèveront d'un droit prétorien. La loi ne donne aucune indication quant au contenu ou la forme des modalités de contrôle. Il relèvera donc de

---

[636] V. *supra* n. n° 506, J.-D. Pellier, art. préc.

[637] *Ibid.*, p. 26.

[638] Le mandant doit ainsi désigner un tiers chargé du contrôle de l'exécution du mandat par le mandataire, et s'il a prévu de rémunérer le mandataire ainsi que le tiers chargé d'en contrôler l'exécution, ce montant doit être déterminé dans le mandat. Si le mandat est établi en dehors de tout modèle préétabli, les parties et l'avocat sont libres de déterminer les modalités de contrôle de l'exécution du mandat. Ces modalités relèvent de l'entière liberté contractuelle des parties. Seulement, quelles sont-elles ?

l'intention des parties d'en définir les grandes lignes selon les conseils qui leur auront été délivrés.

Cependant, dans le silence de la loi, des modalités de contrôle pourraient ne pas apparaître conformes à l'intérêt du mandant et l'intervention du juge des tutelles apparaîtra comme salutaire. Il s'agit ici d'un aspect dans lequel la liberté contractuelle a du être préservée. Mais mal préservée, malheureusement : pour une fois que la loi ne régit pas certaines dispositions, voilà qu'elle laisse les parties dans le flou, car il semble difficile pour des novices en droit de définir eux-mêmes les modalités de contrôle de l'exécution du mandat. Si la liberté contractuelle est trop bridée quant à certains aspects, elle est ici trop large. D'où la nécessité de recourir à un avocat pour définir ces modalités. Quoi qu'il en soit, le mandataire désigné sera soumis à l'obligation de dresser un inventaire et de reddition des comptes de gestion[639]. Le mandat sous seing privé reste donc limité à des actes dont la gravité est relative. Le mandat établi en la forme authentique présente donc de plus grandes garanties en ce qui concerne les actes les plus graves.

II) Le mandat établi en la forme authentique.

258. L'article 489 du Code civil pose la règle suivante : le mandat authentique est établi par notaire[640]. L'emploi du mandat authentique se fait au même titre que l'emploi du mandat sous seing privé, qui demeure une possibilité, non une obligation. Toutefois, l'article 477, alinéa 3, du Code civil impose la rédaction du mandat en la forme authentique dans un cas unique[641] : les parents d'un enfant handicapé souhaitant conclure à son profit un mandat de protection future doivent nécessairement faire établir le mandat par acte notarié[642]. C'est le seul cas dans lequel le mandat sera obligatoirement rédigé en la forme authentique[643]. Dans le cadre du mandat pour autrui[644] ou pour soi, le mandat authentique n'est pas une obligation, même s'il reste une option.

259. Cependant, son élaboration par acte notarié présente un intérêt évident en matière patrimoniale. Alors que le mandataire d'un mandat sous seing privé ne pourra qu'accomplir les actes d'administration et de conservation, le mandataire recevant ses pouvoirs du mandant dans le cadre du mandat authentique aura la faculté, outre les actes d'administration et de conservation, d'accomplir les actes de disposition, à l'exception toutefois des actes de

---

[639] Les articles 492 et 494 du Code civil posent les conditions de cette double obligation. Le mandataire doit les conserver dans un délai de cinq ans, et selon l'article 416 du Code civil, il doit les maintenir à disposition du juge des tutelles ou du procureur de la République afin de s'en justifier si contestation il y a.

[640] Pour un modèle de mandat notarié, *cf supra* n. n° 497, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc. ; également pour un autre modèle contenant des variantes afin d'adapter la mandat à la situation personnelle et patrimoniale du mandant : J. Combret, Ph. Potentier, Fl. Géminiani, H. Lenouvel et Y. Le Levier, « Mandat de protection future (formule commentée), Defrénois, 15 février 2009, n° 38891, pp. 294 et sui. Ces exemples de mandats notariés peuvent être par ailleurs complétés par : J. Massip, « Quelques réflexions sur les formules de mandat de protection future (analyses et formules) », Defrénois, 28 février 2010, n° 39074, pp. 441 et sui. Ce dernier article traite de la manière dont peuvent être gérés, par mandat, le logement du majeur, l'exercice du commerce, le contrat de fiducie, les comptes en banque du majeur ou encore les actes relatifs à la personne même du majeur ; v. *supra* n. n° 627, J. Massip, art. préc., § 39.

[641] V. *supra* n. n° 490, F. Perreau-Billard, art. préc.

[642] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., pp. 72 et 73.

[643] V. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc.

[644] Autre que l'enfant handicapé.

disposition à titre gratuit qui doivent recevoir à cet effet l'autorisation du juge des tutelles[645]. Mais cette seule exception ne doit pas cacher la dimension supérieure des pouvoirs du mandataire dès lors que le notaire intervient dans la rédaction du mandat. La rédaction en termes généraux ne doit pas empêcher le mandataire d'accomplir tous les actes portant sur le patrimoine. En effet, quand bien même le notaire rédigerait un mandat en termes généraux, les pouvoirs du mandataire ne seraient pas limités en l'espèce. Le mandat doit inclure tous les actes du patrimoine que le mandataire peut accomplir seul ou avec autorisation[646]. Ainsi, aucune limite quant aux actes sur le patrimoine ne peut être apportée[647]. Néanmoins, le mandataire peut voir l'étendue de ses pouvoirs réduite. Le mandant doit indiquer au notaire que le mandat prévoira expressément une réduction de l'importance des pouvoirs du mandataire. Il suffit pour cela que la limite soit posée quant à la réalisation de certains actes, voire même leur exclusion. La gestion de certains biens du patrimoine peut également être visée et les biens feront l'objet d'une interdiction de gestion.

260. En pratique, il faut se demander ce que pourra apporter cette interdiction de réaliser certains actes. Si le mandataire se voit interdit d'accomplir certains actes, à qui en reviendra la charge ? Peut-on considérer que le mandant désigne en parallèle un autre mandataire, et si tel est le cas, cette désignation ne risque-t-elle pas de dénigrer la personne de confiance que l'on désigne à l'origine ? Ou dans le cas contraire, si la désignation du mandataire porte sur un seul et même mandataire, comment s'effectuera la réalisation des actes prohibés, de même que la gestion des biens exclue des pouvoirs de ce mandataire ?

À ce problème, il n'y a pas de solution véritablement en réponse. On pourrait envisager qu'en raison de la qualification authentique de la convention, les actes soumis à la limitation des pouvoirs du mandataire pourraient être accomplis par le notaire, à condition toutefois que ce dernier ait été désigné comme co-mandataire. Et si tel est le cas, la question de l'impartialité ou la neutralité du notaire peut être remise en cause. Toutefois, la limite est posée et il est difficile de trouver une raison à cette éventualité : si le mandataire est le seul exécutant, qu'adviendra-t-il des actes qu'il ne peut accomplir ? Les dispositions légales créent ici un vide juridique. Si le mandant exclut le mandataire de la gestion d'une partie de son patrimoine, il y a fort à craindre que cette partie de patrimoine périsse du fait du défaut de gestion, d'autant plus si aucun autre mandataire n'est désigné en ce sens. On voit donc les limites d'une volonté trop délibérée du mandant quant à l'instauration d'une gestion particulière de son patrimoine. On peut même se demander si le mandant ne pourrait pas établir un mandat à effet posthume pour faire gérer, à son décès, ce patrimoine parcellaire[648].

261. L'accès au mandat notarié constitue, au vu de ses effets, une mesure appréciable, du moins le législateur l'espère-t-il. Car, outre le principe de sécurité juridique qui y ressortit, le mandat par acte authentique permet l'extension des pouvoirs du mandataire quant aux actes de disposition. Il suffit de voir combien ses effets sont supérieurs à ceux du mandat sous seing privé qui tend à restreindre les pouvoirs du mandataire Tout cela est bien entendu très intéressant du point de vue liberté accordée au mandataire. En exécutant un mandat établi par notaire, ses pouvoirs sont démultipliés et lui permettent d'intervenir dans tous les domaines de la protection patrimoniale. Mais l'étendue de ces pouvoirs a son corollaire. Si les actes que

---

[645] V. *supra* n. n° 560, E. Delouis, art. préc., n° 220, p. 26. Pour apprécier les actes que le mandataire peut accomplir dans le cadre d'un mandat notarié, *cf supra* n. n° 497, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc., § 58 à 67.

[646] La liste des actes n'est pas limitative, et leur réalisation dépendra de la l'autorisation délivrée par le juge des tutelles.

[647] V. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc.

[648] En pratique, les mandants ne chercheront sans doute pas à compliquer les choses. Au contraire, ils feront en sorte de les simplifier dans la mesure où la période pour laquelle ils seront inaptes ne doit pas troubler la gestion patrimoniale. Pour autant, cette possibilité n'est pas à exclure.

réalise le mandataire dans un mandat sous seing privé sont limités au regard de leur gravité relative, la responsabilité qui sera celle du mandataire sera proportionnelle à sa mission. Les modalités de contrôle qui en découleront seront pareillement fonction de la gravité des actes. Dans le mandat de protection future établi par notaire, si la mission du mandataire est autrement plus importante de par la nature des actes, la responsabilité qui sera la sienne n'en sera que plus grande et les contrôles relatifs à sa mission n'en seront que plus rigoureux. Et la responsabilité du notaire rentrera également en ligne de compte.

262. Chaque année, le mandataire doit établir la compatibilité du mandant[649], exactement comme le ferait un tuteur. Jusque-là, on ne note pas une différence flagrante avec le mandat de droit commun. Le mandataire doit rendre compte de sa gestion ou de la réalisation d'un acte. La différence se fait nettement par la suite. Le notaire est le destinataire des comptes et devra en assurer la conservation[650]. Le mandataire doit en outre procéder à un inventaire[651] de tous les biens qui feront l'objet de la protection, le notaire devant pareillement en assurer la conservation. Le rôle de surveillance du notaire est le suivant : il contrôlera l'activité du mandataire selon les comptes de gestion et les inventaires réalisés. La suspicion d'un acte qui n'apparaîtrait pas comme conforme à l'intérêt du mandant, une irrégularité dans les comptes de gestion ou un inventaire dans lequel il manquerait certains éléments du patrimoine, doivent faire l'objet d'une information auprès du juge des tutelles. Le contrôle des comptes de gestion ne relevant pas de la compétence du notaire, ni même de celle du juge des tutelles *stricto sensu*, ce dernier, saisi d'une irrégularité, doit faire vérifier les comptes soumis à litige, comme s'il s'agissait d'une tutelle. Le mandat de protection future déroge ici totalement à l'esprit général du mandat de droit commun, puisqu'un contrôle *a posteriori* s'instaure[652].

263. L'autre intérêt du mandat notarié est relatif aux vérifications que le notaire effectuera lors de la rencontre du mandant et du mandataire et de la signature du mandat. Au jour où les parties se présentent devant le notaire, il lui est possible de vérifier la capacité du mandant, ainsi que la capacité du mandataire à pouvoir accomplir des missions très spécifiques. Il pourra constater également la capacité des parties à échanger leurs consentements respectifs et à pouvoir s'engager par la simple signature du mandat. La signature n'est pas non plus un acte anodin, car elle lui donne pleine et entière efficacité juridique, tout en donnant date certaine et faisant foi. Le mandat notarié donne donc force probante au contenu valant jusqu'à inscription de faux. Le mandat est en outre armé de la force exécutoire. La sécurité juridique qui se dégage du mandat présente un aspect double. La

---

[649] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 142 et 143. L'article 491 du Code civil en fixe les modalités ; v. *supra* n. n° 497, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc., § 52 à 54.

[650] *Ibid.*

[651] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 141 ; v. *supra* n. n° 490, F. Perreau-Billard, art. préc.

[652] Le juge des tutelles soumettra le mandataire à une injonction de communiquer ses comptes avec toutes les pièces justificatives. L'article 486 du Code civil prévoit cette vérification et procède au renvoi à l'article 511 du même code afin de soumettre le contrôle des comptes selon les modalités appropriées. Ce rôle de surveillance prend tout son sens dès lors que le mandat est conclu dans l'intérêt d'un tiers bénéficiaire. C'est donc une garantie essentielle de la préservation des intérêts du bénéficiaire, puisque n'ayant pas déterminé lui-même les conditions de sa protection, seuls le devoir de conseil du notaire et la sécurité juridique liée à sa fonction sont à même de garantir sa protection. Si le mandat pour autrui n'est pas établi sous la forme d'un acte authentique, la responsabilité du notaire ne peut couvrir tous les actes de la gestion patrimoniale, alors que dans le cas du mandat de protection pour autrui, la personne bénéficiaire doit bénéficier de toutes les garanties maximales en terme de gestion patrimoniale. Il est donc impératif que tous les actes de disposition relatifs à la gestion patrimoniale du tiers bénéficiaire soient soumis au principe de sécurité que le notaire peut garantir.

sécurité émane d'abord de l'acte lui-même, le formalisme imposé permettant aux parties de bénéficier d'un contrôle préalable du contenu juridique du mandat et de sa conformité à la loi. Elle émane enfin du notaire également, en raison de son pouvoir particulier : sa responsabilité qui, si elle est engagée, est à même d'apporter toutes les garanties aux parties à la convention et à la parfaite constitution du mandat, le devoir d'information devant aller de pair avec son établissement.

264. Toutefois, il est nécessaire de constater deux choses. La première correspond à la publicité du mandat authentique. Cette publicité n'est pas encore garantie par décret[653], bien que prévue par la loi nouvelle du 28 décembre 2015. Comment peut-on dire que l'acte acquerra date certaine auprès des tiers au jour de l'enregistrement de la convention, d'une part, au jour de mise à exécution par le greffe d'autre part ? La publicité n'étant pas effective reste une problématique grave, mais il convient de dire que les tiers doivent nécessairement être informés de l'existence d'un tel mandat, afin de connaître les conséquences des actes qui ressortissent à leurs engagements avec des personnes « protégées ». Le mandat de protection future tient ici la place de « loi des parties »[654] jusqu'à l'effectivité d'un registre spécial assurant la publicité. Autrement dit, dans l'immédiat, la publicité du mandat devrait être diffusée par les parties elles-mêmes, et encore, par le mandataire seul. Sur cet aspect, la singularité du mandat préventif est flagrante et bien dérangeante : le mandat préventif fonctionne comme un contrat sans en être un, mais en reprenant certains éléments du contrat. Le caractère authentique du mandat préventif ne fait que renforcer cette idée, en raison de la gravité de certains actes. Cette remarque amène au second constat : en ayant recours au mandat notarié, le mandant n'est plus libre de donner pouvoir à son mandataire : pour la simple réalisation d'un acte de disposition, il y a nécessité de passer par une rédaction notariée du mandat. Dans le droit commun de la représentation, un simple mandat peut être donné par le mandant afin de conclure une opération immobilière, sans passer obligatoirement par un notaire[655]. On voit donc que la volonté du mandant reste largement conditionnée par le support de la convention. La volonté du mandant n'est donc pas totale en la matière, puisque la gravité des actes à réaliser est subordonnée à un support déterminé à l'avance.

Sous-Section 3 - La mise en œuvre du mandat de protection future.

265. À ce stade de la procédure, la forme du mandat de protection future, qu'il soit notarié ou établi sous forme d'un acte sous seing privé, ou sa nature, qu'il soit pour soi ou pour autrui, indiffère. Car jusqu'à présent, le mandat même élaboré, rédigé, et dont les conditions de la protection sont déjà déterminées, ne produit aucun effet juridique. Pour que le mandat puisse produire effets, il est nécessaire que l'altération des facultés mentales soit médicalement constatée. La perte de lucidité entraînera en conséquence la mise en œuvre du mandat[656]. À défaut, le mandat restera soumis à la condition suspensive de la survenance de l'altération des facultés mentales. C'est donc la constatation médicale de l'altération des facultés mentales, au même titre que la tutelle ou la curatelle, qui permettra la production d'effets.

Cet aspect est donc primordial, mais il ne suffit pas. Toute une procédure reste nécessaire à engager afin que le mandat de protection future soit effectivement mis en œuvre.

---

[653] V. *supra* n. n° 607.

[654] Dans le sens où l'entend l'article 1134 du Code civil.

[655] Notamment la procuration aux fins de signer un compromis de vente.

[656] L. Pécaut-Rivolier, « Le mandat de protection future », Rec. D., 15 janvier 2009, n° 3, p.216 ; v. *supra* n. n° 578, C. Glasson, art. préc. ; v. *supra* n. n° 501, L. Pécaut-Rivolier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 560, J. Klein, art. préc.

Le constat médical n'est en définitive que le préalable à la mise en œuvre de la procédure. Cette dernière comporte de nombreuses formalités avant l'exercice de la mesure (I). Si, dans ces conditions, le mandataire est désormais amené à exercer ses prérogatives, c'est aussi dans ces conditions que le rôle du juge des tutelles sera enfin mis en avant, car jusqu'à présent, la discrétion de ce dernier, de par le contenu de la loi, s'imposait d'elle-même. Ce qui est certain, c'est que le rôle du juge des tutelles a son importance dès lors que des litiges sont susceptibles de survenir dans la réalisation de la mission du mandataire, et par voie de conséquent, dans les intérêts du mandant (II). L'intervention tardive du juge des tutelles n'est d'ailleurs pas sans poser de difficultés quant au véritable contrôle de la protection. Enfin, il conviendra d'aborder le terme du mandat (III) : en quoi peut-il symboliser la fin de la mesure, et dans quelles conditions ?

De tout cela, il convient de cerner les véritables enjeux de la convention à travers la procédure et les contrôles propres à la mesure. Mais même si les enjeux ont leur importance, une problématique se pose : le défaut de publicité encore en vigueur à ce jour qui laisse entrevoir un manque de transparence envers les tiers, voire même à l'égard de certains membres de la famille. Dès lors, le mandat de protection future, soumis à la volonté du mandant, est-il de nature à limiter le risque de conflits intra-familiaux ? Rien n'est moins sûr. Par ailleurs, l'intervention du juge des tutelles n'est que le symbole du passage du mandant à un état d'inaptitude, traduisant ainsi l'impossibilité pour ce dernier de manifester une quelconque volonté. C'est d'ailleurs le terme de la prééminence de la volonté individuelle. Le juge des tutelles intervient en lieu et place du mandant pour sécuriser les actes engagés dans son intérêt. La volonté n'a donc plus libre cours et devient soumise comme celle du majeur placé sous tutelle. L'aval du mandat de protection future n'est donc qu'un parallèle effectué avec les mesures de protection judiciaire.

I) La procédure de mise en œuvre : une mise en œuvre dénuée de toute volonté désormais éteinte.

266. La mise en œuvre du mandat de protection future répond d'une condition essentielle. À défaut d'inaptitude constatée, le mandat n'est qu'une vue de l'esprit. Il existe de par l'*instrumentum* qui le matérialise, mais ne trouve aucune application concrète tant que le mandant reste toujours apte à la gestion de ses intérêts. Le mandat de protection future doit répondre de l'impossibilité de gérer ses biens et de pourvoir à ses intérêts dès lors qu'un événement d'ordre médical[657] empêche de pouvoir y remédier[658]. En ce sens, la volonté individuelle s'évanouit complètement. D'ailleurs, le mandat de protection future peut être comparé aux régimes de protection judiciaire : si le mandant n'avait pas demandé à bénéficier de ce type de protection, l'altération des facultés mentales aurait donné lieu à ouverture d'une procédure de placement sous protection judiciaire. Il permet d'écarter la mise en place d'un régime de protection dépendant de l'autorité du juge des tutelles, et donc d'évincer le principe de subsidiarité si les circonstances permettent de mettre en œuvre le mandat[659]. C'est donc dans ces conditions que l'article 477 du Code civil renvoie aux dispositions des articles 425 et 428 du même code[660] : seule l'altération des facultés mentales ou l'altération des facultés corporelles empêchant l'expression de la volonté est de nature à justifier la mise en œuvre du mandat de protection future[661].

[657] V. *supra* n. n° 490, F. Perreau-Billard, art. préc.
[658] V. *supra* n. n° 482, J. Massip, art. préc., n° 129, §10 et 11.
[659] V. *supra* n. n° 560, E. Delouis, art. préc.
[660] V. *supra* n. n° 658.
[661] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 70 et 71.

267. La procédure de mise en œuvre du mandat, qu'il soit conclu pour soi ou pour autrui, reste la même[662]. Les diligences procédurales incombent à deux personnes distinctes. Dans un premier temps, le mandataire demandera au greffe la mise en œuvre du mandat. Dans un second temps, le greffe accomplira les diligences propres à la vérification de la conformité du mandat aux dispositions légales[663]. Mais au préalable, toute diligence serait parfaitement inutile si l'altération des facultés mentales n'était pas établie officiellement. L'article 481 du Code civil prévoit que le mandat de protection future ne produira effets qu'à compter du jour où le mandant ne pourra plus pourvoir seul à ses intérêts. Pour l'établir, il est nécessaire de faire constater l'altération des facultés mentales.

Ce constat vaut tout aussi bien pour le mandat que pour les régimes de protection judiciaire : l'article 431 du Code civil impose l'obligation de faire constater l'altération des facultés mentales par un médecin inscrit[664]. Cette exigence est la même que pour une mesure de tutelle ou de curatelle. Le médecin inscrit constatera cette altération et indiquera dans ses conclusions que la situation de la personne à protéger nécessite un placement sous protection judiciaire. La raison qui justifie la mise en œuvre du mandat n'est autre qu'une cause purement médicale[665]. Ainsi, le mandat de protection future répond de la condition médicale d'ouverture de la protection, comme pour la tutelle ou la curatelle. Il est donc impossible de mettre en œuvre un mandat de protection future en dehors de la jonction d'un certificat médical. La personne peut être effectivement atteinte d'une altération de ses facultés mentales ou physiques empêchant l'expression de la volonté, le mandat sera sans effet si le mandataire ne produit pas ledit certificat médical.

268. Le mandataire a pour obligation de porter à la connaissance du greffe[666] le mandat conclu en amont de la protection[667]. Lorsque le mandat est conclu pour soi, le mandataire doit se rendre au tribunal d'instance du lieu de résidence du mandant[668]. L'article 1258 du Code de procédure civile prévoit que le mandant doit accompagner le mandataire au greffe de la juridiction[669] obligatoirement. Une dérogation sera accordée au mandataire de venir seul s'il justifie que l'état de santé du mandant ne peut permettre à ce dernier de se présenter au greffe[670]. Cette absence doit être justifiée par un certificat médical. On peut se demander quelle est l'utilité de cet accompagnement : le mandant étant inapte à la gestion d'affaire, il serait surprenant que celui-ci fût en capacité de comprendre le déroulement de la procédure. Si cette disposition a été aménagée afin de donner l'illusion que le mandant peut encore contrôler le cours du mandat, on se trompe franchement. Pour le mandant, tout est joué

Cependant, il existe une particularité en ce qui concerne le mandat pour autrui conclu dans les conditions de l'article 477, alinéa 3, du Code civil, lorsque le mandat est passé dans l'intérêt de l'enfant mineur ou majeur.

[663] A. Caron-Deglise, « L'ouverture d'une mesure de protection, les principaux aménagements de la loi », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 50 et sui.

[664] *Ibid.* ; v. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 660 ; v. *supra* n. n° 497, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc., § 33 ; Fl. Fresnel, « Le médecin et le majeur protégé », Gaz. Pal., 15 octobre 2009, n° 288, pp. 3 et sui.

[665] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 76.

[666] Le greffe du service de la protection des majeurs prend le rôle du juge : le greffier saisi d'un mandat de protection future mettra en œuvre le mandat de protection future sans apprécier le fond. Seule la forme lui incombe, c'est-à-dire les pièces justifiant la mise en œuvre du mandat ; v. *supra* n. n° 560, E. Delouis, art. préc., pp. 32 et 33 ; v. *supra* n. n° 482, J. Massip, art. préc., n° 129, §12.

[667] D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le code de procédure civile, JO n° 0285, 7 décembre 2008, p. 18646, texte n° 7.

[668] V. *supra* n. n° 516, F. Perrotin, art. préc.

[669] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 78.

[670] *Ibid.*

d'avance et son absence au greffe n'a aucune conséquence sur la mise en œuvre de la convention. La volonté étant impossible à exprimer, on voit mal le mandant contrôler que le mandataire remplit son obligation.

Lorsque le mandataire se présente au greffe, il doit remettre l'original du mandat ou sa copie authentique dont le seing de chaque partie y sera apposé, le certificat médical circonstancié[671], les pièces d'identité relatives au mandant et à lui-même et le justificatif de résidence du mandant[672]. La remise des pièces ne soulève pas de difficultés notoires. Seulement, il est nécessaire d'indiquer que le certificat médical doit dater de deux mois au plus au jour de mise en oeuvre. Le mandataire doit donc être vigilent à la date à laquelle il le produit au greffe car, en cas de rejet des pièces pour défaut de certificat médical valable, le mandataire serait contraint de faire procéder à un nouvel examen médical. Autant dire que la perte de temps serait grande. Si le mandant ne se déplace pas au tribunal d'instance, l'information relative à la mise à exécution du mandat doit être donnée par le mandataire au majeur. Le mandataire avertira alors le mandant par lettre recommandée de la prise d'effet du mandat, ce qui constitue la seule « forme » de publicité du mandat[673], en dehors de tout registre comme le consacrera la loi du 28 décembre 2015 : très légère et inutile si le mandant n'est plus en état de comprendre la portée de la notification[674].

En ce qui concerne le mandat pour autrui, une particularité surgit et touche à la fois le mandant et le mandataire. Si les conditions de présentation au greffe des pièces sont les mêmes, il convient d'insister sur certaines différences. D'abord, le mandataire doit se présenter au greffe, non plus avec le mandant, mais avec le bénéficiaire de la mesure. La raison en est simple : si l'on se trouve dans le cas du dernier survivant des parents, le mandat ne pourra prendre effet que lorsque ce parent sera décédé (outre la jonction du certificat médical). Dès lors, le mandataire devra se présenter au greffe avec le bénéficiaire, sauf si ce dernier est excusé pour motif médical. La production de pièces complémentaires comprendra ainsi le certificat de décès du mandant[675], ou bien le certificat médical établissant que le mandant peut lui aussi bénéficier d'un régime de protection selon les conditions de l'article 425 du Code civil ; la dernière pièce que devra joindre le mandataire sera le mandat authentique, et seulement cet acte, puisque le mandat de l'article 477, alinéa 3, du Code civil est nécessairement établi sous la forme notariée.

269. Ces formalités accomplies auprès du greffe[676], il s'agit désormais de rendre applicable le mandat. Le greffe doit vérifier si le mandat est applicable[677] ou si une irrégularité justifie son renvoi au mandataire afin de compléter ou corriger les manques. Le greffier procède à la vérification des pièces[678], mais en aucun cas, il ne s'agit pour lui de procéder à l'instruction du dossier[679]. Le greffier vérifie tout d'abord que le mandataire, ainsi

---

[671] Le certificat médical du mandat de protection future ne répond pas des impératifs de l'article 1219 du Code de procédure civile : le médecin inscrit appréciera le besoin de protection, alors que les mesures juridiques imposent un cadre strict.

[672] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 77.

[673] V. *supra* n. n° 497, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc., § 38.

[674] Et seulement au mandant, bien entendu, à croire que le mandat de protection future ne concerne qu'un microcosme replié sur lui-même.

[675] V. *supra* n. n° 672.

[676] L'appréciation des éléments de forme, et seulement de forme, vaut aussi bien pour le mandat pour soi-même que pour le mandat pour autrui.

[677] V. *supra* n. n° 506, J.-D. Pellier, art. préc.

[678] CPC, art. 1258-2.

[679] Ce qui pose une véritable difficulté d'appréciation de mise en œuvre du mandat puisque seul le contrôle sur pièce doit justifier la mise à exécution. Si le juge apprécie seul le fond, dans le mandat de protection future, le juge ne le peut pas car il n'intervient pas à ce stade. En même temps, le greffier n'est pas qualifié pour apprécier le fond.

que le mandant, sont majeurs au moment de la signature de l'acte. Au pire, il vérifie qu'ils sont mineurs émancipés[680]. La vérification doit en outre porter sur les modalités de contrôle prévues dans le mandat. Le greffier ne doit pas contrôler le contenu des modalités qui reste de la compétence du notaire si le mandat est notarié, mais la mention expresse desdites dans le mandat. En effet, elles doivent être expressément inscrites, à peine de non-validation. On peut penser que la vérification des modalités de contrôle du mandat authentique ne posera pas de difficultés car le notaire rédacteur aura pris soin de les mentionner. La vérification aura plus d'impact quant au mandat sous seing privé où les parties peuvent oublier de les indiquer, encore que l'avocat co-signataire ne manquera sans doute pas de les mentionner.

270. La vérification par le greffe reste une condition formelle de mise en œuvre du mandat[681]. Après tout, un oubli n'est jamais impossible, et le rejet du mandat permettra au mandataire de mieux se pourvoir. Le greffier doit constater, si tel est le cas, que le curateur a contresigné le mandat, si curatelle il y a. Il en sera de même si le mandat est établi par avocat, la signature de ce dernier étant indispensable. Si le mandat est établi pour autrui, le greffier constate que le notaire en est bien le rédacteur. La vérification de ce formalisme aboutit au visa du greffier aux fins de mise en œuvre. Dans le cas où aucune difficulté n'est soulignée, le greffier doit apposer son paraphe sur chaque page du mandat, indique sur la dernière page que le mandat prendra effet à compter du jour de présentation au greffe et y apposera son visa. Le visa étant apposé, le mandat est restitué au mandataire avec toutes les pièces afférentes, le greffe ne devant en conserver aucune pièce, pas même en copies. Cela n'est pas sans poser problème quant à la publicité des mandats conclus à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007. Dans le cas contraire, si le greffier estime qu'une pièce ne peut justifier la mise en œuvre du mandat, le mandataire se voit restituer l'ensemble de ses pièces[682] : le greffier sera dans l'obligation de ne pas viser le mandat. Le mandataire dispose d'un recours particulier s'il estime que le refus du greffier n'est pas justifié : par requête, le mandataire saisira le juge des tutelles aux fins d'obtention du visa. Le juge des tutelles peut se prononcer en dehors de tout débat et sa décision n'est pas susceptible de recours. Le juge peut « confirmer » la position du greffier : si les pièces présentées ne peuvent permettre d'apposer le visa, le juge des tutelles rend une ordonnance de rejet de la requête. Dans le cas contraire, il rendra une ordonnance constatant le régularité du mandat. Cette ordonnance autorisera le mandataire à pouvoir mettre en œuvre le mandat.

Cette procédure appelle deux remarques : la première est celle qui concerne le rôle du juge des tutelles. Ce dernier est « *extrêmement discret* »[683], puisque son intervention dans les premières étapes de la mise en œuvre du mandat n'est prévue que lorsque le greffier considère que le mandat ne peut recevoir visa[684]. Alors, le juge des tutelles sera saisi aux fins d'autoriser la mise en œuvre du mandat. Il en ressort une critique évidente : pourquoi ne pas avoir instauré un contrôle *a priori*, comme c'est le cas pour les requêtes en ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle ? Dans les régimes de protection judiciaire, le juge contrôle le bien-fondé de la requête. En l'absence de tout certificat médical circonstancié, le juge ne pourra examiner utilement la requête et renverra le requérant à mieux se pourvoir, en ordonnant l'irrecevabilité de la demande. Or, dans le mandat de protection future, rien de tout cela. Seul le greffier connaît de l'existence du mandat, procéde aux vérifications formelles et vise le mandat aux fins de mise en œuvre et d'exécution. Si aucune difficulté n'est soulevée par le greffier, le juge des tutelles demeure dans l'ignorance totale de l'existence du mandat. Il n'y a qu'en cas

[680] Mais ce cas n'est que théorique.
[681] V. *supra* n. n° 622, Th. Fossier, art. préc.
[682] Selon l'article 1258, alinéas 2 et 3, du Code de procédure civile.
[683] V. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc.
[684] V. *supra* n. n° 663, A. Caron-Deglise, art. préc.

de refus de visa de la part du greffe que le juge des tutelles sera informé de l'existence d'un mandat pour lequel il devra donner son autorisation de mise en œuvre ou non.

271. On peut regretter ce formalisme somme toute léger. Il ne convient pas de remettre en cause les vérifications effectuées par le greffe, mais on peut se demander pourquoi le juge des tutelles n'aurait pas à connaître de ces vérifications avant que le greffe n'appose son visa[685]. Le juge pourrait effectivement contrôler les pièces et laisser le soin au greffier de viser le mandat, ou de le faire lui-même à plus forte raison. De même, une autre solution avait été envisagée, comme celle d'une homologation préalable du mandat par le juge des tutelles. En instaurant un contrôle *a priori*, il aurait été possible de réduire au maximum les risques de conflits liés au refus de visa. Seulement là aussi, le législateur a préféré ne pas retenir la tenue d'un contrôle *a priori*. Le contrôle du juge ne sera pour le coup qu'un contrôle *a posteriori*[686] : il n'interviendra avant la mise en œuvre qu'en cas de refus de viser. Il ne contrôlera pas les pièces, et toute difficulté lui reviendra en cas d'absence de visa. Le Notariat français s'est inquiété de cette intervention du juge des tutelles pour le moins diffuse : à l'occasion du Congrès de Strasbourg tenu en 2006[687], une proposition a été faite pour associer la volonté du mandant à un contrôle moins prégnant de la part du juge des tutelles. Sur la base du droit québécois, il convenait de désigner une ou deux personnes de confiance[688] à qui serait notifiée la mise en œuvre de la convention, afin d'ouvrir un délai de contestation permettant de saisir le juge des tutelles. Le pouvoir législatif n'en a pas retenu l'idée, ce qui est bien dommageable au regard des droits des tiers.

272. Donc, le juge restera saisi en cas de refus de visa de la part du greffier. Mais le juge des tutelles n'intervient pas dans la procédure, hors les cas prévus par les textes. Sa discrétion laisse à désirer quand on connaît le rôle du greffe en général et le rôle du juge en termes de responsabilité, quant à l'appréciation d'une situation de pur fait et quant à l'interprétation de dispositions juridiques. Le greffier prend le rôle du juge en ce qui concerne l'appréciation de l'opportunité de mettre à exécution le mandat, alors que l'appréciation de ladite ne relève que du pouvoir du juge en matière de protection judiciaire. En outre, le contrôle réalisé par le greffe n'est qu'un contrôle formel, alors que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation en substance. Cette différence de contrôle n'est pas sans garantir l'intégrité de la volonté individuelle du majeur. Se serait-il trompé dans le choix d'un type de protection, dans le choix d'une clause bien particulière, le greffe ne pourrait même pas en faire remonter l'information au juge des tutelles. Le contrôle formel n'est qu'un moyen de vérifier si le mandat peut être mis en œuvre sur la seule base du constat de la cause médicale. Hors ce cas, point d'autre contrôle. Le greffe pourrait faire ce contrôle sur le fond, mais le statut des greffiers et les compétences d'attributions ne l'admettent pas. Seul le juge est en droit de le faire, mais ne peut le faire effectivement en raison de son éviction de la mise en œuvre. Le contrôle en substance qui n'existe pas ne fait que confirmer la position du législateur : faire de la volonté individuelle le credo du mandat de protection future. Seulement, le respect de la seule volonté du mandant ne doit pas admettre qu'on le laisse autoriser le mandataire à faire n'importe quoi.

Le seconde remarque porte sur le rôle du médecin inscrit. On connaît l'importance de ce dernier, car, sans l'avis médical qu'il donne sur la nécessité de placer ou non une personne sous protection judiciaire, aucune procédure n'est envisageable. Le médecin ne donne qu'un

---

[685] Ce qui tend à confirmer que le juge des tutelles n'est pas l'organe de contrôle du mandat de protection future : v. en ce sens *supra* n. n° 622.

[686] V. *supra* n. n° 68.

[687] Compte rendu des travaux du Congrès des notaires de France, Strasbourg 2006, 3è commission, 1ère proposition, JCP N 2006, n° 23, num. spé.

[688] N. Couzigou-Suhas et Y. Le Levier, « Le mandat de protection future », Defrénois, 30 avril 2006, n° 38371, pp. 633 et sui., § 3.

avis que le juge des tutelles suit ou ne suit pas. Mais pour autant, le médecin est un préconisateur de la mesure de protection et son avis est tout de même incitateur et annonciateur de la décision que le juge des tutelles prendra, dans une large majorité des cas. Dans le mandat de protection future, une imprécision doit être relevée, car source de conflits potentiels. Que doit constater le médecin, outre l'altération des facultés mentales ? Ou dit autrement, quel type d'inaptitude doit-il relever ? L'inaptitude sur le patrimoine, ou bien l'incapacité quant aux effets personnels ? La pratique relevant du constat médical ne doit en rien ignorer les deux aspects. Le médecin sera obligé de constater, et l'inaptitude patrimoniale, et l'incapacité personnelle. Si tant est que le médecin n'effectue pas ce double constat, la loi prévoit une application stricte des textes[689]. Si les parties souhaitent que la protection porte sur la personne même du mandant, il est nécessaire de solliciter de la part du médecin un examen aux fins de définir les conditions de la protection personnelle. En conséquence, le médecin préconisera telle mesure de protection en fonction des éléments patrimoniaux et des éléments personnels, selon le degré d'altération des facultés mentales ou physiques empêchant l'expression de la volonté. Le médecin apparaît comme bien plus qu'un simple « conseil » dans la détermination de la protection.

273. Alors, ces remarques, tantôt positives, tantôt négatives, ne doivent pas faire oublier ce dont on parlait en amont. Car le véritable problème du mandat de protection future relève de la publicité[690] propre à la mesure. Le 102è Congrès des notaires de France a d'ailleurs soulevé la difficulté. En effet, le mandat ne fait pas l'objet de publicité[691] encore instaurée officiellement, même si la loi du 28 décembre 2015 la prévoit désormais. Pour autant, cette publicité n'est pas encore effective en pratique ; on peut donc avoir de sérieux doutes quant à l'efficacité de la mesure à l'égard des tiers pour les conventions exécutées avant l'entrée envigueur de ladite loi ou pour celles venant avant le décret d'application de ladite loi. D'un point de vue procédural, le greffier restitue au mandataire toutes les pièces une fois qu'il a visé le mandat et après avoir enregistré les caractéristiques de la convention et le nom du bénéficiaire. Par contre, le mandat ne fait pas l'objet du moindre enregistrement papier de la part du greffe[692], le greffier n'ayant même pas à conserver, même sous forme de copies, les pièces du mandat[693] ou une copie authentique de ce dernier.

D'ailleurs, la procédure prévoit qu'un archivage de la mesure n'a pas à être mis en place au sein des juridictions. Ce défaut d'enregistrement se justifie dès lors que le mandat de protection future n'entraîne aucune incapacité du mandant ou du bénéficiaire du mandat, c'est-à-dire si aucun d'eux n'est placé sous régime de tutelle ou de curatelle. À moins que ce cas ne se produise, le mandat ne fait pas l'objet de la moindre publicité interne[694], sauf un

---

[689] Le médecin devra constater l'inaptitude patrimoniale, laquelle n'entraînera aucune incapacité personnelle, en raison de l'application combinée des articles 479 et 457-1 à 459-2 du Code civil, auxquels l'article 479 du même code renvoie. Cette hypothèse prévaut surtout lorsque la protection doit porter sur l'aspect patrimonial.

[690] V. *supra* n. n° 506, J.-D. Pellier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 482, J. Massip, art. préc., n° 129, §17.

[691] V. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 548, A.-M. Leroyer, art. préc. ; v. *supra* n. n° 560, J. Klein, art. préc.

[692] V. *supra* n. n° 622, Th. Fossier, art. préc. Un enregistrement informatique est tout de même prévu, mais reste très sommaire dans les renseignements et n'apporte rien d'essentiel, puisque l'enregistrement se borne à indiquer le type de mandat, le nom du mandant et le type de mandataire désigné.

[693] Le greffe n'a même pas à informer le notaire de la mise à exécution du mandat, puisque c'est au mandataire de procéder à la mise en œuvre effective.

[694] Le répertoire civil n'a pas à recevoir pour l'instant la moindre mention aux fins d'apposition dans les actes de l'état civil. Le décret d'application de la loi du 28 décembre 2015, à

enregistrement informatique purement formel. Le mandat ne constitue pas un régime d'incapacité, ce qui n'est pas le cas pour la tutelle ou la curatelle : le mandant peut continuer d'agir dans la vie de tous les jours et continuer de passer des actes graves sur son patrimoine. Le mandat constitue une simple « mesure » de représentation[695]. Mais le défaut de publicité n'est pas sans poser problème. Bien que le Notariat français eût insisté pour qu'une publicité minimale fût instaurée, le législateur ne l'a pas entendu ainsi[696], privilégiant la volonté du mandant dans le cadre d'une mesure conventionnelle, à défaut d'être un régime de protection. Mais le législateur est revenu sur cet aspect bien heureusement, la gravité que peut représenter la convention nécessitant la sécurité juridique des intérêts des tiers.

274. On peut comprendre cependant que le publicité ne soit pas obligatoire tant que le mandat n'est pas exécuté. Le mandant n'est pas reconnu inapte ou incapable, le mandat en conséquence n'est pas mis en œuvre ; dès lors, il serait hasardeux de mentionner sur un quelconque registre l'existence d'un mandat. Le risque serait que l'on puisse considérer le mandant comme déjà sous protection alors que sa lucidité n'est toujours pas sujette à caution. Concernant les tiers, le problème ne se pose pas à ce stade, car la personne est toujours en capacité de conclure tout engagement. Le Notariat français avait d'ailleurs souhaité que le mandat puisse faire l'objet d'un enregistrement, comme c'est le cas pour le fichier central des dernières volontés[697] et les testaments. Point de publicité en ce qui concerne la mise à exécution du mandat : le problème se pose ainsi[698], ou du moins se posait ainsi avant la loi du 28 décembre 2015. Sa mise en œuvre traduisait l'impossibilité pour la personne de gérer ses affaires et de pourvoir à ses intérêts, et justifiait que le mandataire agisse en représentation du mandant par le jeu de la procuration. Il aurait été nécessaire que dans un souci de préservation des droits des tiers, le mandat fît l'objet d'une publicité, de façon à ce que les tiers puissent savoir s'ils peuvent traiter avec le mandant ou par l'intermédiaire de son mandataire. Une solution de repli aurait sans doute parue intéressante à exploiter : le répertoire civil concerne les mentions propres à la publicité des mesures. La transcription des mesures de tutelle ou de curatelle est effective, les actes l'état civil de la personne portant également mention de ces mesures. Cette solution aurait été très pratique pour garantir l'information des tiers quant à la mise en œuvre du mandat protection future. Les tiers pourraient effectivement avoir connaissance de la situation de l'autre partie contractante, mais visiblement, le législateur n'avait pas la même conception des choses.

En effet, le décret du 5 décembre 2008 n'a prévu aucunement la publicité[699] du mandat de protection future. Le problème de la publicité, si l'on se situe dans une moindre mesure, est que si le mandataire accomplit lui-même les actes au nom et pour le compte de son mandant, le principe de l'effet relatif des conventions est écarté, le défaut de publicité ne portant pas atteinte aux droits des tiers[700]. En effet, si le mandataire agit à l'égard des tiers en les informant qu'il agit au nom et pour le compte du mandant, le mandataire garantit la publicité du mandat, les tiers étant libres par la suite de contracter avec le mandataire ou non. Dans l'hypothèse où le mandataire outrepasserait les limites que le mandant lui aurait imposées, il

---

venir, prévoira les modalités d'apposition d'une quelconque mention, mais pour l'instant, aucune modalité pratique d'apposition n'est prévue.

[695] V. *supra* n. n° 548, A.-M. Leroyer, art. préc.

[696] V. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 607 pour la publicité du mandat à venir.

[697] V. *supra* n. n° 506, J.-D. Pellier, art. préc.

[698] V. *supra* n. n° 622, Th. Fossier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 560, E. Delouis, art. préc., n° 220, pp.35 et 36.

[699] V. *supra* n. n° 497, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc., § 40 ; v. *supra* n. n° 490, F. Perreau-Billard, art. préc.

[700] V. *supra* n. n° 485, D. Fenouillet, art. préc.

serait alors personnellement engagé avec les tiers. Donc, dans ces hypothèses et pour les mandats exécutés avant la loi du 28 décembre 2015, le défaut de publicité à l'origine de la mise en œuvre du mandat sera modéré du fait de l'information que donnera le mandataire aux tiers. Si ce défaut de publicité ne pose pas tant de problème alors que le mandat est conclu pour soi, il en va autrement lorsqu'il est conclu dans l'intérêt du bénéficiaire qui n'est pas le mandant. Dans ce cas, le mandataire agira, certes sur « ordre » du mandant, mais dans l'intérêt du bénéficiaire. Le bénéficiaire ne peut donc être engagé à l'égard des tiers. Une partie de la doctrine estime qu'il s'agirait ici d'une fiducie, ce qui est loin d'être le cas, puisque aucun transfert de propriété n'est réalisé.

275. On peut même s'interroger sur le devenir des procurations que le mandant aurait établies avant la mise à exécution du mandat. Ces dernières n'ont fait l'objet d'aucune disposition dans la loi nouvelle et il faudra s'interroger sur la volonté réelle du mandant[701]. Dès lors, un juge saisi d'un litige sur ces procurations rencontrera certaines difficultés quant à percer l'intention du mandant devenu inapte à la gestion. Mais si l'on part du postulat que le mandant n'a pas voulu révoquer ces procurations, le mandataire détient ses pouvoirs, et de la procuration générale, et du mandat en tant que tel. En cas de conflit sur la procuration et/ou le mandat ? Voilà donc un autre problème à clarifier, d'autant que le bénéficiaire de la procuration peut être une personne autre que le mandataire. Dans ce cas, chacun de ces intermédiaires détient ses pouvoirs de l'acte dans lequel sa désignation a été faite par le mandant. Pour éviter toute forme de conflits, il serait souhaitable que le mandant ait la présence d'esprit de révoquer la procuration afin que le mandataire de protection future dispose de tous les pouvoirs de gestion et d'administration. Sinon… On peut donc penser que les procurations doivent nécessairement tomber d'elles-mêmes.

276. On peut donc dire que le bénéficiaire sera représenté par le mandataire, cette représentation servant à « engager » le bénéficiaire à l'égard des tiers par la simple action du mandataire. Cette difficulté d'appréciation ne doit pas pour autant poser de difficulté quant aux droits des tiers : la technique de la représentation doit permettre de pallier le défaut de publicité des mandats anciens, le mandataire agissant avec les tiers devant en conséquence aviser ces derniers de l'existence d'un mandat de protection future. La grande difficulté concerne cependant les actes que le mandant lui-même accomplira et dont les facultés personnelles sont altérées. Il importe peu que le mandant soit incapable ou que sa capacité soit reconnue dans une sphère particulière : les tiers qui concluent directement avec un mandant ne seront pas tenus informés de l'exécution de la convention (éventuellement). C'est donc à ce niveau que le défaut de publicité est une problématique gravissime. La sécurité juridique des tiers n'en sera que plus altérée en raison de l'absence de publicité aux fins d'opposabilité. En ce sens, le défaut de publicité reste une difficulté insoluble pour les mandats antérieurs à 2015 ou antérieurs au futur décret d'application. Chacun devra prendre ses dispositions pour éviter de voir ses droits altérés. Mais visiblement, la volonté individuelle n'a pas de limites en termes d'insécurité juridique dans la relation avec les tiers.

277. Pour conclure sur cette mise en œuvre, outre les difficultés de visa ou le défaut de publicité, lorsque le mandat est mis en œuvre, son fonctionnement est propre à celui d'une procuration. Et même comme une procuration générale, car le mandataire sera le représentant du mandant dans tous les actes prévus par le mandat. Le mandataire doit donc répondre de ses obligations envers le mandant, et doit même l'aviser de la mise en œuvre du mandat dès lors que le mandant n'a pas eu la possibilité de se présenter au greffe du tribunal d'instance de son

[701] V. *supra* n. n° 482, J. Massip, art. préc., n° 129, § 18. En sachant que la révocation des procurations, qui constituent un mandat de droit commun, n'obéissent à aucune forme de révocation particulière.

domicile. Le mandat prend donc effet. Le mandant a donné ses directives, le mandataire doit les mettre en œuvre.

II) L'intervention du juge des tutelles.

278. L'intervention du juge des tutelles dans le cadre du mandat de protection future est loin de ressembler à son interventionnisme dans le cadre des régimes de protection judiciaire. Si dans ces derniers, il est omniprésent et omnipotent, ce n'est pas le cas en ce qui concerne le mandat de protection future[702]. Normalement, son absence traduit le bon déroulement de la mission du mandataire. De même, elle justifie que l'on se trouve dans le cadre contractuel et que seul un litige doit amener à ce qu'il intervienne. Pour autant, son intervention reste circonscrite à des particularités propres au mandat, mais témoigne d'un rejet du conventionnalisme pur[703]. Il interviendra ainsi dans ces domaines[704] :

- En matière de protection personnelle, lorsque le mandataire doit *« prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée »*, ou lorsque des difficultés surgissent dans le choix du lieu de résidence de la personne protégée ou dans ses relations avec les tiers, le mandataire doit, en application des articles 459, dernier alinéa, 459-2 et 479 du Code civil, solliciter l'autorisation ou l'arbitrage du juge[705] ;

- Lorsque le mandataire souhaite être déchargé de ses fonctions alors que le mandat a été mis en œuvre, il doit saisir le juge des tutelles pour y être autorisé, conformément à l'article 480 du Code civil[706] ;

- Lorsqu'une personne conteste la mise en œuvre du mandat ou les conditions et modalités de son exécution, elle saisit le juge qui statue en application des dispositions de l'article 484 du Code civil[707] ;

- Lorsque le mandataire estime nécessaire d'accomplir, dans l'intérêt du mandant, un acte soumis à autorisation ou non prévu dans le mandat, il doit le saisir pour l'ordonner, selon l'article 493 du Code civil.

Le juge des tutelles intervient également lorsque le notaire, qui a établi le mandat, doit communiquer les comptes dès lors qu'il estime qu'une irrégularité lui semble évidente. Enfin, il est saisi lorsque le greffier n'appose pas son visa pour permettre la mise en œuvre du mandat[708].

---

[702] V. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 482, J. Massip, art. préc., n° 129, §36 et 37.

[703] Th. Fossier, « Les rôles du juge des tutelles : décidément, un juge 'social' », *in* Dossier, La réforme des tutelles, RD. Sanit. Soc., 15 septembre 2008, n° 5, pp. 821 et sui. ; v. *supra* n. n° 490, F. Perreau-Billard, art. préc.

[704] V. *supra* n. n° 702 ; v. *supra* n. n° 501, L. Pécaut-Rivolier, art. préc.

[705] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 140 ; v. *supra* n. n°622, Th. Fossier, art. préc.

[706] *Ibid.*

[707] V. *supra* n. n° 663, A. Caron-Deglise, art. préc.

[708] V. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc.

279. La saisine du juge est simplifiée[709]. Sera compétent le juge des tutelles du lieu de résidence du mandant ou du bénéficiaire du mandat. Le mandataire ou la personne qui conteste son bien-fondé doit saisir le juge des tutelles par requête. Celle-ci est remise au greffe du tribunal d'instance[710]. Le juge entend les parties à l'audience spécifiquement prévue à cet effet. Le jugement qu'il rend répond des dispositions procédurales qui s'appliquent pour les régimes de protection judiciaire. Le jugement sera assorti de l'exécution provisoire, sera notifié dans les mêmes conditions qu'un jugement relatif à une tutelle ou une curatelle et aux parties concernées[711]. Si le jugement porte sur la révocation du mandat, la notification se fera à toutes les parties à la procédure par lettre recommandée avec accusé de réception. Si le juge autorise le mandataire ou un mandataire *ad hoc*[712] à accomplir un acte non couvert par le mandat[713], le recours ne sera ouvert qu'au mandant, son mandataire, la personne chargée de contrôler l'exécution du mandat et la ou les personnes dont les droits et charges en sont modifiés.

280. Le juge des tutelles prend sa décision en fonction des nécessités et des intérêts des parties. Sa marge de manœuvre est grande. Le juge a la possibilité de se limiter à répondre à la requête. Chaque chef de demande sera examiné et le juge y répondra en fonction. Le juge a également la possibilité de compléter le mandat s'il estime qu'un élément ne permet pas de couvrir l'ensemble de la protection visée[714]. Dans une autre mesure, si le mandat paraît insuffisant[715], il est possible de le suspendre pour le temps durant lequel le juge des tutelles prononcera une mesure de sauvegarde de justice, ou y mettre un terme en prononçant une mesure de protection judiciaire[716]. De même, si le mandant a la qualité de conjoint, le juge des tutelles peut le révoquer si le régime matrimonial suffit à pourvoir aux intérêts de l'un des deux conjoints. D'une autre manière, il suffit que les dispositions des articles 425 et 428 du Code civil n'aient pas lieu à s'appliquer pour que les règles de droit commun de la représentation prévalent sur le mandat[717]. Il peut aussi révoquer le mandat et se saisir d'office dans une procédure d'ouverture d'un régime de protection judiciaire. Il rendra alors deux décisions : la première portant sur la révocation du mandat, l'autre ouvrant une procédure en

---

[709] La procédure est régie par les dispositions des articles 1259-3 à 1259-5 du Code de procédure civile.

[710] Le requérant doit indiquer son nom, son prénom et son adresse, pareillement pour le mandant. Le greffe, une fois saisi, procédera à l'enrôlement de la requête et convoquera le mandant ainsi que le mandataire à l'audience. La convocation se fait par lettre recommandée avec accusé de réception, quinze jours au plus tard avant l'audience, dont est jointe une copie de la requête. Si le requérant n'est pas le mandataire, la convocation se fait par lettre simple, ou bien verbalement contre émargement au dossier. La procédure est orale et le recours à l'avocat n'est qu'une faculté, non une obligation.

[711] CPC, art. 1231. Les voies de recours sont les mêmes que celles visées par l'article 1239 du Code de procédure civile.

[712] V. *supra* n. n° 663, A. Caron-Deglise, art. préc.

[713] En application des articles 485 et 493 du Code civil.

[714] V. *supra* n. n° 482, J. Massip, art. préc.

[715] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 141. On voit ici la mise en œuvre effective du principe de subsidiarité. Dans la mesure du possible, le prononcé d'une mesure de protection juridique sera reculé tant que le mandat paraît suffisant. Le mandat peut aussi être suspendu par le juge des tutelles si son champ d'application ne permet pas au majeur de pourvoir suffisamment à ses intérêts. Une sauvegarde de justice permet pareillement de suspendre les effets du mandat, conformément à l'article 483, dernier alinéa, du Code civil. Il est alors nécessaire d'en informer les parties.

[716] V. *supra* n. n° 482, J. Massip, art. préc., n° 129, § 38 ; C. civ., art. 485, al. 1er.

[717] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op.cit.*, p. 145.

vue de l'instauration d'un régime de protection judiciaire. Les parties doivent être avisées de ces deux décisions.

281. L'intervention du juge dans le cadre du mandat de protection future est un rôle nouveau, mais à définir, car le positionnement du juge n'est plus celui qu'il peut avoir dans le cadre des régimes de protection judiciaire. Il n'est plus l'artisan de la protection comme il peut l'être quand il prononce une tutelle, il est l'arbitre d'une mesure dans laquelle son intervention n'est plus qu'incidente[718]. Le juge des tutelles *« s'efface un peu au profit du mode conventionnel [...] et au profit de l'initiative des familles »*[719]. Il est certain qu'il ne peut pas connaître de tout car le mandat de protection future dépend de la volonté des parties, et qu'à ce titre, il ne peut décider du contenu de la protection. Quoi qu'il en soit, le juge des tutelles sera amené à intervenir, car il autorisera ou non ce que les parties souhaitent mettre en œuvre. Tel est le cas pour les actes de disposition qui peuvent nécessiter son autorisation. Mais cette « déresponsabilisation » ne porte-t-elle pas atteinte à la volonté du majeur, du moins à la portée de son engagement contractuel, dès lors que le juge n'intervient plus en aval du mandat pour le « juger » adapté ou non à la situation du mandant ? C'est l'une des difficultés que pose le mandat de protection future.

Ce rôle est donc différent dans les régimes de protection judiciaire où il est le seul à pouvoir décider de la teneur de la protection. Mais le contrôle *a priori* du juge aurait sans doute été un gage de bonne exécution du mandat, car une clause mal établie ne peut pas être modifiée une fois le mandat mis à exécution, sauf à révoquer le mandat. Pourquoi ne pas confier alors ce contrôle au juge civil, puisque celui-ci peut être amené à trancher tout litige en matière contractuelle ? Qu'importe le juge qui aurait été assigné à cette mission, un contrôle aurait sans doute été le bienvenu avant toute mise en œuvre. Quant au juge des tutelles, encore faut-il que les parties le saisissent au bon moment selon une juste cause. Son intervention reste en conséquence subsidiaire[720]. Il ne se prononcera sur le mandat que lorsque la difficulté sera soulevée devant lui. Le contrôle *a priori* aurait vraiment son utilité pour garantir l'efficacité d'une clause. Seulement, le mandat de protection future, fonctionnant sur le même principe que le contrat de droit commun, ne peut admettre son intrusion avant toute survenance d'un litige. Cependant, le risque est qu'il peut supprimer *a posteriori* la convention si elle paraît inadaptée, alors que dans le cadre du contrôle *a priori,* un mandat inadapté aurait été écarté immédiatement. Le certificat médical prévu à cet effet aurait donc pu servir de base à un placement sous protection judiciaire.

282. Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, l'expertise aux fins de placement sous protection est donc obligatoire puisqu'elle doit évaluer l'état de santé de la personne dans les trois mois qui précèdent la demande de placement. Or, le temps pour obtenir un certificat médical est bien trop court et ne permet pas de protéger le mandant. Mettre en place une sauvegarde de justice n'est pas même envisageable car le certificat médical circonstancié est aussi le préalable à celle-ci. Le contrôle *a priori* aurait donc été une très bonne solution pour garantir le bien-fondé du mandat. Le contrôle *a posteriori*, au contraire, ne fait que confirmer l'intervention trop tardive du juge. Bien que l'aspect contractuel de la protection doive respecter un minimum la volonté du mandant, les contrôles inexistants au moment de la mise en œuvre du mandat interdisent de garantir le bien-fondé de la convention.

283. Mais le juge des tutelles devient un élément déterminant dans la poursuite ou non du mandat, seul pouvant autoriser d'y mettre un terme.

---

[718] V. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc.
[719] V. *supra* n. n° 622, Th. Fossier, art. préc.
[720] *Ibid.*

III) Le terme du mandat de protection future.

284. Le mandat de protection future peut voir son terme prononcé par le juge des tutelles (nécessairement) selon quatre manières différentes[721] : le rétablissement des facultés personnelles du mandant, son décès ou son placement sous protection judiciaire, ou le décès du mandataire, ainsi que son placement sous protection judiciaire ou le constat de sa déconfiture, et enfin la révocation. L'article 483, 2°, du Code civil[722] prévoit ces modalités, mais ces dispositions ne sont que la reprise des dispositions du mandat de droit commun qui prévoient, en partie, les mêmes procédés relatifs au terme du mandat[723].

285. Ainsi, le mandat de protection future peut prendre fin lors du rétablissement des facultés personnelles du mandant. Par une déduction logique, si la cause médicale justifie le placement sous protection conventionnelle, le terme de la mesure ne pourra se justifier que selon une autre cause médicale. Le raisonnement parfaitement valable pour la suppression d'une tutelle ou d'une curatelle s'applique sans limite aucune pour le mandat de protection future. Le mandant qui estime être en pleine possession de ses facultés[724] doit faire établir qu'il a effectivement recouvré l'intégralité de ses facultés mentales. La procédure constatant le recouvrement des facultés personnelles est la même que pour le constat de leur perte : le certificat médical doit dater de deux mois au plus et doit mentionner que le mandant est à nouveau sain d'esprit, ce qui justifie la suppression du mandat de protection future. Il est à noter que le mandant ou le bénéficiaire de la mesure peuvent, au même titre que le mandataire, solliciter cet examen. La demande formulée auprès de l'expert est en théorie censée justifier que le demandeur serait lucide sur son état de santé, au point d'en justifier le constat.

C'est pourquoi, l'examen médical attestant du réel recouvrement des facultés personnelles est la garantie que la personne est effectivement lucide. Le certificat établi, le mandant ou son mandataire doit le transmettre au greffe de la juridiction de mise en œuvre[725]. Deux solutions se présentent au greffier[726]. S'il estime que le certificat médical répond aux conditions de forme, à savoir son élaboration d'une part, et si ce certificat mentionne que les conditions de la protection ne sont plus remplies selon l'article 425 du Code civil d'autre part, le greffier apposera son visa sur le mandat en indiquant qu'il prend fin ce jour. Il rend alors le mandat caduc à l'intervenant. Au contraire, si le certificat médical n'a pas été établi par un médecin inscrit ou bien s'il ne mentionne pas que le mandant a recouvré ses facultés personnelles, le greffier ne visera pas le mandat et le restituera à l'intervenant[727]. Pour autant,

---

[721] V. *supra* n. n° 506, J.-D. Pellier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 482, J. Massip, art. préc., n° 129, § 30 à 35 ; v. *supra* n. n° 497, M.-C. Forgeard et N. Levillain, art. préc., § 68 à 73 ; v. *supra* n. n° 548, A.-M. Leroyer, art. préc.

[722] Ce que confirme la jurisprudence. La Cour de cassation précise que le mandat prend fin, sauf décision contraire maintenant le mandant en parallèle de la mesure de curatelle. Par contre, le tutelle doit mettre un terme immédiat au mandat qui ne peut se maintenir en l'état. Sur la suppression du mandat en cas d'ouverture d'une curatelle renforcée, v. *supra* n. n° 551, Civ. 1ère, 12 janvier 2011, n° 09-16.519 préc., ainsi que Civ. 1ère, 29 mai 2013, n° 12-19.851 préc.

[723] C. civ., art. 2003.

[724] M.-H. Isern-Réal, « La loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique du majeur », Gaz. Pal., mars-avril 2009, pp. 1014 et sui.

[725] V. *supra* n. n° 483, Ph. Potentier, art. préc.

[726] V. *supra* n. n° 506, J.-D. Pellier, art. préc.

[727] Le mandat restant d'actualité, l'intervenant pourra saisir le juge des tutelles par requête. Le juge des tutelles rendra deux types de décisions : soit il confirme la position du greffier, soit il rend une ordonnance constatant le rétablissement des facultés personnelles. La décision, prise hors débat, n'est pas susceptible d'appel. Il faut rajouter que si le mandataire s'est présenté au greffe en dehors de

est-ce bien le rôle du greffier d'apprécier le rétablissement des facultés mentales du mandant[728] ? Le juge des tutelles ne pourrait-il pas apprécier pareillement sur le fond le contenu du certificat médical ? Le recours au juge des tutelles aurait pareillement été nécessaire dans le cadre d'un contrôle en substance.

286. Le mandat de protection future peut aussi prendre fin en raison du décès ou du placement sous protection judiciaire du mandant. Inutile de s'attarder sur son décès, la mesure ne se justifiant aucunement si le décès du mandant est constaté.

Par contre, il en est autrement lorsque le mandant est placé sous régime de protection[729]. Le placement sous tutelle ou sous curatelle sera une cause de caducité du mandat[730], comme l'a clairement affirmée la Première chambre de la Cour de cassation[731]: un majeur ayant donné à son fils mandat de protection future, se voit placé, dans un premier temps, sous sauvegarde de justice avec désignation de l'UDAF 31 en qualité de mandataire spécial, puis dans un second temps, placé sous curatelle renforcée avec désignation de l'UDAF 31 en qualité de curateur. Pour justifier la mise à l'écart du mandat de protection future au bénéfice de la mesure de curatelle renforcée, les juges de la Cour de cassation ont considéré *« [...] qu'en application de l'article 483, 2°, du Code civil, le mandat de protection future mis à exécution prend fin par le placement en curatelle de la personne protégée sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure ; que, par la décision attaquée, le tribunal a placé [le majeur à protéger] sous le régime de la curatelle renforcée sans qu'une décision contraire maintienne le mandat de protection future ; que le moyen est inopérant [...] ».* Il se déduit de cette solution que si le juge des tutelles n'a pas pris de décision contraire aux fins de maintenir le mandat établi antérieurement au placement sous curatelle renforcée, alors dans ce cas, le mandat n'a pas lieu de se maintenir en l'état. Le demandeur au pourvoi a contesté l'éviction du mandat notarié conclu le 19 février 2009 en raison d'une possible atteinte à ses intérêts propres, sans qu'aucune démonstration de cette atteinte n'eut été apportée par le juge des tutelles, violant en conséquence les dispositions de l'article 483, 4°, du Code civil. Ce dernier, cependant, a donc écarté le mandat de protection future par décision du 29 juin 2009 sur la base de l'article 483, 2°, du même code.

Une difficulté apparaît en l'espèce : si l'article 483, 2°, du Code civil permet de mettre fin à un mandat par l'instauration d'une curatelle, il y a nécessairement contradiction avec l'article 477, alinéa 2, du même code qui admet la conclusion d'un mandat postérieurement au prononcé d'une curatelle. Sur ce point, la violation de la liberté contractuelle est manifeste. Autant dans le premier cas, la curatelle permet de contrer la volonté du majeur, au titre de la violation des intérêts de ce dernier, autant dans le second cas, la curatelle constitue une mesure de contrôle de la volonté du majeur quant à une éventuelle capacité à conclure un mandat de protection future. La mesure de protection, au regard du principe de subsidiarité, crée une présomption d'inaptitude, voire même d'incapacité. La loi le dit ainsi : si vous êtes sous curatelle, on peut vous autoriser à conclure un mandat ; si vous avez conclu un mandat et que l'on vous place sous curatelle, il y a des chances que votre convention soit annulée. On peut largement douter de la prise en compte de la volonté du majeur. Si l'intérêt du majeur est

---

la présence du mandant, il doit lui notifier par lettre recommandée avec accusé de réception la décision portant fin de la mise à exécution du mandat. Le rétablissement des facultés personnelles du mandant justifie que le mandat prenne fin. En soi, cette solution ne pose aucune difficulté d'interprétation, puisque la logique est la même pour les régimes de protection juridique.

[728] V. *supra* n. n° 622, Th. Fossier, art. préc.

[729] L'article 483, alinéa 2, du Code civil laisse le juge apprécier opportunément le maintien des effets du mandat. Cette appréciation ne s'est toujours pas faite en pratique.

[730] V. en ce sens J. Massip, « Placement sous curatelle et fin du mandat de protection future », Defrénois, 15 avril 2011, n° 39224, p. 690 et sui.

[731] V. *supra* n. n° 722, Civ. 1ère, 12 janvier 2011, n° 09-16.519 préc.

lésé, malgré l'existence du mandat, la question ne se discute pas. Encore faut-il rechercher l'existence de la lésion et démontrer sa portée pour dire que la volonté du majeur n'est pas conforme à ses intérêts. C'est dans tous les cas un moyen pour mettre un terme au mandat de protection future.

287. La procédure de mise en œuvre de la tutelle ou de la curatelle est absolument la même que pour la procédure classique : requête[732] et certificat médical circonstancié, convocation à l'audition, puis audience et décision du juge des tutelles. Le prononcé d'une mesure de tutelle ou de curatelle constitue le dernier recours, en raison du principe de subsidiarité : en effet, le mandat de protection future peut apparaître comme une alternative à la protection du majeur. En laissant le soin au mandant de choisir la protection qu'il souhaite, c'est prendre en compte sa volonté, mais surtout constater le niveau de protection qu'il conviendra d'instaurer : soit le mandat constituera la protection idoine, soit les régimes de protection judiciaire devront être mis en œuvre. Si le mandat de protection future est insuffisant, le juge prononcera l'ouverture d'une mesure de protection. Par contre, la sauvegarde de justice que le juge des tutelles peut prononcer ne fera que suspendre le mandat[733]. Il continuera d'exister mais ses effets resteront suspendus le temps de voir l'évolution des facultés personnelles du mandant et son éventuel placement sous protection judiciaire.

Le même raisonnement vaut pour le décès du mandataire ou son placement sous régime de protection judiciaire. Dans les deux cas, il ne peut plus exercer la mission que lui a confiée le mandant. Il sera normal que le mandat de protection future prenne fin, en raison de la perte de la relation *intuitu personae* qui existait entre les parties. Du reste, si la désignation d'un mandataire *ad hoc* avait été prévue par les textes, ce serait toute l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle qui seraient ébranlées, puisque seul le mandant peut choisir son mandataire. Si le juge des tutelles devait désigner en ce sens un mandataire, ce serait tout l'esprit du mandat de protection future qui serait violé. Sa suppression est en tout cas justifiée. Une exception est toutefois admise : le mandat doit prévoir expressément le remplacement du mandataire. Si tel n'est pas le cas, le mandat prend fin. Enfin, la déconfiture du mandataire justifie tout autant que le mandat prenne fin : si le mandataire est placé en liquidation judiciaire, il est impossible de le considérer apte à gérer les affaires d'autrui si lui-même n'est pas capable de gérer ses propres affaires.

288. Le juge des tutelles peut directement révoquer le mandat[734], à la demande de tout intéressé, notamment la famille qui peut contester le type de protection décidé par le mandant. On perçoit aisément de la part de la famille un manque total de respect de la liberté contractuelle de son auteur[735]. La demande de révocation au juge se justifie selon des éléments de pur droit[736]. À condition, toutefois, que les règles du droit commun de la représentation ou les règles relatives aux droits et devoirs respectifs entre époux et aux

---

[732] Le juge peut se saisir d'office afin de révoquer un mandat de protection future et prononcer l'ouverture d'une mesure de protection, comme le prévoit l'article 485 du Code civil, puisque ce dernier renvoie aux sections 1 à 4 du chapitre sur les mesures de protection juridique, et notamment l'article 442 du Code civil qui autorise le juge à se saisir d'office. Toutefois, la saisine par l'une des personnes visée à l'article 430 du Code civil est toujours possible : v. en ce sens la circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 et *supra* n. n° 482, J. Massip, art. préc., § 38.

[733] V. *supra* n. n° 506, J.-D. Pellier, art. préc.

[734] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 145 ; v. *supra* n. n° 663, A. Caron-Deglise, art. préc.

[735] J. Casey, « Quel avenir pour le mandat de protection future ? », Gaz. Pal., 13 août 2011, n°225, pp. 8 et 9.

[736] Ainsi que le prévoit l'article 483 du Code civil, tels que l'absence d'éléments propres à caractériser le recours à la protection des articles 425 et 428 du Code civil.

régimes matrimoniaux paraissent suffisantes pour qu'il soit pourvu aux intérêts de la personne par son conjoint. Il est nécessaire que la communauté de vie n'ait pas cessé ou que la nature du mandat soit de nature à porter atteinte aux intérêts de la personne. Sur ces dispositions, deux remarques s'imposent.

289. En premier lieu, on s'attachera à voir jouer le principe de subsidiarité. Dès lors que les règles du droit commun de la représentation permettent d'écarter les dispositions du mandat de protection future, de même si les règles relatives aux époux ont cette même vertu, le juge des tutelles ne pourra que prononcer la révocation du mandat. Il en est de même dans les régimes de tutelle ou de curatelle : il aurait été étonnant de prime abord que le mandat se maintînt si le droit commun de la représentation, applicable en l'état, ne trouvait pas un terrain d'expression. Enfin, dernière remarque, le juge des tutelles peut mettre fin au mandat lorsque les intérêts du mandant risquent d'être viciés. La jurisprudence sera amenée à jouer un rôle majeur, dès lors que le contentieux fleurira, dans l'amélioration des règles de contrôle du mandat par le juge des tutelles[737]. Le juge des tutelles aura en tout cas fort à faire pour montrer qu'il est le garant des libertés individuelles, puisqu'il peut autoriser la signature d'un mandat même si le majeur est placé sous curatelle. La révocation souhaitée par la famille risque en effet de poser de nombreuses difficultés.

290. Le terme peut intervenir lorsqu'une partie ou un tiers saisit le juge des tutelles pour en contester la mise en œuvre, ou pour contester les modalités d'exécution de la part du mandataire. Le juge des tutelles a deux possibilités : soit il maintient le mandat en ouvrant un régime de protection complémentaire avec désignation d'un mandataire *ad hoc*[738], soit enfin il peut ouvrir un régime de protection, mais devra dans ce cas prononcer la révocation du mandat. La complexité du procédé est énorme : l'accomplissement d'actes voudrait que l'on dissocie les actes relevant du régime de protection et ceux relevant du mandat. C'est pourquoi, il est possible que le mandataire *ad hoc* dans le régime de protection complémentaire soit le même que pour le mandat. Autrement dit, un seul mandataire pour deux mesures différentes. Reste à voir comment la pratique conduira à cette situation sans connaître de difficultés. Le droit volontaire reste inconsciemment lié au droit judiciaire : ce dernier peut s'éclipser dans certaines limites, il ne se fait jamais oublier dès lors que les intérêts de la personne commandent à son intervention. Il n'empêche, la désignation d'un mandataire unique pour deux mesures différentes relève de l'absurde, puisque l'on n'est pas sûr de faire respecter le principe de sécurité juridique des conventions.

291. La protection par convention est-elle une réalité, ou est-elle factice[739] ? On a dit que le mandat pouvait prendre fin si le principe de subsidiarité pouvait être mis en jeu. On a également prétendu que le mandat, bien que maintenu par le juge des tutelles, pouvait être complété par une mesure de protection judiciaire. On donnera la réponse à ces remarques *in fine*, mais ce qu'il convient de dire sur la mise en œuvre du mandat de protection future, c'est que l'on n'a pas réellement l'impression d'être dans un cadre purement conventionnel. Avant toute exécution du mandat, la question ne se pose pas, c'est davantage lorsque le mandataire vient rechercher auprès du greffe la formule exécutoire du mandat. Le cadre conventionnel classique fait que les parties traitent entre elles et selon les clauses contractuelles. La réalisation d'un acte reste soumise à la loi des parties et le juge n'intervient qu'en cas de litige dans l'exécution du contrat. Dans le mandat de protection future, outre la révocation, le juge intervient pour autoriser le mandataire à réaliser certains actes de disposition. C'est pourquoi, on peut douter franchement de l'aspect contractuel du mandat de protection future. Le titre de mandat est déjà suffisamment trompeur, son fonctionnement ne fait que confirmer ce doute.

---

[737] V. *supra* n. n° 506, J.-D. Pellier, art. préc.
[738] V. *supra* n. n° 486, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 141.
[739] V. *supra* n. n° 485, D. Fenouillet, art. préc.

Conclusion du Titre Premier

292. Dans l'esprit, le mandat de protection future est une formidable conception de l'auto-protection. Par le jeu de la volonté individuelle, liberté est donnée à chacun de concevoir la protection qu'il souhaite, en combinant la protection personnelle avec la protection patrimoniale, ou bien en dissociant l'une de l'autre pour n'en retenir qu'une. L'autre raison de penser que le mandat préventif est une avancée majeure dans la protection des adultes est la désignation par ses propres soins de la personne en charge de l'exécution du mandat dans les temps à venir. Après tout, qui d'autre que le mandant saurait mieux que lui qui est à même de gérer ses intérêts ? Dans une tutelle, le juge des tutelles a le pouvoir de désigner le gestionnaire, mais dans l'absolu, il le désignera au vu des seuls éléments du dossier. La désignation personnelle du mandataire par le mandant traduit le respect absolu de la volonté individuelle et du libéralisme contractuel de ce dernier.

293. Le mandat de protection future a fait évoluer la protection des majeurs vers un domaine extrajudiciaire, une sorte de *« privatisation »*[740] de la protection des majeurs où l'individualisme prévaut. On assiste à la déjudiciarisation de la protection dans le sens où le juge des tutelles n'est plus le grand artisan de la protection. Le mandat de protection apparaît davantage comme une institution familiale, où la famille a tout pouvoir et où le juge n'est qu'un intervenant par incident. Si bien que le fameux principe sur lequel les régimes de protection se basent[741] ne vaut plus que pour son aspect familial. Autant lorsque le juge prononce l'ouverture d'un régime de protection judiciaire, la famille et les collectivités sont impliquées dans la mise en œuvre de la protection, autant le mandat de protection future fait de la famille le seul intervenant à la protection. Ce principe angélique ne doit pas masquer la réalité : notre société vit sur la tromperie pour séduire. Il serait mal aisé de penser que le contexte familial permettra d'apaiser les conflits et de prendre mieux en compte les intérêts du majeur. Si la collectivité n'a pas son mot à dire, si le juge des tutelles ne prend pas connaissance de l'existence du mandat et qu'aucune sollicitude extérieure ne vient appeler au secours en cas de survenance d'un litige, le juge restera muet à tout règlement des litiges. Il est donc surprenant que les familles aient à jouer un rôle aussi important alors qu'elles sont loin d'être compétentes pour gérer les affaires d'un majeur.

294. Seulement, derrière cette vitrine idyllique, le leurre, l'illusion prédominent. En effet, le mandat de protection future, qui n'est pas un régime de protection judiciaire, ne crée pas une incapacité de la personne mandante. Il crée une inaptitude à la gestion, puisque l'incapacité résultant d'une altération des facultés mentales doit être constatée par le juge. C'est donc le cadre judiciaire qui matérialise l'incapacité, alors que le cadre volontariste se limite à une simple inaptitude. Ainsi, à défaut d'incapacité établie, il n'est nullement question de faire connaître auprès des tiers l'existence d'une « mesure » d'inaptitude. Le mandat de protection future n'ayant pas fait l'objet d'une publicité *ab initio*, et sans rechercher d'autres raisons valables pour dire qu'il est une absurdité, autant se contenter de ce défaut de publicité. Ni registre, ni fichier n'a été prévu pour, *a minima*, inscrire les mandats antérieurs à la loi du 28 décembre 2015 aux fins de garantir la connaissance et l'information des tiers. À défaut de publicité, c'est la sécurité juridique des tiers qui est en jeu. Si un mandant hors de toute réalité s'engage à passer des contrats avec des tiers sans les avertir de l'existence de la protection volontaire, on imagine bien les conséquences dommageables de la réalisation d'un tel acte.

---

[740] V. *supra* n. n° 735, J. Casey, art. préc., n° 225, p. 12.

[741] À savoir celui de l'article 415 du Code civil, qui dispose que *«[…] la protection des majeurs est un devoir des familles et des collectivités […] »*.

La publicité est donc un frein à la réussite de la technique[742]. Seulement, devant les difficultés pratiques à venir et en cherchant à revaloriser l'intention du mandant, le législateur a donc prévu une forme de publicité dont les contours restent à dessiner à ce jour.

295. La publicité (ou son défaut) n'est pas seule source de difficultés. La désignation du mandataire est une illusion totale. On peut le désigner aujourd'hui, mais pour quand ? demain ? dans un an ? dix ans ? trente ans ? Arrêtons la surenchère ! si la personne de confiance perd justement la confiance du mandant, que se passera-t-il ? Si au contraire, le mandataire vient à mourir avant la mise à exécution du mandat, *quid* ? Et si le mandat ne doit être mis à exécution que dans vingt ou trente ans, la protection dessinée en des temps plus reculés sera-t-elle toujours adaptée ? et dans le même temps, le mandataire sera-t-il toujours lui-même en capacité d'exercer ses pouvoirs ? Certes, on vit plus vieux, plus longtemps, mais arrêtons de prendre les gens pour plus forts qu'ils ne sont. On ne va tout de même pas décider de sa protection dans les soixante années à venir ! On peut donc prétendre que le mandat de protection n'est pas fait pour une classe jeune de la population, mais plutôt pour une classe âgée sentant la fin proche. En outre, la question du mandataire est sensible : d'accord aujourd'hui pour être désigné en tant que tel, sera-t-il toujours d'accord dans vingt ans ou plus ?

296. La protection elle-même est sujette à discussion. L'article 479 du Code civil voit ses dispositions axées sur la protection de la personne, et seulement la personne. Qu'en est-il de la protection patrimoniale ? Suivant une certaine interprétation, on pourrait dire que le mandat de protection future est axé sur une protection patrimoniale unique puisqu'aucune disposition particulière n'est visée dans le Code civil. Au contraire, c'est seulement les clauses du mandat qui fixent les modalités de gestion du patrimoine. Pour la protection personnelle, le législateur a pris la peine de dire que cette protection se limite exclusivement aux dispositions des articles 457-1 à 459-2 du Code civil. Où est la nouveauté, la trouvaille, la révolution ? On ne la trouve nullement en l'espèce, le mandataire devant se cantonner à ces dispositions, toutes celles étant contraires seront réputées non écrites. Dans la même veine, le mandataire peut se voir confier les missions relevant du CASF et du Code de la santé publique pour tout ce qui touche à la personne. Inutile de prévoir autre chose : pour la protection de la personne, les choses sont ainsi, pas autrement ! Là se trouve la révolution sans doute… Seul le patrimoine innove, une fois de plus, et mis à part l'aspect pécuniaire, rien d'autre ne compte. D'autant que, pour finir sur ce sujet, l'article 479 ne dit rien de la protection patrimoniale, ce qui laisse entendre que cette protection est tacite, innée et de droit. Et la loi du 5 mars 2007 ose mettre en avant la personne du majeur ? On repassera volontiers…

297. Autre difficulté, la forme du mandat, qu'il soit notarié, sous seing privé ou établi selon la farce que l'on retrouve dans le décret du 30 novembre 2007. Si le premier laisse penser qu'il présente de nombreuses garanties de succès en raison de la qualité de son rédacteur, on peut douter de l'efficacité du mandat sous les deux autres formes. En effet, l'acte sous seing privé est établi par avocat. Non sans remettre en question la compétence des avocats, on les voit mal réaliser des mandats ayant le même objet que celui établi en la forme authentique. Non seulement, les actes que le mandataire pourra réaliser auront une importance moindre que ceux du mandat notarié, mais en outre, l'avocat rédacteur ne fera office que de simple conseil juridique, alors que le notaire a toute latitude pour définir les actes que le mandataire peut réaliser. Quant à la troisième forme, le mandat du décret, il confine à l'absurdité la plus totale. S'agissant d'un simple texte à trous qu'il suffit de compléter comme

[742] Même si on cherche à créer une forme de publicité. V. en ce sens : D. Noguéro, « La publicité des mesures de protection des majeurs », *in* Mélanges J. Hauser, LéxisNexis/Dalloz, 2012, pp. 467 et sui. Publicité qui se produira quoi qu'il advienne.

bon nous semble, ce modèle de mandat n'a qu'une vocation générale et on doute de la portée, voire même de la confiance du public dans un tel artifice législatif grotesque au possible. Car on ne remplit pas un formulaire qui a valeur de protection comme on remplit une déclaration d'impôts. Le législateur a sans doute voulu faire simple pour toucher un public large, mais faire simple ne suffit pas, il faut aussi faire bien et précis. Et à ce titre, sans tenir compte du contenu du mandat en tant que tel, le mandat notarié est la forme juridique la plus conforme à la protection des intérêts du majeur.

298. Enfin, le rôle du juge des tutelles confine à la plaisanterie de mauvais goût. Le mandat de protection future fait de ce personnage un demi-homme, un demi-juge, ayant des demi-attributions. Seul le greffier connaît de la mise à exécution du mandat. Le juge n'intervient jamais à ce stade de la procédure. Seulement, il interviendra si le greffier considère que le mandat ne peut être exécuté. En dehors de ce cas, le juge intervient seulement pour révoquer le mandat en certaines occasions. On voit donc que le rôle du juge est somme toute limité, comme l'a voulu à ce titre le législateur. Mais pourquoi ce demi-rôle ? d'abord, on peut s'interroger sur l'intervention du juge. Le mandat s'apparente à un contrat particulier, mais un contrat tout de même[743]. Pourquoi le juge interviendrait-il dans la sphère contractuelle pour la réalisation d'actes ? Dans le droit des obligations, le juge n'intervient pas pour donner son autorisation. L'acte se passe entre les parties, comme elles l'ont souhaité. Mais là, le juge doit donner son autorisation pour réaliser un acte de disposition. Pourquoi cette intervention alors que le mandant a sans doute voulu, par le jeu du mandat, que le mandataire fasse tout ce qu'il souhaite comme il l'entend ? La qualification de contrat est un camouflet. L'autonomie de la volonté est respectée en amont mais elle est bafouée en aval, au nom du principe selon lequel le juge des tutelles est le garant des libertés individuelles. Mais il est ce garant en dehors de la sphère privée contractuelle.

299. Les critiques sont justifiées quant aux garanties juridiques sur le mandat : on ne peut effectivement se satisfaire des limites du principe de sécurité juridique. Si ce dernier ne protège pas les intérêts du mandant, à quoi bon instaurer une mesure qui ne garantit pas cet objectif ? Et l'on passera sur les autres points faibles, la conclusion étant la même. Le mandat de protection future a une existence encore trop courte, trop inexpérimentée pour affirmer de manière certaine que la technique s'effondrera sur elle-même ou perdurera. Au contraire, il faut saluer la détermination de la protection selon le principe de la volonté individuelle. Le mandat est avant tout une convention à l'allure bien particulière, et l'on devra se convaincre que le mandat de protection n'est pas un régime de protection au sens classique du terme. Il est un mandat de prévention caractéristique d'une inaptitude, et en conséquence, il ne répond pas en partie aux principes des régimes de protection des majeurs. L'autonomie de la volonté individuelle est donc l'essence de la gouvernance du mandat de protection future. Elle allie la liberté contractuelle et la liberté individuelle dans un objectif d'autoprotection. C'est bien une œuvre de négociation à laquelle se livrent le mandant et son mandataire, en ce sens que la protection ressort bien d'un principe contractuel.

300. Le mandat de protection est promis à un grand avenir pour certains, ou n'en a pas pour d'autres[744]. Mais certains chiffres tendent à démontrer que le mandat de protection future est en voie de devenir une mesure phare dans la protection des majeurs[745]. Sur le principe,

---

[743] *Cf.* art. 1101 et 1984 C. civ.

[744] Si on assiste à ce titre à un flux croissant de révocations de mandats par le juge des tutelles : v. en ce sens *supra* n. n° 740, J. Casey, art. préc. Le juge doit se poser objectivement la question de savoir si la protection par mandat est une protection idoine ou inutile. Dans ce dernier cas, la révocation sera justifiée, d'autant plus que le juge reste le gardien des libertés individuelles.

[745] J. Hauser, « Présent et avenir du mandat de protection future », RTD Civ., 8 avril 2013, n°1, p. 87 ; Rép. Min., n° 812 et 815, JOAN 9 octobre 2012 ; *D.* 2012, A. 2602 et 813, JOAN 20 novembre 2012.

c'est le cas, en pratique, cela reste encore à déterminer. Mais l'opinion des notaires et des avocats est unanime : la mesure semble de plus en plus assimilée par une part du public, et son intérêt à conclure un mandat par l'intermédiaire d'un professionnel est synonyme de prise de conscience de tous les enjeux assortissant le mandat. Souhaitons donc que la « révolution » que le mandat aura générée dans les textes et dans la doctrine soit une « révolution » en pratique et qu'elle conduise à faire se développer le concept de mandat de prévention. Mais on peut proposer certaines solutions afin de garantir la pérennité du mandat préventif.

- Confirmer par décret la création d'un fichier national dans lequel tous les mandats établis puis mis en œuvre seraient centralisés. Le Notariat le voulait, Christiane Taubira, Ministre de la Justice actuelle, l'a proposé en octobre 2012 lors de son intervention à l'Assemblée nationale. Si le législateur a voulu faire prévaloir l'autonomie de la volonté dans l'établissement de la protection, le revirement s'est produit avec la loi du 28 décembre 2015. Car le défaut de publicité actuel pour les mandats antérieurs à ladite loi tend à accentuer les contrôles auxquels reste astreint le mandataire et les risques existants quant à une possible révocation du mandat. Dans tous les cas, si la publicité n'est pas assurée pour les nouveaux mandats, le principe de sécurité juridique des tiers est complètement violé. Les anciens mandats feront-ils eux aussi l'objet d'une publicité ? l'intérêt général commanderait que ces mandats fassent l'objet d'un rappel aux fins de publicité. Seulement, la loi n'a pas prévu de rétroactivité en la matière. On pourra donc, dans tous les cas, dire que le mandat de protection future n'est qu'un trompe-l'œil si la publicité n'est pas suffisamment garante des droits de chacun.

- Donner au juge des tutelles des pouvoirs supérieurs à ceux qu'il détient à ce jour, pour garantir un contrôle plus efficace et donner un semblant de sérieux à l'institution ; faire confiance au mandataire si l'on considère que le mandat est un contrat à part entière.

- Supprimer purement et simplement le mandat du décret de 2007 : il s'agit d'un fourre-tout sans aucune portée juridique, un texte à trous qui ne simplifierait même pas le remplissage pour des personnes non averties et peu enclines à réaliser des actes juridiques ou à comprendre le droit. Revoir le rôle des avocats, car les notaires ont plus de garanties. En outre, pourquoi donner aux avocats ce rôle dans le mandat pour soi alors que seul le notaire a le pouvoir d'intervenir en ce qui concerne le mandat pour autrui ?

- Enfin, laisser libre le champ d'intervention du mandant dans la protection personnelle et ne pas limiter cette protection aux dispositions du Code civil, du CASF et du Code de la santé publique. Sur ce plan, le mandant doit avoir libre choix. Quant à la protection du patrimoine, imposer des règles de contrôle n'est pas non plus inutile, mais il ne faut pas oublier que la volonté du mandant doit être respectée.

301. Il est nécessaire de recontextualiser le mandat dans le temps et suivant le temps de mise en œuvre. Établir un mandat aujourd'hui pour le mettre en œuvre dans vingt ans est d'une incohérence telle que le procédé perd toute crédibilité. Il convient aussi de définir une catégorie de la population pour laquelle le mandat serait vraiment approprié, dans le sens de son établissement. La même question se pose pour le mandataire que l'on souhaite désigner. Par contre, la mise en œuvre d'un mandat pour autrui est plus adaptée mais il ne faut pas attendre trop longtemps pour gérer les intérêts de l'enfant handicapé. À défaut d'aménagement, une redéfinition du mandat préventif sera nécessaire ; ou bien alors, il conviendra de supprimer le concept de mandat préventif et s'en tenir à de simples mesures de tutelle ou de curatelle que seul le juge impose.

302. De ces considérations, il sera temps de passer aux mesures de protection sociale, dans laquelle la notion de volonté individuelle prédomine également, bien qu'il existe un encadrement assez prégnant.

Titre Second
De la restauration de la volonté individuelle dans la protection sociale : un droit volontaire ?

303. Sous l'égide de la loi du 5 mars 2007, la protection sociale des majeurs a évolué, bien au-delà de la protection sociale de la loi antérieure. Un cadre vient cependant contenir le volonté individuelle dans la mise en place d'une protection, même si cette volonté doit rester toujours aussi prégnante. La protection sociale des majeurs actuelle est un nouvel ordre de protection par rapport à la protection de 1968[746] ; son fondement a été établi sur les bases déjà acquises, non de la loi de 1968, mais selon l'environnement juridique proche de la loi ancienne[747].

304. Il est nécessaire, cependant, de distinguer la protection judiciaire de la protection sociale, car c'est le critère de distinction des deux ordres de protection qui déterminera la mise en place de la protection adéquate. La protection judiciaire des majeurs dépend nécessairement de l'altération des facultés mentales ou d'une incapacité physique empêchant toute expression de la volonté et doit porter atteinte à l'intégrité du consentement. Dans ces conditions, le majeur sera placé sous régime de protection judiciaire. La détermination d'un régime de protection sociale, par contre, suppose la prise en compte d'un critère différent de la cause médicale. Peut-on résolument prononcer un régime de protection sociale dès lors que la personne présente un trouble altérant ses facultés mentales ? Dans l'absolu, la réponse sera non, puisque la protection dépend d'un critère social et non d'un critère médical. Si la négative est de mise pour cette question, en l'état actuel du droit positif, le contraire était admis avant la loi du 5 mars 2007 et jusqu'au 1er janvier 2012. C'est pourquoi, dans les deux cas, on parle de majeur dit « protégé » dans le cadre de la protection judiciaire, de majeur dit « vulnérable » en ce qui concerne la protection sociale.

La protection sociale n'est donc instaurée que selon un état de vulnérabilité sociale de la personne. À ce seul constat, la personne vulnérable doit pouvoir bénéficier d'une telle protection. Cependant, en quoi se caractérise cette vulnérabilité sociale et en quoi se démarque-t-elle de la cause médicale ? quelles sont les conditions qui permettent de définir ce que représente la vulnérabilité sociale ? La vulnérabilité sociale a fait l'objet d'une première définition contenue dans le Code de la sécurité sociale[748]. La définition était celle-ci[749] : *« la vulnérabilité sociale concerne l'allocataire n'utilisant pas les prestations dans son intérêt ou celui qui, en raison de son état mental, ou d'une déficience physique, vivait dans des conditions d'alimentation, de logement ou d'hygiène manifestement défectueuses, sans pour autant dissiper tous les doutes ».* On s'attardera par la suite sur le cadre général de cette définition, mais la vulnérabilité sociale, selon le texte, serait celle qui serait causée par une déficience physique ou mentale, entraînant des conditions d'hygiène ou d'alimentation défectueuses. La définition commence en outre par une référence à l'utilisation peu

[746] Laquelle loi se combinait avec la loi du 18 octobre 1966 pour établir la protection sociale en parallèle de la protection judiciaire.

[747] L. Mauger-Vielpeau, « Les destinataires de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 : une loi d'action sociale ? », *in* Dossier, La réforme des tutelles, RD Sanit. Soc., 15 septembre 2008, n° 5, pp.809 et sui.

[748] C. Sécu. S., art. L. 167-1 anc.

[749] Y. Favier, « Les mesures accompagnant les vulnérables : nouvelles tutelles sociales ? », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 101 et sui.

appropriée des prestations sociales[750] engendrée justement par cette déficience. Voilà une définition pour le moins empreinte de confusion. On évoque les prestations utilisées à mauvais escient et des conditions de vie pour le moins douteuses, et en même temps, on considère la mauvaise utilisation de ces prestations comme dépendant de l'altération des facultés mentales ou physiques. Est-on sur le terrain social ou médical, et donc judiciaire ? Si l'on considère que cette définition se trouvait dans le Code de la sécurité sociale et non dans le Code civil, on peut à juste titre estimer qu'il s'agit d'une vulnérabilité à caractère social, à la simple lecture d'une utilisation peu appropriée des prestations dont résulteraient des conditions d'alimentation ou d'hygiène pouvant mettre la personne en situation de danger.

305. Par contre, si la référence au caractère social est posée, que fait-on de l'utilisation des prestations sociales selon l'état mental de la personne ? Visiblement, même si on parle d'altération des facultés mentales, critère de la protection judiciaire, si cette altération porte sur l'utilisation des prestations engendrant des conditions de vie indécentes, la protection ne peut pas être judiciaire, mais seulement sociale. Mais si l'altération porte sur une difficulté de gestion patrimoniale, alors la même altération des facultés constituerait un critère justifiant la mise en place d'une protection judiciaire ; d'où au final, la protection judiciaire posée par le Code civil et la protection sociale posée par le Code de la sécurité sociale. N'a-t-on d'ailleurs pas dit que la protection de la personne pouvait relever d'autres instances de protection, à l'exception du patrimoine qui lui, au contraire, doit faire l'objet d'une protection accrue, protection plus que largement prise en compte par le Code civil de l'époque[751] ?

306. La loi du 5 mars 2007 est venue refondre la protection sociale et judiciaire, puisque protection personnelle et protection patrimoniale font l'objet d'une matière à part entière régie par le Code civil, sur le fondement de la cause médicale. Pour autant, la protection personnelle, dans le sens du critère social, a été retirée du Code de la sécurité sociale pour être reversée dans le Code de l'action sociale et des familles. Ce même code redéfinit la protection sociale de la personne selon l'usage de ses prestations sociales. C'est ainsi que l'ancienne définition de la vulnérabilité sociale a laissé place à cette nouvelle définition[752] : la personne socialement vulnérable est *« toute personne qui perçoit des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par des difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources »*. Le revirement est entier. En effet, si l'ancienne définition considère que la mauvaise utilisation des prestations avec les conséquences qui en ressortissent sont causées par une déficience psychique ou physique, la nouvelle définition raisonne *a contrario*, sans pour autant s'attarder sur l'altération.

La vulnérabilité est posée dans le sens où ce sont les difficultés rencontrées dans la gestion des ressources qui amèneraient la personne à être menacée dans sa santé ou sa sécurité. On fera une comparaison utile entre ces deux définitions ultérieurement, mais il n'en demeure pas moins que si la première définition pouvait jeter un trouble quant à sa nature sociale ou judiciaire, la seconde définition est pour le moins entièrement caractérisée par un sens entièrement social. Et d'ailleurs, on peut constater ceci : si avant la loi du 5 mars 2007, il était possible de combiner une mesure de protection judiciaire avec une mesure de protection sociale, aujourd'hui, cette possibilité s'éteint. Soit la personne est placée sous protection judiciaire, soit elle est volontairement « soumise » à une mesure de protection sociale. Cette

---

[750] Th. Fossier et M. Bauer, « L'utilisation des prestations sociales : contrôle ou assistance ? », RD. Sanit. Soc., 15 décembre 1994, n° 4, pp. 657 et sui.

[751] M. Azavant, « Effets généraux et effets personnels », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 73 et sui.

[752] CASF, art. L. 271-1 ; Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *Les tutelles, accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF Editeur, 2011, 5e éd., p. 63 ; A. Caron-Deglise, « L'ouverture d'une mesure de protection, les principaux aménagements de la loi », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 50 et sui.

dichotomie évite en conséquence *« l'institution prolétarienne qui a relayé la curatelle »*, comme pouvait l'indiquer le Doyen Carbonnier[753]. Et si cette dernière n'a pas l'efficacité escomptée, suivant les cas, elle sera substituée par une mesure de protection judiciaire, dans le pur respect du principe de subsidiarité.

307. La fin de la combinaison de ces deux types de protection était donc une nécessité dans le sens où la prise en compte de la volonté du majeur devenait l'objet même de la loi du 5 mars 2007. Reste à savoir comment se recoupe cette nouvelle protection sociale et quelles en sont les mesures. Le système relatif à la protection sociale, aujourd'hui, se définit selon deux mesures, l'une purement administrative, l'autre ayant un caractère judiciaire par voie d'incident, puisque sa mise en œuvre résulte de l'échec de la première mesure administrative.

La première mesure est la mesure d'assistance sociale personnalisé[754]. La seconde est la mesure d'assistance judiciaire[755]. Ces mesures sont la concrétisation de la protection sociale et de la volonté du majeur de vouloir bénéficier d'une aide non privative de droits, puisque l'une et l'autre s'évertuent à le « protéger » en procédant d'un principe éducatif dans l'apprentissage à la gestion budgétaire. La différence de nature propre à ces mesures est que la première se déroule dans le cadre d'une convention tri-partite, sous le contrôle du président du Conseil départemental et du procureur de la République, la seconde avec l'intervention et sous le contrôle du juge des tutelles. Si ces mesures constituent un nouvel ordre de protection sociale, l'idée même de protection sociale n'a fait que l'objet d'une reprise par la loi nouvelle. Idée non pas reprise dans la loi du 3 janvier 1968, puisque dépourvue de tout caractère social, mais selon la loi du 18 octobre 1966, loi à l'origine de la création des TPSA[756], les tutelles aux prestations sociales adultes, calquées sur les tutelles aux prestations sociales de l'enfance[757].

On verra en quoi ces TPSA ont été à l'origine de la fondation de la protection sociale et comment elles ont fonctionné en parallèle des régimes de protection de la loi du 3 janvier 1968 (Chapitre Premier). Puis, au fil de l'évolution sociale, en raison d'un système devenu inadapté et coûteux, le système des TPSA s'est peu à peu effondré, la loi du 5 mars 2007 étant venue refondre dans une seule et même loi la protection sociale avec les mesures judiciaires[758]. Le nouveau dispositif de protection sociale (Chapitre Second), bien que dépendant de la même loi, voit sa mise en place répartie selon un ordre administratif et judiciaire[759], tout en instaurant un *« accompagnement humain »*[760].

308. La MASP et la MAJ voient ainsi leurs règles régies, la première par le Code de l'action sociale et des familles, la seconde par le Code civil, alors que la MAJ reprend le système disparu des TPSA[761]. La question qui ne manque pas de se poser est de savoir si la

---

[753] Carbonnier, *Droit Civil, Les personnes*, PUF, coll. Thémis, 21è éd. 2000, n°17.

[754] MASP.

[755] MAJ.

[756] J. Prévault, « La loi du 18 octobre 1966, relative à la tutelle aux prestations sociales », JCP G 1967, I, 2074 ; v. *supra* n. n° 750, Th. Fossier et M. Bauer, art. préc. Cette loi était à l'étude en 1932, puis elle a été refondue et étendue en 1942, 1966 et 1968.

[757] D. n° 69-399 du 25 avril 1969 portant application de la loi n° 66-774 du 18 octobre 1966 relative à la tutelle aux prestations sociales, JO 29 avril 1969, p. 4284.

[758] V. *supra* n. n° 752, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 119.

[759] Et non plus seulement judiciaire, comme la pratique l'admettait dans le cadre de la loi du 3 janvier 1968.

[760] Ph. Malaurie, « La réforme de la protection des majeurs », Defrénois, 30 avril 2007, art. n°38569, n° 8, § 12.

[761] La caducité de ces mesures était prononcée si elles n'avaient pas été transformées en MAJ à compter du 1er janvier 2012. Dans tous les cas, aucune TPSA ne pouvait être mise en place passée cette date.

combinaison des protections administrativo-judiciaires permettra une pleine efficacité de la protection sociale. Car d'une certaine manière et au même titre que pour la protection judiciaire, la mise en place de telles mesures sociales doit permettre davantage le retour à l'autonomie de la personne, retour qui doit être garanti, normalement, plus facilement, en raison notamment de l'absence d'altération des facultés mentales. Si le retour à l'autonomie pour une personne placée sous tutelle est forcément difficile en raison de l'altération de ses facultés mentales ou physiques, la protection sociale doit aller au-delà de ce que proposent les régimes de protection judiciaire. La personne doit, en conséquence, recevoir des mesures de protection sociale une pédagogie à la dimension supérieure, car après tout, la vulnérabilité demeure sociale, et non judiciaire.

L'éducation prônée par ces mesures doit encourager la personne à faire l'effort de vouloir s'autogérer et d'aller au-delà de ses conditions de vie ou d'hygiène l'amenant à une situation précaire. Mais encore faut-il que la volonté individuelle soit le moteur de la protection sociale, car le majeur doit vouloir réellement bénéficier de ce type de protection pour recouvrer son autonomie[762]. La volonté individuelle ne doit pas être un mythe : elle doit clairement être affirmée malgré un cadre sans doute plus contraignant que n'est celui de la protection qu'offre le mandat de protection future, mais assurément moins que celui de la protection judiciaire. Dans le cadre de la protection sociale, l'aspect de la protection reste bien entendu conventionnel. Le majeur doit vouloir être bénéficiaire d'une aide dans la gestion de ses ressources. La convention qu'il établit avec les services sociaux est le symbole de la protection volontaire, mais il faut bien convenir que le contenu de la protection, du moins les clauses, n'apparaissent pas comme résultant d'une négociation purement contractuelle comme deux parties en conviendraient pour un contrat commercial. Toutefois, avant toute remarque à ce sujet, il convient de dire que l'approche de la MASP est essentiellement un droit volontariste et que la protection désirée dépend d'un contrat, avec *instrumentum* et *negotium,* avec des nuances pour ce dernier cependant.

309. Cependant, la volonté commence à être altérée, puisque le majeur doit se limiter à demander de l'aide et non à décider du contenu de l'aide ; les intervenants ne sont pas non plus choisis au hasard mais imposés selon leur qualité. La suppléance de la volonté semble prendre le pas irrémédiablement, puisque l'on passe d'une liberté totale dans le choix de la protection, comme c'est le cas pour le mandat de protection future, à un cadre protecteur imposé. La prééminence de la volonté individuelle se trouve donc astreinte à des règles de protection qui ne ressortent pas de la volonté individuelle, même si le majeur doit affirmer sa volonté de bénéficier d'une mesure de protection sociale. Dès lors, les prémices de la suppléance de la volonté individuelle s'affichent subrepticement dans l'idée même de permettre au majeur de recouvrer sa pleine et entière autonomie sociale.

[762] V. *supra* n. n° 752, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 64.

Chapitre Premier
Des fondements historiques de la protection sociale : Du couplage des deux ordres de protection, ou de la mise à l'écart de la volonté individuelle.

310. À l'inverse de ce que prévoit la loi du 5 mars 2007 en termes de séparation stricte de la protection judiciaire et de la protection sociale, la loi du 3 janvier 1968 permettait une articulation combinée de la protection judiciaire et de la protection sociale, celle-ci étant issue de la loi du 18 octobre 1966 et instaurant les TPSA[763]. Puisque les deux ordres de protection n'étaient pas régis par les mêmes dispositions légales, il était nécessaire de combiner ces deux formes de protection afin d'apporter une réponse adaptée à la situation, tant personnelle et patrimoniale du majeur, que sociale. L'articulation n'en était pas pour autant simple, car le majeur protégé se retrouvait sous le coup de deux procédures différentes, dont il fallait évidemment délimiter le champ d'action. En instaurant deux procédures différentes pour la même personne et la même problématique, la difficulté était de générer une certaine autonomie : selon le principe éducatif de la mesure de TPSA, le majeur protégé devait apprendre à constituer un budget et gérer ses ressources sociales. Sauf que la protection sociale étant instaurée en parallèle d'une mesure de protection judiciaire, généralement justifiée par une problématique d'ordre médical, l'apprentissage à le gestion ne pouvant apparaître que trop compliqué pour une personne déficiente mentalement. Ce caractère éducatif de la mesure de TPSA dépendait donc essentiellement du rôle que jouait, ou que pouvait jouer, la personne protégée. En réalité, en mettant en place une mesure de TPSA, le majeur protégé se trouvait dans le même cadre que la mesure de tutelle ou de curatelle : une tierce personne était désignée pour exercer la mesure de protection afin d'aider le majeur protégé à recouvrer son autonomie sociale. Ce retour à l'autonomie sociale, par le jeu de l'aide à la gestion budgétaire des prestations sociales, devait être favorisé par des acteurs particuliers.

Certes, les acteurs désignés, tels les travailleurs sociaux, ont contribué à favoriser le retour à l'autonomie sociale de la personne protégée. Mais malgré l'exercice des TPSA, de nombreuses difficultés pratiques sont intervenues, en même temps que l'évolution sociale rendait l'exercice des TPSA inadapté selon le profil de la personne (Section 1). La protection sociale présentait donc le défaut d'être instaurée sans aucun aval de la part du majeur protégé. Si cette logique est aux antipodes de la protection sociale de l'après-réforme, il n'en demeure pas moins que le majeur protégé ne pouvait aucunement exprimer une quelconque volonté quant à bénéficier d'une telle protection. Ouverte en parallèle d'une tutelle ou d'une curatelle et imposée pour la seule gestion des ressources à caractère social, la protection sociale était fondue dans la protection que rendait nécessaire la cause médicale. La conciliation des deux rendait donc impossible une quelconque action pédagogique et éducative dans l'apprentissage à la gestion de ressources, puisque la seule cause médicale interdisait au majeur protégé d'agir seul et de constituer un budget. Comment effectivement admettre qu'une personne, dont les capacités sont fortement réduites, puisse acquérir l'autonomie dans la gestion de ses ressources si elle n'est plus en capacité de conclure un acte de vente ou tout autre acte de disposition, à tout le moins, ouvrir un simple compte courant ? La confusion était telle qu'il était impossible de discerner la protection sociale de la protection judiciaire, non pas dans la séparation des deux ordres de protection, mais dans le but téléologique, afin de favoriser le

[763] Ces dernières ont pour origines la TAF, ou « tutelle aux allocations familiales » : *cf* Th. Fossier et M. Bauer, « L'utilisation des prestations sociales : contrôle ou assistance ? », RD. Sanit. Soc., 15 décembre 1994, n° 4, pp. 657 et sui.

retour à l'autonomie par le biais de l'action éducative sociale et d'assister ou de représenter le majeur sur le plan patrimonial et personnel. D'où la réforme de la loi du 5 mars 2007 qui a conduit la TPSA à disparaître, puisque cette mesure de protection, absorbée par la nouvelle MAJ, n'avait plus lieu d'être à compter du 1er janvier 2012 (Section 2).

Section 1 - Une combinaison des deux ordres de protection indifférent à toute volonté : le protection sociale soumise à la protection judiciaire.

311. La protection sociale s'est matérialisée par l'instauration de la TPSA. Si la TPSA est issue de la loi du 18 octobre 1966[764] et qu'elle visait les prestations sociales adultes, son principe était déjà en vigueur sous l'égide d'une loi de 1942 qui prévoyait l'application de la mesure aux allocations familiales[765]. La loi du 18 octobre 1966 a simplement repris l'idée afin de l'étendre aux prestations sociales adultes. En instaurant une protection sociale de ce type, on s'est retrouvé, dès les premières années de son instauration, dans une situation combinant la protection judiciaire et la protection sociale. Cependant, la protection sociale ne portait pas directement sur la personne. Bien qu'elle eût servi à aider la personne, le but de la TPSA était de garantir la perception des prestations sociales et leur utilisation[766]. Comme le prévoyait l'ancienne définition de la vulnérabilité sociale[767], la protection de la personne relevait de la mauvaise utilisation des prestations sociales engendrant des conditions de vie dégradées, le tout résultant de l'existence d'une altération des facultés mentales ou physiques interdisant une gestion optimale des intérêts de la personne.

Dès lors, la protection sociale devait nécessairement se combiner avec la protection judiciaire[768]. Pourtant, si l'on devait faire une étude comparée de la protection sociale et de la protection judiciaire, il ne serait pas étonnant de constater que la place de la protection sociale dans les textes, la jurisprudence ou la doctrine, a une part somme toute relative, pour ne pas dire insignifiante, en comparaison avec le volume significatif et abondant que représente la protection judiciaire et son lot de contentieux. La protection sociale touche à des aspects où les plus démunis, les plus pauvres, les reclus, n'ont droit à aucune tribune pour exprimer leurs besoins, l'absence de considération et l'oubli dans lequel ils se meurent chaque jour. Sans patrimoine, pourquoi auraient-ils besoin d'une protection particulière, n'ayant finalement que leur personne à défendre, à défaut d'être protégée ? Le couplage dont la protection sociale a fait l'objet n'en est que la preuve : la protection par tutelle ou curatelle vient conditionner le devenir de la protection sociale.

312. Le Code civil ne régissait pas, à l'origine, les dispositions de la protection sociale ; seul le Code de la sécurité sociale prenait en considération la mise en place et le fonctionnement des TPSA. Le système de la protection sociale *via* les TPSA demeurait malgré tout insuffisant, dans la mesure où la protection se limitait à la gestion des ressources sociales[769]. La protection judiciaire dépendant de l'altération des facultés mentales

---

[764] L. n° 66-774 du 18 octobre 1966 relative à la tutelle aux prestations sociales, JO 19 octobre 1966, p. 9219.

[765] Y. Favier, « Les mesures accompagnant les vulnérables : nouvelles tutelles sociales ? », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 101 et sui.

[766] http://carrefourlocal.senat.fr/doslegis/2007

[767] Pour rappel : *« la vulnérabilité sociale concerne l'allocataire n'utilisant pas les prestations dans son intérêt ou celui qui, en raison de son état mental, ou d'une déficience physique, vivait dans des conditions d'alimentation, de logement ou d'hygiène manifestement défectueuses, sans pour autant dissiper tous les doutes »*

[768] V. Mikalef-Toudic, « Les mesures d'accompagnement social personnalisé : une mission nouvelle pour les conseils généraux », *in* Dossier, La réforme des tutelles, RD Sanit. Soc. 2008, 15 septembre 2008, n° 5, p. 813 et sui.

[769] D'où la nécessité de mette en parallèle un régime de protection judiciaire pour accompagner la personne dans la gestion patrimoniale. Car ne le perdons pas de vue : les TPSA,

notamment, outre la protection dans un intérêt purement patrimonial, la protection sociale était également définie en fonction de cette altération, malgré le contresens que cela supposait. Dès lors, lorsque la nécessité de prononcer une mesure de protection judiciaire était établie, le juge des tutelles pouvait également prononcer l'ouverture d'une TPSA, si la personne, selon l'altération de ses facultés, était dans l'incapacité de pouvoir utiliser ses prestations de manière efficiente et appropriée. En conséquence, en mettant en parallèle la protection sociale et la protection judiciaire, le vecteur commun à ces deux protections est, ou était, l'existence d'un trouble psychique, lorsque la mesure de protection judiciaire était motivée selon un aspect médical.

La gestion des deux procédures pouvait paraître à double emploi. D'un côté, la mesure purement judiciaire, qui ne répondait à aucune durée, de l'autre, une procédure sociale, ayant un caractère provisoire, qui devait faire l'objet d'une révision tous les deux ans et qui devait se limiter à un ou deux renouvellements. La difficulté était donc de maintenir la TPSA en fonction du régime judiciaire, sachant que ce premier n'était pas amené à fonctionner indéfiniment en parallèle de la mesure de tutelle ou de curatelle. Au terme de la durée maximale de la TPSA, le juge des tutelles devait prononcer la cessation de la protection sociale. Si la personne protégée avait acquis la capacité de gestion de ses prestations sociales, la mesure de TPSA pouvait être considérée comme un succès social, car, en dehors de la protection judiciaire relative au patrimoine, la personne serait désormais apte aux fins d'appréhender ses prestations sociales et de les utiliser en fonction des nécessités.

Par contre, si au terme de la mesure, la personne n'avait pas acquis cette capacité de gestion, la mesure devait cesser. La personne restait sous l'autorité de la mesure judiciaire. Dans ce cas-là, la protection sociale constituait un échec. L'apprentissage de la gestion en autonomie n'étant pas acquis, la protection sociale s'avérait défaillante. C'est pourquoi, c'est justement en cas d'échec de la protection sociale que les mesures judiciaires devaient pallier à son insuffisance. Quelle était l'utilité d'une telle protection, dès lors que la protection judiciaire vint compenser les carences de la protection sociale ? Pourquoi admettre une telle combinaison alors que l'on sait que la tutelle, qui traduit une altération des facultés mentales ou physiques fortement imprégnée, est censée pallier à l'incapacité de la personne ? Rajouter une protection sociale en plus de la protection judiciaire dénotait, peut être, une certaine méfiance de la protection judiciaire et de son rôle trop liberticide.

313. Où se trouvait par ailleurs la place de la volonté du majeur ? Sur simple saisine d'office[770], le juge des tutelles pouvait se poser également en juge social : nécessité de protéger la personne sur le plan médical, personnel et patrimonial, mais aussi nécessité de la protéger sur le plan social, en garantissant un usage opportun des prestations sociales dont elle est bénéficiaire. On ne critiquera pas le rôle protecteur du juge, mais la curatelle pour prodigalité, qui admettait également l'instauration d'une protection, pouvait apparaître comme la pire des injustices. L'absence totale de trouble psychique contrebalancée par une propension à faire dépérir le patrimoine et à compromettre l'exécution des obligations familiales devait justifier le placement sous curatelle, au titre de la prodigalité, de l'oisiveté ou de l'intempérance. Quelle hérésie ! C'était le moyen de contrôler le patrimoine du majeur en étant sûr que les dépenses seraient justifiées et l'utilisation des prestations sociales appropriée. La volonté du majeur n'est nullement présente en ce cas. Cette conception des choses serait vaine aujourd'hui, puisque la prodigalité est écartée par la loi et que la protection sociale doit ressortir d'une volonté patente et affirmée. La réforme de la protection sociale s'avérait nécessaire. Car en instaurant dans un corps commun la protection sociale et la protection

---

instaurées selon le critère de la vulnérabilité sociale, répondaient à l'ancienne définition de cette vulnérabilité ; v. *supra* n. n° 763, Th. Fossier et M. Bauer, art. préc.

[770] Sur signalement des services sociaux, et sans passer par le filtre du procureur de la République, comme l'admettait la loi du 3 janvier 1968.

judiciaire, notamment dans le Code civil où les TPSA sont refondues dans le nouveau système de la MAJ, l'encadrement social de la mesure doit répondre à de nouveaux impératifs sociaux dans une sphère gérée par le juge des tutelles.

314. Ce qu'on peut penser au final de l'articulation de ces deux protections relève d'une certaine limite dans l'efficacité de la protection sociale indépendamment de la protection judiciaire. Certes, durant le temps de la TPSA, la personne verra ses prestations sociales prises en charge selon un principe éducatif[771]. Mais pour autant, la protection sociale, vainement efficace, est restée bien trop dépendante de la protection judiciaire, qui elle, à défaut de ne s'intéresser qu'à la gestion patrimoniale, permettait de pallier aux manques et aux insuffisances de la protection sociale, notamment en raison de sa durée illimitée et des pouvoirs qu'elle confiait au représentant légal. On était encore très loin de la mise en lumière de la volonté individuelle du majeur, puisque transparente à ce stade de la mesure, mais la TPSA avait une certaine vertu qui consistait en une mesure éducative, permettant à la personne protégée d'acquérir l'autonomie sociale propre à la gestion de ses prestations sociales. Cet aspect devait permettre d'apercevoir les prémices de la prééminence de la volonté du majeur.

En instaurant une TPSA, la personne protégée se trouvait dans une sphère éducative. Par l'accompagnement propre à la mesure, il existait une assistance à la gestion des prestations sociales selon laquelle la personne protégée pouvait se servir desdites selon un usage opportun[772]. En pratique[773], la mesure visait les personnes isolées ou ayant un environnement familial précaire. Le caractère limitatif de ce type de personnes tend à se rapprocher le plus possible de ce que la définition de la vulnérabilité sociale préconisait dans le cadre de la loi du 18 octobre 1966[774]. Ces personnes étaient essentiellement visées selon qu'elles eussent perçu l'allocation adulte handicapée (AAH), le fonds national de solidarité (FNS) ou le revenu minimum d'insertion (RMI)[775]. En déterminant la TPSA aux allocataires de ces prestations, la loi du 18 octobre 1966 a voulu instaurer un régime de protection dans lequel se définirait un régime d'accompagnement, que l'on pourrait qualifier de socio-éducatif. Apprendre à la personne la gestion de ses prestations dès lors qu'elle était en difficulté quant à leur utilisation était donc le leitmotiv de la loi[776]. Dans la protection proprement dite de la TPSA, l'objectif était de garantir les besoins élémentaires de la personne ; l'axe principal était de favoriser son retour à l'autonomie dans un cadre basé sur l'hygiène de vie. La personne protégée devait ainsi parvenir à retrouver des conditions de dignité propres à la personne humaine, en disposant d'un logement décent, de conditions d'hygiène garantissant sa santé, selon notamment de bonnes conditions d'alimentation. Il est peut être étrange de dire que la personne protégée doit être amenée à s'alimenter correctement, mais c'est malheureusement une réalité. Bien des personnes en difficulté ne parviennent pas à mettre en place un budget prévu spécialement à leur alimentation. Dans l'hypothèse de cette difficulté, sans aucune capacité de gestion d'un budget, la personne ne

---

[771] http://carrefourlocal.senat.fr/doslegis/2007 préc.

[772] M. Tarabeux, « La tutelle aux prestations sociales », JCP G 1969, I, 2273.

[773] V. *supra* n. n. 771, site préc.

[774] J. Prévault, « La loi du 18 octobre 1966, relative à la tutelle aux prestations sociales », JCP G 1967, I, 2074.

[775] Le RSA depuis 2010.

[776] V. *supra* n. n° 763, Th. Fossier et M. Bauer, art. préc. : sans le savoir encore, le fonctionnement de la TPSA devait fonctionner comme aura fonctionné la MAJ sous le coup de la loi nouvelle. Action éducative et assistance dans la perception et la gestion des ressources étaient les symboles de la mesure sociale afin de garantir l'autonomie de gestion du majeur. La création du RMI et sa prise en charge par la TPSA devait donc garantir cette insertion de la participation volontaire et a contribué à l'émergence de la contractualisation des mesures de protection dans le domaine social.

pourra pas, ou ne saura pas consacrer une partie de ses prestations sociales à l'achat d'aliments. C'est en tout cas dans cette hypothèse, parmi d'autres, que la mesure de TPSA avait vocation. Toutefois, il est manifeste que le majeur bénéficiaire devait avoir une certaine capacité pour comprendre le cheminement d'une telle protection. Dans l'hypothèse où le majeur se trouvait dans une situation médicale lui interdisant toute compréhension, la protection sociale demeurait inutile et devait s'effacer devant la mesure de tutelle.

315. Outre cet aspect purement matériel, la protection visée par la TPSA consistait aussi à mettre en garde la personne protégée contre les sollicitations diverses, notamment celles des démarcheurs à domicile. La protection avait pour objet de prévenir et d'écarter tous risques *« d'isolement social, de marginalisation de l'individu, d'absence de travail, de surendettement »*[777] qui pouvaient confronter la personne, soit à l'isolement strict, soit au risque de l'exposer à un environnement insécurisant et préjudiciable à ses intérêts. Dans le cadre de la mesure d'accompagnement ensuite, la TPSA s'inscrivait dans un schéma d'organisation du budget[778], la recherche d'un logement et l'accompagnement dans les démarches y étant relatives, l'aide à l'achat de produits domestiques. En allant au-delà de ces démarches, la mesure devait permettre à la personne de bénéficier d'une stimulation. Étant sous le coup de cette mesure, la personne protégée devait s'imposer l'obligation de faire les démarches nécessaires pour trouver un logement ou mettre en place un budget, tout en le gérant sous le contrôle d'un travailleur social. Bien que l'accompagnement fût la garantie de ces démarches, il convenait que la personne devait agir elle-même. Et *a fortiori*, la mise en œuvre de telles démarches devait accompagner la personne jusqu'à la recherche d'un emploi, afin de briser l'éventuel isolement social. Les prémices de la volonté individuelle encadrée voyaient ainsi le jour.

316. Alors oui, il est certain que la mesure de TPSA devait encourager le retour à l'autonomie de la personne à travers le principe éducatif qu'elle prônait. La mise en place de la TPSA restait toutefois circonscrite dans le registre des mesures provisoires. La mesure de protection devait se limiter à la personne défaillante mentalement qui s'exposait à vivre dans des conditions d'hygiène, d'alimentation et de logement dégradantes et pouvant nuire à sa santé. Mais à la différence de la tutelle ou de la curatelle de la loi du 3 janvier 1968 qui pouvait durer indéfiniment, la mesure de TPSA ne pouvait durer qu'un temps limité. Au-delà de quatre ans, la mesure devenait caduque. La personne qui n'avait pas atteint le cap suffisant d'autonomie ne pouvait plus bénéficier de cette mesure et devait rester, si tel était le cas, sous le régime de tutelle strict sous lequel elle était placée. Pour autant, bien que cet aspect fût le contrecoup de la mesure que l'on voulait efficace, il n'en demeure pas moins que le principe éducatif se concrétisait par la désignation d'un tuteur agréé. Durant le déroulement de la mesure, ce tuteur pouvait percevoir la totalité, ou une partie seulement, des prestations de la personne protégée. Ce tuteur était par contre soumis à l'obligation d'affecter les prestations qu'il percevait dans l'intérêt de la personne protégée, au même titre d'ailleurs que le tuteur ou le curateur dans le cadre des régimes de protection judiciaire. Le principe éducatif reposait sur deux aspects : d'abord, le tuteur agréé pouvait aider la personne protégée à organiser la répartition des prestations qu'il percevait, et ce, en fonction de ses besoins. De la sorte, la personne protégée pouvait voir l'utilisation des sommes qui en était faite. Puis, pour les

[777] J.-E. Garonnaire et F. Picot, « Regard notarial sur la mesure d'accompagnement social personnalisé et la mesure d'accompagnement judiciaire », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 60 et sui.

[778] V. *supra* n. n. 771, site préc.

prestations qui n'étaient pas dévolues au tuteur, la personne protégée pouvait en disposer librement, à charge pour elle de rester responsable dans l'utilisation qu'elle en faisait[779].

317. Ainsi, le principe éducatif tendait à responsabiliser la personne protégée, dans la mesure du possible bien entendu, et en fonction de son degré d'altération des facultés mentales[780]. En laissant une part de responsabilité, il était question de lui faire toucher du doigt ce à quoi elle s'exposerait lorsque la mesure de protection prendrait fin. Puisque le vulnérabilité sociale n'est pas la vulnérabilité médicale, la personne protégée doit savoir qu'elle serait amenée à gérer ultérieurement des prestations qu'on ne pourrait pas gérer pour elle dans le cadre des régimes de protection judiciaire. Et ce principe éducatif ne s'est pas développé comme a pu se développer l'autonomie des régimes actuels. Quand bien même la mesure de TPSA répondait à une procédure qui s'apparentait à celle des régimes de protection judiciaire, la mise en place d'acteurs propres à exercer la mesure de TPSA différait de ce qu'on pouvait trouver dans les régimes de protection judiciaire. En effet, intervenait des acteurs sociaux, non plus familiaux.

318. Faisons un bref retour en arrière. Les personnes qui intervenaient dans l'exercice des régimes de protection sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968 étaient essentiellement, parmi les personnes physiques, les membres de la famille, plus particulièrement les conjoints, ou encore les anciens gérants de tutelle privés, et parmi les personnes morales, le juge des tutelles pouvait désigner des organismes comme l'Aide sociale à l'enfance ou des établissements de soins. Et selon la loi du 5 mars 2007, les familles, puis les anciens gérants de tutelle privés[781], les préposés détablissement ou les associations, désormais regroupés sous le statut de MJPM, peuvent faire partie des personnes pouvant exercer une mesure de protection[782]. En ce qui concerne l'exercice d'une TPSA, la réalité était tout autre.

En effet, lorsque le juge des tutelles prononçait l'ouverture d'une mesure de protection sociale, il ne pouvait en confier l'exercice à un tuteur familial[783]. Ce dernier, s'il était désigné, devait se limitait à l'exercice de la tutelle judiciaire, dite d'État, ne pouvant intervenir en aucun cas dans l'exercice de la TPSA. Le choix du tuteur social n'était pas de rigueur, le majeur devant recevoir l'aide de la personne que le juge désignait[784]. Le tuteur était donc désigné aux fins de perception des prestations sociales. Ces tuteurs agréés relevaient de la compétence des services spécialisés agréés par les conseils départementaux. En particulier, les tuteurs agréés étaient placés sous l'autorité de la Direction départementale des affaires

---

[779] Responsabilité à tous les égards, puisque sa responsabilité pouvait recouvrir tant l'aspect civil que l'aspect pénal de l'utilisation des fonds mis à sa disposition. Le tuteur était quant à lui responsable des sommes qui lui étaient attribuées.

[780] V. *supra* n. n° 777, J.-E. Garonnaire et F. Picot, art. préc.

[781] Dits aujourd'hui mandataires judiciaires (nouvelle appellation).

[782] Associations ou préposés d'établissements, encore les mandataires judiciaires : *cf* n. précédente.

[783] V. *supra* n. n° 777, J.-E. Garonnaire et F. Picot, art. préc.

[784] La volonté du majeur ne peut librement s'exprimer en l'espèce, même sous le coup de la loi du 5 mars 2007 : seuls des mandataires judiciaires à la protection des majeurs peuvent exercer une mesure sociale. En ce sens, la volonté du majeur ou son choix quant à la désignation d'une personne chargée d'exercer la mesure n'ont pas libre cours et sont imposés de rigueur par l'institution judiciaire ou l'administration. V. en ce sens Y. Favier, « Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs : une nouvelle profession sociale », *in* Dossier, La réforme des tutelles, RD Sanit. Soc. 2008, 15 septembre 2008, n° 5, pp. 826 et sui. ; A. Brousse, « Réforme des tutelles : les acteurs de la protection : les professionnels », AJ fam. 2007, p. 219. La comparaison s'arrête au niveau de la qualification dont dispose chaque tuteur agréé, car les fonctions de MJPM actuelles ne correspondent en aucun cas à ce que pouvaient être celles de tuteur agréé. Les MJPM actuels peuvent être des salariés d'associations tutélaires, des gérants privés ou encore des préposés de centres hospitaliers, alors que le statut des tuteurs agréés relevait davantage d'une qualification de travailleur social.

sanitaires et sociales. Ces tuteurs ne pouvaient recevoir cet agrément qu'à la seule condition d'être assistants sociaux, éducateurs spécialisés, ou encore conseillers en économie sociale[785]. Il n'est pas utile de préciser que l'exercice d'une telle fonction demandait une pratique certaine en matière sociale, compétence qui, au demeurant, n'était pas celle des tuteurs familiaux.

Les tuteurs agréés des services sociaux n'étaient pas les seuls acteurs particuliers de la TPSA. Il en est un autre qui intervenait dans un cadre bien précis. Les conseils départemenaux jouaient en effet leur rôle dans la mesure. Pour autant, le rôle qu'ils avaient n'était pas un rôle purement d'exécutant. Les conseils départemenaux sont les débiteurs des prestations sociales. Ils versent le RMI, depuis 2010 le RSA, ou encore d'autres aides telles que l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) ou encore la prestation de compensation du handicap (PCH). Les conseils départementaux étant débiteurs de ces prestations, le Code de la sécurité sociale se basait sur ce critère afin de financer la mesure de protection sociale[786]. Il paraissait judicieux que le financement de la mesure fût entièrement pris en charge par les pouvoirs publics au niveau départemental. Cette logique de financement semblait efficace, d'autant que le conseil départemenal, s'il était débiteur seulement du RMI, devait lui-même financer la mesure à raison de cette prestation[787].

319. Comme il est difficile d'imaginer qu'une seule catégorie de prestations sociales soit placée sous protection sociale, la détermination de l'organisme débiteur de la plus forte somme permettait de répartir équitablement la prise en charge des frais de remboursement de tutelle[788]. Car ne l'oublions pas, les tuteurs agréés devaient être rémunérés dans le cadre de l'exercice de la mesure, non pas comme des gérants privés pouvaient l'être, mais en fonction des attributions qui leur étaient confiées en cette qualité. Au final, en plus du conseil départemental et des tuteurs agréés, les autres organismes débiteurs de prestations sociales faisaient partie de ces acteurs de la tutelle aux prestations sociales. Et l'exercice, ainsi que le financement de la mesure, devaient permettre une mise en œuvre efficace de la mesure de protection sociale. C'est pourquoi, le majeur protégé n'avait pas le choix de la désignation de son tuteur agréé. Les enjeux économiques départementaux devaient avoir raison de toute volonté individuelle.

320. Alors certes, mesure efficace dans un premier temps, mais certains dérapages, sans parler de la dérive que subissait la mesure tout au long de sa quarantaine d'années d'existence, ont conduit la TPSA à sa propre perte. Il a alors été nécessaire de réformer le système, pas seulement en surface en corrigeant les quelques scories que la mesure laissait apparaître, mais en profondeur, afin de supprimer le caractère obsolète qui la marquait fortement.

---

[785] La profession de tuteur agréé était réglementée, le travailleur social désigné étant un professionnel en l'occurrence : *cf supra* n. n° 757, décret préc., JORF du 29 avril 1969, p. 4284.

[786] C. Sécu. S., art. L. 167-3 anc.

[787] Cependant, afin de limiter une surcharge dans la prise en charge des frais de tutelle, le même article prévoyait que si la personne protégée disposait de plusieurs prestations placées sous protection sociale, la charge du financement de la mesure revenait à l'organisme débiteur de la prestation la plus élevée.

[788] Ainsi, si une personne protégée bénéficiait du RMI versé par le Conseil départemental, alors qu'elle touchait en même temps les allocations familiales versées par la Caisse d'Allocations Familiales, c'était cette dernière qui devait financer la TPSA si le montant des allocations familiales était supérieur au montant du RMI.

Section 2 - La réforme nécessaire du dispositif social : une nécessité placée sous le coup de la dérive du système.

321. Si la mise en place de la protection sociale avait pour but de protéger la personne vulnérable socialement, était-elle efficace réellement ? À travers le triple constant que l'on va voir, on s'apercevra que la réforme de la protection sociale devait voir un jour nouveau. En effet, la loi du 3 janvier 1968 sur les régimes de protection devait s'appliquer exclusivement à la protection du patrimoine de la personne et à elle-même. Or, la pratique, au fil du temps, a consacré la mise en place des régimes judiciaires en lieu et place de la protection sociale, afin de pallier aux manques de cette dernière.

322. Dérive du système social de la protection des majeurs qui devait s'effacer devant les régimes judiciaires faisant office de protection sociale et portait atteinte aux droits de personnes n'ayant aucune altération médicalement constatée[789] : où se trouve dans ces conditions la place du régime de protection sociale si cette protection ne peut trouver application ? La dérive s'explique en raison de la croissance exponentielle de la population des individus placés sous régime de protection juridique. Chaque année en perpétuelle augmentation, le placement en général se heurte à l'allongement de la durée de la vie humaine. Pour autant, si cet allongement peut poser des difficultés en soi, ce n'est ici qu'un problème mineur qui n'a pas nécessairement la plus grande part de responsabilité dans la dérive de la protection sociale.

Il faut tenir compte du vieillissement de la population, non pas pour ce qu'il est, mais pour les conséquences qu'il engendre et qui ont conduit à la réforme de la loi du 5 mars 2007, dont le rapport du groupe Jean Favart proposait une réforme totale[790]. Le vieillissement de la population a cette particularité d'exposer certaines personnes à une forme de précarité et d'isolement[791]. Il suffit qu'une personne n'ait plus de famille ou n'ait plus de tissu social pour se retrouver isolée de toute présence ou de tout contact. Si dans le même temps, la personne présente un trouble mental, la situation ne fera qu'empirer, puisqu'elle sera inapte à gérer son patrimoine, se gérer elle-même et gérer ses prestations sociales. C'est là que la difficulté est réelle quant à l'imbrication des protections sociale et judiciaire. Si l'on tient compte de ces deux paramètres dans le contexte des lois de 1966 et de 1968, le juge des tutelles devrait prononcer une tutelle ou une curatelle dans le cadre de l'altération des facultés mentales, puis se prononcer sur la nécessité de recourir à une TPSA afin d'instaurer la prise en charge des prestations sociales. La situation judiciaire et sociale de la personne aurait du normalement ressembler à ce type de panorama. Mais comme dérive du système de la protection sociale il y eut, la procédure habituelle a vu un important revirement de pratique. Le juge des tutelles était

---

[789] M. Borgetto, *in* Dossier, La réforme des tutelles, RD Sanit. Soc., 15 septembre 2008, n° 5, pp. 807 et sui.

[790] Th. Fossier, « Le rapport du groupe Jean Favart sur le dispositif de protection des majeurs », JCP G 2000, act. p. 1055. Il est à noter que ledit rapport préconisait la création de la *« gestion budgétaire destinée aux adultes »*. Cette mesure est mort-née et a été remplacée par la MAJ actuelle. Cette réforme de la TPSA se retrouve sous la forme de mesures d'accompagnement, comme les MAJ, que le Code civil consacre ; Th. Fossier, « le renforcement de la tutelle aux prestations sociales par la mesure de gestion budgétaire et sociale (MGBS) et la mesure d'accompagnement social spécifique », JCP N 2006, p. 1151.

[791] Mais également afin de limiter le nombre de mesures et d'imposer des mesures d'ordre social n'ayant plus de lien avec la protection juridique classique qui se caractérise par une cause médicale. V. en ce sens L. Pécaut-Rivolier, « Les mesures concrètes pour simplifier l'exercice des mesures et diminuer leur nombre» *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 10.

amené à prononcer, dans le cadre de la protection sociale, un régime de protection judiciaire, au seul constat que la personne se trouvait en grande difficulté sociale.

La TPSA trouvait-elle un terrain d'expression dans cette dérive financière du système[792] ? Bien sûr que non, puisque le juge des tutelles pouvait prononcer une curatelle alors qu'il était question de difficultés sociales, non au sens de vulnérabilité sociale, mais dans le sens de difficultés sociales d'un simple point de vue purement matériel. La curatelle pouvait être ainsi ouverte du simple fait qu'un majeur eût une dette locative ou fût logé dans des conditions insalubres, alors même que ce majeur recevait encore l'aide de sa famille et que l'altération de ses facultés mentales n'était en aucun point établie.

323. Une autre dérive manifeste concerne les limites du financement des mesures de protection juridique. Les autorités prononçaient-elles une mesure de TPSA au nom de la protection des prestations sociales ? En principe oui, mais avec le temps, la réponse s'est largement infirmée. En effet, par l'instauration d'une TPSA, les limites au financement des régimes de protection devaient progressivement s'effacer. Dès lors que le juge des tutelles prononçait une tutelle ou une curatelle en gérance, il pouvait prononcer à titre complémentaire une TPSA. Ce système de complémentarité devait pallier à l'insuffisance des ressources du majeur, lequel ne pouvait payer le gérant de tutelle désigné. Ce dernier pouvait donc solliciter du juge des tutelles le prononcé d'une mesure de TPSA afin d'être rémunéré entièrement de son activité. Cette dérive du système tenait au seul fait que le financement des TPSA reposait entièrement sur les épaules des collectivités territoriales[793].

Dans ces conditions, puisque le financement public était accordé au gérant privé, il aurait été tout simplement irréfléchi de ne pas étendre cette pratique à l'ensemble des mesures dans lesquelles un gérant privé fût nommé en même temps que le tutélaire présentât des difficultés financières impropres au paiement du gérant. Mais de la sorte, le système de la protection sociale était vidé de sa substance. Il ne sert plus à protéger les prestations sociales de la personne au contraire ; non seulement, on n'en tient plus compte, mais en plus, on se sert de la protection sociale afin de garantir la rémunération du gérant. Quelle est alors l'efficacité de la TPSA dans ces conditions ? Il était difficile en l'occurrence de maintenir un système en l'état qui ne tenait plus compte de la situation sociale de la personne, mais qui, au contraire, s'attachait à veiller à la rémunération du gérant privé. Il est certain en tout cas que les conseils départementaux ou les autres organismes débiteurs assuraient, indirectement et bien involontairement, la rémunération du gérant privé. Il ne va pas sans dire que le coût de ce financement représentait une charge colossale, puisqu'un rapport du Sénat de 2005[794] faisait état d'un montant de 468 millions d'Euros au titre du financement des mesures de protection. Il est certain que la dérive du système a un coût particulièrement élevé.

324. Enfin, dernier élément constatant la dérive de la mesure de TPSA, la confusion entre les règles de la protection sociale et judiciaire avait conduit certains majeurs à être spoliés de leur patrimoine. Dans la mesure où il était devenu difficile de comprendre l'articulation entre les deux régimes et l'opportunité de leur mise en œuvre, on a assisté à des formes d'abus ou de détournements de la part de gérants privés. Leur rémunération

---

[792] V. *supra* n. n° 768, V. Mikalef-Toudic, art. préc.

[793] Ce qui, en conséquence, permettait au gérant privé de ne pas subir un risque d'impayé de la part du tutélaire dans l'hypothèse où celui-ci aurait pu s'avérer être insolvable.

[794] V. *supra* n. n° 771, site préc. ; *La documentation française*, 1998, p. 29. Pour rappel, il s'agit du rapport de l'Inspection générale des finances, de l'Inspection générale des services judiciaires et de l'Inspection générale des affaires sociales sur le fonctionnement du dispositif de protection des majeurs. Ce dernier venait préciser que *« si le critère légal de l'altération des facultés mentales ou corporelles de la personne demeure le fondement premier de l'ouverture des régimes de protection, d'autres considérations entrent également en jeu dans la décision des juges. Elles tiennent essentiellement à la situation sociale de l'intéressé ».*

correspondait-elle aux paiements effectués par la personne sur ses propres ressources, ou bien certains gérants utilisaient-ils les prestations sociales de la personne à des fins privées ? Il y a en tout cas tout un postulat à ne pas négliger qui laisse croire que certains patrimoines ont été détournés au profit d'autres, bien entendu, dans le plus strict silence de la volonté des majeurs spoliés.

325. La nécessité de la réforme s'est bien concrétisée. En effet, afin de modifier le régime juridique de la protection sociale, le rapport dit *« des trois inspections »*[795], rapport d'enquête sur le fonctionnement des dispositifs de protection des majeurs, en 1998, préconisait de remplacer la TPSA par une mesure de *« gestion sociale »*, dont le degré de gravité venait s'intercaler entre la sauvegarde de justice et la curatelle, et dont les dispositions seraient régies par le Code civil. La mesure devait s'appliquer au profit des personnes faiblement altérées et ayant besoin d'un accompagnement social, sans qu'elles ne fussent pour autant frappées d'une incapacité autre que celle de la difficulté de gérer leurs prestations sociales et d'organiser et gérer un budget. Mais la difficulté de ce dispositif relevait de la distinction de l'altération des facultés mentales dans le cadre de la protection judiciaire et la notion de danger dans le cadre de la protection sociale.

La difficulté pouvait être grande dès lors qu'on était confronté à des cas d'alcoolisme ou de dépression qui ne justifiaient pas juridiquement la mise en place d'une quelconque protection. C'est pourquoi, cette nouvelle disposition ne resta qu'un cours instant en projet et fut mise à l'index par le nouveau système de la loi du 5 mars 2007. Le sort de la TPSA est en tout cas bouclé à ce jour : le mélange des genres n'est pas la solution idoine et la combinaison des lois de 1966 et 1968 créait une confusion qu'il convenait de supprimer. Ainsi, « *l'incapacité économique et sociale, qui n'est pas une vraie incapacité, et l'incapacité juridique, qui en est une, sont deux notions antinomiques »*[796]. « *Les critiques n'en étaient que plus récurrentes* »[797].

La loi du 5 mars 2007 est venue rendre caduc progressivement, mais définitivement, le régime juridique de la TPSA. Au 1er janvier 2009, sont entrées en vigueur la MASP et la MAJ, en remplacement de la TPSA[798]. Les TPSA qui ont été ouvertes avant le 1er janvier 2009 ont pris fin automatique à compter du 1er janvier 2012[799]. À cette date, plus aucune TPSA n'était exercée, et déjà, au 1er janvier 2009, le juge des tutelles ne pouvait plus en prononcer, celles antérieures à cette date ne pouvant se maintenir que pendant un délai de trois ans. Ainsi, jusqu'à la date de caducité, le juge des tutelles pouvait réexaminer la mesure, en la modifiant[800]. Le juge pouvait aussi ordonner la mainlevée de la mesure. Avant cette date du 1er janvier 2012, la tutelle aux prestations sociales pouvait être transformée en MAJ, sans pour autant obliger la personne protégée à contacter les services sociaux du département aux fins de mise en place de la MASP. Mais à compter du 1er janvier 2012, la transformation était

---

[795] V. *supra* n° 790, Th. Fossier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 765, Y. Favier, art. préc. ; Th. Fossier, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, « La mesure d'accompagnement judiciaire et les mesures administratives d'accompagnement social personnalisé », *in* Dossier, La réforme des tutelles, AJ Fam., 12 avril 2007, n° 4, pp. 175 et sui.

[796] V. *supra* n. n° 777, J.-E. Garonnaire et F. Picot, art. préc.

[797] *Ibid.* ; Th. Fossier, « Le remplacement de la tutelle aux prestations sociales », JCP N 2006, n° 14.

[798] Seule la MAJ reprend intégralement le système de la TPSA.

[799] Le système de la protection sociale a vécu ainsi de la sorte pendant une quarantaine d'années. De son efficacité à sa dérive, quarante ans se seront écoulés avant que l'on mette en place une réforme de protection sociale adaptée à la société d'aujourd'hui. La TPSA a vécu et laisse place libre désormais à un système autrement plus structuré et plus efficace. La MASP et la MAJ sont censées supplanter l'archaïsme de la TPSA.

[800] C. Sécu. S., art. R. 167-1 et sui., ces articles ayant été abrogés au 1er janvier 2012.

impossible, puisque les TPSA prenaient fin de plein droit[801]. Le prononcé de la MAJ restait par la suite soumise à un cas d'échec de la MASP.

326. Cette réforme de la protection sociale aura eu le mérite de donner plus de poids à la parole du majeur, puisque la protection administrative impose que le majeur sollicite de lui-même l'instauration d'un contrat de MASP. On verra que l'articulation entre régime administratif et régime judiciaire fait apparaître une procédure autrement plus précise et bien encadrée, dans laquelle la volonté individuelle, que consacre sa prééminence, tend à être plus affirmée. Même si elle reste toujours aussi prépondérante dans l'instauration d'une mesure de protection sociale, une fois cette dernière actée, la volonté individuelle perd de sa superbe.

[801] Mais elle aura contribué à la contractualisation concrète de la protection sociale par l'instauration de la MASP, en tenant compte de la contractualisation globale de la protection sociale.

Chapitre Second
De la dichotomie protection sociale / protection judiciaire, ou d'une affirmation parcellaire de la volonté individuelle.

327. Si la TPSA appartient désormais au passé, sa mise en œuvre a été supplantée par le nouveau dispositif social de la loi du 5 mars 2007[802]. Une réforme qui institue désormais deux types de mesures dont l'une dépend de l'autre lorsque cette dernière est mise en échec. La protection sociale a cette faculté d'associer les services sociaux et l'autorité judiciaire autour de la même finalité selon la double articulation[803] des deux ordres de protection.

328. La MASP et la MAJ sont en réalité la résurgence de la TPSA selon certains de ses critères de fonctionnement, mais elles imposent une rupture entre la protection sociale et la protection judiciaire, afin d'éviter le placement sous protection judiciaire de personnes endettées et n'ayant pas d'altérations à caractère médical[804]. La MASP est une mesure sociale au caractère purement administratif dans lequel le Conseil départemental[805] intervient dans la contractualisation de la protection sociale. L'instauration d'une MASP échappe pour le coup à l'autorité du juge des tutelles. Quant à la MAJ, elle constitue la suite de la MASP caractérisée par l'échec de cette mesure, et pour le coup, reprend une dimension judiciaire puisque le juge des tutelles, aura, cette fois, l'occasion de se prononcer sur sa nécessité ou non. La MAJ apparaît également comme la résurgence de la curatelle pour prodigalité. En effet, le majeur qui utilise à mauvais escient ses prestations sociales se retrouve dans les mêmes conditions que le majeur prodigue qui dilapidait son patrimoine ou faisait dépérir ses intérêts dont il ressortait la compromission de ses obligations familiales. La MAJ s'impose sur le même registre mais dans un contexte social, où l'utilisation des prestations sociales conduit à ce que le majeur vulnérable risque de porter atteinte à sa santé ou sa sécurité. Il est clair que la TPSA a fortement inspiré la protection sociale actuelle, puisque MASP et MAJ[806] ont en commun certains caractères de la TPSA.

---

[802] Th. Fossier, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, « La mesure d'accompagnement judiciaire et les mesures administratives d'accompagnement social personnalisé », *in* Dossier, La réforme des tutelles, AJ Fam., 12 avril 2007, n° 4, pp. 175 et sui.

[803] Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *Les tutelles, accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF Editeur, 2011, 5è éd., p. 120 ; www.travail-emploi-sante.gouv.fr : *« Cette articulation entre dispositif social et dispositif judiciaire implique un partenariat entre les autorités judiciaires et le président du Conseil général et ses services sociaux. Mais également entre ces derniers et les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, par exemple dans le cadre de la mise en œuvre de la MASP en aval. Ce partenariat est essentiel pour renforcer l'adaptation et la coordination des réponses de protection sociale et judiciaire au besoin des personnes, pour développer et diversifier l'offre des services et les démarches coopératives entre opérateurs et pour garantir une continuité des prises en charge ».*

[804] A.-M. Leroyer, « Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », RD Civ., 15 juin 2007, n° 2, pp. 394 et sui. ; Civ. 1ère, 30 novembre 2004, n°02-19.575, inédit, RTD Civ. 2005, 366, obs. J. Hauser (cas de placement sous curatelle pour prodigalité en raison de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ayant abouti à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, le couple ayant obéré la situation familiale).

[805] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 125. Et seul le procureur de la République peut demander la mise en place d'une MASP et à saisir le juge des tutelles dans le cadre d'une MAJ. V. en ce sens : C. Sévely-Fournié, « Quel rôle pour le Parquet dans la protection juridique des majeurs ? », Rec. D., 30 avril 2009, n° 18, pp. 1221 et sui.

[806] D. n° 2008-1506 du 30 décembre 2008 relatif à la mesure d'accompagnement social personnalisé et à la mesure d'accompagnement judiciaire, JO n° 0304, 31 décembre 2008, p. 20659, texte n° 124.

329. À y regarder de plus près, la nouvelle protection sociale est une reprise largement améliorée de la TPSA, mais écarte la notion de *« rééducation »*[807] que la loi de 1966 imposait. La TPSA s'est vue confrontée à un nombre de dérives considérables qui l'ont amenée à être détournée de son but. À travers le nouveau système de la protection sociale, non seulement, il convient de mettre fin à ces dérives matérialistes dont certains gérants privés n'éprouvaient aucun scrupule à profiter du système, mais en plus, il est nécessaire d'adapter la protection de la personne en fonction de ses difficultés sociales[808]. La nouvelle définition de la vulnérabilité sociale doit concourir à ce que la protection sociale offerte à la personne vulnérable soit prononcée à raison de ses difficultés sociales, et seulement sociales, du moins dans les premiers temps de l'instauration de la MASP. Car en cas d'échec de cette dernière, il faudra se demander si l'échec de la mesure a été causé par de réelles difficultés sociales ou s'il n'existe pas une difficulté davantage liée à une cause médicale, ce qui, pour l'occasion, renverrait irrémédiablement vers la subsidiarité des régimes de protection judiciaire[809]. L'option existe et le juge des tutelles devra choisir selon la réalité sociale ou médicale la plus caractérisée.

C'est pourquoi, afin de mettre en place un régime de protection sociale, une condition substantielle doit demeurer au préalable : la personne à protéger doit se trouver dans une situation de vulnérabilité sociale et doit vouloir concourir à sa protection (Section 1). Le nouveau dispositif de la protection sociale (Section 2) est ainsi le suivant : dans un cadre administratif, la personne peut bénéficier d'une MASP (on verra le double dispositif de la MASP[810], à savoir MASP I et MASP II) ; puis, en cas d'échec de cette dernière, une MAJ pourra être ouverte, dans le respect du principe de subsidiarité[811]. On verra à ce titre que la mesure de protection rentrera de nouveau dans le giron de l'autorité judiciaire et sous le contrôle du juge des tutelles. Le régime de la MAJ a donc un caractère hybride. De tout cela, il faudra en comprendre que la volonté individuelle du majeur perdure au stade de sa demande d'aide. La contractualisation de la protection sociale doit concourir à affirmer les volontés de chacun, puisqu'à travers le contrat que proposera le Conseil départemental, il convient de démontrer la preuve que le majeur exprime la volonté de sortir de la précarité. Mais en réalité, la belle apparence que veut bien nous montrer la contractualisation de la protection sociale n'est qu'un leurre sur la finalité de la protection, du moins dans la mise en place de la protection : la protection sociale a tendance à l'étioler dès que le dispositif se déploie. C'est l'avènement du *« juge social »*[812] qui tend à réduire la portée de la prééminence de la volonté individuelle jusque dans le cadre de la vulnérabilité sociale.

---

[807] Th. Fossier, « Le droit des tutelles après la réforme : nouvelle branche du droit social ? », RD. Sanit. Soc., 16 juillet 2007, n° 4, pp. 672 et sui.

[808] A. Caron-Déglise, « L'accompagnement budgétaire des personnes en situation de précarité : un enjeu essentiel », *in* Dossier, Réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p.63.

[809] D. Fenouillet, M.-P. Champenois et J. Sansot, « Majeurs protégés, introduction », J.-Cl. Civ., fasc. n° 10, 2003, n° 48.

[810] V. *supra* n. n° 805.

[811] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 82 et 85 ; v. Mikalef-Toudic, « Les mesures d'accompagnement social personnalisé : une mission nouvelle pour les conseils généraux », *in* Dossier, La réforme des tutelles, RD Sanit. Soc. 2008, 15 septembre 2008, n°5, p. 813 et sui. ; v. *supra* n. n° 804, A.-M. Leroyer, art. préc.

[812] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 51.

Section 1 - Les nouveaux majeurs socialement vulnérables.

330. L'ancienne définition de la vulnérabilité sociale permet de constater la chose suivante : entre 1998 et 2003, le nombre de TPSA a triplé[813]. Un chiffre multiplié par trois en raison de la pratique des doublons[814]. Cependant, si l'on doit trouver une raison pour ne pas se cantonner à cet aspect purement financier, l'ancienne définition donnée par l'article L. 167-1 ancien du Code de la sécurité sociale disposait que *« est socialement vulnérable l'allocataire qui n'utilise pas les prestations dans son intérêt, ou celui qui, en raison de son état mental ou d'une déficience physique, vit dans des conditions d'alimentation, d'alimentation ou d'hygiène manifestement défectueuses, sans pour autant dissiper tous les doutes »*. Cette définition posait deux conditions de fond pour bénéficier de la protection sociale : le majeur devait être atteint d'une insanité d'esprit, et l'utilisation des prestations dont il était bénéficiaire ne devait pas être adaptée à ses besoins. Cette définition mettait en avant la difficulté de prononcer une mesure de protection sociale ou judiciaire au simple regard du critère substantiel de l'altération des facultés mentales. Outre les dérives économiques que la TPSA a engendrées du fait du détournement de son principe de base, une autre dérive de la protection sociale pouvait correspondre à la difficulté de choisir le type de protection le plus adapté à la situation mentale ou physique de la personne vulnérable.

Cette définition exposée autrefois dans le Code de la sécurité sociale a été refondue[815] puis transférée dans le Code de l'action sociale et des familles. Ainsi, l'article L. 271-1 nouveau du même code définit en ces termes la vulnérabilité sociale sous l'empire de la loi du 5 mars 2007[816] : *« est vulnérable socialement toute personne majeure qui perçoit des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par des difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources »*. Le même article prévoit de même, pour bénéficier de la mesure initiale de protection sociale, que *«[la mesure d'accompagnement social personnalisé] pren[ne] la forme d'un contrat conclu entre l'intéressé et le département et repose sur des engagements réciproques »*. La définition moderne de la vulnérabilité sociale fonde le besoin de protection sociale sur l'existence de difficultés quant à la gestion de prestations sociales, ces difficultés étant de nature à exposer la personne à un danger menaçant sa santé ou sa sécurité. La vulnérabilité sociale s'inscrit davantage dans un plan purement social, alors que l'ancienne définition créait un doute, puisqu'elle associait trouble médical et difficultés sociales causées par une utilisation peu propice des prestations sociales. Mais cette mesure n'en constitue pas moins une véritable atteinte aux libertés individuelles et à la liberté de la personne vulnérable de gérer seule ses ressources. On comprend mieux ce

---

[813] DACS, juin 2005, Rapp. du CES, présenté par Mme Boutaric :www.conseil-economique-et-social.fr/présidence/publication/PU-244.pdf, Doc.fr.2006

[814] Pratique qui consistait à prononcer en parallèle d'une mesure de protection judiciaire une TPSA, afin de pallier aux limites du financement de la protection judiciaire comme exposées *infra* : Y. Favier, « Les mesures accompagnant les vulnérables : nouvelles tutelles sociales ? », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 101 et sui. ; v. *supra* n. n° 802, Th. Fossier, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, art. préc.

[815] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 63.

[816] V. *supra* n. n° 808, A. Caron-Déglise, art. préc. ; du même auteur, « L'ouverture d'une mesure de protection, les principaux aménagements de la loi », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 50 et sui. ; L. Pécaut-Rivolier, « Les mesures de protection du Code civil comme dispositif d'accompagnement », *in* Dossier L'accompagnement, entre droit et pratique, RD Sanit. Soc., 31 décembre 2012, n° 6, pp. 1010 et sui.

que le Doyen Carbonnier voulait dire quand il affirmait *« [...] l'institution prolétarienne qui a relayé le curatelle [...] »*[817].

331. Une demande de protection judiciaire ne pourra plus jamais être déclarée recevable par le juge des tutelles si elle se fonde sur des difficultés sociales exclusivement. L'inverse est de mise puisque la protection sociale ne pourra jamais s'appliquer si la personne souffre d'une altération des facultés mentales ou d'une incapacité physique empêchant l'expression de sa volonté. La protection sociale est régie désormais par l'existence d'une menace, d'un danger, ainsi qu'il en ressort de l'interprétation du CASF. En effet, dès lors que le personne vulnérable ne parvient plus à gérer efficacement ses prestations sociales, existe pour elle le risque de devoir subir les conséquences de son incapacité de gestion. En ne payant plus ses loyers, elle s'expose à une procédure d'expulsion que peut engager le bailleur social à son encontre. Bien qu'une majorité des personnes trouverait une solution de relogement si la procédure d'expulsion aboutissait, d'autres n'y parviendraient pas. En devant subir l'expulsion prononcée par le juge de l'exécution, la personne vulnérable sera parfaitement incapable de trouver un nouveau logement, ce qui aurait pour conséquence de menacer sa santé ou sa sécurité et de l'exposer à un danger imminent et à la précarité. La notion de danger est en tout cas une éventualité pratique.

On peut faire le rapprochement avec le régime de l'assistance éducative des mineurs[818]. Cette référence à la protection des mineurs n'est pas sans rappeler que la loi s'en est fortement inspirée. En effet, pour le régime de tutelle, n'a-t-elle pas repris l'idée du conseil de famille qui s'appliquait bien avant aux mineurs dans le cadre de l'administration légale sous contrôle judiciaire ? Cette référence à l'assistance éducative ne fait que confirmer que la protection des majeurs avait ce côté obsolète qui, à lui seul, justifiait pleinement la réforme. La redéfinition de la vulnérabilité sociale tend à s'appliquer à tous les bénéficiaires de prestations sociales[819]. Aucun critère précis sur une catégorie quelconque d'allocataires au profit d'une autre n'est posée. Au contraire, elle se borne à indiquer que toute personne bénéficiaire de prestations sociales doit pouvoir prétendre à la protection sociale.

332. On assiste à l'émergence d'une conception individuelle des bénéficiaires de prestations sociales. Même si elle tend à mettre de côté toute référence à l'altération des facultés mentales, une difficulté persiste quant à la non-référence à cette notion. En effet, le rapport « *des trois inspections »*[820] préconisait l'instauration d'une mesure de gestion sociale qui devait s'intercaler entre la sauvegarde de justice et la curatelle, aux fins de bénéficier aux personnes frappées de la seule incapacité de disposer de leurs prestations sociales et ayant leurs facultés faiblement altérées. Si cette mesure devait s'inscrire dans un contexte purement social, le problème qui se posait aurait été de déterminer si l'altération des facultés mentales fut causée par une pathologie, ou bien si le contexte social de la personne, à savoir des pratiques alcooliques ou toxicomanes, pouvait être à l'origine de cette altération, ce qui ne relève pas d'une cause médicale liée à la personne elle-même dans son métabolisme, mais plutôt à un trouble du comportement en relation directe avec un environnement social inadapté. La conséquence ressortissant à cette vision floue de la mesure de gestion sociale était finalement un retour en arrière avec la reprise du critère de l'ancienne définition de la vulnérabilité sociale. Le doute qui commençait à émerger de cette mesure n'a pas permis de la mener à terme. En effet, puisqu'il est nécessaire de ne pas créer de confusion entre protection sociale et protection judiciaire, un nouveau dispositif social a vu le jour comme il suit.

---

[817] Carbonnier, *Droit civil. Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, Thémis, 21è éd. 2000, n° 17.

[818] La loi du 18 octobre 1966 et son décret d'application du 25 avril 1969 combinaient la TPS adultes et enfants de la même façon.

[819] V. *supra* n. n° 814, Y. Favier, art. préc.

[820] V. *supra* n. n° 795.

Section 2 - Présentation du dispositif : la nécessaire manifestation de la volonté du majeur vulnérable d'adhérer à la protection sociale.

333. Le nouveau système de la protection sociale est désormais fondé sur une participation volontaire du majeur. Lui seul doit demander à pouvoir bénéficier de cette protection et personne d'autre que lui ne pourra solliciter l'instauration d'une mesure. Ainsi, la protection se décompose, d'un côté, de la MASP (I), de l'autre, de la MAJ (II). Quelle que soit la mesure mise en place, la finalité du dispositif doit permettre à la personne de bénéficier d'un régime d'insertion sociale[821], puisque le « tuteur » de la mesure, un professionnel de la protection des majeurs[822], doit exercer auprès de la personne une action éducative aux fins d'apprentissage de la gestion des prestations sociales. Il s'agit là ni plus ni mois du principe d'autonomie que la protection juridique, dans sons sens global, est censée apporter au majeur. C'est en conséquence une gestion autonome des prestations sociales qui participe de l'intervention volontaire du majeur. Même si le cadre imposé tend à limiter la volonté individuelle par la suite, la protection sociale ne doit son fonctionnement efficace qu'à la seule condition que le majeur exprime une volonté favorable à l'aide et l'accompagnement. Car il faudra surtout retenir une chose : seul le majeur effectuera les démarches auprès du Conseil départemental pour bénéficier d'une protection sociale, avec l'aide des services sociaux si besoin. Dès lors, la participation active du majeur relève de sa seule volonté et l'échec de la mesure ne pourra que lui être imputé : on ne peut pas obliger ce majeur à faire quoi que ce soit contre son gré puisqu'il est libre de décider pour lui-même, n'étant pas sous le coup d'une mesure de protection judiciaire. On ne pourra que tenter d'aggraver la mesure, mais avec toujours cette idée sous-jacente que le majeur est seul à décider s'il souhaite ou non bénéficier d'une protection sociale.

I) La mesure d'accompagnement social personnalisé.

334. Puisque la mesure d'accompagnement social personnalisé s'inscrit pleinement dans un contexte déjudiciarisé ou *« pré-judiciaire »*[823], son dispositif est purement administratif (A). Mais à travers ce dispositif administratif, il ressort de la mesure que la protection dont bénéficie la personne vulnérable doit être aménagée en fonction d'un *« dispositif contractuel »*[824], la MASP étant *« le premier contrat qui sert à affermir une volonté chancelante »*[825]. La relation contractuelle, et donc volontaire, qui existe entre la personne vulnérable et les autres parties contractantes, s'apparente davantage à une « sanction » contractuelle de la vulnérabilité de la personne (B). Sanction qui ne s'inscrit pas dans un cadre répressif, mais davantage comme une aide indispensable à l'apprentissage à la gestion budgétaire et à la gestion des prestations sociales. L'*intuitu personae* n'est cependant pas aussi fort qu'il ne l'est en matière de droit des obligations, puisque la marge de négociation et de liberté des parties, surtout celle du majeur, est réduite à l'extrême. Le contenu

[821] V. *supra* n. n° 814, Y. Favier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 816, A. Caron-Deglise, art. préc.

[822] D. Descuilhes, M. Poret et A. Bovin, « Réforme des tutelles : les acteurs de la protection : les professionnels », AJ fam. 2007.

[823] V. *supra* n. n° 815.

[824] V. *supra* n. n° 802, Th. Fossier, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, art. préc. ; v. *supra* n. n° 811, V. Mikalef-Toudic, art. préc. l'auteur dira ainsi dans son article : *« La notion de contrat s'avère primordiale puisqu'elle permet de favoriser autant que faire se peut la responsabilisation et l'autonomie de l'individu qui en bénéficie ».*

[825] N. Alazard, « La mesure d'accompagnement social personnalisé, deux ans après », *in* Dossier, Majeurs protégés : bilan de la réforme, AJ fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 181.

contractuel est imposé sans aucune possibilité pour le majeur de décider de la protection qu'il souhaite vraiment. Dans ce registre, la MASP s'impose dès son officialisation et constitue immédiatement un complément au versement direct des prestations sociales au bailleur social, si tant est que le bailleur ne perçoit plus les loyers de son locataire. Elle est dite la « MASP contrainte » ou MASP II (C). Le but de cette procédure de versement direct : éviter au majeur de se voir soumis à une procédure d'expulsion[826] ; en effet, si la MASP ne permettait pas au bailleur social de percevoir directement ses loyers, la protection sociale ne garantirait pas la sécurité du majeur, tout en portant atteinte à son intégrité, en raison de la mise en danger de sa personne et de sa santé. Mais la mesure peut tout aussi bien n'aboutir sur aucun résultat favorable au profit de la personne « protégée ». Si l'échec est bien réel, entrera en jeu la mesure d'assistance judiciaire (D), toujours soumise à la volonté individuelle, mais dont l'acceptation de la mesure par le majeur tend à la suppléer modérément. Peut s'apprécier de la sorte le principe de subsidiarité, permettant de passer d'un régime moins contraignant à un régime plus contraignant, afin de pallier aux insuffisances du régime antérieur.

A- La MASP I, mesure inscrite dans un dispositif purement contractuel et volontaire.

335. Protection contractuelle et sociale nouvelle[827], la MASP doit échapper à l'autorité judiciaire. En effet, selon la condition substantielle, c'est-à-dire des difficultés d'ordre de gestion budgétaire entraînant la personne à devenir vulnérable socialement, une scission devait être effectuée entre l'autorité judiciaire et le Conseil départemental[828]. La MASP est destinée à couvrir des problématiques aux conséquences sociales, non judiciaires. Une personne atteinte d'une altération des facultés mentales se verrait refuser le bénéfice de la MASP. Le juge des tutelles serait contraint de rendre une ordonnance d'irrecevabilité et renverrait le requérant à mieux se pourvoir, notamment en signalant sa situation aux services sociaux du Conseil départemental *via* le procureur de la République[829]. D'ailleurs, la MASP constitue une réelle mesure sociale dans le sens où elle est régie par le Code de l'action sociale et des familles[830]. Le dispositif démontre que la mise en place de la mesure doit porter sur des difficultés sociales et que le critère de l'altération des facultés mentales ne peut en aucun cas être retenu afin d'octroyer une MASP, ce dernier étant définitivement rejeté. En tout cas, comme la Direction générale des affaires sociales du Ministère de la santé l'a établi, le recours à la MASP permet d'éviter la saisine du juge des tutelles selon les chiffres suivants[831] : 2% des tutelles, 5% des curatelles hospitalières, 10% des sauvegardes de justice,

[826] Th. Verheyde, « Le logement dans la réforme de la protection juridique des majeurs », AJ Fam., 16 novembre 2009, n° 11, p. 448.

[827] CASF, art. L. 271-1 à L. 271-8.

[828] V. *supra* n. n° 811, V. Mikalef-Toudic, art. préc.

[829] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 55 ; C. Sévely-Fournier, « Fiche pratique : le rôle du Parquet dans les mesures de protection juridique », *in* Dossier Réforme des tutelles, les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 70. Seul le procureur peut être saisi dans le cadre d'une MASP, à condition toutefois de renvoyer l'intéressé vers les services sociaux qui l'aideront à rentrer en contact avec le Conseil départemental.

[830] CASF, art. L. 271-1 : :*« Toute personne majeure qui bénéficie de prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources peut demander à bénéficier de la mesure d'accompagnement social personnalisé qui comporte une aide à la gestion de ses prestations sociales et un accompagnement social individualisé »*

[831] Comm. de la Cour des comptes à la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, juillet 2006, p. 37, cit. par H. de Richemont, Rapp. Sénat 2006-2007, n° 212, 7 février 2007.

15% des autres catégories de curatelles et 57% des tutelles aux prestations sociales auraient pu ainsi ne pas être instaurées.

336. L'objet de la MASP est d'apporter une aide et un accompagnement à la gestion budgétaire[832] ainsi que dans l'utilisation des prestations sociales. Elle doit donc pouvoir répondre de façon plus efficace aux besoins de la personne vulnérable en raison d'un suivi particulièrement individualisé. Le dispositif se décompose alors comme suit[833].

En tant qu'aide à la gestion des prestations sociales[834], la mesure ne peut s'appliquer qu'aux allocataires desdites prestations, les ressources issues du travail n'étant pas visées dans l'objet de la MASP[835] que seul un régime de protection judiciaire peut prendre en charge. Le but de la MASP n'est pas celui-ci : la curatelle pour prodigalité ayant disparu, la mesure sociale ne doit pas constituer un palliatif à cette suppression. Toutefois, il semble possible de combiner la MASP avec une mesure de traitement des situations de surendettement[836]. Le silence de la loi en l'espèce permet de dire que cette combinaison demeure possible. C'est pourquoi, la MASP doit rester dans son cadre strict de gestion des ressources sociales, ce qui amène à penser qu'elle tend à ressusciter la curatelle pour prodigalité, du moins sous une autre forme[837], bien que la curatelle pour prodigalité fût instaurée en dehors de toute volonté du majeur protégé. Cependant, la personne qui bénéficie de la mesure recevra des conseils sur l'utilisation de ses prestations, en définissant d'abord les priorités budgétaires, notamment le paiement des charges et des factures. Une fois l'urgence et les nécessités budgétaires décomptées de l'utilisation des prestations, le reliquat des prestations doit pouvoir être géré librement par la personne « protégée », sans forcément recevoir de consignes sur son utilisation.

Dans le même temps, la mesure de protection constitue un accompagnement social individualisé. La mesure doit permettre à la personne « protégée » d'acquérir dans un temps déterminé l'autonomie nécessaire. En effet, il s'agit d'une mesure de responsabilisation de la personne. N'étant pas atteinte d'une altération des facultés mentales, la personne doit être en capacité de s'autogérer, puisqu'il n'existe aucun trouble l'empêchant de parvenir à cette fin. Toutefois, elle doit avoir la volonté d'y parvenir. Mais la condition est que le demandeur adhère au contenu contractuel. Or, il faut convenir que cela peut être difficile pour certaines personnes. Les jeunes majeurs peuvent ne pas demander d'aide ou même la refuser[838] ; le raisonnement est le même quant aux personnes âgées en situation de précarité : parfois peu enclines à recevoir de l'aide, elles peuvent simplement refuser, au motif qu'elles n'ont besoin de rien et qu'elles peuvent se contenter de ce qu'elles ont pour vivre. Cependant, leurs

---

[832] M.-H. Isern-Réal, « La loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique du majeur », Gaz. Pal., mars-avril 2009, pp. 1014 et sui. ; v. *supra* n. n° 816, A. Caron-Deglise, art. préc. ; v. *supra* n. n° 807, Th. Fossier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 816, L. Pécaut-Rivolier, art. préc. ; B. Lavaud-Legendre, « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un droit de vulnérabilité en construction », RD Sanit. Soc., 14 mai 2010, n° 3, pp. 520 et sui. ; M. Borgetto, « La portée juridique de la notion d'accompagnement », RD Sanit. Soc., n° 6, 31 décembre 2012, pp. 1029 et sui.

[833] *Cf* le site pour plus de détails : http://carrefourlocal.senat.fr/doslegis/2007

[834] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 127.

[835] Et exclues du dispositif si l'allocataire bénéficie de ressources issues d'une activité salariée ou autres revenus à caractère non social.

[836] Le juge chargé du surendettement doit tenir compte de l'existence de la MASP pour établir un échéancier de remboursement des dettes.

[837] L. Mauger-Vielpau, « Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007. Le retour du prodigue » : JCP N 2008, I, 1269 ; v. *supra* n. n° 817, Carbonnier, *op. cit.*, PUF, coll. Thémis, 21è éd. 2000, n° 17.

[838] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 64 ; O. Galland, *Sociologie de la jeunesse : l'entrée dans la vie*, Armand Colin, 1991.

conditions d'hygiène, la salubrité du logement ou encore leur imprégnation alcoolique permanente ne leur permettent pas de juger objectivement de leur réel besoin de protection[839]. C'est pour cette raison que l'intervention volontaire du demandeur au bénéfice d'une MASP, qui doit rester une *« mesure consentie »*[840], doit concourir au succès de la mesure.

Dans ce cas, la MASP doit pouvoir permettre au majeur vulnérable de recouvrer toute son autonomie s'il a le souhait de surmonter ses difficultés, et de prime abord, s'il en a effectivement conscience. Mais on ne peut contraindre quiconque à adhérer à une telle mesure si la volonté n'existe pas, puisque le dispositif ne repose que sur des engagements contractuels. Imposer un contrat de force constitue une violence au sens du droit des obligations[841] et entraînerait sa nullité relative. C'est pourquoi, la difficulté d'une telle mesure repose sur l'impossibilité de repérer ces personnes[842] qui ne se manifestent pas auprès des services sociaux. Pourtant, c'est la volonté individuelle qui doit amener les services sociaux à fournir l'aide nécessaire aux majeurs vulnérables. L'aide n'en sera que plus bénéfique si la personne se montre volontaire dans le simple fait de demander de l'aide, car la volonté individuelle va conditionner le sort de la mesure sociale.

337. La MASP est un dispositif administratif confié à des personnes publiques[843]. Dans le dispositif, le procureur de la République ainsi que le juge des tutelles n'ont pas matière à intervenir. La compétence de la mise en œuvre de la MASP revient aux départements. Les conseils départementaux demeurent les grands artisans de la mise œuvre de la mesure. Les services sociaux du département auront la charge d'exécuter la MASP. Le Conseil départemental peut également confier l'exercice de la mesure à des services autres que les services sociaux qui lui sont rattachés. Par le biais d'une convention de délégation[844], la collectivité territoriale, *« coordonnateur de l'action sociale »*[845], peut confier la mesure à une autre collectivité territoriale ou à un organisme privé ou public. Un centre communal ou intercommunal d'action sociale, ou une association, un organisme à but non lucratif ou tout organisme débiteur de prestations sociales, comme la Caisse d'allocations familiales, peuvent se voir confier l'exercice[846] de la MASP. Dans tous les cas, seul le Conseil départemental désignera le mandataire compétent[847]. Il peut alors équilibrer la répartition des mesures en fonction des nécessités et selon le profil de la personne bénéficiaire de la mesure. Cependant, ne nous y trompons pas : la mesure sociale ne doit pas être décidée au seul motif que la personne réclame une aide à la gestion. La MASP s'apparente à une forme de sanction sociale qui frappe la personne n'étant pas capable de gérer un budget ou utilisant à mauvais escient ses prestations sociales. Dit autrement, c'est une sanction de la pauvreté et de la misère. Bien que le dispositif se caractérise par une relation contractuelle *intuitu personae*, il n'en demeure pas moins que la mesure vient sanctionner cet état de fait par l'imposition d'obligations

---

[839] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p 66.

[840] *Ibid.*, p. 126.

[841] C. civ., art. 1112.

[842] V. *supra* n. n° 840

[843] V. *supra* n. n° 811, V. Mikalef-Toudic, art. préc.

[844] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*, p. 129 ; v. *supra* n. n°814, Y. Favier, art. préc.

[845] D. n° 2010-26 du 7 janvier 2010 relatif aux modalités de gestion en comptabilité publique des prestations sociales des bénéficiaires d'une mesure d'accompagnement social personnalisé, JO n°0007, 9 janvier 2010, p. 505, texte 22. L'article 1er dudit décret dispose par ailleurs que *« en sa qualité d'ordonnateur, le président du Conseil général transmet au comptable public les contrats conclus en application de l'article L. 271-1 et du deuxième alinéa de l'article L. 271-2 du CASF et l'informe de toute modification à ces contrats »*.

[846] CASF, art. L. 271-4.

[847] V. *supra* n. n° 816, A. Caron-Deglise, art. préc.

contractuelles dont on peut douter du contenu « libéral » et volontairement établi par les parties.

B- La sanction contractuelle de la vulnérabilité sociale : volonté libérale ou volonté soumise ?

338. À ce stade de la procédure, la mesure est appelée MASP I. Elle vise la protection des ressources sociales et la mise en place d'une méthode d'apprentissage aux fins de gestion budgétaire. La MASP ne peut être mise en place que par la voie contractuelle[848]. On est sensé voir là un dispositif garantissant le principe de liberté contractuelle, mais c'est davantage la force obligatoire du contrat qui prévaut. Sa durée peut être fixée de six mois minimum à deux ans[849] et peut être modifié par avenant[850]. Mais dans le projet de loi initial, le gouvernement avait insisté pour que la MASP ne dépassât pas la durée maximale de six mois[851]. L'Assemblée nationale, au contraire, considérait que ce délai de six mois était bien trop court pour permettre à la personne vulnérable d'acquérir le minimum d'autonomie sociale prévue par le projet de loi. En outre, il paraissait difficile de pouvoir apprécier la situation de l'intéressé sur un laps de temps aussi court. C'est pourquoi, la mesure a vu sa durée prorogée et peut faire l'objet d'un renouvellement, sans que la durée totale de quatre ans ne puisse être dépassée. Et le renouvellement ne pourra être accordé qu'après que la mesure ait fait l'objet d'une évaluation préalable.

Cette durée de quatre années n'est pas discutable en l'état. Elle n'est ni trop courte ni trop longue pour assurer une « éducation » à la gestion. Bien au contraire, la durée que prévoyait le gouvernement était bien trop courte dans l'acquisition du « savoir » à la gestion, les situations personnelles des majeurs étant pour la plupart bien trop carencées sur le plan intellectuel pour assimiler aussi vite les principes de base. Le projet d'acquérir l'autonomie sur le plan budgétaire semblait donc trop ambitieux pour des populations frustres n'ayant pas une faculté innée de la gestion et de son anticipation. La durée de quatre années permet au contraire au majeur de prendre le temps, sans être soumis à l'impérieuse nécessité d'être apte à gérer le plus rapidement possible.

339. Le contrat de MASP est mis en œuvre par les services du Conseil départemental ; ses dispositions constituent des engagements réciproques comme dans tout contrat synallagmatique. Le contrat est à la fois un *« contrat type »* et un contrat comportant *« une partie individualisée »*[852]. Il comporte des actions en faveur de l'action sociale permettant

---

[848] Critiquée à l'origine, la MASP était considérée comme une mesure purement administrative, ce qui, littéralement et juridiquement, est faux. La mesure repose sur un dispositif contractuel, soumis à la volonté du majeur vulnérable de vouloir ou non participer à l'acquisition de l'autonomie et la gestion budgétaire. Dès lors, on ne peut pas affirmer que l'Administration dispose d'un pouvoir de contrainte, sauf situations particulières, sur le majeur. Le Conseil départemental ne peut pas contraindre le majeur à signer l'engagement qui lui est soumis, il ne peut que l'inciter à le faire dans son propre intérêt, ce à quoi le majeur adhèrera ou non. le refus de signer témoigne simplement d'un libre arbitre et d'un droit volontaire que le majeur exerce. V. en ce sens J.-E. Garonnaire et F. Picot, « Regard notarial sur la mesure d'accompagnement social personnalisé et la mesure d'accompagnement judiciaire », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 60 et sui. ; Fr. Mananga, « Sur les mesures d'application de la réforme de la protection juridique des majeurs », RD. Sanit. Soc., 15 mai 2009, n° 3, pp. 536 et sui. ; v. *supra* n. n° 808, A. Caron-Déglise, art. préc.

[849] V. *supra* n. n° 832, M.-H. Isern-Réal, art. préc.

[850] CASF, art. L. 271-2.

[851] V. *supra* n. n° 814, Y. Favier, art. préc.

[852] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 127.

l'autonomie financière de la personne, actions coordonnées avec les autres actions sociales dont elle bénéficie ou pourrait bénéficier. S'apprécie ainsi de la sorte la sanction de l'incapacité à la gestion budgétaire : une aide sera apportée à la personne à la seule condition qu'elle remplisse certaines obligations dans le cadre de la relation contractuelle qui relève d'un droit volontaire. Toutefois, au même titre que peut l'être le mandat de protection future, l'illusion envahit la sphère sociale : bien que le contrat ne puisse pas être imposé à la personne[853], le contenu témoigne du caractère *« d'adhésion »* et non pas du caractère *« négocié »*[854]. La personne vulnérable doit consentir à sa conclusion, ce qui dépend de sa bonne volonté notamment.

C'est là que la mesure prend tout son sens, la majeur devant vouloir recouvrer une certaine autonomie sociale par le jeu de la relation *intuitu personae. « La voie de la contractualisation retenue dans la MASP mérite indéniablement d'être poursuivie. Elle éclaire d'un jour nouveau l'aide sociale qui ne doit plus toujours être une aide sociale subie, mais une aide sociale choisie, gage sans doute d'efficacité. Le 102è Congrès des notaires en 2006 avait mis en relief cette réflexion. Il soulignait ce qui existe déjà : le contrat de travail que l'État facilite et assouplit en famille, les conventions autour du logement social que l'État cherche à promouvoir [...] »*[855]. Le contrat est donc le support qui témoigne de la portée de l'engagement du majeur vulnérable avec le Conseil départemental, il confirme ainsi la volonté du majeur à l'adhésion à la mesure. Le contrat conclu, la personne bénéficiaire dispose d'un travailleur social qui l'aidera dans la constitution de son budget ainsi qu'à procéder à la répartition des prestations afin de régler les dépenses urgentes ou payer les charges. Après désignation d'un travailleur social, existe une contrepartie : la personne doit participer au versement d'une contribution financière en rapport à l'aide apportée[856].

340. Ainsi, la relation comporte des engagements réciproques qui doivent être acceptées par le majeur. Comme l'a évoqué M. Bas, ancien Ministre délégué à la famille, la MASP constitue une première mesure s'inscrivant dans *« un parcours progressif allant des mesures les moins contraignantes aux mesures les plus contraignantes [...]. Hier, une personne qui se retrouvait sous tutelle à cause de ses difficultés sociales et financières n'avait plus voix au chapitre. Désormais, elle sera accompagnée, écoutée, responsabilisée aussi, ce qui lui permettra, à terme, de retrouver son indépendance, car la solidarité passe aussi par la responsabilité de celui qui en bénéficie »*[857].

Mais le choix imposé par le Conseil départemental ne doit pas avoir lieu, puisque la personne doit consentir et accepter indépendamment de toute autre considération. Toutefois, puisqu'on a évoqué la sanction que peut constituer cette relation contractuelle, la liberté contractuelle présente une limite qui n'est pas sans conséquence. En cas de refus de la personne de conclure le contrat de MASP[858], le président du Conseil départemental peut aviser le juge d'instance[859] de ce refus et demander en conséquence le versement direct au bailleur social des prestations sociales de cette personne, prestations qui seraient dues par le

---

[853] V. *supra* n. n° 833, site préc.

[854] V. *supra* n. n° 848, Fr. Mananga, art. préc.

[855] V. *supra* n. n° 848, J.-E. Garonnaire et F. Picot, art. préc. ; Rapp. Congrès des notaires de France, Strasbourg 2006, p. 560 et sui.

[856] Cette contribution est visée aux articles L. 271-3 et R. 471-3 à R.471-5 du Code de l'action sociale et des familles ; elle permet de couvrir les frais d'activité du travailleur social et dépendra pour partie des ressources de la personne bénéficiaire de la MASP. La contribution est déterminée selon un plafond fixé par la voie réglementaire, dans les conditions prévues par le règlement départemental d'aide sociale.

[857] JOAN CR, 16 janvier 2007.

[858] CASF, art. L. 271-5.

[859] Le juge chargé du contentieux de droit commun, et non le juge des tutelles.

bénéficiaire au profit du bailleur social[860]. Le président du Conseil départemental peut saisir le procureur de la République dès lors que la MASP serait mise en échec[861]. Dans cette hypothèse, la procédure évoluerait vers le stade de la MASP II, dite aussi « MASP contrainte ». Comme le dit l'ancien Ministre délégué à la famille, la mesure envisagée, en cas d'échec, devra être *« plus contraignante »*[862]. La liberté contractuelle est-elle réelle ? Le doute est permis (et confirmé), d'autant que le majeur figure comme la partie faible[863] du contrat : pas de négociation, obligation d'adhérer au dispositif (à moins d'un refus, mais qui entraîne une sanction). On peut rester dubitatif quant à la réelle portée de l'engagement contractuel basé sur la volonté individuelle. Où se trouve la primauté de la volonté individuelle ?

341. Sauf refus établi, le contrat est conclu et fait naître des obligations entre la personne protégée et le Conseil départemental, *via* le travailleur social. Il existe toutefois d'autres intervenants au contrat[864] sans pour autant que ces derniers soient partie à la convention. Des tiers, les organismes débiteurs des prestations sociales ou encore les bailleurs sociaux, peuvent intervenir dans la MASP. Leur intervention se fera en fonction des protocoles et des dispositifs existants.

342. Le contrat contient des dispositions spécifiques. Les dispositions de l'article L.271-2 du Code de l'action sociale et des familles prévoient que les actions menées doivent favoriser l'insertion sociale de la personne, selon sa situation familiale et personnelle. Cependant, si les actions sociales doivent se coordonner avec les mesures d'action sociale, le détail de ces dernières n'est pas défini par les textes. Ces mesures doivent être prévues dans le contrat par le jeu des clauses définissant le champ d'action sociale concerné. Le dispositif contractuel présente tout de même un flou d'interprétation. La coordination prévue entre les actions sociales et les mesures qui y sont relatives ne sont pas définies de manière précise, ce qui laisse une marge d'appréciation *lato sensu* pour les conseils départementaux, soucieux, pour ne pas dire inquiets, de la charge qui leur incombe, sans pouvoir en apprécier la portée générale. Soucis causés par l'indétermination générale des mesures, mais aussi selon le coût que l'instauration d'une MASP est susceptible de générer. En outre, l'aspect relatif à la sanction de la relation contractuelle suppose que la partie protégée s'engage à respecter les clauses contractuelles[865], mais que la loi ne définit pas, au point de laisser le Conseil départemental les définir lors de l'élaboration de la convention.

343. La subtilité est de voir le président du Conseil départemental déterminer des clauses qui ne peuvent être prises en référence à aucun texte. Comment, dans ce cas, considérer une clause de la MASP conforme à la loi si la loi elle-même garde le silence sur le contenu des clauses ? Sans parler du fait que le bénéficiaire devra respecter des obligations qui auront été définies, non plus en fonction de la loi, mais selon la discussion et l'accord qui aura été trouvé (voire imposé) en amont de la conclusion de la convention. Certes, la MASP n'a pas la dimension hautement contraignante de ce que peut avoir une mesure de protection judiciaire, mais si l'on veut apporter une protection sociale efficace, il faudrait sans doute que la loi définisse des mesures-types, qui pourraient ensuite être aménagées en fonction de la personne, mais sur lesquelles le président du Conseil départemental pourrait établir la

---

[860] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 129.

[861] CASF, art. L. 271-6.

[862] V. *supra* n. n° 857.

[863] P. Delor et Fr. Mananga, « Répercussions de la loi sur la protection juridique des majeurs dans l'accompagnement des personnes handicapées mentales », JDJ-RAJS, n° 267, 2007, pp. 37 et sui.

[864] Mais en aucun cas, ces intervenants ne sont signataires à la convention, ils interviendront en fonction des nécessités ou sur demande du président du Conseil départemental.

[865] V. *supra* n. n° 802, Th. Fossier, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, art. préc. ; v. *supra* n. n° 811, V. Mikalef-Toudic, art. préc.

convention la plus adaptée au profil de la personne. Tel n'est pas le cas, et c'est sans doute ce qui peut être déploré dans le nouveau dispositif social relatif à la MASP.

344. Enfin, le contrat de MASP devant s'appliquer aux prestations sociales, il exclut catégoriquement la prise en charge des ressources personnelles comme les revenus du travail ou même les pensions de retraite, ou encore les revenus du patrimoine, bien que cette hypothèse ait été envisagée un temps, avant d'être abandonnée[866]. La raison en est simple : si le dispositif social s'étend en plus aux revenus personnels de la personne, un blocage risque de se créer. La personne qui ne dispose plus de la libre utilisation globale de ses prestations se verrait interdite de gérer ses ressources personnelles. Or, les ressources personnelles ne peuvent être prises en charge que selon l'ouverture d'un régime de protection judiciaire. En autorisant la prise en charge des revenus personnels dans le cadre de la protection sociale, le risque est de créer un mélange des genres qui dénaturerait les deux types de protection, mais qui, en plus, ruinerait la réforme en elle-même. Puisque désormais la protection sociale se limite à la vulnérabilité proprement dite et que la protection judiciaire se borne à protéger la personne de son altération des facultés mentales, la confusion de la protection des revenus personnels dans le cadre de la prestation sociale n'apporterait rien de significatif et mettrait à mal la protection de la personne vulnérable.

345. La protection sociale administrative établit la liste[867] des prestations sociales que le Conseil départemental peut prendre en charge dans le cadre de la MASP.

---

[866] Autant placer le majeur sous curatelle pour prodigalité et reculer de quarante années en arrière.

[867] Liste établie par : D. n° 2008-1498 du 22 décembre 2008 fixant les listes de prestations sociales mentionnées aux articles L. 271-8 et L. 361-1 du code de l'action sociale et des familles et à l'article 495-4 du Code civil et le plafond de la contribution des bénéficiaires de la mesure d'accompagnement social personnalisé, JO n° 0304, 31 décembre 2008, p. 20651, texte n° 16, lequel décret renvoie au décret n° 2008-1506 du 30 décembre 2008 relatif à la mesure d'accompagnement social personnalisé et à la mesure d'accompagnement judiciaire, JO n° 0304, 31 décembre 2008, p.20659, texte n° 124.

La liste se présente ainsi :

Selon l'article L. 271-1 du code de l'action sociale et des familles :

Les prestations sociales pouvant être perçues par le département, sur autorisation du bénéficiaire des prestations sur la base du contrat conclu entre le conseil départemental et le bénéficiaire sont les suivantes :

- L'aide personnalisée au logement, C. Constr. Hab., art. L.351-1, dès lors qu'elle n'est pas versée en tiers payant selon les modalités de l'article R.351-27 du même code ;
- L'allocation de logement sociale, C. Sécu. S., art. L. 831-1, dès lors qu'elle n'est pas versée en tiers payant ;
- L'allocation personnalisée d'autonomie, CASF, art. L. 232-1, dès lors qu'elle n'est pas versée directement aux établissements et services mentionnés à l'article L. 232-15 du même code ;
- L'action de solidarité aux personnes âgées, C. Sécu. S., art. L. 815-1 ;
- L'allocation aux vieux travailleurs salariés, O. n° 2004-605 du 24 juin 2004 simplifiant le minimum vieillesse, art. 2, JORF n° 147 du 26 juin 2004, texte n° 14 ;
- L'allocation aux vieux travailleurs non salariés, *ibid*. ;
- L'allocation aux mères de familles, *ibid*. ;
- L'allocation spéciale vieillesse, C. Sécu. S., art. L. 814-1, et sa majoration prévue à l'article L. 814-2 du même code dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 24 juin 2004 simplifiant le minimum vieillesse ;
- L'allocation viagère dont peuvent bénéficier les rapatriés, *ibid*. ;
- L'allocation de vieillesse agricole, *ibid*. ;
- L'allocation supplémentaire, C. Sécu. S., art. L. 815-2, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 24 juin 2004 simplifiant le minimum vieillesse.
- L'allocation supplémentaire d'invalidité, C. Sécu. S., art. L. 815-24 ;

346. Dès lors que le contrat est conclu, la mesure prend effet pour une durée minimale de six mois comme on l'a dit, jusqu'à quatre ans, en fonction des besoins de la personne. Toutefois, bien que la personne ait besoin d'une mesure de protection sociale, il est possible de voir cette dernière refuser de signer la convention qui lui sera proposée. Elle peut aussi mettre sa mesure en échec en raison d'un manque de diligence de sa part caractérisant un défaut de volonté. Une cause médicale non décelée à l'origine peut aussi être la cause de cet échec[868]. En cas d'échec, c'est l'ensemble des créanciers sociaux qui peuvent subir les risques d'impayés de la part de la personne vulnérable. C'est pourquoi, une procédure de versement direct aux bailleurs sociaux peut être mise en place par le président du tribunal d'instance, mais seulement en ce qui concerne les prestations dues aux bailleurs sociaux. C'est ici que la MASP II, dite « MASP contrainte », prendra le relais. On appréciera au passage l'émergence de plus en plus manifeste du principe de subsidiarité : une mesure plus contraignante viendra suppléer les carences d'une première mesure moins contraignante et *a fortiori*, la volonté du

---

- L'allocation aux adultes handicapés, C. Sécu. S., art. L. 821-1, le complément de ressources mentionnée à l'article L. 821-1-1 du même code et la majoration pour la vie autonome mentionnée à l'article L. 821-1-2 du même code ;

Selon l'article 375-9-1 du Code civil :

Si la situation du bénéficiaire des prestations sociales le justifie, l'autorisation peut aussi concerner les prestations familiales, sous réserves qu'elles ne soient pas déjà concernées par la mesure prescrite par le juge des enfants :

- La prestation d'accueil du jeune enfant, C. Sécu. S., art. L. 511-1 ;
- Les allocations familiales, C. Sécu. S., art. L. 511-1 ;
- Le complément familial, C. Sécu. S., art. L. 511-1 ;
- L'allocation de logement dès lors qu'elle n'est pas versée au tiers payant au bailleur, C. Sécu. S., art. L. 511-1 ;
- L'allocation d'éducation de l'enfant handicapé, C. Sécu. S., art. L. 511-1 ;
- L'allocation de soutien familial, C. Sécu. S., art. L. 511-1 ;
- L'allocation de rentrée scolaire, C. Sécu. S., art. L. 511-1 ;
- L'allocation journalière de présence parentale, C. Sécu. S., art. L. 511-1 ;
- La rente versée aux orphelins en cas d'accident du travail, C. Sécu. S., art. L. 430-10 ;
- L'allocation représentative de services ménagers, CASF, art. L. 231-1 ;
- L'allocation différentielle, CASF, art. L. 241-2 ;
- La prestation de compensation du handicap, CASF, art. L.245-1, III.

Une réserve est prévue quant à l'utilisation des prestations par le département : celles mentionnées en suivant sont entièrement affectées conformément à l'objet pour lequel elles sont attribuées à leur bénéficiaire :

- L'aide personnalisée au logement, C. Constr. Hab., art. L.351-1, dès lors qu'elle n'est pas versée en tiers payant selon les modalités de l'article R.351-27 du même code ;
- L'allocation de logement sociale, C. Sécu. S., art. L. 831-1, dès lors qu'elle n'est pas versée en tiers payant ;
- L'allocation personnalisée d'autonomie, CASF, art. L. 232-1, dès lors qu'elle n'est pas versée directement aux établissements et services mentionnés à l'article L. 232-15 du même code ;
- L'allocation compensatrice, C. Sécu. S., art. L. 815-2, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 24 juin 2004 simplifiant le minimum vieillesse.
- L'allocation représentative de services ménagers, CASF, art. L. 231-1 ;
- La prestation de compensation du handicap, CASF, art. L.245-1, III ;

[868] Si tel est le cas, le procureur de la République, sur signalement, devra saisir directement le juge des tutelles aux fins d'instaurer une mesure de protection juridique, sans passer au préalable par une demande de MAJ, laquelle serait inopportune, eu égard à l'existence de la pathologie.

majeur qui, en l'espèce, ne peut plus refuser le bénéfice de la MASP contrainte, en raison de son non-engagement.

C- La MASP II, mesure complémentaire au versement direct des prestations dues au bailleur, ou « MASP contrainte » : la sanction du défaut d'engagement du majeur vulnérable.

347. La mesure complémentaire au versement direct des prestations sociales au bailleur social se fait selon une procédure qui se déroule entre le président du Conseil départemental et le juge d'instance[869]. Elle est dénuée de toute volonté réciproque ou contraire du majeur et s'impose à lui.

348. La procédure de versement direct vaut essentiellement lorsque le Conseil départemental se heurte au refus de la personne de signer le contrat[870] ou lorsque la personne ne respecte pas le contenu des clauses. Cette appréciation traduit la faillite de la volonté individuelle contractuelle. L'*intuitu personae* est donc remis en question. Pour déclencher la mesure, le dispositif prévoit que le défaut de versement des charges locatives ou du paiement des loyers[871] doit être la cause d'un arriéré de deux mois au moins. Le but de la procédure est de permettre le versement direct du loyer au bailleur social, de la prestation ou des prestations dues à ce dernier, à hauteur et dans la limite du montant du loyer du et des charges locatives. Pour autant, le dispositif de versement direct ne doit pas priver la personne protégée des ressources nécessaires à sa subsistance et à celle des personnes à sa charge effective et permanente. La procédure peut être fixée pour une durée de deux ans, mais suivant la situation, le juge d'instance peut la renouveler une fois, la procédure se limitant à une durée maximale de quatre ans[872].

349. Formellement[873], le président du Conseil départemental saisira la juridiction d'instance aux fins de versement direct des prestations[874]. Le juge d'instance statue[875] en

---

[869] Et non le juge des tutelles : *cf supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 130.

[870] *Ibid.* ; v. *supra* n. n° 832, M.-H. Isern-Réal, art. préc. ; v. *supra* n. n° 811, V. Mikalef-Toudic, art. préc.

[871] V. *supra* n. n° 816, A. Caron-Deglise, art. préc. ; v. *supra* n. n° 802, Th. Fossier, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, art. préc.

[872] Mais dans la continuité de la MASP I.

[873] V. *supra* n. n° 814, Y. Favier, art. préc.

[874] La requête doit être adressée ou remise au greffe de la juridiction compétente. La requête doit contenir certaines pièces à peine de nullité : la personne bénéficiaire doit être désignée dans la requête, avec son adresse ; il en est de même du débiteur des prestations et du bailleur de la personne protégée. Le président du Conseil départemental doit également motiver sa demande de versement direct, au regard de la situation de la personne et selon les difficultés rencontrées qui rendent la mise en place du contrat inopérante. Toutes pièces justificatives sont également jointes à la requête que le président du Conseil départemental doit signer et dater. Lorsque le requête est complète et que le juge d'instance l'a reçue, ce dernier procédera à l'instruction du dossier. L'affaire est instruite comme en matière gracieuse, comme prévu par les articles 25 et suivants du Code de procédure civile. Toutefois, le déroulement de la procédure se réalisera sous réserve des dispositions qui suivent : il doit être communiqué tous les motifs et les pièces invoqués dans la requête ; la communication des pièces se fait par lettre recommandée avec accusé de réception. À l'audience, le président du Conseil départemental peut ne pas se présenter s'il justifie que le bénéficiaire des prestations sociales a eu connaissance des pièces faisant l'objet de la communication. S'il justifie de cette connaissance de la part du bénéficiaire, le président est réputé avoir comparu. Dans le cas contraire, le président devra comparaître à l'audience. Le bénéficiaire sera entendu lors de l'audience après avoir été convoqué selon les conditions de droit commun, la convocation ne répondant pas à un formalisme particulier. Il

déterminant les prestations qui feront l'objet du versement direct[876] ; ces dernières seront « sous tutelle » pour une durée maximale de deux ans[877]. Dès lors, le président du Conseil départemental peut à tout moment saisir le juge d'instance afin de stopper la procédure lorsque le versement donne satisfaction au bailleur social. Dans le même temps, le bénéficiaire peut saisir le juge aux fins de mainlevée de la procédure si les causes ayant conduit à ordonner la mesure ont cessé. Si l'une de ces deux demandes est reçue par le juge, la procédure de mainlevée se déroule dans les mêmes conditions que la procédure de mise en place du versement direct. Et dans l'hypothèse d'un renouvellement de la mesure, la durée de la mesure ne peut dépasser la limite de quatre ans en totalité[878].

350. Il existe une certaine urgence dans la mise en place de la procédure de versement direct, notamment en raison des impayés pouvant conduire à une procédure d'expulsion. Dès lors, et contrairement aux régimes judiciaires qui nécessitent de prendre une décision dans le délai d'un an, la procédure de versement direct obéit à l'urgence, puisqu'un impayé locatif de plus de deux mois peut justifier la saisine du juge en MASP II. La protection sociale répond donc à cet impératif, autrement, la mesure n'aurait aucun effet dans la protection de la personne et de ses prestations. Cette MASP « contrainte » traduit faussement la conception de contrat[879] : le défaut de diligence du bénéficiaire lui vaudra d'accomplir ses obligations sous contrainte. Si la relation entre lui et le Conseil départemental était réellement contractuelle, le contrat aurait pris fin. Or, en maintenant la relation contractuelle sous contrainte, on impose des moyens coercitifs dans l'apprentissage de l'autonomie. La MASP doit donc imposer son principe éducatif pour parvenir à garantir l'autonomie de la personne, ce qui tend à éprouver fortement la volonté individuelle. On peut douter de l'efficacité de l'action éducative, dans la mesure où le majeur vulnérable devra payer

---

en est de même de l'audience, aucune disposition ne prévoit les modalités de la tenue de l'audience, mais comme il s'agit d'une matière gracieuse, les débats auront lieu en chambre du conseil.

[875] Le jugement doit être notifié aux parties dans le délai d'un mois maximum. Le jugement mentionne les prestations qui feront l'objet de la procédure de versement direct à partir de la liste établie par l'article D. 271-2 du code de l'action sociale et des familles, dans les limites définies par l'article R. 271-2 du même code.

[876] La liste suivante présente les prestations qui peuvent être versées directement au bailleur en application de la procédure de versement direct prévue par l'article L. 271-5 du Code de l'action sociale et des familles. Elle comprend les mêmes prestations prévues par l'article L. 271-1 du même code pour la MASP, à l'exception de certaines. Le juge d'instance prendra alors une décision de versement direct concernant les prestations suivantes : l'aide personnalisée au logement, l'allocation de logement sociale, l'action de solidarité aux personnes âgées, l'allocation aux vieux travailleurs salariés, l'allocation aux vieux travailleurs non salariés, l'allocation aux mères de familles, l'allocation spéciale vieillesse, l'allocation viagère dont peuvent bénéficier les rapatriés, l'allocation de vieillesse agricole, l'allocation supplémentaire, l'allocation supplémentaire d'invalidité, l'allocation aux adultes handicapés, la part du revenu de solidarité active, la prestation d'accueil du jeune enfant, les allocations familiales, le complément familial, l'allocation de logement, l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé, l'allocation de soutien familial, l'allocation de rentrée scolaire, l'allocation journalière de présence parentale, la rente versée aux orphelins en cas d'accident du travail, l'allocation différentielle.

[877] La notification du jugement répond au droit commun de la notification, selon les articles 679 et 685 du Code de procédure civile. Le délai d'appel est de quinze jours à compter du jour de notification. Le président du Conseil départemental reçoit copie de la décision par lettre recommandée avec accusé de réception, au même titre que le bénéficiaire des prestations. Par contre, le jugement est notifié en lettre simple au bailleur bénéficiaire, ainsi qu'à l'organisme débiteur (à condition que le juge ait reçu favorablement la requête).

[878] Depuis la date d'instauration de la MASP I.

[879] V. *supra* n. n° 802, Th. Fossier, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, art. préc. ; v. *supra* n. n° 807, Th. Fossier, art. préc.

ses loyers sans aucune autonomie : ordre lui est donné de payer, alors il paiera, sans aucune action réfléchie. Cependant, la contrainte n'est que la conséquence d'absence de toute autonomie et de diligence du majeur.

Cette procédure de versement direct est à rapprocher de l'ancienne pratique des *« tutelles officieuses »*[880], les tutelles aux prestations familiales, courantes avant la réforme de la loi du 18 octobre 1966. Les caisses débitrices préféraient davantage ce système, car en imposant aux familles une tutelle administrative, elles pouvaient faire pression sur celles-ci et demander, qu'en cas de refus de leur part, une tutelle judiciaire fût ouverte. Le Ministère du Travail avait toléré la pratique, *« à la condition formelle que la délégation de pouvoir donnée par l'allocataire au tiers désigné ne soit entachée d'aucun vice du consentement et demeure constamment révocable »* [881]. Si l'on retient ce qui a été dit sur la MASP II et la procédure de versement direct complémentaire, il n'en demeure pas moins que la TPSA s'est fortement inspirée de cette pratique ancienne, que la procédure de versement direct correspond assez largement à cette même pratique et que la MASP, remplacée par la MAJ en cas d'échec, regroupe en son sein tous les attributs de la protection sociale de naguère. Autrement dit, il demeure une existence parcellaire de la protection sociale d'entre 1942 et 1966 qui conditionne pour partie la protection sociale redéfinie par la loi du 5 mars 2007. La protection sociale d'aujourd'hui reste donc fortement influencée et la procédure de versement direct dans le cadre de la MASP n'en est qu'une simple illustration.

351. Cependant, bien que tout soit mis en œuvre pour que la protection de la personne aboutisse à des résultats concrets, l'autonomie sociale de la personne peut être mise en échec. La volonté individuelle dans le cadre de la relation contractuelle et sociale peut n'aboutir à aucun résultat tangible. Ou bien la personne n'est absolument pas capable de pouvoir gérer un budget en raison de sa méconnaissance ou de son incompréhension de la mesure, ou bien elle est incapable de gérer un budget en raison de l'hypothèse de l'existence d'un trouble psychique ou d'une altération des facultés. Dès lors, si au terme de la MASP, la personne n'a pas acquis l'autonomie visée contractuellement, la mesure connaîtra un échec.

D- L'échec de la MASP et ses conséquences pour le majeur bénéficiaire.

352. L'échec de la MASP a cette conséquence : n'étant pas apte à gérer seule ses ressources sociales, la personne vulnérable peut voir sa sécurité et/ou sa santé gravement compromises. Il n'y plus ici de raisonnement quant à un hypothétique danger, l'échec de la mesure l'y expose. Puisqu'à ce stade de la protection sociale, la personne n'a pas acquis l'autonomie sociale, il faut envisager une mesure de protection autrement plus contraignante dans l'apprentissage de l'autonomie sociale : il convient dès lors d'imposer le principe éducatif, non plus le proposer. Il faut préciser que l'échec de la mesure et la mise en danger de la personne sont deux conditions cumulatives servant à établir la nécessité de passer à un régime plus contraignant.

353. Le passage de la mesure contractuelle à, soit une MAJ, soit un régime de protection judiciaire, confirme la mise en jeu du principe de subsidiarité[882]. À cette fin, le président du Conseil départemental doit apprécier l'opportunité d'une MAJ, selon un rapport d'évaluation de la situation sociale de la personne. En saisissant le procureur de la République, le rapport d'évaluation fera mention de l'opportunité suivante : soit la personne doit bénéficier d'une MAJ, mesure qui encadrera cette dernière de manière plus poussée et

[880] J. Prévault, « La loi du 18 octobre 1966, relative à la tutelle aux prestations sociales », JCP G 1967, I, 2074 ; v. *supra* n. n° 811, V. Mikalef-Toudic, art. préc.

[881] V. *supra* n. n° 814, Y. Favier, art. préc.

[882] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 65.

sous le contrôle du juge des tutelles, soit la personne doit être placée sous protection judiciaire, en raison d'une altération des facultés personnelles qui aurait empêché l'acquisition de l'autonomie sociale[883]. L'échec de la MASP traduit bien l'importance des régimes de protection judiciaire et les limites de la protection sociale. Certes, on ne peut placer sous protection judiciaire une personne qui ne présente aucune altération des facultés mentales. La protection ne sera que de l'ordre du social si la personne présente une incapacité à gérer.

354. Mais la question qui se pose est de savoir si la nécessité de consulter un médecin inscrit avant la conclusion d'une MASP ne devrait pas s'imposer, même si le certificat médical ne s'impose aucunement[884]. Puisque l'on prévoit que l'échec de la MASP aboutisse à une MAJ[885] ou, à plus forte raison, à une mesure de protection judiciaire[886], c'est qu'il existe une possible altération des facultés personnelles. Pourquoi devoir se poser la question après l'échec de la MASP, alors que l'examen médical aurait déterminé la protection judiciaire en lieu et place de la protection sociale ? Car il en va de l'intérêt de la personne qui encourt l'exposition à un danger permanent, mais aussi d'un point de vue financier : la personne doit financer pour partie sa protection sociale pour aucun résultat. Perte de temps, et donc d'argent, sa situation justifie-t-elle ces pertes ? Assurément non, et la suite de la procédure ne fait que confirmer cette impression, puisque le certificat médical du médecin inscrit ne sera utilisé que pour l'orientation éventuelle en protection judiciaire.

355. Si le rapport d'évaluation du président du Conseil départemental doit faire mention de la situation sociale, personnelle et financière de la personne mise en échec, il doit aussi faire un bilan des actions d'accompagnement social. Cela détermine l'opportunité de demander l'ouverture d'une MAJ ou d'un régime de protection judiciaire. Il ne s'agit pas d'un choix fait par le président du Conseil départemental, ce n'est au contraire qu'une proposition d'orientation qui sera adressée au procureur de la République ; ce dernier saisira ensuite le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'une mesure de protection judiciaire ou d'une MAJ. Dans l'hypothèse où la procédure s'orienterait vers une « rejudiciarisation » de la protection, le président du Conseil départemental transmet au procureur de la République des éléments médicaux.

356. Est-il trop tard pour envisager une amélioration de la personne ? Il n'est sans doute pas utile d'en arriver à cet état alarmiste, mais il est évidemment dommage de ne pas avoir prévu que la personne mise en échec dans le cadre de la MASP pût être atteinte éventuellement d'une altération de ses facultés mentales. Pour autant, le simple renseignement sur la situation médicale ne conduit pas nécessairement à la mise en place d'une protection judiciaire. En effet, la pratique veut que le procureur apprécie l'opportunité de saisir le juge des tutelles. Pour en apprécier la portée à sa plus juste valeur, le procureur de la République sera destinataire d'un rapport d'enquête complémentaire sur la nécessité de placer la personne sous protection judiciaire ou sous MAJ. Quelle que soit l'issue de la procédure, le juge des tutelles retrouvera la place qui est la sienne. En effet, ou bien le juge des tutelles prononcera une mesure de protection judiciaire, ou bien prononcera une MAJ, mesure constituant le *« passage de relais »*[887] de l'administratif vers le judiciaire.

---

[883] V. *supra* n. n° 807, Th. Fossier, art. préc. Le Président du Conseil départemental avise le procureur de la République par signalement préalable ; CASF, art. L. 271-6.

[884] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 67.

[885] *Ibid.,* p. 130.

[886] Dans le respect du principe de subsidiarité, les mesures sociales doivent s'imposer à défaut de cause médicale justifiant une mesure de protection juridique. Par contre, si la cause médicale existe, les mesures sociales seront écartées conformément audit principe. V. en ce sens *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 84 et 131.

[887] V. *supra* n. n° 882.

357. C'est pourquoi, à travers l'échec significatif de la MASP, replacer la personne dans le giron du juge des tutelles conduit à cette précision : la protection dans le domaine de compétence du juge des tutelles n'est-elle pas le système de protection le plus adapté, *id est* celui qui aboutit aux meilleurs résultats en termes de protection personnelle, sociale et patrimoniale ? En instaurant une MAJ dans le meilleur des cas, voilà une réponse sans doute certaine à la question que l'on s'est posée. Voyons en conséquence ce que représente la MAJ dans la protection sociale actuelle, dans laquelle le principe de subsidiarité comprime quelque peu la volonté individuelle. En effet, le majeur ne peut plus décider d'opter pour une MAJ, seul le juge des tutelles décidera ou non d'ouvrir une telle mesure. Mais la volonté du majeur reste tout de même bien présente, puisque son acceptation ou son refus, dans un contexte donné et selon les circonstances de l'espèce, déterminera le juge à se prononcer en faveur ou en défaveur de la MAJ.

II) La mesure d'accompagnement judiciaire, ou l'étiolement de la volonté individuelle.

358. La MAJ[888] est désormais codifiée aux articles 495 à 495-9 du Code civil, cette migration traduisant la teneur judiciaire de la protection sociale. La MAJ répond à l'impératif de mettre fin à l'échec qu'aura connu la MASP tout en visant à faire acquérir à la personne l'autonomie suffisante[889], à condition, bien entendu, que le majeur se montre volontaire et suffisamment diligent. La MAJ correspond aussi à la conversion des TPSA avant leur suppression définitive. C'est pourquoi, en ayant recours à la MAJ, la procédure de protection sociale va connaître une forme de « rejudiciarisation ». Mais en instaurant une MAJ, c'est affirmer à l'encontre de la personne un principe de contrainte sociale[890] autrement plus astreignante que ne l'est la MASP (A). Certes, la volonté individuelle se réduit, mais le stade de sa suppléance n'est pas encore atteint, même si cela peut sans doute être le cas suivant le cas d'espèce, puisque le juge ordonnera la mesure. La volonté du majeur perdurera dans le sens où il continuera à mener des actions en termes de gestion sous le contrôle d'un MJPM. La procédure d'ouverture d'une MAJ révèle un formalisme contraignant où l'on perçoit l'intervention du juge des tutelles et la « coercition » des moyens mis en œuvre pour y aboutir : le majeur ne dispose plus de tant d'autonomie à ce stade et demeure soumis à la même relation avec le juge que ne l'aurait un autre majeur placé sous tutelle (B).

A- L'instauration de la MAJ en raison de l'échec du dispositif de la MASP : une nouvelle forme de contrainte sociale à la volonté individuelle.

359. Le groupe de travail interministériel[891], présidé par M. Jean Favard, avait défini ce type de mesure contractuelle en ces termes : *« Il y a lieu, si l'on veut réellement maîtriser le flux des recours aux mesures judiciaires, de proposer, parallèlement à la mise en place d'une mesure de gestion budgétaire et sociale, une alternative sociale offrant des conditions de prise en charge plus individualisées, à côté des dispositifs d'accompagnement déjà*

[888] Le terme d'accompagnement a été préféré à celui d'assistance car cette dernière rappelle l'assistance que l'on donne au majeur dans le cadre d'une protection juridique, sous-tendant une altération médicale quelconque. La notion d'accompagnement traduit davantage l'idée d'aide à la gestion sans créer d'amalgame avec ladite altération dans la protection juridique.

[889] V. *supra* n. n° 832, M.-H. Isern-Réal, art. préc.

[890] V. *supra* n. n° 814, Y. Favier, art. préc.

[891] Rapp. du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs, Doc. Fr, 1998, p. 41.

existants […]. Ce n'est qu'en cas de refus d'adhésion à cette prise en charge individualisée qu'il serait fait appel à l'autorité judiciaire pour la mise en œuvre d'une éventuelle mesure civile […] ».

Le contenu de cette citation se suffit à lui-même. Il va sans dire que l'échec, pour quelque raison que ce soit, doit être sanctionné par l'intervention du juge des tutelles. La procédure de MAJ s'impose drastiquement au majeur qui ne peut plus décider du choix de participer à celle-ci. Le choix n'existe plus, l'autorité refait surface et impose, et seul le point de vue du majeur dans l'ouverture de la MAJ peut être retenu.

360. D'un point de vue chiffres, le recours aux mesures de protection non judiciaires aurait permis d'écarter le recours à la protection judiciaire comme il suit[892] : 2% en moins pour les tutelles, 5% pour les curatelles hospitalières, 10% pour les sauvegardes de justice et 15% pour les autres catégories de curatelle. Ce qu'il faut retirer de ces arguments chiffrés et de ce qu'affirmait M. Jean Favard, c'est la possibilité de recourir au contrat afin de permettre à la personne de se responsabiliser en faisant évoluer elle-même sa situation sociale. Cette idée de responsabilisation a fait tout simplement l'objet d'une reprise du contrat de responsabilisation parentale. Et pourtant, en cas d'échec de la mesure, ou de refus de la personne d'y participer activement et de manière responsable, la MASP s'effacera au profit de la MAJ. Comme on le verra, la MAJ, dans son dispositif, s'apparente à la TPSA de la loi du 18 octobre 1966 (1). Elle présente enfin dans son dispositif des règles autrement plus rigoureuses et contraignantes que celles de la MASP (2).

1) Une nouvelle forme de TPSA.

361. La MAJ présente la particularité, outre le fait d'être une mesure mi-judiciaire mi-sociale, de faire renaître de ses cendres l'ancienne TPSA. Elle constitue une sorte de TPSA rénovée, qui se substitue à l'ancienne mesure de la loi de 1966[893] et qui reprend en parallèle le principe de la curatelle pour prodigalité, oisiveté ou intempérance sur le seul fondement social. Si la TPSA relevait de l'application des dispositions du Code de la sécurité sociale, la MAJ dépend quant à elle des dispositions du Code civil. Cette recodification démontre bien l'aspect semi-judiciaire de la MAJ. Bien que restant inscrite dans un cadre social, la soumission de la mesure au Code civil traduit la « rejudiciarisation » de la procédure et par ailleurs, la disparition de l'*intuitu personae*. Le contrat n'a plus vocation à être la loi des parties, l'échec total de la MASP y met un terme. Le juge des tutelles aura une part active dans sa mise en œuvre. Après avoir été saisi par le procureur de la République, il surveillera l'évolution de la procédure et décidera ou non de son instauration. Si la MAJ constitue la reprise de l'ancien système des TPSA, il n'en demeure pas moins que son étendue restera toutefois limitée, alors que les TPSA avaient vocation à s'appliquer autrement plus largement. Cette limitation, due au simple fait que la MAJ n'est qu'une mesure administrative « judiciarisée » déterminée dans un intervalle de temps relatif, est d'autant plus accentuée qu'elle reste soumise à l'échec de la MASP. Si cette dernière mesure devait avoir pour effet de permettre de recouvrer l'autonomie sociale nécessaire, il est évident que la MAJ n'aurait pas lieu d'être. Mais puisque la MASP peut s'avérer improductive en termes d'autonomie, la MAJ doit constituer la mesure de rattrapage des déficiences constatées dans la MASP.

362. Comme le dit le sénateur de Richemont, *« la MAJ constitue une mesure de protection des personnes qui se trouvent démunies et n'ont d'autres ressources que les*

[892] V. *supra* n. n° 814, Y. Favier, art. préc. ; Comm. de la Cour des comptes à la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, juillet 2006, p. 37, cit. par H. de Richemont, Rapp. Sénat 2006-2007, n° 212, 7 février 2007.

[893] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 119 ; v. *supra* n. n° 802, Th. Fossier, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, art. préc.

prestations sociales qui leur permettent de vivre dans une situation de dignité, de décence et de santé minimale »[894]. La mesure porte en conséquence sur le budget et sa gestion, mais dans un cadre beaucoup plus contraignant que la MASP, afin que *« la dignité, la décence et la santé minimale »* soient garanties, même si l'accompagnement relevant de la mesure se veut plus autoritaire[895]. Ce n'est plus le président du Conseil départemental qui fixe les modalités d'exécution du contrat selon des clauses établies en fonction de l'espèce. Le juge des tutelles fixe les règles en termes d'accomplissement de la mesure. La MAJ est définie en ces termes[896] : *« Lorsque les mesures mises en œuvre en application des dispositions des articles L. 271-1 à L. 271-5 du code de l'action sociale et des familles au profit d'une personne majeure n'ont pas permis une gestion satisfaisante par celle-ci de ses prestations sociales et que sa santé ou sa sécurité en est compromise, le juge des tutelles peut ordonner une mesure d'accompagnement judiciaire destinée à rétablir l'autonomie de l'intéressé dans la gestion de ses ressources. Il n'y a pas lieu de prononcer cette mesure à l'égard d'une personne mariée lorsque l'application des règles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux permet une gestion satisfaisante des prestations sociales de l'intéressé par son conjoint ».*

Comme l'indique la définition, la MAJ est limitée aux seules prestations sociales[897], les ressources personnelles étant pareillement exclues. En outre, tel que le laisse entendre le dernier alinéa, aucune des *« incapacités »*[898] attachées à la tutelle ou la curatelle n'est expressément visée. Dès lors, la MAJ ressemble assez étrangement au dispositif de la TPSA, puisque cette dernière ne visait que la protection des prestations sociales, mesure qui ne pouvait être prise qu'en parallèle d'une mesure judiciaire. La MAJ reproduit dès lors la même symétrie dans ses dispositions. Elle ne peut s'appliquer qu'à la seule condition de protéger un intérêt purement social, mais à cette différence qu'elle ne peut être prise en complément d'une mesure de protection judiciaire. C'est à ce niveau qu'il existe une différence de nature entre la TPSA et la MAJ. Si une altération des facultés mentales était établie médicalement, la MAJ n'aurait pas vertu à être mise en œuvre. Elle serait écartée d'office et serait substituée par une mesure de tutelle ou de curatelle. Le doublon protection judiciaire et sociale n'a donc pas lieu d'être[899] : si le juge des tutelles prononce une mesure de protection judiciaire, le MJPM désigné dans l'exercice de la MAJ en est avisé[900]. Si cette hypothèse régit le droit actuel, le contraire était admis au temps des TPSA. La tutelle judiciaire était mise en œuvre au titre de l'altération des facultés mentales et la TPSA venait en renfort de la protection des prestations sociales. Désormais, la protection reste ou sociale, ou judiciaire, la combinaison des deux étant rejetée.

2) Un dispositif caractérisé par une contrainte plus forte.

363. L'échec de la MASP traduit en réalité son insuffisance en termes d'apprentissage et de contrainte, dans le sens où il est nécessaire d'obliger le majeur vulnérable à devenir autonome[901]. Ainsi, selon deux aspects qui seront propres à la MAJ, on verra que cette

[894] Rapp. préc. *supra* n. n° 891.
[895] V. *supra* n. n° 832, B. Lavaud-Legendre, art. préc.
[896] C. civ., art. 495.
[897] *Ibid.*
[898] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 121.
[899] Conformément à l'article 495-1 du Code civil.
[900] L'article 1262-8 du Code de procédure civile impose cette obligation de communiquer au mandataire la décision d'ouverture d'une mesure de protection, à l'effet de cesser tout exercice de la MAJ, laquelle devient dès lors sans objet.
[901] V. *supra* n. n° 807, Th. Fossier, art. préc.

dernière constitue un moyen contraignant et encadré[902] qui ne tolère plus autant la réelle volonté du majeur, mais qui reste propice à l'acquisition de l'autonomie sociale.

364. Le premier point présente un régime d'application restreinte selon des conditions strictes et une durée limitée. Un caractère restrictif du dispositif[903] prévoit que la MAJ doit rester une mesure subsidiaire[904], au même titre que ne le sont tous les régimes de protection juridique. Si ces derniers répondent également du principe de subsidiarité, dans le sens où ils ne seront instaurés que s'il est impossible de pourvoir suffisamment aux intérêts de la personne[905], il en est de même de la MAJ. Le juge des tutelles ne prononcera pas une MAJ si la personne est mariée et si le conjoint peut s'occuper des prestations de la personne concernée[906]. La condition reste donc très stricte en la matière. Le conjoint, s'il assure une gestion efficace des prestations sociales du majeur, ne sera pas substitué par une MAJ si aucune difficulté n'est relevée.

Pareillement, le conjoint de la personne protégée ne sera pas substitué par une MAJ si aucune difficulté n'est à relever dans la gestion qu'il exerce. Sur ce point, la MAJ est à rapprocher des régimes de protection judiciaire. La subsidiarité ne jouera que si le conjoint n'est pas en capacité de garantir cette gestion. C'est dans ces conditions que la MAJ pourra faire suite à la MASP[907]. La MAJ n'est donc pas une mesure qui s'impose de droit comme on pourrait le penser. Car l'erreur vient de l'interprétation que l'on se fait de la procédure sociale. La dispositif social est ainsi prévu : MASP en premier, puis MAJ en second en cas d'échec de la MASP. La théorie est effectivement ainsi. Mais c'est oublier que la MAJ présente un caractère judiciaire, et qu'au même titre que les régimes de protection judiciaire, la subsidiarité est écartée : si un membre de la famille ou un conjoint peut assumer la charge de la personne selon les règles de droit commun de la représentation ou selon les droits et devoirs respectifs entre époux, la demande de protection sociale fera l'objet d'un non-lieu. La MAJ répond dès lors aux mêmes conditions de subsidiarité que la tutelle ou la curatelle.

365. Le dispositif se veut également restrictif dans le sens de la gestion des ressources sociales. En effet, il appartient au juge des tutelles de déterminer les prestations qui feront l'objet de la MAJ. L'article 495-4 du Code civil prévoit qu'au prononcé de la mesure, le juge détermine les prestations qui feront l'objet de la protection, cette détermination se faisant selon une liste établie par décret[908]. L'article 3 dudit décret prévoit que les prestations sociales concernées par la MAJ sont celles visées aux articles L. 271-1 et L. 271-5 du code de l'action sociale et des familles relatives à la MASP[909].

Cette détermination se fait dès la mise en œuvre de la mesure. Toutefois, en cas de difficultés relevées sur la protection de telles prestations, le juge des tutelles peut à tout

---

[902] V. *supra* n. n° 832, M. Borgetto, art. préc.

[903] C. civ., art. 495, al. 2.

[904] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 119.

[905] C. civ., art. 428, al.1er.

[906] V. *supra* n. n° 816, A. Caron-Deglise, art. préc.

[907] La circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 insiste fortement sur le caractère subsidiaire de la mesure, notamment en affirmant que la MAJ ne peut faire suite à une MASP qu'en cas d'échec de cette dernière. Le principe de subsidiarité qui s'applique à la MAJ fait d'elle une mesure qui prévaut sur les régimes de protection juridiques.

[908] D. n° 2009-404, 15 avril 2009 relatif au revenu de solidarité active, JO n° 0089, 16 avril 2009, p. 6534, texte n° 3 ; CASF, art. D. 271-2, modifié par ledit décret.

[909] Le CASF fixe les prestations visées par la MAJ. Ces prestations sont les mêmes que celles prises en charge dans le cadre de la MASP : v. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 121 et 125 ; v. *supra* n. n° 802, Th. Fossier, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, art. préc. ; v. *supra* n. n° 808, A. Caron-Déglise, art. préc. V. *supra* n. n° 867 la liste des prestations visées au chapitre consacré à la MASP et le décret qui fixe ladite liste.

moment, d'office, ou à la demande de la personne protégée, du MJPM ou du procureur de la République, en modifier l'étendue ou y mettre fin après avoir entendu la personne protégée. Il est donc inutile de signaler que si la gestion n'est pas source de difficultés, la protection restera intacte quant aux prestations visées dans la mesure.

366. La restriction du dispositif est enfin caractérisée selon la durée de la mesure. La mesure ne peut être prononcée que pour un délai de deux ans[910]. La mesure peut exceptionnellement être renouvelée pour une durée ne pouvant excéder quatre ans en totalité, à la demande de la personne protégée, du procureur de la République ou du MJPM. C'est dans ce laps de temps maximum que la personne doit acquérir l'autonomie suffisante. Car au-delà de ce délai, la personne retrouve quoi qu'il arrive le plein exercice de la gestion de ses prestations sociales, en dehors de toute aide, même si elle n'est pas apte à la gestion.

Cependant, la protection sociale n'est pas définitivement fermée. Les textes ne prévoient pas l'impossibilité de recourir à l'instauration d'une nouvelle MASP, ce qui laisse augurer un parcours sans fin oscillant entre MASP et MAJ à répétition. L'idée de pouvoir repartir sur une MASP n'est pas saugrenue mais elle aurait tendance à maintenir indéfiniment une aide qui se doit d'être seulement ponctuelle. Sur cette base, la protection sociale deviendrait une protection permanente comme peut l'être la protection judiciaire dans des conditions bien particulières. Bien que celle-ci fasse l'objet de révisions périodiques, de renouvellement en renouvellement, le majeur bénéficie finalement d'une mesure permanente (voire définitive).

367. La protection sociale ne doit pas tendre vers cet infini de protection, la ponctualité de son étendue doit encourager le majeur à faire l'effort suffisant pour atteindre l'autonomie la plus totale. Maintenir la protection sociale en alternant MASP et MAJ confirmerait l'idée d'une mesure de « confort », dans le sens où le majeur ferait simplement l'effort nécessaire et utile, pour affirmer qu'il se montre de bonne foi. Au contraire, cet aspect n'est pas essentiellement visé, même si, dès l'instauration, l'assistance d'un travailleur social rassure le majeur vulnérable. Mais il est nécessaire d'aller au-delà de ce sentiment de sécurité pour rendre le majeur responsable de sa gestion. Les textes auraient du prévoir un durée intangible à ne pas dépasser. La MASP et la MAJ peuvent atteindre une durée de huit ans dans le meilleur des cas. Une telle durée est suffisamment longue pour assurer l'apprentissage à la gestion. Mais l'échec qui se profile passé ce délai, en dehors de toute cause médicale, ne fait que traduire l'impossibilité de rendre l'ensemble d'une population autonome et responsable. La nature humaine n'étant nullement parfaite, il est difficile de donner un savoir-faire, une méthode ou un apprentissage à une population carencée sur le plan intellectuel. C'est pourquoi, une assistance permanente n'est pas pour rendre service à la personne vulnérable. La protection sociale doit savoir stopper un principe éducatif inintelligible ; à moins que ne soit constatée une altération des facultés mentales qui justifierait un placement sous régime de protection judiciaire, la personne devra gérer elle-même ses prestations sociales.

368. Le second point repose sur la qualité de la personne qui exercera la mesure. Comme on l'a vu, si le conjoint de la personne protégée gère sans difficulté les prestations sociales, la MAJ ne verra pas le jour. Par contre, si la mesure s'avère nécessaire, le conjoint serait-il en droit de pouvoir l'exercer ? La réponse est catégoriquement négative. Seul un MJPM[911] est en mesure de pouvoir exercer une MAJ. La raison en est très simple, puisqu'il s'agit d'un problème de compétence au regard de la nature de la mesure. La MAJ se veut être une mesure de nature éducative et pédagogique[912]. Le délégué à la protection des majeurs

[910] C. civ., art. 495-8.
[911] V. *supra* n. n° 832, M.-H. Isern-Réal, art. préc.
[912] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 122.

chargé de l'exercice de la mesure dispose d'une formation adaptée à la nature de sa mission et de ses fonctions. Si un « tuteur » familial peut être désigné dans le cadre d'une tutelle ou d'une curatelle sans que des qualifications ne soient expressément nécessaires, par contre, la gestion des prestations sociales dans le cadre de la MAJ requiert des compétences spécifiques que seuls les MJPM reçoivent dans leur formation. L'exercice de la mesure ne se veut pas que circonscrite à une simple gestion des prestations, elle s'inscrit au contraire dans un cadre éducatif. Apprendre à une personne vulnérable la constitution d'un budget, sa gestion et son anticipation sur les imprévus requiert donc des compétences que tous les tuteurs familiaux n'ont pas. Seul un MJPM est qualifié pour exercer une MAJ[913], les familles étant exclues du dispositif. Le MJPM désigné par le juge des tutelles devra percevoir les prestations de la personne protégée[914]. Le bénéficiaire doit participer à la gestion, puisque le délégué à la protection devra tenir compte de l'avis de la personne sur l'affectation des prestations, tout en se référant à sa situation familiale. C'est en ce sens que la mesure se veut *« éducative »*[915] : par la gestion des prestations et l'action éducative associée à la constitution du budget, la vertu de la mesure doit tendre au rétablissement de l'autonomie sociale. Enfin, tout comme dans la gestion des ressources de la personne sous tutelle ou curatelle, le MJPM a l'obligation d'établir les comptes annuels de gestion du majeur[916].

B- La procédure d'ouverture de la MAJ : la volonté soumise selon la nécessité de protéger le majeur vulnérable contre lui-même.

369. Parce que la MAJ se limite à une simple contrainte dans la gestion des prestations sociales, alors qu'elle n'entraîne pas d'incapacité juridique, la procédure de mise œuvre de la

[913] C. civ., art. 495-6 ; v. *supra* n. n° 802, Th. Fossier, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, art. préc. ; v. *supra* n. n° 816, A. Caron-Deglise, art. préc. On peut sans doute regretter que la famille ne puisse pas exercer la MAJ, mais sans doute le terreau social des personnes bénéficiant de la MAJ n'admet pas que l'entourage ou la famille soit en capacité de pouvoir l'exercer.

[914] C. civ., art. 495-7

[915] D. Guérin-Seysen, « La dimension internationale de la protection juridique des majeurs », RD Sanit. Soc., 29 avril 2011, n° 2, p. 279 .Ainsi l'a voulu la loi portant réforme de la protection des majeurs. D'ailleurs, la reprise de ce terme, *« éducatif »*, témoigne de la survivance de l'ancienne TPSA, mais sous une autre forme, puisque cette dernière pouvait se combiner avec une mesure de protection juridique. L'article L. 167-28 ancien du CSS évoquait à juste titre le caractère *« éducatif »* de l'action qu'exerçait le tuteur désigné. Dès lors, cette *« action éducative »*, était considérée comme un critère à part entière d'ouverture d'une TPSA, outre la simple mauvaise utilisation des prestations sociales. La Cour de cassation a même élevé au rang de principe la portée de cette action éducative dès lors qu'elle venait se greffer à une mesure de curatelle ou de tutelle : v. en ce sens Civ. 1ère, 14 mai 1996, n° 94-16.275, inédit, JurisData n° 196-001878 ; Civ. 1ère, 3 juin 1998, n°s 96-17.526, 96-17.527 et 96-17.529, inédits, Gaz. Pal. 1999, pan. p. 98 ; Civ. 1ère, 24 novembre 1998, n° 95-12.854, inédit, JurisData n° 1998-005410 ; Civ. 1ère, 14 juin 2000, n° 98-14.999, inédit, JurisData n° 2000-002532 ; Dr. fam. 2000, comm. 135, obs. Th. Fossier.

[916] C. civ., art. 495-9 ; v. *supra* n. n° 832, M.-H. Isern-Réal, art. préc. Les comptes de gestion sont soumis à la vérification et l'approbation du greffier en chef du tribunal d'instance du lieu d'exercice de la mesure. La procédure est absolument similaire aux dispositions du titre XII du Code civil relatives aux comptes de gestion (chapitre 2) et à la prescription des actions en reddition des comptes (chapitre 3) portant sur les régimes de protection judiciaire. Par contre, les règles applicables en matière de protection juridique et concernant les comptes de gestion avec désignation d'un subrogé-tuteur ou subrogé-curateur ne sont pas applicables au régime de la MAJ. De même, aucun conseil de famille ne peut être institué. Pour rappel, seul un MJPM peut exercer une mesure de MAJ. Pour le reste, la procédure propre aux comptes de gestion dans l'exercice de la MAJ reste conforme à celle des régimes de protection juridique.

mesure se veut simplifiée, tout en permettant à la personne protégée de faire valoir ses droits. Car ne l'oublions pas, la volonté individuelle, même contrainte par le dispositif semi-judiciaire, demeure en l'état, puisque le succès ou l'échec de la MAJ seront conditionnés par la participation volontaire du bénéficiaire.

370. La procédure se veut relativement proche de celle instaurée dans le cadre de l'ancienne tutelle aux prestations sociales[917].

371. La procédure relève en premier lieu de la compétence du juge des tutelles dans le ressort duquel le bénéficiaire, résidant habituellement, perçoit ses prestations sociales. Le juge des tutelles n'a pas vocation à se saisir d'office, seul le procureur de la République[918] étant compétent à cette fin[919]. Le procureur de la République doit toutefois apprécier l'opportunité de le saisir. Lorsque la saisine du juge est réalisée, le procureur doit aviser le président du Conseil départemental[920].

Lorsque le juge des tutelles est saisi de la requête[921], la demande est enrôlée en urgence, dans le délai d'un mois[922]. L'audience se tient en chambre du conseil[923]. La personne bénéficiaire des prestations sociales est entendue au même titre que les personnes utilement

---

[917] CPC, art. 1262-1 à 1263.

[918] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 41 et 55 ; v. *supra* n. n° 816, A. Caron-Deglise, art. préc., ainsi que L. Pécaut-Rivolier, art. préc. ; v. *supra* n. n°829, C. Sévely-Fournier, art. préc.

[919] La saisine du juge des tutelles se fait par requête. Cette dernière doit contenir, à peine d'irrecevabilité, un rapport transmis par le président du Conseil départemental au procureur de la République. Le rapport établit l'évolution de la personne d'un point de vue social et pécuniaire. La requête contient également un bilan des actions menées dans le cadre de la MASP, ainsi que toutes les informations utiles sur la situation médicale de la personne. Ces informations doivent orienter le juge des tutelles soit en faveur de la MAJ si aucune altération des facultés mentales n'est établie, soit en faveur d'un régime de protection juridique si la personne bénéficiaire des prestations sociales présente des signes d'altération de ses facultés mentales. Sur le monopole du Parquet aux fins de saisir le juge des tutelles dans le cadre de la MAJ, *cf* G. Lesigne, « Le rôle du Parquet dans la protection des personnes vulnérables », *in* Dossier, Majeurs protégés : procédure, AJ fam. 2014, n° 3, pp. 170 et sui.

[920] Avis doit en être donné même dans le cas où le procureur de la République n'apprécie pas l'opportunité de saisir le juge des tutelles, comme le prévoit l'article 1262 du Code de procédure civile.

[921] Le procureur de la République doit joindre, outre la requête en saisine du juge des tutelles, un rapport des services sociaux justifiant la demande de placement sous MAJ, disposition prévue par l'article L. 271-6 du CASF

[922] Il est à préciser que le juge compétent est celui de la résidence habituelle du majeur vulnérable, comme en dispose l'article 1262-1 du Code de procédure civile. La personne concernée par la mesure demandée doit être convoquée par lettre recommandée avec accusé de réception, alors que le juge des tutelles pourra demander la convocation de toutes personnes dont l'audition lui semblera utile aux fins de mise en œuvre de la MAJ ou d'une autre mesure. Dans le temps précédant le tenue de l'audience, le juge des tutelles pourra recueillir tout élément lui permettant d'orienter sa décision future. Il pourra autoriser également le majeur à venir consulter le dossier au greffe. La consultation doit être demandée par le personne protégée par écrit, et seule une nécessité de service doit justifier un refus de la part du juge.

[923] Le déroulement de la procédure d'audition est la même que dans le cadre de l'audience d'ouverture d'un régime de protection juridique : le Parquet est avisé de la tenue de l'audience, comme le prévoit l'article 1226 du Code de procédure civile, le juge des tutelles ayant en outre les mêmes pouvoirs d'instructions qu'en matière de protection juridique, selon l'article 1221 du même code. Il peut ainsi renvoyer le dossier à une audience ultérieure si les éléments qui lui ont été soumis ne suffisent pas à prononcer une MAJ. Un non-lieu à mesure est donc envisageable si la situation du majeur vulnérable ne nécessite plus l'ouverture d'une telle mesure.

convoquées[924]. Si ces dernières ne sont pas tenues de se présenter à l'audience, la personne à protéger a pour obligation de répondre à la convocation. L'importance de sa présence tient au fait que le majeur doit donner son avis sur la procédure au juge des tutelles. Car c'est selon cet avis que le juge sera déterminé à prononcer ou non la MAJ. Un refus du majeur n'est pas systématiquement synonyme de rejet de la demande, alors qu'une acceptation exprimée pleinement par le majeur doit, en principe, aboutir à l'instauration de la MAJ. La volonté individuelle conditionne en partie le sort de la mesure. Un non lieu à mesure sera motivé par la volonté manifeste du majeur de ne pas concourir au succès de la mesure, ou bien par l'absence de nécessité de recourir à une MAJ au vu des éléments de l'espèce[925]. Quant à l'ouverture de la mesure, elle sera motivée par les réelles difficultés du majeur. Dans tous les cas, le juge doit s'attacher à sa volonté de participer ou non à la mesure : si sa volonté n'apparaît pas ou serait à même de compromettre la mesure, le juge ne se prononcera pas en faveur de la mesure, bien qu'il puisse passer outre cette volonté défaillante en instaurant la MAJ. Si la personne est volontaire et donne l'apparence de concourir au succès de la mesure, le juge se prononcera en faveur. Les éléments de l'espèce et la volonté individuelle sont en conséquence les déterminants de l'instauration de la MAJ. Cette volonté est simplement limitée par la seule appréciation du juge des tutelles qui prévaut en la circonstance, mais elle reste toutefois prépondérante dans le choix d'une protection.

L'audience terminée, le juge statue sur-le-champ, sauf mise en délibéré. La décision prise n'est pas susceptible d'opposition. Le jugement doit indiquer les prestations qui seront prises en charge au titre de la mesure[926]. La durée de la mesure, dans un maximum de deux ans dans le cadre de l'ouverture, est ainsi fixée ; elle peut aller jusqu'à quatre ans en totalité si le juge décide de renouveler la MAJ[927]. La mesure prenant ensuite effet, le juge des tutelles peut en modifier la portée à tout moment, dès lors que survient une difficulté. Il statuera d'office ou à la demande du procureur de la République, de la personne protégée ou du MJPM désigné. Il peut aussi y mettre fin à tout moment. La décision rendue est ensuite notifiée à la personne protégée, au MJPM, au procureur de la République, au président du Conseil départemental et à l'organisme débiteur des prestations[928].

372. Le terme de la mesure intervient quoi qu'il arrive au bout de quatre ans maximum[929] si aucun incident n'est à déplorer ou si aucune mainlevée n'est demandée. Au contraire, le demande de mainlevée interrompt la mesure. La mesure peut aussi prendre fin si le juge des tutelles prononce une mesure de protection judiciaire[930].

---

[924] Une assistance sociale a tout loisir pour être entendue par le juge des tutelles si elle a été amenée à suivre le majeur dans le quotidien de ce dernier ; un MJPM également dans l'hypothèse où il a été désigné aux fins d'exercice de la MASP antérieure.

[925] Notamment si le majeur vulnérable bénéficie de l'assistance du conjoint ou d'un membre de sa famille pour gérer ses ressources.

[926] Prestations visées par CASF, art. D. 271-2, sous les réserves définies à l'article R. 272-2 du même code.

[927] Rien n'empêche le majeur de bénéficier d'une nouvelle MASP après le terme de sa MAJ, comme on l'a évoqué.

[928] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 124. L'article 1262-7 du Code de procédure civile limite l'appel à la personne protégée et au procureur de la République, dans le délai de quinze jours à compter du jour de notification. L'opposition n'est pas recevable, selon l'article 1262, alinéa 2, du même code.

[929] V. *supra* n. n° 803, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 121.

[930] Le principe de révision des mesures de protection juridiques vaut tout aussi bien pour la MAJ. De la sorte, le juge des tutelles constatera la nécessité de poursuivre la mesure en l'état ou bien de mettre en œuvre une tutelle ou une curatelle. Dans ce cas, le juge ne peut se saisir d'office. Comme le prévoit la circulaire de la DACS n° CIV/09/01/C1 en date du 9 février 2009, *« le juge dispose d'un éventail gradué de mesures de protection, qu'il applique en fonction des difficultés de la personne et*

373. Comme on l'a vu, les délais pour aboutir au prononcé de la MAJ sont extrêmement restreints en comparaison avec les régimes de protection judiciaire. Si un régime de protection judiciaire doit être instauré dans le délai maximum d'un an à compter de la présentation de la demande, la procédure relative à la MAJ se limite au délai d'un mois. La raison en est simple, puisque la situation sociale de la personne nécessite une prise en charge immédiate de ses prestations. En statuant rapidement, le juge des tutelles met un terme à l'urgence que crée la situation de la personne vulnérable. La MAJ ne peut donc pas répondre à l'urgence qui est celle de la protection judiciaire, car dans celle-ci, une mesure de sauvegarde de justice (à titre de mesure provisoire) peut être ordonnée. Au contraire, la vulnérabilité sociale nécessite de statuer rapidement car la situation sociale de la personne peut se dégrader à tout moment. Or, aucune mesure provisoire en la matière n'est prévue par les textes. En outre, la volonté du majeur de bénéficier d'une telle mesure participe de l'urgence caractérisant cette procédure à délai restreint.

Cependant, l'urgence, si elle justifie que l'on prenne une mesure de protection avec célérité, ne saurait admettre que l'on passe outre la volonté du majeur. Débutée à l'origine selon un engagement volontaire du majeur, ce dernier se voit contraint d'accepter et de se soumettre à une procédure qui ne relève plus du caractère administratif mais davantage du pouvoir judiciaire. Or, le pouvoir judiciaire peut résonner dans l'esprit de certains justiciables comme le pouvoir qui prive de certains droits. En l'occurrence, même si la MAJ n'est pas une sanction en tant que telle, ne visant dès lors que la protection des prestations sociales sous le contrôle du juge des tutelles, elle vient tout de même s'imposer au majeur. Si ce dernier part d'une base volontaire dans le cadre de la MASP, il peut très bien ne plus vouloir d'assistance et se mettre en échec seul. Il ne convient pas de dire qu'il faut laisser les personnes concernées obérer leur avenir du seul fait qu'elles ne veulent pas d'aide. Mais le passage obligatoire devant le juge des tutelles peut paraître comme une intrusion dans la vie privée : le majeur vulnérable n'est ni mis en cause sur le plan judiciaire, ni atteint d'une altération des facultés mentales admettant une privation de ses droits.

374. Au contraire, le majeur vulnérable n'a que le tort d'être en difficulté sur le plan social, au risque de voir sa sécurité ou sa santé compromises. Le véritable respect de la volonté individuelle serait de ne pas imposer une telle mesure mais d'imposer, à moins forte raison, une mesure sociale comme la MASP II peut l'être, bien que le majeur n'ait pas son mot à dire. Mais l'urgence conduit à passer outre la volonté du majeur et le sentimentalisme que l'on peut avoir, bien que cette volonté défaillante n'aille pas dans le sens du respect de sa propre santé ou sécurité. La volonté du majeur est défaillante à ce niveau, et c'est pourquoi le non respect de sa volonté apparaît nécessaire s'il se met seul en danger. Il convient par ailleurs de responsabiliser le majeur dans l'utilisation de ses prestations sociales. Ne sont-elles pas le produit de la collecte des impôts du contribuable qu'il souhaiterait voir bien utilisées ? C'est pourquoi, la MAJ ne doit pas être vue comme une mesure qui s'impose sur le seul fondement du manque de diligences du majeur vulnérable et des difficultés de compréhension dans l'instauration d'un budget. Le majeur vulnérable doit apprendre à gérer mais aussi se responsabiliser dans la gestion budgétaire. Son manque d'envie ne doit être que sanctionné si son manque de responsabilité l'amène à compromettre sa santé et sa sécurité. La prééminence de la volonté individuelle est donc justement écartée par l'urgence de la situation sociale du majeur.

---

de ses besoins de protection, il ne peut pas passer de l'une à l'autre d'office : ainsi, lorsque dans le cadre de la MAJ, il constate, ou est alerté par le mandataire judiciaire désigné, que la personne protégée aurait davantage besoin d'une protection juridique de type tutelle ou curatelle, il ne peut ouvrir d'office une telle mesure. Il doit en effet renvoyer le mandataire soit vers le procureur de la République, soit vers la famille ou les proches du majeur, afin que ceux-ci saisissent le juge des tutelles d'une requête complète aux fins d'ouverture d'une mesure de protection juridique ».

Conclusion du Titre Second.

375. La protection sociale revue par la loi du 5 mars 2007 présente une souplesse évidente dans son dispositif. En supprimant la mesure de TPSA pour la remplacer par le double système de protection MASP / MAJ, le législateur a voulu soumettre la vulnérabilité sociale à l'autorité administrative dans le cadre de la MASP et l'exclure de la protection judiciaire[931]. En déplaçant la première partie de la protection sociale au profit des conseils départementaux, le Gouvernement voulait concevoir, outre la protection telle qu'on l'a vue, un dispositif financièrement neutre, sinon avantageux pour ces derniers. En effet, devant l'Assemblée nationale, en séance publique du mardi 16 janvier 2007, le Ministre délégué à la sécurité sociale, aux personnes âgées et à la famille a déclaré en ces termes[932] :

« Par ce projet de loi, l'État prend un engagement fort vis-à-vis des départements. Il assumera désormais la charge financière des tutelles des bénéficiaires des prestations sociales des départements. Jusqu'à présent, ces dépenses étaient intégralement supportées par les conseils généraux.

En 2009, les départements économiseront ainsi 77 millions d'€uros, et en 2013, plus de 92 millions d'€uros seront pris en charge par l'État. Si les départements assumeront une charge nouvelle avec les mesures d'accompagnement social personnalisé, ces dépenses ne pourront excéder les économies qu'ils réaliseront grâce à l'effort de l'État.

Nous avons aussi prévu que la réforme s'appliquera intégralement au 1er janvier 2009. Les départements ont du absorber beaucoup de nouvelles missions au cours des dernières années et je veux leur permettre de bien s'organiser en leur donnant le temps de maîtriser les nouveaux instruments ».

La mise en place de la nouvelle mouture de la protection sociale, outre la prise en charge de la vulnérabilité sociale des personnes, s'inscrit également dans un cadre budgétaire évident. Si la protection des majeurs, dans son volet judiciaire, représente un coût évident pour les personnes protégées, la protection des majeurs, dans son volet social, représente des dépenses pour le moins somptuaires au détriment des départements. La réforme s'est inscrite en conséquence dans un souci d'économies budgétaires, outre l'idée vertueuse de donner une protection idoine aux majeurs vulnérables. Les conseils départementaux, même s'ils sont amenés à réaliser des économies en raison de la prise en charge des dépenses afférentes à la matière, seront malgré tout soumis à l'obligation d'assumer des dépenses qui ne pourront excéder les économies réalisées. Le souci budgétaire de la réforme est tel que la commission des lois de l'Assemblée nationale a prévu, à travers l'article 46 de la réforme, qu'à compter du 1er janvier 2010 et tous les ans jusqu'au 1er janvier 2015 inclus, soit présenté par le Gouvernement au Parlement un rapport annuel. Ce rapport doit permettre au Parlement de suivre l'évolution respective des coûts supportés par l'État et les départements au titre de la réforme de la protection juridique des majeurs. Il doit en outre exposer les compensations financières auxquelles l'État a procédé par la loi de finances, dès lors que les départements auront eu à supporter des charges en cas d'alourdissement constaté de ces dernières.

Ces dispositions doivent en théorie favoriser la mise en œuvre de moyens de protection sociale. Les actions qui doivent en découler sont censées accompagner la personne vulnérable vers l'autonomie. En effet, puisque des économies doivent être réalisées, les

[931] Avec ce que cela implique, tant sur le plan civil que pénal. Le majeur bénéficiaire d'une mesure de protection sociale reste juridiquement capable sur le plan civil et doit seul défendre à une action dirigée contre lui par le Ministère Public dans le cadre d'une procédure pénale. V. en ce sens : S. Jacopin, « Santé mentale et droit pénal : les incapables du droit civil et les incapables du droit pénal », *in* Dossier La réforme des tutelles, RD Sanit. Soc., 15 septembre 2008, n° 5, pp. 835 et sui.

[932] V. *supra* n. n° 833, site préc.

conseils départementaux pourront mettre en place des protocoles d'actions autrement plus efficaces, beaucoup plus recentrés sur la personne, avec l'accompagnement matériel et humain nécessaire à la protection de la personne.

376. Le Conseil constitutionnel a également posé cette obligation de rendre des comptes[933], mais à travers une décision portant pour partie sur le financement de la MASP par les conseils départementaux, le département du Val-de-Marne a soulevé la question de la violation du principe de libre administration des collectivités territoriales par le seul financement des MASP. Le 19 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a été saisi par le Conseil d'État, dans les conditions prévues par l'article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit selon les articles 13 et 46 de la loi du 5 mars 2007.

Le département du Val-de-Marne soutient en ces deux points :

1) que l'article 13 de la loi portant réforme de la protection juridique des majeurs et posant le principe de la MASP, ses règles de fonctionnement, et ses suites en cas d'échec de la mesure ;
2) ainsi que l'article 46 de la même loi imposant l'obligation pour le Gouvernement de présenter tous les ans, et jusqu'au 1er janvier 2015, un rapport dressant un bilan statistique de la mise en œuvre de la mesure, ainsi que le coût de financement des mesures de protection supporté par l'État, les départements et les organismes débiteurs de prestations sociales ;

portent atteinte à la libre administration des collectivités territoriales et à leur autonomie financière, en violation de l'article 72 de la Constitution et du quatrième alinéa de l'article 72-2. L'article 72 prévoit que les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus dans les conditions prévues par la loi, alors que de son côté, l'article 72-2 précise que tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice ; que toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi.

Le Conseil constitutionnel estime que la mise en place de la MASP et son financement ne sont pas contraires à la Constitution. Ainsi, le législateur s'est contenté de confirmer la subsidiarité des mesures judiciaires par rapport aux mesures de protection sociale, et qu'en conséquence, il n'a fait qu'aménager une mesure déjà existante au lieu de créer une mesure nouvelle, l'aménagement portant sur les conditions d'exercice de la compétence d'aide sociale de droit commun qui relève des départements depuis la loi du 22 juillet 1983[934]. En aménageant ces conditions, il n'y a pas lieu à réaliser de transferts de compétences, ni à ne créer aucune extension de compétences qui relevaient de l'État. Et que par suite, en adoptant l'article 13 de la loi du 5 mars 2007 qui instaure la MASP et son article 46 prévoyant un rapport sur sa mise en œuvre d'un point de vue financier, le législateur n'a pas méconnu le quatrième alinéa de l'article 72-2 de la Constitution, et que le principe de libre administration des collectivités territoriales n'est en rien violé. Le Conseil constitutionnel rend donc une décision de conformité qui fait de la MASP une mesure respectant les droits et libertés que la Constitution garantit, au même titre que son financement.

377. Pour revenir à la protection sociale en tant que telle, la mise en place du dispositif semble avoir des effets mitigés. En cause, l'échec de la MASP. La première idée que l'on peut se faire de son échec porte sur l'incapacité naturelle de la personne à gérer un budget.

---

[933] Déci. n° 2010-56 QPC du C. const. du 18 octobre 2010, *D.*, 22 octobre 2010.

[934] L. n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi du n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre communes, départements, régions et l'État, JORF du 23 juillet 1983 page 2286 ; L. n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, JORF du 9 janvier 1983 page 215.

Est-ce un problème de manque de savoir ou de connaissance quant à la gestion, ou bien cette incapacité est-elle liée à une pathologie justifiant l'incapacité de gestion ? S'il s'agit d'un problème de pratique de gestion, la MASP n'aura pas paru la mesure efficace que l'on espérait, car les moyens déployés pour aider la personne à gérer ses prestations et son budget seront là pour confirmer leur insuffisance dans leur portée générale. C'est là que l'on peut se demander si la MASP a une fonction utilitariste. Par contre, si les difficultés rencontrées et l'échec connu sont dus à une pathologie, pourquoi avoir instauré une MASP, alors que s'il existe une pathologie établie en relation avec une altération des facultés mentales, il aurait été opportun de demander l'ouverture d'une mesure de tutelle ou de curatelle ? Des éléments médicaux seront fournis quant à cet état de fait. Mais il semble inapproprié de transmettre ces éléments postérieurement à l'échec de la MASP, afin de demander l'ouverture d'une MAJ ou d'un régime de protection judiciaire, suivant l'appréciation qu'en fera le juge des tutelles. Si l'établissement de cette pathologie avait du se faire juste avant la mise en place de la MASP, on se serait aperçu que la personne ne relevait pas de la protection sociale. La MASP n'aurait pas été décidée et la procédure aurait été réorientée vers la protection judiciaire. Au lieu de cela, on soumet la personne à un dispositif social alors que ses difficultés relèvent du médical.

378. Il y a donc une perte de temps dans la mise en place d'un régime de protection adapté, perte d'argent aussi puisque le Conseil départemental aura financé une mesure dont on connaissait à l'avance l'échec prévisible, et perte d'intérêts pour la personne protégée puisqu'elle ne sera jamais en capacité d'acquérir l'autonomie si ses facultés mentales ne le lui permettent pas. La seconde idée que l'on peut se faire porte sur le manque de diligence de la personne dans l'exécution de la MASP. Le refus de la personne de se soumettre aux clauses contractuelles démontre très clairement que la protection sociale contractuelle n'a pas de caractère coercitif. La liberté contractuelle impose de respecter le choix de chacun de conclure un contrat ou non. Mais si le majeur vulnérable souhaite ne pas continuer, alors on doit respecter cette volonté, quitte à le voir s'exposer à un danger futur. Imposer la MAJ en suivant dénote que personne n'est libre de choisir en conscience et que si l'on ne veut pas être protégé, la loi le fera en lieu et place du contrat. Mais l'échec engendré par la MASP impose la saisine du juge des tutelles. Pourtant, les règles sont claires : le majeur non diligent s'expose à être placé sous MAJ. Certes, on ne peut pas obliger la personne à faire ce qu'elle ne veut pas faire, mais si elle s'engage à respecter les clauses contractuelles, il est nécessaire de l'y contraindre en cas de refus. La procédure de versement direct qui doit y faire face ne doit pas cacher pour autant cette faiblesse de la MASP.

379. Si la MASP est, en conséquence, amenée à corriger cette faiblesse, tant dans son choix opportun en s'appliquant à des personnes n'ayant pas de pathologie, que dans la mise en place de mesures coercitives afin d'imposer le respect des obligations contractuelles, la MAJ présente une garantie plus sûre, mais en dernier recours de la protection semi-sociale. Il suffit de constater le très relatif contentieux qui existe quant à la MAJ. Autant la jurisprudence est foisonnante en ce qui concerne les régimes de protection judiciaire, autant la MAJ reste très discrète quant au contentieux qui existerait. Cela s'explique selon une première raison qui se déduit du bon sens. La mesure n'est effective que depuis le 1er janvier 2009. La loi n'a donc pas assez d'antériorité pour établir un contentieux de masse en la matière. Autre raison, il semble que le MAJ ait des résultats probants, à la suite de conversions de TPSA parce qu'elle relève de l'autorité judiciaire en premier lieu, et que la mise en place soit plus contraignante et plus stricte que ne l'est la MASP en second lieu. L'encadrement de la MAJ se veut beaucoup plus sévère que la MASP, car c'est le juge des tutelles qui procède au contrôle de la mesure.

380. On l'aura vu dans la procédure, la MAJ obéit à un quasi-parallélisme des formes quant aux régimes de protection judiciaire. Le MJPM désigné dans l'exercice de la mesure accomplira sa fonction comme s'il était dans le cadre d'une tutelle classique. En outre, la

MAJ peut aussitôt être substituée par une mesure de protection judiciaire si l'altération des facultés mentales est établie médicalement. Dès lors, on pourrait résumer les choses ainsi : la MASP mise en échec aboutit à une MAJ en théorie, laquelle peut déboucher sur une mesure de protection judiciaire si l'altération des facultés mentales est établie. Bien sûr, la MAJ est une garantie de la protection sociale de la personne, mais ne faudrait-il pas qu'un certificat médical établisse la nécessité de placer la personne sous protection judiciaire, avant toute décision de placement, ou du mois qu'il établisse l'absence de toute pathologie pour pouvoir mettre la MAJ en œuvre en étant sûr qu'elle sera facilement exerçable ? La mesure décidée n'en serait que plus légitime. On cherche l'efficacité optimale de la protection en général, commençons donc par mettre les choses dans l'ordre. Au lieu de s'apercevoir en cours d'exercice d'une MASP que la personne aurait besoin d'une protection judiciaire, déterminons-la avant. On éviterait ainsi les choix inopportuns, aussi coûteux que synonymes de perte d'intérêts pour la personne vulnérable. La volonté individuelle ne doit pas être le fossoyeur des intérêts du majeur.

381. Mais autant finir sur une note d'optimisme en ce qui concerne la volonté individuelle dans le cadre des mesures de protection sociale. L'incapacité, au sens large du terme, qui justifie une MASP ou une MAJ, ne doit pas altérer la vision que l'on peut avoir du majeur. Certes vulnérable, mais n'ayant aucune altération des facultés mentales ou corporelles, en conséquence, le majeur vulnérable reste juridiquement apte à consentir à tout acte relevant d'un caractère personnel ou relevant du patrimoine. Ce majeur reste libre, concernant les actes extrapatrimoniaux, d'intenter une action en justice aux fins de reconnaître un enfant ou d'engager une procédure de divorce ; concernant la liberté d'agir dans le domaine patrimonial, la réciproque est la même : l'acceptation d'une succession, la vente d'un immeuble ou son achat, la donation de son vivant à un membre de sa famille ou encore la rédaction d'un testament ne se font aucunement en la présence du MJPM ou selon une quelconque éventuelle autorisation du juge des tutelles. Il peut même être désigné mandataire dans le cadre d'un mandat à effet posthume, ou en être le mandant, signe que la liberté individuelle et la capacité juridique ne sont pas un mythe dans le cadre de la protection sociale[935]. La volonté individuelle, en l'état, reste totale, pourvu que le Conseil départemental, partie prenante à la mesure, soit informé de tout acte touchant au patrimoine du majeur[936]. Ainsi, le contrat pourra régulièrement être aménagé. Dès lors, la contrainte qu'impose la protection sociale repose sur l'instauration de la mesure en elle-même et la gestion des ressources contrôlées. La contrainte n'a aucunement lieu d'être quant à la réalisation de tout acte ne relevant pas de la gestion desdites ressources.

En d'autres termes, le droit volontaire n'est que partiellement limité, bien que la suppléance de la volonté individuelle s'affirme au stade la mise en œuvre de la MASP I, dans la conclusion du contrat, dans la MASP II à plus forte raison en ce qui concerne la procédure de versement direct et, enfin, s'impose en quasi-totalité pour la MAJ. Cependant, une volonté résiduelle subsiste, puisque le majeur peut toujours décider dans son intérêt, l'assistance dont il bénéficie ne le privant aucunement de ses droits. Tout ce qui ne ressort pas de la mesure sociale doit préserver la volonté individuelle et sa prééminence. Par contre, tel n'est pas le cas dans la protection judiciaire où sa suppléance se fait fortement ressentir.

---

[935] Fl. Fresnel, « La personne protégée et le mandant à effet posthume », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 54 et sui.

[936] J.-E. Garonnaire et F. Picot, « Regard notarial sur la mesure d'accompagnement social personnalisé et la mesure d'accompagnement judiciaire », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 60 et sui.

Conclusion de la Partie Première.

382. À n'en pas douter, la volonté individuelle est la muse de la protection volontaire des majeurs. Elle concourt fortement à ce que le majeur veuille ou non bénéficier d'une protection conventionnelle ou sociale. Dans le mandat de protection future, le doute n'est pas permis, puisque la protection conventionnelle aura prouvé sans ambages que la volonté individuelle est la seule à pouvoir définir un type de protection et les conditions qui y ressortissent. Dans la protection sociale, la sollicitation de la protection doit intervenir volontairement auprès des services sociaux et le majeur doit affirmer sa volonté d'être aidé. Qu'importent les difficultés rencontrées dans l'instauration de chacune de ces protections ! L'idée-mère est celle de vouloir une protection de par sa seule volonté. Personne d'autre que le majeur ne peut être amené à décider à sa place : si le majeur souhaite une protection, il la sollicitera s'il en ressent le besoin ; si ce besoin ne se ressent pas, le majeur préférera rester dans la position qui est la sienne à ce moment-ci. Ainsi, la volonté individuelle seule guide le majeur sur les chemins de la protection.

Mais la volonté individuelle rencontre un obstacle de taille : quand bien même la protection dépendra du bon vouloir du majeur, il sera toujours mis en parallèle le principe de subsidiarité : à mesure insuffisante, le choix d'une protection portera sur une mesure plus contraignante. Le majeur qui établit un mandat de protection future a de fortes chances de se retrouver sous le coup d'une mesure de protection judiciaire si la convention demeure insuffisante à pourvoir à ses intérêts. Dans le cadre de la protection sociale, une MAJ prendra le relais d'une MASP si cette dernière est mise en échec, ou aboutira à une mesure de protection judiciaire s'il est établi l'existence médicale d'une altération des facultés mentales.

383. C'est pourquoi, la limite entre volonté individuelle délibérée et protection judiciaire est très ténue. Le passage d'une protection entièrement soumise à la volonté individuelle à une mesure marquée par la suppléance de la volonté individuelle peut se faire très rapidement. La volonté individuelle est donc l'expression d'une volonté fragile, mais existante, qu'il est nécessaire de pallier ou d'accompagner. La suppléance de la volonté individuelle, qui se substitue à sa prééminence, tend vers un seul objectif : le majeur ne pouvant pas décider pour lui-même de manière suffisamment lucide, on décidera à sa place. Pour cette seule et unique raison : le recouvrement de l'autonomie, afin de rétablir la prééminence de sa volonté individuelle.

Partie Seconde
De la famille : de la suppléance de la volonté individuelle.

> *« […] les enfants, les imbéciles et les fous, qui n'ont pas l'usage de la raison, peuvent être personnifiés par des tuteurs ou des curateurs ; mais (pendant ce temps), ils ne peuvent être les auteurs d'aucune des actions accomplies par ceux qui les personnifient et ne le peuvent être que dans la limite où (quand ils auront recouvré l'usage de la raison) ils auront jugé leurs actions raisonnables. Toutefois, pendant le temps de leur déraison, celui qui est en droit de les gouverner peut donner pouvoir au tuteur. Mais cela, à nouveau, ne peut avoir lieu qu'au sein d'un état civil parce que, antérieurement à tel état, il n'existe aucune autorité sur des personnes ».*
>
> *Th. Hobbes, Léviathan, 1651, Éd. Gallimard, Coll. Folio essais, 2000, p. 275.*

384. Il y a longtemps que la prééminence de la volonté individuelle a quitté la scène pour laisser place à la suppléance de la volonté du majeur à protéger. À ce stade, l'individu n'est plus en mesure de vouloir bénéficier d'une protection judiciaire. À de rares exceptions d'individus qui demandent eux-mêmes à être placés sous régime de protection (selon des considérations purement matérielles la plupart du temps), il est certain que la volonté individuelle ne ressort pas d'un élan massif poussé par l'envie d'être placé sous tutelle ou curatelle. Et pour cause ! La protection juridique au sens large du terme, celle que le juge des tutelles instaure, est la protection dite subsidiaire[937]. La volonté individuelle n'a plus cette dimension dans laquelle elle est à même de pouvoir décider seule, à même de vouloir seule, sans tenir compte des éléments proches de son environnement. Le principe de subsidiarité va pleinement jouer et le glissement de terrain va s'opérer nettement en faveur de la suppléance de la volonté individuelle, écartant au passage sa prééminence, sa toute puissance. Il ne peut plus être question de mandat de protection future (pour soi-même en l'espèce), ni de protection sociale. Il s'agira d'une protection juridique plus classique, une protection nettement plus encadrée et contrôlée, dite judiciaire, dans laquelle la volonté individuelle n'a plus sa place. Le majeur ne peut plus vouloir que sa protection se fasse selon une convention passée entre lui et un mandataire, ou encore que la protection touche à sa vulnérabilité sociale ; la famille va jouer un rôle déterminant en palliant à son défaut de volonté.

Ainsi, ce défaut de volonté individuelle contribue à placer un majeur sous protection judiciaire alors même que sa volonté n'est pas à même de bénéficier d'une telle attention. Dit ainsi, on pourrait penser que le majeur n'est plus rien dans la protection judiciaire des personnes. Dire que la mesure de protection s'impose au majeur est une réalité incontestable : le majeur, s'il conserve une part de lucidité, sera contraint forcé de l'accepter, même s'il désapprouve le choix imposé par le juge. Il pourra toutefois demander la mainlevée de sa mesure, mais l'ouverture de la mesure se justifiera selon l'existence d'une altération des

[937] Principe selon lequel l'article 428, alinéa 1er, du Code civil met en œuvre une fois constatée l'insuffisance de pourvoir aux intérêts du majeur selon les règles du droit commun de la représentation de la famille ou du couple.

facultés mentales la rendant nécessaire et ne sera certainement pas levée au bout de six mois ou un an.

Alors oui, la suppléance de la volonté individuelle tend à ce que le majeur ne joue plus aucun rôle dans l'instauration d'un régime de protection judiciaire, puisque sa famille ou son entourage proche pourra solliciter une mesure au détriment de sa volonté. Mais cette suppléance se veut autrement plus souple que le concept et le cadre rigide qu'elle crée. En effet, le majeur n'aura plus toute latitude pour décider seul. Contrairement à la loi du 3 janvier 1968 qui exposait fortement le principe de la protection du patrimoine en relégant au second plan la protection personnelle, la loi du 5 mars 2007 renverse ces deux valeurs pour mettre en avant la personne du majeur. Comment cette mise en lumière peut avoir lieu si le majeur doit accepter contre son gré une mesure de protection judiciaire qu'il n'aurait pas voulue s'il avait pu décider dans son intérêt ? La réponse est simple : à la suppléance de la volonté individuelle du majeur dans le choix d'une protection voulue par la famille, on fera émerger le concept d'autonomie. Grâce à l'aide que la famille donne, le majeur peut participer à la prise de décision le concernant, tant dans la sphère personnelle que dans le domaine patrimonial. C'est dans ces conditions et dans la limite des capacités du majeur que l'objet de la loi du 5 mars 2007 se trouve : favoriser le retour à l'autonomie du majeur quand bien même sa volonté individuelle ne lui permet plus de prendre des décisions seul.

385. Cet aspect se trouve dans toutes les strates de la procédure[938]. Si le juge des tutelles prononce l'ouverture d'un régime de protection, ce sera désormais au seul regard du majeur dont il convient de protéger sa personne et ses intérêts. La seule protection du patrimoine de ce majeur ne vaut plus en conséquence, puisque la loi nouvelle s'évertue à faire de la personne du majeur l'élément central des régimes de protection. Le juge des tutelles n'aura plus le pouvoir de prononcer une protection dans le seul intérêt patrimonial du majeur si ce dernier est apte à gérer lui-même ses affaires. La preuve en est la suppression de la curatelle pour prodigalité. Le majeur demeure libre de faire ce qu'il veut de son patrimoine et plus personne ne pourra demander une protection, car ne l'oublions pas, le patrimoine est bien souvent la convoitise d'un héritier qui craint de voir sa part de succession s'envoler en fumée. La chose sera autrement considérée si ce majeur est atteint d'un trouble mental qui l'empêche de gérer son patrimoine. Alors dans ce cas, la protection patrimoniale couplée à la protection personnelle sera envisageable, même si elle peut être le seul objet de la protection.

386. Ouvrir un régime de protection doit toutefois se faire au regard de principes directeurs qui gouvernent la protection des majeurs. Ainsi, les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité joueront pleinement dans la suppléance de la volonté et le retour à l'autonomie. Le majeur ne doit être protégé juridiquement que si les règles du droit commun de la représentation ou si les droits et devoirs respectifs entre époux apparaissent insuffisants à pourvoir à ses intérêts. C'est pourquoi, ces principes commandent que la protection judiciaire reste une protection qui n'intervienne qu'en dernier recours. Car ne pas placer nécessairement un majeur sous protection, c'est respecter sa dignité et vouloir garantir son autonomie si ce dernier peut être aidé par ses proches en dehors de toute instauration de mesures privatrices de droit. Le recours à la justice ne doit donc relever que de l'impossibilité de pourvoir suffisamment aux intérêts du majeur selon lesdites règles.

Le Cour Européenne des Droits de l'Homme ne s'arrête pas au défaut de prise en compte de son article 6 § 1er. Elle tend à condamner le manque de respect de la procédure sur la base de la violation de son article 5 § 1er relatif à la privation arbitraire de liberté[939]. Ainsi,

---

[938] Sur la nature de la procédure tutélaire, v. en ce sens G. Raoul-Cormeil, « Nature juridique de la procédure devant le juge des tutelles », *in* Dossier, Majeurs protégés : procédure, AJ fam. 2014, n° 3, pp. 148 et sui.

[939] CEDH, 21 février 1990, A170-A, Van der Leer c/ Pays-Bas. Pour un exemple de sanction de la privation de la liberté d'aller et venir pour un majeur à protéger anglais dans le cadre d'une

la privation arbitraire de liberté peut s'apprécier au regard des éléments suivants : absence d'expertise préalable au placement sous protection[940] ; absence de contre-expertise[941] ; absence d'audition de la personne à protéger, ce qui empêche tout recueil de son avis sur la procédure qui la concerne[942], et par voie de conséquent, peut lui retirer sa liberté sans qu'elle n'ait pu exprimer un avis ; ou encore sur l'absence de recours aux fins de rétablissement de la capacité[943] ; et dans le même ordre idée, l'absence de réévaluation judiciaire de l'état du majeur privé de sa capacité[944].

387. Dès lors, ces principes, concourant à favoriser la personne du majeur, vont avoir de nombreuses répercussions. La procédure entière va s'en retrouver modifiée (Titre Premier), puisque le juge des tutelles devra entendre tout majeur à protéger préalablement à toute décision d'ouverture d'une mesure de protection. La modification du régime, que ce soit aggravation ou allégement, ou encore la mainlevée ou la révision de la mesure en général, entraîneront également l'obligation pour le juge des tutelles d'entendre une nouvelle fois le majeur. Le majeur, dans l'impossibilité de choisir seul sa protection, doit devenir acteur de sa protection et ne doit pas rester l'élément passif qu'il était sous l'empire de la loi ancienne. Ainsi, il doit pouvoir exprimer son avis sur la procédure, donner son point de vue sur l'utilité de la mesure ou exprimer son accord ou non sur son placement sous protection. La suppléance de la volonté individuelle ne doit pas écarter le majeur de la procédure. Entendre le majeur, c'est lui accorder une importance certaine. Il est clair que toute mesure de protection est attentatoire aux libertés. La moindre des choses est de pouvoir lui demander son avis, et s'il peut un tant soit peu s'exprimer, la loi du 5 mars 2007 lui accorde cette chance. Ne soyons pas dupes pour autant : la mesure de protection que le juge prononce est quasi-privatrice de libertés individuelles. Mais avec le soutien du représentant légal désigné pour exercer la mesure, la volonté de parvenir à l'autonomie doit être à même d'effacer les effets de la suppléance de la volonté individuelle. La famille a, en conséquence, un rôle majeur à jouer, si tant est qu'elle puisse être en capacité elle aussi de le faire.

Mais les conséquences sont duales : on les aperçoit au stade de la procédure, mais aussi au stade de la production des effets de la mesure. Et ces effets sont répartis en deux parties : les effets relatifs à la personne du majeur et les effets généraux qui ont davantage trait à la gestion matérielle ou patrimoniale.

Les effets de la mesure de protection (Titre Second) sont pareillement empreints de l'idée-mère de la loi nouvelle : le majeur doit recouvrer son autonomie. Il peut décider autant pour la gestion de ses biens meubles, de ses finances ou des immeubles dont il a la propriété, mais il peut aussi décider en ce qui le concerne à titre personnel. Et ce raisonnement tient au regard d'un argument élémentaire qui se retrouve dans la loi nouvelle : en permettant au majeur de prendre des décisions, même sous contrôle de son représentant ou de son assistant, le tout sous la surveillance étroite du juge des tutelles, le majeur n'a pas l'occasion de perdre de vue le sens de la réalité. En participant à la prise de décision, le majeur ne reste pas reclus, seul, à devoir subir les décisions qu'un tiers aura prises pour lui sans lui avoir demandé son avis au préalable. Désormais, si le représentant doit prendre une décision, c'est en concertation avec le majeur, si toutefois son état le lui permet. En procédant ainsi, la loi nouvelle accorde une grande part d'autonomie au majeur, car l'objectif de la mesure n'est-il

---

hospitalisation, *cf* P. Bartlett, « Capacité juridique, limitation de la liberté d'aller et venir et droits de l'homme », RD Sanit. Soc. 2015, p. 995 et sui.

[940] *Ibid.* CEDH, 21 février 1990 préc..

[941] CEDH, 8 novembre 2005, H. F. c/ Slovaquie, n° 54797/00, Rec. CEDH 2005, p. 5.

[942] CEDH, 27 mars 2008, Chtoukatourov c / Russie, n° 44009/05 § 59.

[943] *Ibid.*

[944] CEDH, 13 octobre 2009, Salontaji-Drobnjak c/ Serbie.

pas de permettre au majeur de parvenir à l'autonomie nécessaire avec l'aide de son représentant ?

En outre, la création des actes à caractère strictement personnel doit accentuer cette autonomie : en décidant seul, le majeur affirme d'autant plus sa personnalité, d'autant que le représentant, dans cette catégorie d'actes, n'a pas vocation à intervenir. Le majeur est seul maître à bord en l'occurrence. Mais on verra que les effets de la loi nouvelle peuvent avoir des incidences fâcheuses quant à certains domaines dans lesquels la participation ou non du représentant est requise. Car la prise de décision peut être occasionnellement difficile dès lors que le majeur n'est pas en mesure de se prononcer pour un acte qui entre dans la catégorie des actes à caractère strictement personnel. Le recours au juge des tutelles s'avère nécessaire dans certaines hypothèses, voire même interdit pour tout acte pour lesquels le majeur ne peut consentir.

388. La loi nouvelle aura produit des effets notables et bouleversé la dimension juridique des mesures de protection et de leurs effets. L'autonomie du majeur doit venir effacer autant que faire se peut les effets de la suppléance de la volonté individuelle, la famille devant y contribuer au demeurant de par une présence sans faille.

Titre Premier
Des enjeux procéduraux soumis à la suppléance de la volonté individuelle.

389. Dans la protection subsidiaire des majeurs, la volonté individuelle n'a qu'une existence relative, très limitée dans sa portée. En même temps, la loi nouvelle est venue procéder à la prise en compte effective de la personne du protégé au sein des régimes de protection. Cela peut paraître un paradoxe, mais ce n'en est pas un : la volonté individuelle devenant inopérante, il sera question de la rétablir, au moyen du retour à l'autonomie du majeur protégé par l'intermédiaire des familles, aide précieuse dans cet objectif de la loi nouvelle, qui tend à restaurer la solidarité familiale, ainsi que celle des collectivités[945]. C'est pour cette raison que le majeur bénéfice d'un éclairage particulier dans la procédure d'ouverture d'un régime de protection. La personne, en tant que telle, est prise pleinement en compte dans le choix d'une tutelle ou d'une curatelle par le juge des tutelles. La loi du 5 mars 2007 a profondément réaffirmé les principes de nécessité et de subsidiarité. Ladite loi ne souhaite pas aller au-delà de ces principes, car ce serait trahir l'esprit selon lequel l'individu est au cœur du dispositif de la protection, malgré la défaillance de sa volonté individuelle.

Puisqu'elle procède au recentrage de la personne du protégé par une refonte de la procédure[946], tant dans le cadre de l'ouverture d'un régime de protection que dans le déroulement de la mesure prononcée, il apparaît nécessaire de constater le réaménagement des régimes de protection. Ainsi, les mesures de sauvegarde de justice, de curatelle et de tutelle ont vu leur régime, pas forcément modifié en profondeur, mais amélioré quant au choix de leur exercice.

390. Seulement, l'a-t-elle fait à bon escient ? La suppression de la prodigalité, l'oisiveté ou l'intempérance a-t-elle clarifié la connaissance et la compréhension des familles dans leur motivation à demander l'ouverture d'un régime de protection ? Mais surtout, la seule condition d'ouverture d'un régime de protection, qui n'est autre que l'altération des facultés mentales ou physiques empêchant l'expression de la volonté[947], rend-elle plus lisible la procédure devant le juge des tutelles, et surtout, permet-elle au juge des tutelles de rendre une décision plus adaptée selon les circonstances ? La réforme a modifié en tout point le régime procédural, que ce soit dans le formalisme de l'ouverture d'une mesure, dans la durée de la mesure, dans le choix de la personne désignée quant à l'exercice de la mesure ou dans les modalités de recours notamment. Mais pour autant, il sera plus aisé de comprendre l'impact de la procédure telle qu'elle est aujourd'hui, selon les conditions d'ouverture de la mesure de protection et le formalisme s'y rapportant (Chapitre Premier). On verra que le juge des tutelles se prononcera en faveur ou non d'un régime de protection en fonction de la

---

[945] A. Caron-Deglise, « L'ouverture d'une mesure de protection, les principaux aménagements de la loi », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 50 et sui. ; D'ailleurs, l'article 415 du Code civil ne prévoit-il pas que *« la protection des majeurs est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible l'autonomie de celle-ci. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique ».*

[946] L. n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures ; D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le code de procédure civile ; D. n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs ; Th. Fossier, « La loi du 5 mars 2007, une véritable réforme », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 5 et sui.

[947] V. *supra* n. n° 945, A. Caron-Deglise, art. préc.

situation personnelle et patrimoniale du majeur. Auparavant, on aura vu pleinement le rôle central du majeur dans la procédure. Cependant, la mesure prononcée a une vie et suit le devenir de la personne protégée. On verra alors le devenir de la mesure prononcée et ce qu'il advient d'elle lorsque le représentant de la personne protégée, ou cette dernière, demandent une modification du régime en cours.

Car la mesure elle-même aura simplement pour incidence de protéger les intérêts de la personne. Il est nécessaire d'aller au-delà de ce simple aspect et de se rendre compte que la loi nouvelle vise en réalité le retour à l'autonomie de la personne dans les actes de la vie civile. C'est pourquoi, avant de rendre envisageable l'autonomie du majeur, il conviendra de mettre en œuvre la mesure prononcée par le juge. Les effets produits serviront en conséquence d'apprentissage au majeur dans le recouvrement de son autonomie, tant selon les actes patrimoniaux que selon les actes personnels. On verra que les effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux n'y concourent pas forcément, puisque la participation du majeur à ces actes dépendra essentiellement du degré d'altération de ses facultés mentales ou physiques. Il revient donc aux familles de favoriser ce retour à l'autonomie (Chapitre Second). Mais outre la volonté individuelle qui peut connaître des défaillances, les familles elles-mêmes peuvent connaître pareille défaillance et compromettre ce retour à l'autonomie.

Chapitre Premier
De l'instauration de la protection judiciaire familiale.

391. Propres à toute matière, la forme et la substance conditionnent la mise en œuvre de mesures ou de moyens quels qu'ils soient. En protection des majeurs, l'idée même de placer une personne sous un régime de protection dénote une volonté défaillante traduisant une forme d'incapacité à agir seul. De cette défaillance, une substitution va s'opérer : le majeur qui ne peut pourvoir seul à ses intérêts devra être remplacé par un tiers dans l'exercice de ses droits et l'exécution de ses obligations. La forme propre à la protection des majeurs relève de la saisine du juge des tutelles par une personne autre que le majeur à protéger[948] afin d'organiser sa protection.

La forme, au premier abord, traduit un renversement des rôles : la famille du majeur devra penser à la place du majeur et saisir le juge des tutelles. La prééminence de la volonté du majeur étant progressivement en train de s'éteindre, le rôle de la famille sera d'agir en dehors de toute volonté que le majeur ne peut plus exprimer. C'est pourquoi, dans l'incapacité d'exprimer un avis sensé, la famille devra au préalable faire établir que le majeur ne présente plus un état de lucidité suffisant pour pourvoir seul à ses intérêts. Le formalisme de la matière impose la production d'un certificat médical établissant que le majeur se trouve dans les conditions de l'article 425 du Code civil pour pouvoir bénéficier d'un régime de protection. La difficulté n'est pas réelle sur la production des pièces pour saisir le juge des tutelles. Une demande officielle, sous la forme d'une requête, et ledit certificat suffisent pour que le juge des tutelles soit valablement saisi.

Par contre, le formalisme ne saurait admettre que le juge des tutelles soit saisi de manière inopportune, soit par une personne qui n'a pas qualité à cet effet, soit en raison d'un élément qui ne soit pas conforme aux dispositions du Code de procédure civile. En outre, la qualité reconnue au requérant doit nécessairement faire ressortir que la partie qui saisira la juge doit pouvoir se substituer au majeur, ce qui justifie à ce titre sa saisine, en raison de l'existence de liens qui unissent requérant et majeur à protéger. Le formalisme qu'impose la protection judiciaire des majeurs, et bien qu'écartant toute forme de volonté du majeur, doit tenir compte de la personne du majeur.

392. Si le formalisme est donc le révélateur de la suppléance de volonté de la personne à protéger (Section 1), le fond, de son côté, doit être à même de confirmer que le majeur est en situation ou non de bénéficier d'une mesure de protection. Au regard des principes de nécessité et de subsidiarité, un majeur est-il à même de se retrouver sous protection ou non ? La combinaison de ces deux principes tend à dire oui, mais l'inverse est aussi possible si les éléments de faits laissent apparaître que la mesure de protection ferait double emploi avec d'autres techniques de représentation déjà existantes et suffisantes pour pourvoir aux intérêts du majeur. La loi du 5 mars 2007 tend donc à faire valoir ces deux principes dès lors qu'il est impossible de représenter un majeur en dehors de toute autre manière de faire, autre que la mise en place d'une tutelle ou d'une curatelle. La suppléance de volonté en protection des majeurs ne doit pas être une norme qui s'imposerait de droit, puisqu'on sait que les mesures de protection sont attentatoires aux libertés individuelles. La substance même de la protection des majeurs doit donc garantir au mieux le respect de la personne du majeur en dehors de tout régime de protection ; si par contre, une mesure de protection ne peut être évitée, alors la suppléance de toute volonté ne doit pas altérer le respect de la personne du majeur (Section 2) que les ultimes garanties procédurales, jusqu'à ce que la mesure soit instaurée, doivent renforcer (Section 3).

[948] Bien que ce dernier soit aussi en droit d'en faire la demande pour son propre compte.

Section 1 - Le formalisme de la demande d'ouverture d'un régime de protection judiciaire : le révélateur formel de la suppléance de la volonté du majeur.

393. Le formalisme d'une demande d'ouverture d'un régime de protection appelle deux choses. Dans un premier temps, toute personne, du moment qu'elle a qualité à requérir une telle mesure, doit adresser sa demande à un juge des tutelles nécessairement compétent. Ainsi, la saisine du juge des tutelles sera conditionnée par cet aspect (I) : la saisine doit rester dans un cadre limité afin d'empêcher toute forme de saisine non conforme à l'intérêt de la personne à protéger. La légalité de la saisine du juge doit admettre une instruction du dossier proche de l'intérêt de la personne (II) : en évitant les saisines d'office du juge, soit par une personne n'ayant pas qualité, soit pour un motif non visé par la loi de réforme, c'est s'assurer que la mesure que peut ordonner le juge sera admissible sur le plan moral et juridique. Le temps où le juge des tutelles pouvait être saisi sur un simple signalement est révolu, le placement arbitraire sous une mesure illégale sur le fond est banni. Le formalisme tend toutefois à confirmer la suppléance de la volonté individuelle du majeur. Mais en même temps, il revalorise la prééminence de la personne du majeur dans les dispositifs de protection, puisque le majeur à protéger ne doit pas être éludé de la procédure, dans la limite de son état de santé et si ce dernier lui autorise à pouvoir s'exprimer devant le juge. Même si le majeur ne peut plus agir seul, la place qu'il doit avoir dans la procédure doit être centrale. Ainsi, la procédure mêle la suppléance de sa volonté à la prééminence de sa personne, car jusqu'à ce que le juge des tutelles ordonne une mesure de protection, la volonté du majeur demeure intacte.

I) La qualité de requérant : condition au respect de la personne du majeur dans la suppléance de sa volonté.

394. La saisine non plus d'office du juge des tutelles répond à un impératif voulu par la loi du 5 mars 2007. Désormais, seules les personnes désignées à l'article 430 du Code civil ont qualité pour saisir le juge des tutelles[949] (A). La saisine du juge des

[949] La saisine du juge des tutelles répond aussi d'un critère de compétence : la résidence habituelle du majeur ou le domicile du tuteur. Le critère de la résidence habituelle du majeur est un critère créé sous l'impulsion du droit international. En effet, il est la conséquence directe de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 relative à la protection internationale des adultes. La Convention de La Haye a posé en son article 5 le principe de compétence des autorités de l'État où réside habituellement le majeur protégé. Les effets de la Convention de La Haye ont alors un retentissement supérieur à la simple compétence territoriale selon le lieu où demeure le majeur. En effet, si une mesure de protection doit être prononcée par un juge français à l'égard d'un majeur étranger, le problème de la compétence territoriale de ce juge ne sera plus d'actualité. Car les effets de la Convention de La Haye s'appliquent à tous les ressortissants étrangers dont il faudrait prononcer par nécessité une mesure de protection. Ainsi, le juge français est légitime à prononcer une mesure de tutelle, dès lors qu'un ressortissant étranger est en situation de besoin sur le territoire français. C'est pourquoi, dans ces conditions, le droit interne s'applique à un ressortissant étranger de la même manière que s'il avait la nationalité du pays dans lequel la mesure est prononcée. Le critère de la résidence habituelle donne alors pouvoir au juge des tutelles d'appliquer le droit interne à un ressortissant étranger. Les États contractants sont souverains pour apprécier leur mise en application. C'est pourquoi, dans le cadre de la Convention de La Haye, le droit interne peut s'appliquer selon la loi du juge des tutelles saisi. L'autorité qui prend une décision est compétente pour appliquer son droit interne, d'une manière générale. Cependant, en retenant le critère de la résidence habituelle, la

difficulté n'est pas pour autant résolue dans le strict giron du droit interne. Si tant est que le critère de la résidence habituelle permette un suivi de la procédure relativement simple lorsque le juge national prononce une mesure de protection à l'égard d'un ressortissant étranger, puisque domicilié sur le territoire national, la difficulté perdure lorsque ce critère est retenu pour un ressortissant national. En effet, la loi du 5 mars 2007, suivant ce critère, n'a pas résolu le problème que peut engendrer la notion de résidence habituelle. Le protégé reste libre de choisir sa résidence, laquelle dépendra du juge territorialement compétent. Libre de choisir sa résidence, le majeur reste également libre de choisir une nouvelle résidence relevant de la compétence territoriale d'un autre ressort de compétence. En l'occurrence, si le juge saisi initialement n'est plus compétent, il devra se dessaisir. Il appert que le critère de la résidence habituelle de la loi du 5 mars 2007 propose la même problématique que le lieu où demeure le majeur dans le cadre de la loi du 3 janvier 1968. Dès lors, pour pallier cette faiblesse de la compétence territoriale selon le critère de la résidence habituelle, la loi du 5 mars 2007 a poursuivi la mise en œuvre du critère du domicile du tuteur. Sur la résidence habituelle, v. not. Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *Les tutelles, accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF Editeur, 2011, 5è éd., p. 45 ; Fl. Fresnel, « Le rôle de la famille dans le cadre de la nouvelle loi sur la protection des majeurs », *in* Dossier, La réforme des tutelles, les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n°1, p. 16 ; L. Pécaut-Rivolier, «Fiche pratique : saisir le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'une mesure de protection », *in* Dossier préc., AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 25 ; Th. Verheyde, « Le logement dans la réforme de la protection juridique des majeurs », AJ Fam., 16 novembre 2009, n° 11, p. 448. Le critère de compétence du domicile du tuteur est un critère qui permet de supplanter tout déménagement éventuel du majeur protégé, et par voie de conséquent, tout transfert de compétence du juge saisi *ab initio* au juge nouvellement compétent. Le critère du domicile du tuteur est déterminé à l'article 108-3 du Code civil qui dispose que *« le majeur en tutelle est domicilié chez son tuteur »*. L'article 1211 du Code de procédure civile reprend le même principe pour réaffirmer que ce critère est la compétence territoriale du juge des tutelles. L'avantage de ce critère est de réduire au maximum les risques de dessaisissements d'un juge saisi en cas de changement de résidence du majeur. En effet, que le majeur quitte son domicile pour un autre dépendant d'un autre juge ou pour un établissement de soins situé dans un autre ressort de compétence, le critère de la résidence habituelle voudrait que le juge se dessaisisse. Si la compétence territoriale du juge des tutelles est déterminée selon le critère du domicile du tuteur, le transfert de compétence n'est plus envisageable. En effet, par le biais du critère du domicile du tuteur, le changement de domicile du majeur n'entraînera aucun transfert de compétence. Puisque le majeur élit domicile chez son tuteur selon l'article 108-3 du Code civil, tous les actes de procédure se déroulent au domicile du tuteur. Il suffit que le tuteur ne change pas de ressort de compétence pour voir conserver la compétence territoriale du juge saisi, malgré les changements de résidence du majeur. Le critère du domicile du tuteur s'avère ainsi moins rigide et permet un suivi plus simplifié de la procédure au sein d'un seul ressort de compétence. En conséquence, le juge des tutelles n'est plus soumis à l'obligation de se dessaisir. Toutefois, le dessaisissement reste soumis à son appréciation et sa décision de conserver le dossier ou non dépendra de l'intérêt de la personne protégée. Il reste libre d'apprécier la pertinence et l'opportunité de conserver le dossier. Par ce pouvoir d'appréciation, la décision du juge de rester compétent sera prise en fonction de la résidence du majeur. Ce dernier peut effectivement quitter définitivement son domicile ou temporairement pour une durée plus ou moins longue. Suivant les difficultés que peut rencontrer le tuteur dans l'exercice de la mesure en fonction de l'éloignement du majeur, le juge rendra une ordonnance de dessaisissement ou non, malgré le critère du domicile du tuteur. Si le tuteur ne peut plus exercer la mesure dans les conditions normales d'exercice, en raison de l'éloignement du protégé, le juge pourra se dessaisir s'il est saisi d'une requête en dessaisissement déposée par le tuteur. Par contre, si la mesure se déroule dans des conditions telles que les intérêts de la personne protégée restent garantis, le juge conservera sa compétence malgré l'éloignement du majeur. C'est pourquoi, le critère du domicile du tuteur reste un critère très souple dans la gestion de la procédure et évite les difficultés liées aux transferts de compétence. La suppléance la volonté individuelle est ainsi limitée : le juge saisi à l'origine peut conserver le dossier et suivre au mieux le majeur du moment que la mesure exercée à distance n'est pas problématique. Dans le cas contraire, un nouveau juge sera désigné pour assurer un autre suivi, conformément à ses intérêts. Sur le domicile du tuteur, v. not. les mêmes références de cette note, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., p. 45, pareillement

tutelles, dans la majorité des cas par la famille, tend à lui faire jouer un rôle plus actif. La famille connaissant suffisamment le majeur à protéger, elle sera à même de suppléer sa volonté dans le plus grand respect de ses intérêts. L'intervention de la famille confirme une chose : la défaillance du majeur étant établie, la famille met en avant l'inaptitude du majeur à agir dans son intérêt. En outre, la loi nouvelle va à l'encontre d'un principe posé par la loi du 3 janvier 1968 : si cette dernière prévoyait que le juge des tutelles avait la possibilité de se saisir d'office, la loi du 5 mars 2007 en supprime l'application. Sauf cas exceptionnels, le juge des tutelles ne peut plus se saisir d'office (B) afin d'éviter les placements sous protection arbitraires.

A- Primauté de saisine donnée à la famille.

395. L'article 430 du Code civil[950] détermine les personnes ayant qualité à saisir le juge des tutelles[951] dans le cadre de l'ouverture d'un régime de protection d'un majeur.

L. Pécaut-Rivolier, art. préc. La compétence des États en matière de protection internationale des adultes est définie aux articles 5 à 12 de la Convention de la Haye : M.-C. de Lambertye-Autrand, « L'internationalisation de la protection des majeurs vulnérables », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 39 et sui., § 11 à 15. La compétence de principe est déterminée à l'article 5 : les autorités de l'État signataire, qu'elles soient administratives ou judiciaires, sont compétentes quant à la résidence habituelle du majeur : P. Lagarde, « La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes », Rev. Crit. DIP, 15 juin 2000, n° 2, pp. 159 et sui. ; D. Guérin-Seysen, « La dimension internationale de la protection juridique des majeurs », RD Sanit. Soc., 29 avril 2011, n° 2, p. 279. C'est donc le critère de la résidence habituelle qui détermine la compétence *rationae loci* de l'État aux fins d'ouverture d'une mesure de protection. La Convention de La Haye prévoit toutefois un transfert de compétence dans des cas particuliers. L'article 8 précise ainsi :

« les autorités de l'État contractant ayant compétence en vertu des articles 5 […], si elles considèrent que tel est l'intérêt de l'adulte, peuvent de leur propre initiative ou à la demande de l'autorité d'un autre État contractant, requérir les autorités de l'un des États mentionnés au paragraphe 2 de prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'adulte […]. Les États concernés sont : l'État dont l'adulte possède la nationalité ; l'État de la précédente résidence habituelle de l'adulte ;un État dans lequel sont situés des biens de l'adulte ; l'État dont les autorités ont été choisies par écrit par l'adulte pour prendre des mesures tendant à sa protection ; l'État de la résidence habituelle d'une personne proche de l'adulte disposée à prendre en charge sa protection ; l'État sur le territoire duquel l'adulte est présent, en ce qui concerne la protection de sa personne.[…] »

Un transfert des compétences est alors admis à la demande de l'autorité du ressortissant ou à la demande du juge des tutelles. Ainsi, il serait fait fi des autorisations que l'État de résidence habituelle ne pourrait avoir, et la pratique notariale serait autrement plus aisée, ce qui éviterait de nombreux imbroglios juridiques : M. Revillard, « La protection internationale des adultes et droit international privé des majeurs protégés », Defrénois, n° 38876, 15 janvier 2009, p. 35 et sui. Pour un exemple récent d'une procédure en ouverture d'un régime de protection concernant un majeur hébergé en foyer en Belgique la semaine et retournant la week end en famille d'accueil : Douai (CA), 26 novembre 2015, n° 14/06652, AJ Fam. 2016.57, obs. É. Pecqueur, RTD Civ. 2016.85, obs. J. Hauser.

[950] Ce dernier dispose en ce sens, sans qu'aucune équivoque ne puisse survenir quant à l'interprétation de ses dispositions : *« La demande d'ouverture de la mesure de protection peut être présentée au juge par la personne qu'il y a lieu de protéger, ou selon le cas, par son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité, ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux, ou par un parent ou un allié, une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, ou la personne qui exerce à son égard une mesure de protection.*

Elle peut être également présentée par le procureur de la République soit d'office, soit à la demande d'un tiers. »

396. Les personnes disposant de ce droit tendent donc à suppléer la volonté du majeur. La qualité de requérant[952] est décrite sous une forme dualiste. Dans un premier temps, la famille, dans son acception générale, constitue le premier groupe de personnes suppléant la volonté du majeur. Un concubin, un conjoint, un partenaire de PACS, les parents *lato sensu*, ou encore une personne de confiance, telle la personne qui entretient des liens étroits et stables, font partie de l'entourage proche de la personne à protéger et constituent le noyau familial[953]. Dans un second temps, on retrouve le procureur de la République, en tant que représentant et défenseur de l'ordre public et de l'intérêt général. Le procureur de la République transmets alors au juge des tutelles l'ensemble des signalements qu'effectuent les services sociaux ou les intervenants médicaux en lien avec la personne à protéger. De la lecture stricte de cet article, on peut en tirer les deux conséquences suivantes. La première est que le juge des tutelles n'a pas qualité à intervenir d'office[954] dans la demande d'ouverture de la mesure. Il doit être nécessairement saisi par une personne visée à l'article 430 du Code civil expressément limitatif. Caractère limitatif qui peut s'apprécier ainsi dans la seconde conséquence qui est celle-ci : la loi du 5 mars 2007 reprend le principe posé par l'article 493 ancien, alinéa 1er, du Code civil.

Les personnes désignées sont les mêmes que celles visées par ledit article, l'alinéa 1er rajoutant également que le juge des tutelles pouvait se saisir d'office. La loi du 3 janvier 1968 a donné à ce caractère limitatif des requérants un caractère d'ordre public, ce que confirmait la Première chambre civile de la Cour de cassation[955]. Le juge des tutelles devait vérifier que la requête en ouverture d'un régime de protection émanait de l'une des personnes nommément visées à l'article 493 ancien, alinéa 1er. À défaut de saisine par l'une de ces personnes, le juge des tutelles se trouvait dans l'obligation de relever la fin de non-recevoir, issue de la lecture du texte, et déclarer l'irrecevabilité de la demande d'ouverture. Ce texte était ainsi considéré comme d'ordre public, ce que la loi du 5 mars 2007 a repris pour l'appliquer à l'article 430 du Code civil. Le juge des tutelles ne pourra recevoir la requête qu'à la condition expresse qu'elle émane des personnes désignées par le texte réformateur.

397. La nouvelle mouture de ce dernier s'inscrit pleinement dans la dimension relative à la personne. En effet, le texte tient compte des nouveaux modes familiaux engendrés par l'évolution de la famille. Nouveaux « partenaires » dans le cadre de nouvelles unions, la loi du 5 mars 2007 ne fait que s'adapter à l'évolution des mœurs. Puisqu'il existe aujourd'hui de grandes ressemblances entre des conjoints et des partenaires de PACS[956], sans doute un peu moins avec les concubins mais tout de même, il existe cependant une communauté de vie entre ces personnes et une gestion similaire des affaires du couple. C'est pourquoi, la qualité de requérant devait nécessairement être donnée aux partenaires de ces unions nouvelles, ces derniers partageant les mêmes intérêts dans le cadre conjugal, à condition toutefois que la communauté de vie existât[957]. Cet élément se retrouve ainsi à l'article 430 du Code civil,

---

[951] Th. Fossier, « Quand le juge (des tutelles) se fait discret », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 46 et sui. ; A. Caron-Deglise, « L'ouverture d'une mesure de protection, les principaux aménagements de la loi », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 50 et sui. ; v. *supra* n. n° 949, L. Pécaut-Rivolier, art. préc.

[952] M.-H. Isern-Réal, « La loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique du majeur », Gaz. Pal., mars-avril 2009, pp. 1014 et sui.

[953] V. *supra* n. n° 949, Fl. Fresnel, art. préc.

[954] V. *supra* n. n° 951, Th. Fossier, art. préc.

[955] Civ. 1ère, 23 juin 1987, n° 85-17.126, Bull. Civ. I, n° 207, p. 153.

[956] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 44 ; v. *supra* n. n°951, A. Caron-Deglise, art. préc.

[957] Civ. 1ère, 4 janvier 1978, n° 76-13.365, Bull. Civ. I, n° 4, p. 4

lequel reprend les dispositions de l'article 493 ancien, alinéa 1er, et qui fait suite à un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation[958]. Un époux a été placé sous curatelle à la demande de sa femme, épouse qu'il avait abandonnée pour rejoindre sa maîtresse. Les juges du fond ont constaté que l'épouse éconduite avait cherché à poursuivre la communauté de vie, ce qui permettait ainsi de recevoir en la forme la requête en ouverture de la mesure de protection et constater en effet l'existence de la communauté de vie. C'est pourquoi, si elle n'avait pas poursuivi cette communauté de vie, la demande d'ouverture d'un régime de protection se serait vue opposer une fin de non-recevoir. La Cour de cassation a donc confirmé la position des juges du fond quant à l'existence de cette communauté de vie afin de reconnaître à l'épouse la qualité de requérant.

398. Le texte s'étend également aux *« personnes de confiance »* ; ces dernières entretiennent des liens étroits et stables avec la personne à protéger et peuvent suppléer cette dernière dans la saisine du juge des tutelles. Le texte n'en dit pas davantage, mais ces personnes peuvent s'apparenter à des amis fidèles de longue date connaissant bien la personne que l'on veut protéger ; notion qui toutefois, doit être appréciée par le juge des tutelles, et pour lever les doutes quant à cette notion, le juge peut entendre cette personne dans le cadre d'une audition et constater qu'il existe bien un lien étroit et stable. En pratique, cette notion ne pose pas de difficulté d'appréciation. Par contre, elle peut révéler l'existence d'un lien de subordination, dans le sens où la relation peut révéler en réalité une forme d'abus de faiblesse ou de fausse confiance.

Le texte rajoute en outre les alliés, qui, sous l'égide de la loi du 3 janvier 1968, ne pouvaient donner que leur avis quant à la mesure demandée, alors que sous l'autorité de la loi du 5 mars 2007, ils peuvent recouvrir la qualité de requérant.

399. Enfin, l'article 430 du Code civil donne la qualité de requérant aux personnes qui exercent déjà une mesure de protection en qualité de mandataire spécial, dans le cadre d'une sauvegarde de justice, d'une curatelle ou d'une tutelle, de même que dans le cadre d'un mandat de protection future. Application logique au vu de leur qualité de mandataire, ces personnes doivent être en mesure de solliciter par exemple un allégement ou une aggravation de la mesure prononcée. Une exception demeure à l'égard du mandataire qui exerce une MAJ[959].

Pour finir sur cet élargissement de la liste des requérants désignés, le procureur de la République[960] conserve cette qualité. Le contraire eut été surprenant. Quant au majeur à protéger, il peut aussi demander sa mise sous protection, mais cela reste plus rare, même si la pratique le rencontre assez régulièrement, révélant ainsi une volonté non défaillante, mais altérée.

Par contre, les saisines par le majeur à protéger assisté d'une assistante sociale deviennent fréquentes et ne respectent pas complètement les droits de la défense. En effet, certains majeurs ne sont pas en mesure d'appréhender les conséquences d'une telle saisine, mais peuvent toutefois signer la requête. Or, ces seings apposés en dépit d'une absence totale de connaissance des suites données à cette demande ne servent qu'à gagner du temps et à accélérer la procédure. L'intérêt ici est de passer outre le filtre du procureur de la République

---

[958] *Ibid*.

[959] La circulaire DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 (p. 8) prévoit cette interdiction, notamment *« [afin] d'éviter que les services sociaux aient la possibilité de saisir directement le juge des tutelles, ce qui limiterait les garanties procédurales que la réforme instaure pour assurer un meilleur respect du principe de subsidiarité. Le mandataire exerçant une [MAJ] qui estime que le besoin de protection de la personne a évolué et qui souhaite obtenir la transformation de la MAJ devra donc saisir le procureur de la République, qui vérifiera la pertinence de la requête et appréciera la suite à lui donner ».*

[960] V. *supra* n. n° 951, A. Caron-Deglise, art. préc.

par lequel doivent passer les services sociaux, puisque la saisine du Parquet engendre un temps plus long dans l'ouverture de la procédure entre les mains du juge des tutelles.

400. L'hospitalisation d'une personne malade constitue ainsi un bon exemple du filtre joué par le Parquet. Le procureur peut être avisé de la nécessité de gérer les intérêts de cette dernière car médicalement, en raison de son hospitalisation et du traitement qu'elle reçoit, son état lui empêchera toute administration de ses intérêts. La protection qu'offre la sauvegarde médicale ne tend pas nécessairement à aboutir à une protection judiciaire, même si elle peut en être l'issue. Un médecin traitant[961] ou un médecin d'établissement hospitalier, quel qu'il soit[962], informe le procureur de la République par déclaration médicale[963]. Si la déclaration est établie par un médecin traitant[964] et que ce dernier estime que la personne examinée a besoin d'être représentée temporairement, le procureur de la République doit en être informé, mais il ne s'agit en aucun cas d'une obligation formelle. L'information au procureur est facultative ; le médecin traitant peut simplement indiquer à la famille de la personne malade de demander éventuellement une mesure de protection au juge des tutelles ; la famille prendra alors ses dispositions et décidera ou non de saisir le juge des tutelles. Par contre, s'il indique au procureur de la République cette nécessité, sa déclaration médicale devrait être accompagnée de l'avis conforme d'un médecin psychiatre[965]. Si la déclaration est établie par un médecin d'établissement de soins, le constat de la nécessité de représenter la personne rend obligatoire la déclaration[966] au procureur de la République. Ce médecin doit être indépendant de la famille du malade.

401. La sauvegarde médicale se limite à une durée de deux mois, renouvelable par période de six mois ; suivant la nécessité, son renouvellement peut être décidé pour un an supplémentaire[967], mais la loi limite son renouvellement par la voie judiciaire uniquement[968]. La sauvegarde médicale laisse place à la sauvegarde de justice à caractère judiciaire que le juge des tutelles instaure après avoir été préalablement saisi par le procureur de la République ou la famille du malade[969]. L'audition de la personne à protéger est obligatoire, sauf urgence constatée. Le juge prononcera une sauvegarde de justice et indiquera qu'il renouvelle la mesure si un certificat médical circonstancié justifie son renouvellement.

Le terme de la mesure intervient lorsque le délai d'un an arrive à expiration, éventuellement au terme du délai de renouvellement si aucune mesure de tutelle ou de curatelle n'est ouverte. En dehors de ces cas, la mesure devient caduque si le médecin indique par déclaration médicale que la sauvegarde médicale n'a plus lieu d'être. Elle peut aussi devenir caduque si, sur décision du procureur de la République, ce dernier décide sa radiation. De la même façon, elle prend fin si le juge des tutelles ouvre une mesure de protection

---

[961] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 62.

[962] CSP, art. L. 3211-6.

[963] C. Sévely-Fournier, « Fiche pratique : le rôle du Parquet dans les mesures de protection juridique », *in* Dossier Réforme des tutelles, les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 70 ; du même auteur, « Quel rôle pour le Parquet dans la protection juridique des majeurs ? », Rec. D., 30 avril 2009, n° 18, pp. 1221 et sui. La mesure prend effet à compter de la déclaration au procureur de la République.

[964] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 149.

[965] « Les personnes vulnérables », rapp. du 102è du Congrès des notaires de France, 2006, p.364 et sui.

[966] Le médecin qui signale au procureur de la République le cas d'un majeur dans une situation nécessitant une protection temporaire ne viole pas le secret professionnel.

[967] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 150.

[968] C. civ., art. 439, al. 1er

[969] Les requérants doivent avoir la qualité des personnes mentionnées à l'article 430 du Code civil.

judiciaire. Une mainlevée judiciaire de la sauvegarde médicale entraîne pareillement sa radiation[970].

402. Hors cet exemple où l'intérêt est de placer un majeur sous le coup d'une sauvegarde médicale et dont on ne peut passer outre le filtre du Parquet, le procureur de la République peut tout de même être « court-circuité » lorsque la demande est signée par le majeur alors qu'il n'est plus en état de comprendre les effets d'une telle demande. Or, comme évoqué, en voulant gagner du temps, les services sociaux ne respectent en aucun cas la volonté d'un majeur qui n'est plus capable de comprendre la finalité de son engagement, puisque la signature est censée traduire ce que souhaite ce dernier. Mais sur ce point, la loi du 5 mars 2007 est défaillante. Il suffit simplement de faire signer une demande de protection à un majeur dans un moment de lucidité pour rendre ce dernier requérant. Les personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer, suivant le stade d'évolution de la maladie, peuvent par moments être suffisamment lucides pour comprendre ce que les services sociaux avancent. Mais avec Alzheimer, la vérité d'aujourd'hui n'est plus celle de demain. Le même majeur ne sera sans doute plus capable de se remémorer le moment où on lui a fait signer la demande de protection. L'audition devant le juge des tutelles ne fera que confirmer cette position, puisque la maladie d'Alzheimer affecte la mémoire récente alors qu'elle peut préserver la mémoire ancienne. C'est pourquoi, le réflexe pour les services sociaux de faire signer un majeur qui n'est plus en état de comprendre qu'il s'engage à demander son placement sous protection est une atteinte à la volonté et au respect de la personne du majeur. Pourquoi ne pas lui faire signer un chèque en blanc ou n'importe quel contrat ? faire signer un majeur inapte ne devrait plus avoir cours, mais faute de pouvoir sanctionner les services sociaux qui ne respectent pas le texte de la loi, le défaut de respect du majeur se poursuivra. C'est ainsi que la suppléance de la volonté individuelle s'apprécie nettement.

403. Une difficulté peut survenir quant à déterminer le requérant lorsque la requête est présentée, dans un premier temps, par le procureur de la République, puis dans un second temps, par un membre de la famille du majeur. Le cumul de requérants n'est pas spécialement écarté par les textes, aucune disposition ne prévoyant que seul le premier requérant a primauté sur les autres requérants. Dès lors, cela n'entraînerait pas l'exclusion de l'un d'eux, même si la date d'arrivée de la requête au greffe donnera primauté d'enregistrement de la demande.

Un arrêt du 12 juin 2013 reste ambivalent sur cette position[971]. En effet, sur saisine du procureur de la République, le juge des tutelles, après instruction de la demande, a rejeté le placement sous curatelle renforcée d'un majeur. La fille de ce dernier interjette appel de la décision ; les juges d'appel[972] déclarent recevables le recours de cette dernière, ayant considéré qu'elle avait saisi par requête le juge des tutelles, ce qui, en conséquence, lui permettait de contester la décision de non lieu à placement sous protection[973]. Pour la Cour de cassation, le raisonnement est tout autre. Selon elle, seul le procureur de la République

---

[970] Comme cela peut se déduire des dispositions de l'article 439, alinéa 2, du Code civil.

[971] Civ. 1ère, 12 juin 2013, n° 12-14.443, Bull. Civ. I, n° 598, « peut-il y avoir plusieurs requérants consécutifs à l'ouverture d'une mesure de protection ? », AJ Fam. 16 juillet 2013, n° 7, p.447, n. Th. Verheyde ; RTD Civ., 15 octobre 2013, n° 3, p. 578, obs. J. Hauser. Dans le même sens, sur le droit de recours ouvert au seul requérant (en l'occurrence le Parquet) : Civ. 1ère, 19 mars 2002, n° 00-17.218, inédit, RTD Civ. 2002. 485, obs. J. Hauser, ou encore Civ. 1ère, 8 février 2005, n° 02-10.739, Bull. Civ. I, n° 72, p. 63 ; *D*. 2005. 594 ; *ibid*. 2006. 1570, obs. J.-J. Lemouland et J.-M. Plazy; AJ fam. 2005. 196, obs. C. Grimaldi ; RTD civ. 2005. 365, obs. J. Hauser.

[972] En l'occurrence le tribunal de grande instance officiant en qualité de juge d'appel, la procédure initiale ayant été ouverte avant l'entrée en vigueur du décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs.

[973] Car le requérant peut faire appel de la décision de non-lieu, ce qui était l'enjeu de cet arrêt.

pouvait être considéré comme requérant, puisque *a priori*, aucun élément ne permettait de dire que le fille de l'intéressé avait la qualité de requérant. Pour autant, les éléments du dossier doivent clairement indiquer le nom du requérant, ce dernier devant signer et dater la requête. Toutefois, la Cour de cassation a pu considérer que la requête a été, non pas transmise directement au juge des tutelles, mais plutôt envoyée dans un premier temps au procureur de la République qui aurait saisi en suivant le juge des tutelles. Sur cette base, la Cour de cassation n'a pas reconnu la qualité de requérant de la fille du majeur, ce qui ne lui donne pas pouvoir d'interjeter appel de la décision de non lieu.

Au contraire, cette qualité admet l'inverse. La qualité de requérant détermine ainsi les personnes qui peuvent contester un non lieu à mesure[974]. La Cour de cassation semble stricte sur ce point, ce qui semble contestable, puisque celui qui saisit le juge dans le respect des formes revêt la qualité de requérant. Si un requérant familial envoie, ne serait-ce que par erreur, sa demande de protection au procureur de la République, ce dernier retournera la demande au juge des tutelles, le procureur regardant simplement si la saisine est familiale ou émanant des services sociaux. Si tel n'est pas le cas, le procureur saisira en qualité de requérant le juge des tutelles. Sinon, la saisine reste celle de la famille, ce qui admettra le recours de la famille (du moins le requérant) en cas de non lieu. C'est pourquoi, cette position semble sévère, surtout si les éléments du dossier pouvaient déterminer la qualité de requérant familial. La jurisprudence devra être plus explicite en la matière au risque de voir des requérants familiaux exclus de tous recours en cas d'interprétation alambiquée des juges du droit.

404. Si, par conséquent, la suppléance de volonté du majeur donne lieu à une saisine du juge des tutelles par la famille, il convient de voir que le juge des tutelles ne peut se substituer au majeur pour se saisir d'office d'une demande de placement sous protection.

B- La suppression de la saisine d'office du juge des tutelles, ou la non ingérence du juge dans la vie privée du majeur.

405. De la loi du 3 janvier 1968 à la loi du 5 mars 2007, de l'article 493 ancien à l'article 430 du Code civil, on est passé d'une saisine d'office du juge des tutelles autorisée à une saisine proscrite. Les juges des tutelles pouvaient ainsi se saisir d'office en se substituant au rôle des familles[975] et en dehors de toute volonté du majeur. De la même façon, les juges des tutelles faisaient des signalements à destination des procureurs de la République un domaine réservé[976]. Le droit volontaire était ainsi bafoué : cette posture tendait à admettre la

[974] V. *infra* § 488 et sui. relatifs aux modalités de recours.

[975] A.-M. Leroyer, « Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », RTD Civ., 15 juin 2007, n° 2, pp. 394 et sui. ; v. *supra* n. n° 951, Th. Fossier, art. préc.

[976] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 55 ; Th. Fossier, « Les rôles du juge des tutelles : décidément, un juge 'social' », RD. Sanit. Soc., 15 septembre 2008, n° 5, pp. 821 et sui. ; v. *supra* n. n° 963, C. Sévely-Fournier, art. préc., Rec. D., 30 avril 2009, n° 18, pp. 1221 et sui. Désormais, le procureur de la République est seul destinataire des signalements, comme le prévoit la circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 : si le procureur de la République est saisi par une personne visée à l'article 430 du Code civil, il devra lui indiquer de saisir directement le juge des tutelles ; il peut aussi réorienter un requérant vers les services sociaux, notamment en ce qui concerne les MASP ; il transmettra également au juge des tutelles des éléments complémentaires permettant d'accélérer l'instruction de la requête afin de prendre une décision opportune. Dans un autre ordre d'idée, les frais de justice ne doivent pas être mis de côté : ainsi, une expertise médicale requise par le procureur de la République sera payée au titre des frais de justice, ce qui accroît les dépenses des juridictions. Si une personne visée à l'article 430 du Code civil saisit le

saisine du juge en toutes circonstances, en dehors de ce que pouvait même penser le majeur. La suppléance de volonté pouvait apparaître comme une norme : le majeur n'avait donc pas les moyens de s'extraire de la toute puissance du pouvoir judiciaire, lequel agissait de manière intrusive dans la vie privée du majeur, ne tenant nullement compte de quelque volonté que ce fût. L'inverse est désormais la règle : le juge ne se saisit plus d'office dans les situations pour lesquelles la loi lui a retiré cette prérogative. Seules les familles, le majeur lui-même et le procureur de la République[977] ont le pouvoir de saisir le juge des tutelles dans les cas d'ouverture[978] (1) ; il n'en demeure pas moins que la saisine d'office reste envisageable dans certaines hypothèses qui ne tendent pas à porter atteinte aux droits de la personne (déjà) protégée plus sévèrement et à condition qu'elle soit faite dans un intérêt réellement protecteur (2). Pour autant, quand bien même on limite les pouvoirs du juge, le majeur à protéger voit-il ses droits davantage préservés ?

1) Les cas d'ouverture d'une mesure de protection et d'aggravation de la mesure : le principe de la suppression de la saisine d'office, ou le respect d'une volonté inexprimable.

406. Il n'est plus d'interprétation possible quant à la saisine d'office du juge des tutelles. L'article 430 du Code civil ne prévoit plus ce mode de saisine[979], afin de mettre un terme à la pratique qui consistait en ce que le juge des tutelles se saisît sans tenir compte des libertés et droits fondamentaux du majeur. Non pas que la saisine soit interdite d'un point de vue légal, elle n'est plus envisagée par le visa dudit article, seulement toutefois en ce qui concerne l'ouverture d'une mesure[980] ou son aggravation.

407. La saisine d'office peut s'apprécier hors le cas d'un signalement émanant des servies sociaux passant outre le filtre du procureur de la République. Le juge des tutelles doit

---

procureur de la République alors qu'elle a déjà obtenu le certificat médical, ce dernier la transmettra auprès du juge des tutelles, car dans cette hypothèse, le coût de l'expertise médicale sera à la charge de la personne à protéger. De la sorte, les coûts en termes de frais de justice tendent à se réduire, sauf en cas d'impécuniosité du majeur : l'expertise médicale sera prise en charge au titre des frais de justice, comme le prévoient les dispositions de l'article R. 93-3 du Code de procédure pénale, si bien sûr, le requérant n'a pas fait établir l'expertise.

[977] Le procureur de la République peut notamment saisir le juge des tutelles en cas de désistement de la famille dans la procédure de mise sous protection. V. en ce sens : Civ. 1ère, 20 juin 2011, n° 11-00.007, Bull. Avis, n° 9, *D.* 2011. 1771 ; AJ famille 2011. 377, obs. Th. Verheyde ; J. Hauser, RTD Civ. 14 octobre 2011, n° 3, p. 512, « Privatisation procédurale de la protection des majeurs sans bémol », LPA, 22 juillet 2011, n° 145, pp. 10 et sui., obs. D. Noguéro.

[978] Le cas d'aggravation de la mesure déjà ouverte échappe aussi à l'autorité du juge, seule la famille pouvant le saisir à cet effet.

[979] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 44 et 49 ; Fr. Mananga, « Sur les mesures d'application de la réforme de la protection juridique des majeurs », RD. Sanit. Soc., 15 mai 2009, n° 3, pp. 536 et sui. ; L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, « La juridiction des tutelles dans le nouveau dispositif de protection des majeurs », *in* Dossier Réforme des tutelles : les acteurs de la protection, AJ Fam., 14 mai 2007, n° 5, pp. 208 et sui. ; L. Pécaut-Rivolier, « Les mesures de protection du Code civil comme dispositif d'accompagnement », *in* Dossier L'accompagnement, entre droit et pratique, RD Sanit. Soc., 31 décembre 2012, n° 6, pp. 1010 et sui.

[980] Notamment parce que la saisine d'office dans le cadre de l'ouverture pouvait paraître abusive, d'où la volonté du législateur de réduire le nombre de ces saisines. V. en ce sens *supra* n. n°949 ; L. Pécaut-Rivolier, « Les mesures concrètes pour simplifier l'exercice des mesures et diminuer leur nombre» *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 10 ; G. Lesigne, « Le rôle du Parquet dans la protection des personnes vulnérables », *in* Dossier, Majeurs protégés : procédure, AJ fam. 2014, n° 3, pp. 170 et sui.

constater la jonction du certificat médical circonstancié[981] à la demande d'ouverture. Ce certificat justifiera sa saisine au regard de l'état de santé du majeur. L'article 431 du Code civil fait de cette condition de recevabilité de la demande une nécessité à peine de fin de non-recevoir de la demande s'il n'est pas joint à la requête initiale. À la réception d'une requête incomplète sur le plan médical, le juge est dans l'obligation de rendre une ordonnance d'irrecevabilité pour non production du certificat médical circonstancié[982]. Si le juge déclarait recevable la demande de protection hors la présence dudit certificat, il irait ainsi au-delà de ce que la loi lui permet. Le juge commettrait une grave intrusion dans la vie privée du majeur pour lequel aucun diagnostic n'établit formellement l'existence de telle pathologie nécessitant une mesure de protection. Si la famille ne parvient pas à obtenir de certificat médical circonstancié, faute de pouvoir payer le coût de l'expertise, c'est le Parquet qui devra être saisi et prendre des réquisitions de désignation du médecin aux fins d'établir l'expertise, au titre de l'impécuniosité. Si le juge des tutelles prend connaissance d'une situation particulière de la part des services sociaux, il devra renvoyer à mieux se pourvoir ces derniers qui devront passer par le procureur de la République.

La suppression de la saisine d'office doit tendre au respect d'une volonté qui ne peut plus s'exprimer. Agir dans ces conditions revient donc à imposer une procédure que le majeur ne voudrait sans doute pas. Le juge des tutelles est à la fois juge et partie s'il se saisit d'office. Il ne peut pas se saisir d'un dossier dont il aurait des connaissances partielles et prononcer un placement sous protection. Il en va de son impartialité : un placement sous protection est attentatoire à la vie privée, le majeur doit pouvoir défendre ses intérêts sans se heurter à un juge qui saurait dès sa propre saisine la décision qu'il envisage. La suppléance de volonté ne doit pas pouvoir admettre une telle situation si peu respectueuse des intérêts personnels et patrimoniaux du majeur. On sait très bien que si la nécessité, au sens littéral, de placer un majeur sous protection est avérée, le juge ne pourra que prononcer l'ouverture d'un régime de protection. Par contre, un placement décidé en amont au moment où le juge apprend la situation du majeur ne peut être admissible. La suppléance de volonté est déjà suffisamment dommageable sur le plan psychologique pour certains majeurs qui ne supportent pas l'idée d'être réduits sur le plan mental ou physique, si leur volonté est d'autant plus suppléée par le pouvoir judiciaire, c'est confiner à l'arbitraire le plus absolu. La suppression de la saisine d'office du juge dans le cadre de l'ouverture d'un régime de protection est donc légalement et humainement justifiée concernant le respect de la personne du majeur.

408. Si la restriction de la saine d'office du juge des tutelles est devenue la règle en matière d'ouverture d'une mesure de protection, elle s'applique également au cas

---

[981] V. *supra* n. n° 951, A. Caron-Deglise, art. préc. ; v. *supra* n. n° 979, L. Pécaut-Rivolier, art. préc.

[982] La pratique des greffes de tutelles met en œuvre une autre mesure. Sitôt la requête examinée par le greffe, la demande est retournée à son auteur aux fins de régularisation de la demande. Quand bien même le juge des tutelles pourrait délivrer une ordonnance d'irrecevabilité, le greffe retourne simplement la requête à son auteur en lui indiquant que sa demande est incomplète. Cette solution a l'avantage de réduire les délais de régularisation. Le demandeur n'a plus qu'à joindre la pièce manquante pour voir sa demande traitée par le greffe. La perte de temps dans la régularisation de la demande est considérablement réduite, car si l'on s'en tient à l'ordonnance d'irrecevabilité que peut délivrer le juge, le requérant serait obligé de reconstituer un entier dossier avec la perte de temps qu'engendrerait la réception au greffe et l'enregistrement des requêtes dont les services de tutelles sont inondés. Dans le même sens, lorsque la demande émane des services sociaux, le juge des tutelles renverra les services sociaux à mieux se pourvoir en leur indiquant d'adresser leur demande au Parquet qui accomplira les diligences nécessaires aux fins de constitution d'une requête recevable en la forme.

d'aggravation d'une mesure initialement prononcée[983]. En effet, sauf si une requête en aggravation est adressée au juge des tutelles, ce dernier se verra dans l'impossibilité de prononcer l'aggravation de la mesure s'il n'est pas saisi à cet effet.

Dans cette hypothèse également, l'équivoque n'est pas de mise. Le défaut de saisine du juge en aggravation ne permet pas de statuer en ce sens. Pourrait-il seulement renouveler la mesure arrivant à échéance, il ne pourrait l'aggraver. La simple jonction d'un certificat médical constatant l'aggravation de l'état de santé du majeur et précisant la nécessité d'instaurer une mesure plus forte permet par contre la modification du régime de protection, contre régularisation ultérieure par jonction d'une demande d'aggravation. Cette obligation imposée par la loi est de permettre au juge des tutelles d'avoir plusieurs points de vue sur la nécessité d'aggraver la mesure : point de vue du médecin inscrit ou du médecin traitant[984] en ce qui concerne l'état de santé et la durée d'aggravation, point de vue du juge lui-même sur ce qu'il perçoit de l'exercice de la mesure et de l'évolution ou non de l'état de la personne, mais aussi point de vue de la personne qui demandera l'aggravation de la mesure. De cette confrontation des divers points de vue, le juge des tutelles pourra renforcer son appréciation de la mesure prononcée et ordonnera à juste titre l'aggravation de la mesure. Ainsi, comme dans le cadre de l'ouverture, la suppléance de volonté ne doit pas permettre une aggravation arbitraire du régime instauré *ab initio*. La gravité que représente la demande de modification du régime ne doit pas dépendre du juge, sinon, c'est reconnaître qu'il peut s'ingénier dans la vie du majeur et décider sur la seule base de son appréciation personnelle que la personne protégée doit bénéficier d'une mesure encore plus privatrice de droits. La saisine du juge reste donc l'apanage de la famille, tant dans l'ouverture que dans l'aggravation de la mesure de protection.

2) Les hypothèses de maintien de la saisine d'office du juge des tutelles.

409. En raisonnant *a contrario*, la possibilité de le voir se saisir d'office[985] est admise dans certains cas. Le juge des tutelles est admis à statuer d'office dans le cadre de la mainlevée de la mesure, sa modification dans le sens de l'allégement, ou son renouvellement à l'identique. Il statuera ainsi lorsque la famille ne demandera pas officiellement la révision de la mesure, malgré la réception au greffe d'un certificat médical ; pareillement alors même que la situation d'un majeur nécessite d'être réexaminée urgemment, en dehors de toute saisine de la famille et de l'absence de tout certificat médical[986]. Il peut aussi se saisir d'office en raison

[983] L'article 442, alinéa 4, du Code civil dispose en ces termes : *« [Le juge des tutelles] statue d'office ou à la requête d'une des personnes mentionnées à l'article 430, au vu d'un certificat médical et dans les conditions prévues à l'article 432. Il ne peut toutefois renforcer le régime de protection de l'intéressé que s'il est saisi d'une requête en ce sens satisfaisant aux articles 430 et 431. »*

[984] Le certificat médical du médecin traitant n'est pas recevable en tant que tel dans le cadre de l'aggravation. Il peut être par contre le complément d'un certificat établi par un médecin inscrit, ce qui tendrait à faire concorder les éléments d'appréciation de l'aggravation de l'état de santé de la personne et la nécessité de modifier le régime de protection.

[985] Cas prévus à l'article 442, alinéa 3, du Code civil et dans le cas de la fin d'un mandat de protection future. Un cas particulier est admis en dehors des régimes de protection. Le juge peut se saisir d'office afin de révoquer un mandat de protection future et prononcer l'ouverture d'une mesure de protection.

[986] Cela peut être la cas lorsque la famille n'accomplit aucune diligence, notamment son obligation de révision de la mesure arrivant à échéance. Si tel est le cas, le juge peut se saisir d'office et statuer, mais seulement en maintenant le régime en cours, bien qu'aucun élément médical ne justifie la nécessité de maintenir ou non le régime actuel. Mais justement en l'absence du certificat, le juge ne connaît rien de la situation du majeur et doit penser dans l'intérêt du majeur. Quitte à maintenir une mesure qui ne servirait plus à rien, le juge doit maintenir la mesure. Une fois la décision de maintien

de la liberté qui lui est donnée d'intervenir quand il le souhaite dans le déroulement de la mesure. Dans le même ordre d'idée, le juge peut se saisir d'office dans le cadre de la révocation d'un mandat de protection future. En révoquant la convention[987], il peut ouvrir une mesure de protection judiciaire.

Dès lors, autant sur saisine par requête d'une personne mentionnée à l'article 430 du Code civil que sur saisine d'office selon l'article 442 du même code, le juge des tutelles peut ouvrir une mesure de sauvegarde de justice en tant que mesure provisoire, une curatelle ou une tutelle, en raison de son intervention dans le cadre du déroulement du mandat de protection future[988]. La décision d'ouverture d'une mesure de protection se fera par jugement après établissement d'un jugement initial de révocation du mandat de protection future. Ces deux procédures demeurent en outre indépendantes d'un point de vue juridique et d'un point de vue procédural. La saisine d'office ne doit toutefois pas porter atteinte aux intérêts du majeur. La connaissance de la situation du majeur par le juge peut justifier qu'il décide hors la présence de la famille dans des situations urgentes motivées par la caducité de la mesure à venir. Le juge peut aussi renouveler à l'identique une mesure qu'il faudrait aggraver, alors même que le certificat produit ne précise pas la nécessité d'aggraver ou s'il produit par un médecin traitant, auquel cas la famille devra transmettre un certificat d'un médecin inscrit faisant constater la nécessité d'aggravation. Dans ces conditions, le juge ne peut pas porter atteinte aux intérêts du majeur, puisque si la demande de révision présentée ne précise pas la nécessité d'aggraver la mesure, il s'en tiendra au simple renouvellement.

410. De tout cela, il ressort que la suppression de la saisine d'office dans le cadre de l'ouverture et de l'aggravation constitue, de la part de la loi du 5 mars 2007, une sorte de garde-fous. Ces deux cas étant des mesures qui ont vocation à restreindre les libertés individuelles de la personne, le juge ne peut plus intervenir de sa propre initiative, alors que dans les autres hypothèses de maintien de la mesure ou de sa suppression, les libertés individuelles ne sont pas autrement plus restreintes que dans le cadre du prononcé de la première mesure. Dès lors, en laissant au juge des tutelles la liberté de se saisir d'office dans le cadre d'un allégement de mesure, d'un renouvellement ou d'une mainlevée, c'est lui permettre d'intervenir pour garantir le maintien et le respect de la personne protégée et de ses libertés individuelles si cette personne est en capacité de recouvrer l'autonomie suffisante.

Mais la restriction des libertés qu'engendre l'ouverture de la mesure ou son aggravation doit échapper au pouvoir propre du juge qui ne doit intervenir que sur la nécessité soulevée par la famille ; le juge doit alors se montrer garant de la protection des libertés de la personne dans le cadre de la restriction des droits liée à l'ouverture de la mesure, à défaut, il devient juge et partie et compromet son impartialité. Dans le cas où il peut se saisir lui-même, sa mission est autre puisqu'elle consiste à accroître les droits du majeur ou à les rendre en totalité. La suppléance de la volonté individuelle doit donc imposer des limites dès lors qu'il y a restriction de droits dans les cas d'ouverture ou d'aggravation. C'est de cette façon que l'absence de volonté individuelle laisse place à un respect plus fort de la personne du majeur, aspect que l'instruction du dossier doit davantage prendre en compte.

---

notifiée aux intéressés, ces derniers pourront saisir le juge pour demander la mainlevée de la mesure, car dans certains cas, le défaut de saisine correspond à l'inutilité de la mesure considérée comme telle par la famille. La famille peut aussi interjeter appel de la décision, mais la cour d'appel peut maintenir la mesure renouvelée dans l'intérêt du majeur, puisque l'absence dudit certificat ne permet pas d'apprécier si la mesure est devenu inutile (sauf à établir que le majeur est en état d'agir seul).

[987] C. civ., art. 485, ce dernier renvoie aux sections 1 à 4 du chapitre sur les mesures de protection juridique, et notamment l'article 442 du Code civil qui autorise le juge à se saisir d'office : v. en ce sens la circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 , ou *supra* n. n° 951, Th. Fossier, art. préc.

[988] CPC, art. 1259-3 et 1260.

II) L'instruction de la demande d'ouverture par le juge des tutelles, ou le respect par la procédure de la personne du majeur.

411. Pour simple que puisse paraître le formalisme relatif au placement sous protection, ce dernier doit pour autant respecter la volonté altérée ou évanouie du majeur. La perte de lucidité ne saurait justifier que le formalisme fasse l'économie du respect de la personne du majeur en instaurant toute une procédure attentatoire à sa dignité. Quelle que soit l'intensité de la suppléance de la volonté individuelle, la demande de protection doit s'en tenir à un formalisme scrupuleux au même titre que sa substance. L'instruction du dossier du majeur à protéger prend nécessairement en compte sa personne à tous les stades de la procédure, que ce soit au moment du dépôt de la requête jusqu'au jour où le placement sous protection sera effectif. Le préalable nécessaire est de déposer une requête aux fins d'ouverture d'une mesure de protection[989] au greffe du tribunal d'instance, sorte de « *guichet unique* »[990] (A) qui devra réceptionner, outre celle-ci, un certificat médical circonstancié dont la recevabilité est la condition *sine qua non* (B). Si les éléments de forme et de fond sont « jugés » recevables, le juge des tutelles procédera à l'examen de la demande à l'occasion de l'audition des parties à l'affaire (C). De la procédure, doit ressortir l'idée même du respect de la personne du majeur.

A- Le dépôt de la requête : un respect exacerbé de la forme et de la substance.

412. Si la forme demeure relativement simple quant à la constitution du dossier, le fond est quant à lui plus sensible, puisque c'est la motivation de la famille qui conditionnera la recevabilité de la demande. La famille doit pouvoir être à même de donner au juge des tutelles les arguments l'ayant conduite à le saisir, non seulement sur le plan médical, mais aussi sur le plan factuel. La forme impose seulement la jonction des pièces demandées et ne présente pas de difficulté quant à la constitution du dossier, bien que l'obtention du certificat médical circonstancié puisse parfois être difficile, d'un point de vue pécuniaire ou d'un point de vue comportemental. La substance est bien plus difficile à expliciter pour la famille, car elle consiste à dire les raisons pour lesquelles elle ne peut plus agir en dehors d'une mesure de protection alors qu'elle y parvenait – tant bien que mal – avant le dépôt de la requête. C'est pourquoi, la combinaison du fond et de la forme doit rester dans le strict giron de la protection de la personne et des intérêts du majeur, non pas pour de simples raisons de commodité pour la famille.

413. Le dépôt de la requête au juge des tutelles ne revient qu'à la famille, les MJPM, les services sociaux ou les assistantes sociales en milieu hospitalier étant exclus d'une saisine directe du juge des tutelles[991]. Le Parquet peut également adresser au juge une requête à

---

[989] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 89.

[990] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 41 ; v. *supra* n. n°951, Th. Fossier, art. préc.

[991] Circ. de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 : *« il s'agit en effet d'éviter que les services sociaux aient la possibilité de saisir directement le juge des tutelles, ce qui limiterait les garanties procédurales que la réforme instaure pour assurer un meilleur respect du principe de subsidiarité. Le mandataire exerçant une mesure d'accompagnement judiciaire qui estime que le besoin de protection de la personne a évolué et qui souhaite obtenir la transformation de la MAJ devra donc saisir le procureur de la République, qui vérifiera la pertinence de la requête et appréciera la suite à donner ».* V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p.43 ; E. Putman, « Les aspects procéduraux de la protection des majeurs vulnérables au regard des

condition d'avoir été le destinataire d'un signalement établi par lesdits services sociaux. La requête obligatoirement s'accompagne d'un certificat médical circonstancié établi par un médecin inscrit se trouvant sur une liste que le procureur de la République actualise annuellement[992].

414. Quel que soit le requérant, deux conditions de forme, à peine d'irrecevabilité de la requête, s'imposent[993]. La première, double, est, d'une part, le certificat médical circonstancié, d'autre part, la rédaction dudit certificat par un médecin inscrit sur ladite liste établie par le procureur de la République. La seconde condition porte sur la motivation de la demande d'ouverture[994] : le requérant doit indiquer également s'il existe ou non des mandats ou des procurations à même de passer outre l'ouverture d'un régime de protection, ou bien si lesdits n'existent pas, afin de justifier l'instauration d'un régime[995]. Le requérant complète enfin sa requête avec des renseignements[996] qui n'entraînent pas l'irrecevabilité de la demande s'ils n'y figurent pas[997]. Dans un souci de respect de la personne du majeur, la demande de protection se borne à l'ouverture d'un régime de protection, sans en préciser la nature même[998], que ce soit tutelle ou curatelle : non seulement parce que seul le juge a le pouvoir d'instaurer la mesure qui lui paraît la plus adaptée à la situation du majeur, mais aussi parce que le requérant ne peut pas se prononcer en lieu et place du majeur, même s'il s'arroge le droit de demander un placement sous protection. La perte de l'expression de la volonté du majeur ne peut donc conduire quiconque à décider n'importe quoi n'importe comment, au seul motif que le majeur ne peut plus décider par lui-même.

Demander au juge des tutelles une mesure bien déterminée peut apparaître comme une demande vexatoire pour le majeur. On ne peut nier que dans les faits, selon le type de

---

décrets du 5 décembre 2008 et du 23 décembre 2009 », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 15 et sui. ; v. *supra* n. n° 963, C. Sévely-Fournier, art. préc., AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 70.

[992] C. civ., art. 431.

[993] CPC, art. 1218 et 1218-1 ; v. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 46, ainsi que Fl. Fresnel, art. préc. Pour un modèle de requête, *cf* ce dernier article.

[994] L'article 428 du Code civil dispose notamment *« […] suivant la nécessité et s'il ne peut être pourvu suffisamment aux intérêts de la personne selon les règles du droit commun de la représentation […] »*. La demande de protection doit donc bien préciser qu'il n'est pas possible d'agir dans l'intérêt du majeur en dehors des autres protections qui ne relèvent du droit de la protection des majeurs.

[995] CPC, art. 1218.

[996] CPC, art. 1218-1.

[997] Il s'agit de renseigner sur l'entourage familial de la personne à protéger, de préciser le nom de son médecin traitant et de renseigner le juge sur la situation familiale de la personne à protéger, ainsi que sa situation patrimoniale et financière. Ces éléments sont fournis dans la mesure du possible par le requérant. D'ailleurs, la pratique des greffes permet de contourner la méconnaissance de ces renseignements, ou pour partie, de la part du requérant. Lorsque la demande est enregistrée et si la requête désigne des membres de l'entourage familial de la personne à protéger, sans donner toutes les précisions utiles à la connaissance du juge, le greffe adressera un questionnaire aux parties visées dans la requête. Chacune d'elle fournira les renseignements qu'elle a à sa connaissance, concernant l'adresse inconnue d'un membre de la famille ou la situation financière ou patrimoniale de la personne à protéger. Le questionnaire doit également renseigner sur l'intérêt que porte chacun des destinataires à l'attention de la personne à protéger et sur son intention de vouloir exercer ou non la mesure. Ces renseignements permettent ainsi d'élargir la vision du juge des tutelles sur la situation de la personne à protéger.

[998] L'enregistrement de la requête au greffe se fait dans ce sens : une rubrique renseignant sur la demande d'ouverture indiquera la mention *« sans autre indication »,* et la cote du dossier indiquera cette mention, jusque dans le chapeau du jugement d'ouverture, où il sera indiqué ainsi : *« vu la requête de Monsieur/Madame … aux fins d'ouverture d'un régime de protection sans autre indication dans l'intérêt de X… »*.

pathologie, grave si tant est qu'elle soit, cela amène à conclure que seule une tutelle, et non une curatelle, serait la mesure la plus proportionnée à l'état de la personne. Mais en ne permettant pas au demandeur de saisir le juge aux fins de placement sous tutelle ou curatelle, c'est faire preuve de discrétion et d'humilité : ne pas juger un majeur sur son seul état et en conclure qu'il a besoin d'être protégé, sans autre précision. Si sa volonté ne peut être exprimée, autant faire valoir le respect de sa dignité. En ce sens, la loi du 5 mars 2007 laisse bien entendre que personne ne peut se poser en moralisateur et en juge pour décider, ou tout du moins, se prononcer sur le sort d'un majeur.

Le requérant précisera toutefois la mesure qui lui paraîtra la plus adaptée. Suivant le besoin relatif à l'assistance ou à la représentation, le requérant sollicitera une curatelle ou une tutelle, mais cette sollicitation ne reste qu'un avis que le juge suivra ou non selon les éléments présentés. Dans certains cas, un acte urgent commandera de solliciter l'instauration provisoire d'une sauvegarde de justice avec désignation d'un mandataire spécial[999]. Dans ce cas aussi, le juge apprécie ou non l'urgence et ordonnera ou non l'instauration de la mesure provisoire.

415. Une fois tous ces éléments de forme réunis, une dernière condition s'impose au juge, sans qu'il ne puisse en décliner ici les effets. Le juge des tutelles, à compter du jour de saisine, dispose d'un délai d'un an[1000] pour prononcer une mesure ou envisager un non-lieu. Si le délai d'un an expire, la demande deviendrait caduque, le juge rendant alors une ordonnance de caducité. Non sans qu'il y ait litige sur les diligences accomplies par le juge et le greffe et la procédure en son entier, le requérant devrait recommencer intégralement la procédure. L'intérêt de mettre en place une procédure rapide est également instaurée dans le cadre du respect de la personne. En se prononçant dans un délai très court[1001], le juge des tutelles a pour obligation de ne pas obérer les intérêts immédiats du majeur. Laisser « dormir » un dossier pendant toute cette durée, sauf si ce temps d'instruction est rendu nécessaire par les faits de l'espèce, n'est pas concevable, à moins de mettre en place une sauvegarde de justice. Si la situation commande que le juge statue en trois ou quatre mois, son obligation est de respecter ce délai. Car en statuant rapidement si cela est possible, c'est aussi tenir compte de la personne du majeur. Se dire que l'on peut statuer ultérieurement au motif que le majeur n'est plus en état de comprendre et d'appréhender sa situation personnelle et patrimoniale est un déni de justice et tend à réduire l'intérêt que l'on peut avoir pour la personne à un simple dossier avec un numéro d'enregistrement. C'est pourquoi, on ne peut faire l'économie d'un traitement rapide. Le même majeur, dans un état lucide, aurait certainement agi rapidement, pourquoi le juge ne résoudrait-il pas la difficulté de ce majeur avec célérité ?

416. Le formalisme conditionne la recevabilité de la requête en ouverture. Mais outre ces conditions qui sont constatées par le juge, ce dernier doit vérifier que la substance même de la requête doit respecter l'opportunité d'engager une procédure et qu'elle reste conforme aux principes voulus par la loi du 5 mars 2007. La demande doit respecter les conditions imposées par les articles 425 et 428 du Code civil. La mesure ne doit pas présenter un caractère autre que celui de la nécessité, en raison de l'insuffisance même des règles de droit commun de la représentation.

417. L'article 425 du Code civil, en premier lieu, impose que soit constatée l'altération des facultés mentales de la personne à protéger, ou que soit établie son incapacité physique à même d'empêcher l'expression de sa volonté. La preuve en résultera selon le certificat médical circonstancié qu'aura établi le médecin inscrit. Le requérant doit alors solliciter du

---

[999] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*, p. 47.

[1000] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*, p. 46 ; v. également *supra* n. n° 991, E. Putman, art. préc.

[1001] Contrairement aux procédures relatives aux divorces contentieux qui peuvent durer au moins deux ans.

médecin inscrit l'expertise avant constitution de la demande d'ouverture. L'établissement de ce certificat n'est pas sans difficulté d'un point de vue pécuniaire, en ce qui concerne les délais et selon l'impossibilité d'imposer au majeur l'obligation d'être examiné. Le certificat doit mentionner les conditions de fond de l'article 425 du Code civil, à peine d'irrecevabilité[1002]. Le Parquet reste également soumis à cette obligation de requérir du médecin inscrit l'examen médical[1003]. En second lieu, la demande doit être motivée selon le comportement même du majeur, selon sa pathologie. Ainsi, le requérant doit mentionner tout comportement qui justifierait la nécessité de la mesure. Un problème de mobilité très grave, la maladie d'Alzheimer et quel que soit le stade d'évolution, un syndrome de Diogène entraînant une insalubrité des lieux occupés ou un manque d'hygiène de la personne, ou encore des achats inconsidérés ou une dilapidation irréfléchie des ressources peuvent révéler un comportement dépourvu de toute lucidité, à même d'entraîner l'ouverture d'un régime de protection[1004].

Ce n'est pas le cas dans l'absolu, puisque ces comportements ne traduisent pas nécessairement un trouble, mais ils peuvent révéler ce trouble au regard d'attitudes actuelles et de comportements passés. Le juge des tutelles appréciera alors la description et l'étendue de ces troubles selon le certificat médical circonstancié. Ces conditions de fond peuvent enfin s'apprécier au regard de la situation sociale de la personne. Suivant un contexte familial, financier ou patrimonial particuliers et au vu de la vulnérabilité de la personne, le juge peut faire jouer dans une plus large mesure les mesures sociales. En estimant que la mesure de protection judiciaire n'est pas nécessaire, il déclinera sa compétence au profit des services sociaux afin de faire mettre en œuvre une MASP. C'est pourquoi, dans cette hypothèse, le juge est le garant des principes de nécessité et de subsidiarité, puisqu'en ce cas, la protection visera la vulnérabilité sociale. Le juge pourra écarter alors le recours à un régime de protection au bénéfice d'une mesure sociale, moins contraignante.

418. Quant à l'article 428 du Code civil, il vient renforcer les dispositions de l'article 425 du même code, dans le sens où l'existence de procurations ou de mandats[1005], dans le cadre conjugal ou en dehors, permettent, en principe, une gestion des intérêts de la personne sans que soit ordonnée une mesure de protection. Par contre, l'insuffisance constatée de ces modes de gestion justifiera l'ouverture d'une mesure de protection. C'est précisément ce que doit préciser le requérant. Outre l'aspect purement médical, il doit faire concorder avec ce dernier des éléments factuels, tels que les modes de gestion d'affaire ou de droit commun de la représentation, tout en précisant que ces modes sont devenus inopérants. Le juge des tutelles apprécie la motivation qu'en fait le requérant et peut même déclarer la demande irrecevable si cette motivation n'apparaît pas[1006].

[1002] Le certificat doit notamment indiquer la nécessité de placer sous protection le majeur en raison de son impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts.

[1003] Dans les conditions des articles 416 du Code civil et 1212 du Code procédure civile ; v. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 57.

[1004] Sur le syndrome de Diogène, *cf* Civ. 1ère, 27 février 2013, n° 12-14.127, inédit, source Légifrance. La Cour de cassation reconnaît qu'un tel syndrome justifie, selon les juges du fond, l'instauration d'une mesure de protection qui doit répondre à la situation de danger à laquelle le majeur est confronté. En tout état de cause, la nécessité du placement est ainsi caractérisée car le majeur ne parvenait plus à pourvoir seul à ses intérêts. Sur les dépenses inconsidérées : la mesure ne sera pas ordonnée si les dépenses ne sont pas en lien avec une quelconque altération. Dans ce cas, il s'agit d'un cas de prodigalité que ne prend plus en compte la loi du 5 mars 2007. Si elles sont le résultat d'une réelle altération, la mesure sera effectivement ordonnée.

[1005] Le mandat de protection future est visé également par l'article 428 du Code civil.

[1006] CPC, art. 1218. Même si le Code de procédure civile l'admet, les juges de tutelles n'en tiennent pas compte, car il en va de l'intérêt du majeur de ne pas traiter des demandes parfois urgentes.

419. Les conditions de fond, bien plus que les conditions formelles, font apparaître une très large appréciation de l'utilité ou non de la mesure. Toutefois, de nombreuses critiques peuvent encore être formulées à l'endroit de la substance même de la loi du 5 mars 2007. Le certificat médical circonstancié en fait largement partie.

B- Le certificat médical circonstancié : une condition de recevabilité de la demande de protection partiellement soucieuse du respect de la personne du majeur.

420. Les nouvelles dispositions relatives à la protection des majeurs imposent la saisine initiale du juge des tutelles par un certificat médical circonstancié établi par un médecin inscrit[1007] sur une liste tenue annuellement par le procureur de la République[1008]. Bien des difficultés peuvent survenir quant à l'élaboration dudit certificat médical. Outre l'obligation pour le requérant de le joindre à sa demande à peine d'irrecevabilité, la question du certificat pose d'autres difficultés en amont de son élaboration et en dehors même de la nécessité de le joindre.

421. Par la formulation négative de l'article 431 du Code civil, *« La demande est accompagnée, à peine d'irrecevabilité, du certificat circonstancié rédigé par un médecin*

D'ailleurs, lors des auditions, les requérants sont tenus de dire au juge s'il existe des procurations et leur étendue, ce qui tend à régulariser la demande incomplète sur cet aspect.

[1007] M. Roccati, « La protection des majeurs incapables sous l'influence du droit européen », Gaz. Pal., Recueil Mars-Avril 2009, n° 2, p. 732 et sui. Le droit allemand va dans le même sens que le droit français. Il exige ainsi un rapport qui indique les conséquences de la maladie sur la vie du majeur et leurs implications sur les capacités de ce dernier et sur sa volonté. À la différence du droit allemand et du droit français qui n'exigent qu'un seul avis, le droit anglais en exige deux, à savoir celui du médecin traitant et celui du médecin expert. Le reste est en tout point pareil. En faisant référence aux circonstances médicales, peuvent ainsi mieux s'apprécier les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité. Le respect de cet impératif est d'autant plus grand lorsque le majeur doit bénéficier d'une hospitalisation d'office ou d'un internement, entraînant une privation de liberté. Pour éviter que cette pratique ne soit considérée comme une forme de détention arbitraire, il est nécessaire de justifier de ces principe. Le Royaume-Uni a déjà été condamné pour avoir procédé à un internement en dehors de toute nécessité : *cf* CEDH, HL c/ RU, 5 octobre 2004, n° 45508/99, ou encore P. Bartlett, « Capacité juridique, limitation de la liberté d'aller et venir et droits de l'homme », RD Sanit. Soc. 2015, p. 995 et sui. Le droit anglais a par la suite amendé son *Mental Health Act 1983*, afin d'y introduire la notion de mesures protectrices en cas de privation de liberté ou « *deprivation of liberty safeguards* ». En conséquence, c'est l'autonomie de la personne qui doit être visée.

[1008] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 54 et 57, ou Fl. Fresnel, art. préc. ; v. *supra* n. n° 975, A.-M. Leroyer, art. préc. ; v. *supra* n. n° 963, C. Sévely-Fournier, art. préc., Rec. D., 30 avril 2009, n° 18, pp. 1221 et sui. ou du même auteur, art. préc., AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 70. À ce titre, le procureur de la République établit la liste sans avoir recours à l'avis du préfet comme la loi du 3 janvier 1968 l'y obligeait. V. aussi : Civ. 1ère, 24 janvier 1990, n° 87-13.902, Bull. Civ. I, n° 23, p. 16, Defrénois, 15 juin 1990, n° 11, art. n° 34791, p. 696, obs. J. Massip. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a considéré que la recherche de la qualité du médecin, à savoir s'il était inscrit ou non sur la liste établie par le procureur de la République, ressort de considérations de purs faits et que la question lui étant soumise et portant sur la recherche de cette qualité dans le certificat médical ne saurait recevoir une réponse favorable. Ainsi, la Cour de cassation a rejeté la demande en considérant que le placement sous protection étant soumis à l'obligation légale de l'inscription du médecin sur ladite liste, il ne saurait être contesté la qualité du médecin, et donc le placement sous protection ; sur les conditions d'inscription du médecin sur la liste, v. en ce sens : Fl. Fresnel, « Le médecin choisi inscrit sur la liste et la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs », Gaz. Pal., 10 novembre 2007, n° 342, pp. 2 et sui.

inscrit sur la liste établie par le procureur de la République. […] », l'équivoque n'est pas permise. Aucun recours en cas d'irrecevabilité de la demande pour absence du certificat médical circonstancié n'admettra une décision contraire de la part des juges d'appel[1009], du moins sur le plan théorique[1010]. La loi du 5 mars 2007 a posé l'obligation du certificat médical circonstancié[1011] comme une condition absolue aux fins d'instruction de la demande d'ouverture. Sa non jonction équivaut à ne pas donner suite à la demande d'ouverture. Un certificat médical circonstancié établi par un médecin traitant dans le cadre de l'ouverture d'une mesure de protection rend irrecevable la requête, à moins qu'il ne complète le certificat médical circonstancié établi par le médecin inscrit[1012]. La loi du 5 mars 2007 a confirmé cette obligation que la loi du 3 janvier 1968 imposait déjà, mais l'a davantage caractérisée. La jurisprudence a par ailleurs confirmé cette obligation de jonction du certificat médical circonstancié d'un médecin inscrit[1013]. Quel que soit le requérant, le certificat médical circonstancié s'impose de lui-même[1014]. Obligation qui peut s'avérer lourde, au regard de la volonté de la personne à protéger de déférer au rendez-vous ou pas chez le médecin inscrit, ainsi que des délais d'attente pour obtenir un rendez-vous, mais qui tend tout de même à simplifier le choix du médecin, puisque traitant ou spécialiste, ce médecin doit tout simplement être inscrit sur la liste établie par le procureur de la République[1015].

[1009] V. *supra* n. n° 951, A. Caron-Deglise, art. préc.

[1010] Car en pratique, dans des cas rares, le juge des tutelles peut demander la désignation d'un médecin inscrit dans les conditions de l'article 1219 du code de procédure civile. Même si la requête peut être déclarée irrecevable du fait de l'absence du certificat médical, une telle désignation n'est pas à exclure da façon à dire la requête au fins d'ouverture d'un régime de protection recevable. Cette désignation ne constitue absolument pas un cas de partialité du juge des tutelles ou de saisine d'office, du moment que la famille l'a saisi dans les formes. Pour autant, dans un cas d'espèce s'étant révélé en l'état, la Cour de cassation a jugé que cette désignation du médecin inscrit par le juge des tutelles dans le cadre de l'ouverture ne pouvait constituer un cas de récusation. C'est en tout cas l'argument d'une partie à l'affaire qui a considéré que le juge des tutelles faisait preuve de partialité (outre le fait que la partie concernée a contesté l'absence de débat en appel sur sa demande de récusation du juge des tutelles, débat facultatif, et dont la confirmation de l'absence de toute partialité peut conduire à condamner la partie à une amende civile) : *cf* à ce propos Civ. 1ère, 8 janvier 2015, n° 13-26.814, inédit, AJ fam. 18 mars 2015, n° 3, p. 171, obs. V. Montourcy.

[1011] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p.46.

[1012] La loi du 16 février 2015 autorise, à travers l'article 431 nouveau du Code civil, le médecin inscrit à consulter le médecin traitant dans le cadre de l'ouverture de la mesure : *cf* L.n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JORF n° 0040 du 17 février 2015, p. 2961, texte n° 1, not. Titre 1er, art. 1er, II, 2° ; v. également l'article suivant : S. Thouret, Fr. Chénedé, N. Levillain, Jérôme Casey et Th. Verheyde, « Modernisation du droit de la famille », AJ fam., 2015, p. 122. Les renseignements peuvent porter sur le placement sous protection ou sur l'entrée définitive du majeur en établissement (C. civ., art. 426, ali. 3, anc.), même si la loi du 16 février 2015 n'en fait plus une obligation sur ce dernier point, le médcin inscrit pouvant être écarté à ce titre. Le rôle du médecin traitant, partiellement réduit sous la loi du 5 mars 2007, est réaménagé avec la loi du 16 février 2015. Sur l'entrée définitive du majeur en établissement, v. *infra* § 426 et 645 et sui.

[1013] Civ. 1ère, 15 juin 1994, n° 92-19.680, Bull. Civ. I, n° 213, p. 155, Rec. D. 19 janvier 1995, n° 3, obs. J. Massip ; Defrénois 1994, 1450, obs. J. Massip (conformément à l'article 493-1 ancien du Code civil. Le médecin doit donc constater l'altération : si elle n'existe pas, la requête sera rejetée par le juge).

[1014] Y compris pour le Parquet : v. en ce sens *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 41 et 59.

[1015] La loi n'a pas cherché à voir si le médecin inscrit est ou non un médecin spécialiste. Cela n'est pas sans poser problème quant à la véritable formation des médecins inscrits, formation qui, à ce titre, n'existe pas. Tout médecin peut présenter sa candidature au procureur de la République afin

422. Procéder à l'examen médical de la personne à protéger est une chose, mais savoir quels éléments renseigner au juge des tutelles en est une autre. Car le certificat médical circonstancié ne doit pas être établi de manière anarchique, sur les seules constatations du médecin inscrit, ou sur ce qu'il veut bien indiquer. Dans un souci de préservation du respect de la personne et de sa volonté partielle, la loi a procédé à un recentrage du contenu de l'examen afin que le médecin délivre un certificat objectivement établi au regard de la situation physique, mentale et sociale de la personne à protéger[1016]. L'article 1219 du Code de procédure civile détermine ainsi les missions du médecin inscrit[1017], ainsi que le diagnostic et le pronostic sur l'altération des facultés mentales et son évolution possible. Le certificat doit ainsi :

- Décrire avec précision l'altération des facultés du majeur[1018] ;
- Donner au juge des tutelles tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération ;
- Préciser les conséquences de l'altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation du majeur dans tous les actes de la vie civile, tant d'un point de vue patrimonial que personnel, ainsi que sur l'exercice du droit de vote[1019].

Le médecin doit en outre indiquer au juge des tutelles si l'audition de la personne est de nature à porter atteinte à sa santé ou si elle est hors d'état d'exprimer sa volonté.

Le médecin doit rendre compte des tests pratiqués et indiquer les résultats obtenus en termes de calculs ou d'exercices sur la mémoire, notamment le *« MMS »,* le *mini mental state*. Il doit être rendu compte des capacités propres au calcul, à la lecture et à l'écriture,

---

d'être inscrit sur la liste. Le Parquet apprécie la demande de candidature et l'approuvera si le médecin ne pose aucune difficulté au regard de l'ordre public. Pour autant, rien ne garantit que le médecin soit parfaitement compétent pour orienter le juge quant au choix d'une mesure de protection.

[1016] Faire le lien avec le principe de nécessité *infra,* § 460. L'altération décrite doit rendre nécessaire la mesure de protection demandée.

[1017] V. *supra* n. n° 1008, Fl. Fresnel, art. préc., ou du même auteur : « Le médecin et le droit des majeurs », Gaz. Pal., 15 octobre 2009, n° 288, pp. 3 et sui. ; M. Couturier, « Secret médical et protection des personnes atteintes de troubles psychiques », RD. Sanit. Soc., 13 mars 2009, n° 2, pp. 277 et sui. Il est à préciser que ces renseignements sont une obligation légale pour le médecin inscrit désigné. Le médecin inscrit doit indiquer l'altération en tant que telle, et non la cause de cette altération. Ces obligations n'ont pas lieu lorsque le requérant saisit un médecin traitant dans le cadre d'une révision de la mesure, à savoir la mainlevée, l'allégement ou le maintien de la mesure initiale.

[1018] Ce qui constitue le fondement de la protection : *cf* Fr. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, Personnalité-incapacité-protection*, Précis Dalloz, 8è éd., 2012, n°s 624 à 626, pp. 662 à 667. Il y est également fait une étude comparée avec le système de la loi du 3 janvier 1968.

[1019] C. élec., art. L. 5. Le droit de vote n'est plus systématiquement supprimé, le juge devant se référer à un état du majeur suffisamment lucide afin que ce dernier exprime un vote en conscience. Dans ce cas, le droit de vote est maintenu, même si le juge prononce une tutelle. La CEDH confirme que le droit de vote doit faire l'objet d'une disposition spéciale en cas de suppression. V. en ce sens : CEDH, 2è section, 20 mai 2010, Alajos Kiss c/ Hongrie, n° 38832/06, AJ Fam., 2010. 285 ; RTD Civ., 30 décembre 2010, n° 4, p. 762, n. J. Hauser. En l'espèce, la Cour EDH a reproché à la décision plaçant un Hongrois sous tutelle la suppression automatique de son droit de vote, notamment parce que la Constitution hongroise ne prévoit pas d'individualisation de la mesure. En conséquence, la suppression automatique du droit de vote constitue une violation des dispositions de la Convention EDH. Le juge hongrois aurait du en conséquence rechercher si le majeur souhaitait conserver son droit de vote. Pour faire un trait d'humour, les mots suivants de Jean Hauser démontrent que le vote n'a nullement besoin d'être lucide. Ainsi dit-il : *« Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'hypothèse d'un tutélaire conscient de sa citoyenneté n'est pas négligeable, et puis on pourra toujours se demander, en voyant le niveau de certaines campagnes électorales, s'il est vraiment absolument nécessaire d'avoir une pleine conscience quand on vote »* : *ibid.*

notamment en ce qui concerne les facultés mentales. Dans le cadre des facultés corporelles, le certificat doit indiquer si le majeur est capable de se déplacer seul ou s'il nécessite de se déplacer en fauteuil roulant, de même s'il est malvoyant, malentendant ou non. Ces éléments permettent de justifier l'audition du majeur, soit au cabinet du juge, soit sur son lieu de vie, ou encore si le juge peut renoncer à son audition[1020]. De même, en renseignant le juge sur ces éléments, il est possible de savoir si l'état de la personne peut être amené à se stabiliser dans l'avenir, s'aggraver ou s'améliorer. Le juge pourra alors envisager telle mesure ainsi que sa durée[1021]. Dans l'immédiat, ces éléments déterminent le juge à entendre ou non le majeur. Mais *« il n'est pas certain que la majorité des certificats rédigés par les médecins répondent parfaitement aux attentes des juges »*[1022].

423. Si les éléments confirment que l'audition est préjudiciable pour la santé psychique du majeur, le juge peut renoncer à l'entendre. C'est pourquoi, le médecin inscrit doit préciser que le majeur ne peut être entendu : dans ce cas, le juge des tutelles se prévaudra des dispositions de l'article 432, alinéa 2, du Code civil. Dans le cas contraire, si le médecin ne précise pas que l'audition est impossible, le juge est tenu d'entendre le majeur afin de respecter le principe du contradictoire, au risque de nuire à la santé psychique du majeur. Quant bien même l'audition ne permettrait aucun échange, l'audition devrait être organisée.

Enfin, le médecin peut indiquer le sort à réserver au logement du majeur ainsi qu'aux meubles garnissant le logement. Si le majeur est amené à être hospitalisé définitivement ou à intégrer de la même manière une maison de retraite, il sera nécessaire de vendre le logement et les meubles afin de payer l'établissement d'accueil[1023]. Le médecin donnera son avis sur ce point en particulier[1024], le juge pouvant autoriser en cours de procédure ou après l'ouverture de la mesure de protection le requérant ou le représentant légal à vendre le logement et/ou les meubles[1025]. Le médecin doit insister sur le fait que le majeur ne peut plus retourner vivre à son domicile ; si le contraire est admis, il doit également le préciser. Le contenu du certificat tend donc à tenir compte de la personne du majeur : les éléments recueillis ne doivent concerner que la mise sous protection, aucun élément superflu et hors du champ de la protection des majeurs ne doit apparaître s'il n'a d'intérêt pour le juge. Ce recueil participe du respect de la personne du majeur pour lequel une grande partie de sa vie sera dévoilée au médecin et au juge. Si l'ingérence dans le vie privée est suffisamment agressive, elle doit rester limiter malgré une volonté que le majeur ne peut plus exprimer.

[1020] C. civ., art. 432.

[1021] Limitée à cinq ans dans le cadre de l'ouverture, elle peut aussi y être inférieure, sans toutefois la dépasser. Par contre, dans le cadre de la révision de la mesure, la durée peut excéder la durée de cinq ans. La tutelle peut être ordonnée dans le cadre de l'ouverture pour une durée de dix ans si l'état de santé de la personne ne peut s'améliorer, comme l'a modifié la loi du 16 février 2015 : v. *supra* n. n° 1012, L. n° 2015-177 du 16 février 2015 préc., Titre 1er, art. 1er, II, 5° et C. civ., art. 441 nouv., al. 2.

[1022] C. Jonas, « Le point de vue d'un médecin spécialisé », *in* Dossier, Majeurs protégés : bilan de la réforme, AJ fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 183.

[1023] V. *supra* n. n° 1017, Fl. Fresnel, art. préc. ; dans ce cas précis, l'avis du médecin inscrit intervient au stade de l'ouverture, il n'est plus obligatoire au-delà de l'ouverture.

[1024] Qu'il s'agisse d'un médecin inscrit ou du médecin traitant une fois la mesure ouverte, le médecin inscrit seulement dans le cadre de la pré-ouverture. Cette mention doit préciser que le majeur doit bénéficier d'une institutionnalisation, comme l'indique l'article 426, alinéa 3, nouveau, du Code civil, pris dans sa rédaction issue de la L. n° 2015-177 du 16 février 2015 préc., not. Titre 1er, art. 1er, II, 1° (*cf supra* n. n° 1012).

[1025] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 61 ; Civ. 1ère, 17 mars 2010, n° 08-20.771, Bull. Civ. I, n° 67, *D.*, 16 avril 2010, Defrénois, 15 juin 2010, n° 11, art. n°39127, pp. 1242 et sui., obs. J. Massip.

424. La loi du 5 mars 2007 précise que le certificat médical circonstancié doit être remis sous pli cacheté[1026] au juge des tutelles. Et ce pour une raison simple : si le requérant ou toute autre personne venait à connaître le contenu de ce certificat, il est évident que des intérêts nouveaux apparaîtraient entre la personne à protéger et les personnes qui se soucient étrangement de son état de santé. La confidentialité est donc une règle d'or[1027], d'autant plus pour le respect de la vie privée du majeur. Malheureusement, aucune sanction n'est prévue en l'état, ce qui est regrettable. Remettre sous pli cacheté un tel certificat ne garantit en rien que le requérant ne consultera pas son contenu. Si certains médecins inscrits sont soucieux de prendre certaines dispositions pour empêcher un tant soit peu les consultations intempestives, d'autres se contentent de remettre le certificat tel quel, permettant une lecture immédiate du contenu dudit.

Pourquoi ne pas imposer l'obligation au médecin de transmettre au juge des tutelles le certificat sans que le requérant ne puisse y avoir accès ? le secret médical serait préservé dans les limites de la consultation du dossier par ce dernier après saisine du juge. Seul le juge doit donc prendre connaissance du contenu de ce certificat, les personnes disposant d'un pouvoir de consultation seraient par la suite en mesure de connaître les éléments médicaux relatifs au majeur. La consultation par le requérant avant saisine du juge ou la transmission du certificat non cacheté constituent dans tous les cas une violation du secret médical : le législateur aurait du prévoir des sanctions dans le Code de procédure civile et infliger une amende civile à ceux qui ne respectent pas le secret médical. Mais en dehors de toute sanction, on peut douter de la réelle prise en compte de la personne par la loi ou du respect de la volonté défaillante.

425. Le certificat médical circonstancié doit non seulement permettre au juge de décider ou non de prononcer une mesure de protection, mais doit lui permettre de déterminer certaines modalités de la mesure. Ainsi, dans le cadre de la loi du 5 mars 2007, la mesure prononcée *ab initio* doit être circonscrite à un délai de cinq ans[1028] maximum, avec possibilité de révision, ce que ne prévoyait pas la loi du 3 janvier 1968. La loi du 16 février 2015[1029] tend à augmenter la durée de la mesure de protection à dix ans, mais dans le seul cas d'une tutelle

---

[1026] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 60 ; v. *supra* n. n°1017, Fl. Fresnel, art. préc. ou M. Couturier, art. préc.

[1027] Il en va ainsi du secret professionnel, comme le prévoient le code de la santé publique, et notamment l'article L. 1110-4 qui punit le fait d'avoir eu communication des éléments médicaux, et le code de la déontologie médicale du 6 septembre1995, en ses articles 35, 76, 105 et 107. L'article 4 du même code précise que *« le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi ».* Ainsi, si le certificat est remis au majeur à sa propre demande, le médecin peut mentionner tout ce qui lui semble nécessaire concernant le majeur, sauf les éléments pouvant porter atteinte au psychisme du majeur. Si le certificat est destiné au juge des tutelles ou au procureur, dans le cadre d'une procédure ouverte à la diligence du majeur ou d'une personne visée à l'article 430 du Code civil, alors le médecin se trouvera limité par les obligations légales. Les renseignements ne devront porter que sur le besoin de représentation ou d'assistance, le degré d'altération des facultés mentales ou encore la possibilité ou non pour le majeur de retourner vivre à son domicile. Le médecin ne peut transmettre aucun autre renseignement à peine de violer le secret professionnel. Il en va autrement dès lors que le médecin est commis par le juge des tutelles dans le cadre d'une expertise judiciaire. Dans ce cas, le médecin doit fournir au juge des tutelles tout renseignement qu'il a en sa possession. Sur la violation du secret médical et la sanction pénale, *cf* C. pén., art. 226-13 et 226-15.

[1028] V. *supra* n. n° 951, Th. Fossier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 975, A.-M. Leroyer, art. préc.

[1029] V. *supra* n. n° 1012, et sur la durée de la mesure *supra* n. n° 1021. ; Circ. DACS n°CIV/03/15 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, n° norme JUSC1504802C. ; C. civ., art. 441 nouv., al. 2. La curatelle n'a subi aucune modification dans le cas de l'ouverture.

et à condition que l'état de santé de la personne ne puisse faire l'objet d'aucune amélioration selon les données acquises de la science.

Concernant le droit de vote, le juge des tutelles doit connaître les conséquences de l'altération des facultés mentales sur son exercice. Il pourra ainsi statuer sur la suppression ou non du droit de vote, exclusivement en cas d'ouverture ou de renouvellement d'une mesure de tutelle, ou en cas d'aggravation d'une curatelle en tutelle, avec obligation de prononcer la suppression de ce droit s'il estime que le droit de vote ne peut plus être exercé consciencieusement. Enfin, dans le cas où l'audition de la personne serait impossible, le médecin doit indiquer que la dispense d'audition s'avère nécessaire. À la condition toutefois que l'audition de la personne porte atteinte à sa santé, comme le prévoyait déjà la loi ancienne, ou bien que la personne soit hors d'état d'exprimer sa volonté, comme en dispose l'article 432, alinéa 2, du Code civil. Dans cette hypothèse, le juge des tutelles peut délivrer une ordonnance de non audition[1030]. Il renoncera à auditionner la personne à protéger et en avisera le procureur de la République, ce dernier devant contrôler l'atteinte à l'ordre public d'une telle décison. Il délivrera aussi une ordonnance de non audition au requérant afin d'en aviser la personne à protéger, la connaissance de cette décision se faisant dans la limite de ses capacités intellectuelles.

426. Si la nécessité de joindre un certificat médical circonstancié est une obligation légale, sa jonction est toutefois circonscrite à des cas limités de demandes de protection[1031]. Le demandeur devra donc joindre ce certificat dans trois cas[1032] :

- lors de l'ouverture de la mesure de protection ;
- lorsqu'au terme de la mesure prononcée, le juge des tutelles est saisi en aggravation de la mesure prononcée ;
- lorsqu'en cas de renouvellement de la mesure, le juge compte aller au-delà du délai maximum de cinq ans.

Dans les autres cas d'allégement, de mainlevée ou de renouvellement à l'identique pour une durée de cinq ans maximum, ces exigences ne s'imposent pas au médecin sollicité, qu'il soit inscrit ou non[1033], le médecin inscrit n'étant pas d'ailleurs obligatoirement consulté. Toutefois, par souci de transparence et de protection de la personne, un médecin traitant ou inscrit saisi dans le cadre d'un allègement de mesure peut s'inspirer de ces obligations. Le juge pourra ainsi être orienté plus efficacement dans sa prise de décision. Le rôle du médecin inscrit n'est pas simplement circonscrit à établir le certificat sur la seule base de ses conclusions. Quand bien même son rôle est accru, le médecin inscrit peut solliciter l'avis du médecin traitant en ce qui concerne les actes importants de la vie civile de la personne protégée ou à protéger[1034]. Il peut aussi prendre attache avec les médecins psychiatres qui auraient suivi cette dernière dans le cadre d'une hospitalisation d'office, à la demande d'un tiers ou dans le cadre d'un suivi médical simple.

[1030] V. *supra* n. n° 979, L. Pécaut-Rivolier, art. préc. Une « ONA » comme il se dit dans le jargon des tribunaux.

[1031] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 58.

[1032] L'avis du médecin inscrit est aussi obligatoire lorsque la vente du logement du majeur est envisagée et qu'elle justifie une institutionnalisation, du moins dans le cadre de la loi du 5 mars 2007, car cette obligation a été étendue par la loi du 16 février 2015 au médecin traitant également (exception faite du médecin officiant dans l'établissement d'accueil) qui peut être sollicité pour l'établissement d'un tel certificat médical : *cf* ainsi *supra* n. n° 1024. Conernant la révision de la mesure, le recours au médecin inscrit n'est obligatoire que dans le cas d'une révision supérieure à une durée de cinq ans et lorsque le majeur peut être dispensé d'audition.

[1033] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 59. La circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 n'impose ces obligations qu'au médecin inscrit.

[1034] V. *supra* n. n° 1017, M. Couturier, art. préc. ; selon l'article 431-1 anc. du Code civil.

Par contre, son rôle tend à s'amenuiser en ce qui concerne le placement d'une personne en établissement. Si le médecin inscrit, dont le seul avis était obligatoire, pouvait solliciter l'avis du médecin traitant dans pareil cas[1035] sous le coup de la loi du 5 mars 2007, la loi du 16 février 2015 a mis fin au recours au seul médecin inscrit. Un médecin traitant peut désormais donner un avis sur le non retour de la personne protégée ou à protéger à son domicile, au même titre que le médecin inscrit[1036].

Concernant l'audition du majeur, ou du moins sa non audition, le médecin inscrit en fera de même lorsque le juge des tutelles devra délivrer une ordonnance de non audition.

427. Alors oui, le certificat médical circonstancié permet au juge des tutelles de se prononcer selon des éléments fiables. À moins de devoir désigner un autre médecin inscrit au regard d'un premier certificat faiblement argumentatif, le juge se fiera au premier certificat pour décider de prononcer une mesure ou non. Mais le certificat médical reste une préconisation que le juge des tutelles ou les juges d'appel peuvent ne pas retenir afin d'écarter une mesure de protection[1037]. La loi du 5 mars 2007 a d'ailleurs bien revisité cet aspect de la protection des majeurs, car la jurisprudence antérieure était venue pallier aux errances en la matière de la loi du 3 janvier 1968 qui n'imposait pas une aussi grande description de la pathologie du majeur, ce qui pouvait conduire à des ouvertures de mesures non adaptées. Et en l'occurrence, la loi nouvelle permet une grande plus grande interaction entre le médecin inscrit, les parties et le juge des tutelles.

428. Seulement, tout travail mérite salaire, comme dit la formule consacrée. Le médecin inscrit ne délivre pas de certificats sur son temps libre et il en demandera la rétribution. Le coût du certificat peut alors apparaître comme un frein à la demande

---

[1035] Bien que facultatif avant l'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2015, même si l'article 431-1 du Code civil l'admettait. D'ailleurs, cet article a été abrogé par ladite loi : *cf supra* n. n° 1012 L. 16 février 2015 préc., Titre 1er, art. 1er, II, 3°.

[1036] V. *supra* n. n° 1012, L. 16 février 2015 préc., Titre 1er, art. 1er II, 1°, instituant l'article 426 nouv., al. 3, du Code civil. Une nouvelle condition est posée : ni le médecin inscrit ni le médecin traitant ne doivent être rattachés à l'établissement d'accueil, ceci dans un souci de neutralité de l'établissement. Dans ces deux cas, le tarif du certificat médical est fixé à 25 € par le décret n° 2008-1485 du 22 décembre 2008 relatif à la tarification des certificats et avis médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs. Les modalités de prise en charge du coût du certificat médical dans ces deux cas sont les mêmes que pour celles de l'ouverture de la mesure.

[1037] Ce que confirme la Cour d'appel de Douai, dans un arrêt du 24 mars 2010. Si le juge des tutelles avait suivi les recommandations du médecin inscrit afin de placer un majeur sous curatelle renforcée, la Cour d'appel de Douai venait infirmer la décision de placement en précisant que, même si le majeur présentait une altération des facultés mentales et une situation financière difficile, *« il ne ressort nullement des pièces du dossier que Mme M... soit dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts ni qu'elle a besoin d'être assistée ou contrôlée dans les actes importants de la vie civile par un curateur. Il ne ressort pas davantage de ces pièces que ses difficultés financières sont dues à l'éventuelle altération de ses facultés qui entraînerait son incapacité à s'occuper de manière satisfaisante de la gestion de ses affaires, et non pas, comme elle l'allègue, à des retards dans le paiement de son salaire et la remise des documents de fin de contrat de travail qui ne lui sont pas imputables. Mme M... démontre à l'inverse une indéniable capacité à savoir solliciter elle-même utilement des personnes compétentes (médecin, avocat notamment) pour l'aider à résoudre ses difficultés matérielles et personnelles. Il n'y a donc pas lieu d'ouvrir une quelconque mesure de protection juridique à son profit et le jugement frappé d'appel sera, par suite, infirmé »*. De ce fait, la majeure pouvant pourvoir seule à ses intérêts malgré l'altération de ses facultés mentales, la mesure n'apparaissait pas nécessaire. Ceci démontre que le certificat médical n'est qu'une orientation, le juge des tutelles pouvant l'écarter dans certains cas pour ne pas mettre en œuvre une mesure qui serait alors disproportionnée au regard de la capacité du majeur d'agir seul. V. ainsi l'arrêt suivant : Douai (CA), 24 mars 2010, n° RG 10/162, AJ Fam., 14 mai 2010, n° 5, p. 236, obs. L. Pécaut-Rivolier.

d'ouverture. Son coût de 160 €[1038] est à la charge de la personne à protéger. En cas d'insolvabilité, le médecin serait réglé au titre des frais de justice, le procureur de la République ayant pris des réquisitions aux fins de désignation d'un expert après avoir constaté l'impécuniosité du majeur. Ce coût est-il justifié ? seul le législateur peut le dire. En tous les cas, le coût est prohibitif et peut ne pas inciter à consulter le médecin à cet effet, d'autant qu'aucun remboursement n'entervient de la part de l'assurance maladie. Si certaines familles préfèrent ne plus se tourner vers le juge des tutelles et continuer tant bien que mal une gestion sans doute alambiquée, d'autres ayant compris le fonctionnement de la justice se tournent vers le procureur de la République. Si l'impécuniosité du majeur est constatée, le médecin requis par le Parquet sera réglé au titre des frais de justice. Ce qui sous-entend que l'État, et donc le contribuable, paie l'expertise. Bien entendu, la protection des majeurs est un devoir des familles et des collectivités, la solidarité nationale devant ainsi fonctionner. Mais il faut admettre que les frais d'expertise coûtent relativement chers aux juridictions. Le coût de l'expertise ne va donc pas dans le sens de la réelle prise en compte de la personne du majeur. La suppléance de volonté a aussi un coût dans la société du XXIè siècle et il est déconseillé d'avoir recours à un régime de protection judiciaire, au même titre qu'il est déconseillé d'être malade au regard des frais médicaux qui s'accroissent d'années en années.

429. Le certificat médical circonstancé doit rendre compte de la situation du majeur le plus fidèlement, afin que le juge des tutelles soit à même de statuer conformément aux intérêts du majeur. En ce sens, l'expertise a un réel impact sur la position du juge des tutelles[1039].

Le juge n'étant pas médecin, il doit pouvoir suffisamment corroborer les éléments présentés par la famille à ceux relevés par le médecin inscrit. Sur les aspects médicaux, le juge ne peut qu'apprécier l'expertise du médecin qui doit refléter la réalité personnelle et médicale du majeur. Il en va donc de la légitimité de l'expertise, car une erreur d'appréciation du médecin peut compromettre l'ensemble de la procédure. Au pire, le juge désignera un autre expert pour établir une contre-expertise, mais la conséquence sera une perte de temps, un nouvel examen pour le majeur dont on peut douter de la nécessité sur un plan psychique et un nouveau coût financier pour le contribuable. Les juges des tutelles reçoivent bien une formation sur l'aspect médical, il n'empêche qu'ils ne sont pas médecins et qu'ils doivent se fier aux conclusions de l'expert.

Pour autant, si certains travers relevés montrent que le certificat médical circonstancié ne tend pas à respecter totalement l'esprit de la protection de la personne, le contenu reste cependant proche de la réalité personnelle du majeur. Les expertises réalisées justifient sur le plan médical la décision prise par le juge des tutelles. Cependant, si l'on peut faire dire tout et n'importe quoi à un majeur et permettre à la famille de se substituer à lui, l'audition viendra

---

[1038] Ce tarif est fixé par le même décret vu précédemment, ce dernier prévoyant que la carence de la personne à protéger, lors de l'examen, génère un coût de 30 € (si le certificat est requis par le procureur de la République ou si le médecin est commis par le juge des tutelle). Sur le certificat de carence, mais dans le cadre du paiement du médecin, et non du rôle du certificat de carence pouvant suppléer un certificat médical circonstancié non établi par refus du majeur, v. en ce sens *supra* n. n°1017, Fl. Fresnel, art. préc. Lorsque le majeur est amené à payer les frais relatifs à l'examen médical, le réglement se fait selon les dispositions de l'article R. 217, al. 1er, du CPP. Par contre, si le certificat médical est sollicité par le procureur de la République ou le juge des tutelles, les articles 1256 du Code de procédure civile et R. 93 du CPP admettent l'avance des frais au titre des frais de justice. Le réglement de ces derniers sera pris définitivement en charge au titre des frais de justice si le majeur est insolvable. Par contre, il en sera redevable au terme de la procédure selon les dispositions des articles 1256 du Code de procédure civile et R. 217, al. 3 du CPP.

[1039] J.-P. Marguénaud, « Les aspects procéduraux de la protection des majeurs vulnérables au regard de la CEDH », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 10 et sui.

révéler la réalité d'une situation dans laquelle la suppléance de volonté sera établie ou si le majeur doit pouvoir conserver le droit d'agir dans son propre intérêt.

C- L'audition : la révélation de la suppléance de volonté.

430. Le cadre de l'audition est sans aucun doute le moment le plus important de l'ensemble de la procédure. Quand bien même l'expertise révèlerait un trouble psychique interdisant au majeur de pouvoir exprimer sa volonté, son audition donnera un point de vue qui ne souffrira d'aucune contestation. La capacité du majeur à pouvoir s'exprimer, à donner un avis sur la procédure et éventuellement son utilité, à décrire son mode de vie, à se remémorer son passé, à envisager l'avenir ou encore à parler de son patrimoine témoigneront du degré d'altération des facultés mentales ou un état de lucidité parfaite. Si la suppléance de la volonté est certes proche des constatations médicales, il n'empêche que l'audition reste le cadre privilégié entre le juge des tutelles et le majeur pour confirmer ou non si la suppléance de volonté est une chimère ou une réalité. L'échange entre les deux parties apportera la réponse à la question posée : le majeur doit-il être nécessairement protégé même si sa capacité à exprimer sa volonté est partiellement entamée ? L'audition reste donc pour le juge le révélateur concret de la situation du majeur et le déterminera quant à la suite à donner à la procédure[1040].

C'est pourquoi, dans un souci exacerbé de respect de la personne du majeur et malgré un doute substantiel sur sa réelle capacité à exprimer sa volonté et à pourvoir à ses intérêts, l'audition revêt un caractère obligatoire (1) ; dans un second temps, l'audition des personnes visées à l'article 430 du Code civil, même s'il elle a un caractère facultatif (2), sauf en ce qui concerne les candidats à l'exercice de la mesure, n'en est pas moins importante, puisqu'elle confrontera le majeur à sa famille amenée à exprimer la volonté de ce dernier à sa place. La gravité de l'audition de la famille ou de l'entourage n'est pas un vain mot. Si un parent ou un frère doit exercer la mesure de protection, c'est parce que le juge aura eu confirmation de sa part que le majeur ne peut plus agir seul dans son intérêt et que la nécessité de suppléer sa volonté se fait jour. L'audition de la parenté est presque aussi importante que celle du majeur, car les conséquences qui en découlent sont la suppression partielle ou quasi-totale de la prééminence de la volonté du majeur. Quoi qu'il en soit, l'audition en protection des majeurs est le théâtre de la confrontation des points de vue et des volontés que le principe du contradictoire doit garantir. C'est donc au terme de cette étape que le juge peut décider de renvoyer le dossier à l'audience de jugement afin de statuer sur la demande. Toutefois, entre temps, il peut ordonner le placement du majeur sous le coup de la sauvegarde de justice dans le cadre d'une mesure d'instruction (3). Mais en marge de toute audition, le respect du contradictoire impose le respect à un droit de consultation du dossier par le majeur, quel que soit son état, si toutefois celui-ci le lui permet. Car comment défendre son point de vue si dans le même temps, le majeur ne connaît pas les éléments du dossier qui l'amènent, peut être contre sa volonté, devant le juge des tutelles (4) ?

1) L'audition obligatoire de la personne à protéger.

431. Il n'est nullement possible pour le juge des tutelles de renoncer à l'audition du majeur dès lors que son état de santé lui permet de s'exprimer[1041]. L'audition du majeur, avant toute décision de placement sous protection ou de non lieu à mesure, est donc une étape qui

[1040] V. *supra* n. n° 952, M.-H. Isern-Réal, art. préc.

[1041] V. *supra* n. n° 951, A. Caron-Deglise, art. préc. ; v. *supra* n. n° 979 L. Pécaut-Rivolier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 949, Fl. Fresnel, art. préc.

doit garantir l'effectivité du principe du contradictoire[1042], l'audition étant considérée comme d'ordre public[1043] selon la Cour de cassation et ce, dans le respect des droits processuels[1044].

432. L'article 432, alinéa 1er, du Code civil prévoit que *« le juge statue, la personne appelée ou entendue […] »*[1045], le majeur devant être nécessairement convoqué afin de s'exprimer, que l'audition ait lieu en première instance ou en cause d'appel[1046].

En procédant à l'audition du majeur, le juge des tutelles recueillera son avis sur la procédure. Le juge peut être confronté à un majeur présentant une altération de ses facultés ou bien n'en présentant pas. Dans le premier cas, malgré l'altération de ses facultés, le majeur aura suffisamment de discernement sur ses difficultés et se montrera favorable à l'instauration d'une mesure de protection, ou bien, malgré l'altération constatée, il ne voudra pas reconnaître la nécessité de la mesure et s'opposera fermement à l'instauration de cette dernière. Dans l'autre cas, le majeur ne présente aucune altération et le juge constatera cet état au regard de l'état de lucidité corroboré par le certificat médical circonstancié, étant précisé que certains certificats médicaux indiquent clairement que le majeur n'a aucune altération de ses facultés.

Dès lors, le majeur peut être d'accord pour être placé sous protection, et dans ce cas, il le fera savoir dans la limite de ses capacités intellectuelles ou physiques. S'il s'oppose à tout placement, il en fera de même, mais le juge en tirera les conclusions qui s'imposent et ordonnera une mesure de protection. En entendant le majeur, le juge des tutelles s'évertue à respecter le principe du contradictoire, et par ailleurs, le respect de ce principe participe du

---

[1042] Le défaut d'audition du majeur en capacité de s'exprimer ne respecte pas les droits de la défense prévus par l'article 6 § 1er de la Convention EDH ; sur le respect du principe du contradictoire, v. en ce sens *supra* n. n° 991, E. Putman, art. préc. , ou n. n° 979, Fr. Mananga, art. préc. ; *cf* également CPC, art. 1220-1.

[1043] Civ. 1ère, 6 février 1996, n° 93.13-743, inédit, source Légifrance.

[1044] CEDH, 30 janvier 2001, *Vaudelle c/France*, n° 35683/97 (violation article 6 § 1 Conv. EDH en raison de l'absence d'assistance du majeur dans une procédure pénale dirigée contre lui), *D.* 2002, Jur. 353, n. A. Gouttenoie-Cornut et E. Rubi-Cavagna, et somm. 2164, obs. J.-J. Lemouland ; v. *supra* n. n° 1039, J.-P. Marguénaud, art. préc.

[1045] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.* p. 92 ; S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », Defrénois, 30 janvier 2009, art. n° 38884, n° 2, pp. 185 et sui. L'audition est également obligatoire en cas de révision de la mesure initiale ou de mainlevée, à l'occasion d'un débat contradictoire. Il est obligatoire dans ces domaines notamment : autorisations données à la personne chargée de la mesure en matière d'atteinte grave à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée (C. civ., art. 459, al. 4) ; dessaisissement des personnes chargées de l'exercice de la mesure (C. civ., art. 417) ; autorisation d'agir seul (C. civ., art. 459-2, que ce soit le curateur ou le protégé) : voir en ce sens Th. Verheyde, « La protection de la personne du majeur protégé », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AF fam. 2009, n° 1, pp. 19 et sui. ; révocation du mandat de protection future ou contestation de la mise à exécution du mandat (C. civ., art. 483 4° et 484).

[1046] À défaut, le principe du contradictoire n'est pas respecté : v. en ce sens Civ. 1ère, 13 juillet 2004, n° 01-14.506, Bull. Civ. I, n° 205, p. 172, *D.* 2006, Pan. 1571, obs. J.-J. Lemouland et J.-M. Plazy ; AJ Fam., n° 10/2004, 367, obs. L. Attuel-Mendes ; Dr. Fam. 2005, n° 123, n. Th. Fossier ; RTD Civ. 2004, 716, obs. J. Hauser. Encourt ainsi la cassation (partielle) l'arrêt confirmant le placement d'un majeur sous sauvegarde de justice, alors même que ce majeur, bien qu'ayant des difficultés relatives à des troubles de la parole et de la mémoire, n'a pas été entendu par le juge des tutelles, les textes prévoyant qu'en cas de non audition d'un majeur, le juge doit rendre une décision spécialement motivée que le greffe doit notifier au majeur : *cf* Civ. 1ère, 26 juin 2013, n° 12-15.401, inédit, source Légifrance.

respect de la personne du majeur[1047]. Quand bien même ce dernier présente une quelconque altération de ses facultés mentales ou physiques, il doit pouvoir être entendu comme n'importe quelle autre personne saine d'esprit[1048]. En ce sens, le droit de la protection des majeurs ne crée pas une catégorie d'individus ne devant pas être soumis pareillement aux règles de procédure. Les règles procédurales sont les mêmes pour quiconque.

433. Dès lors, l'audition admet la présence obligatoire du majeur, dans la mesure où il demeure en capacité d'être entendu. Le recueil de l'avis a donc une place centrale dans la procédure, cet avis ayant pour effet d'orienter la décision à venir. Non pas qu'il s'agisse d'un avis qui s'impose au juge des tutelles, il est une sorte de renseignement manifestant la lucidité ou non de la personne et justifiera sa décision. En la matière, la loi nouvelle n'a pas révolutionné la procédure, car la loi du 3 janvier 1968 consacrait le principe de l'audition obligatoire du majeur, hors cas de dispenses prévues. L'audition tend à réduire les effets de la suppléance de la volonté individuelle : le majeur étant passif dans la demande même d'ouverture d'un régime de protection, lui demander son avis consiste à le rendre acteur de la procédure dirigée contre lui, ce qui participe du respect de sa personne. La suppléance de la volonté ne doit pas non plus conduire à supprimer toute possibilité pour le majeur de s'exprimer et maintenir, autant que faire se peut, sa prééminence.

434. Il est des cas où le principe du contradictoire peut être mis à mal si le majeur présente des difficultés physiques à s'exprimer, alors même qu'il demeure en capacité de s'exprimer sur le plan mental. Dans ce cas, le majeur peut être entendu assisté d'un avocat de son choix ou commis d'office[1049], comme l'admet l'article 432, alinéa 1er, du Code civil[1050]. On peut toutefois soulever la légèreté du dispositif, puisque sa présence reste facultative[1051].

[1047] Ce respect est d'autant plus accentué lorsque le juge des tutelles est saisi d'une requête touchant à la protection de la personne du majeur, et seulement sa personne. Le juge entend le majeur, à moins qu'il ne soit dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté, dans des domaines pouvant porter gravement atteinte à son intégrité corporelle ou à l'intimité de sa vie privée. Tel le prévoit ainsi la circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 (p.10) : *« il en est ainsi, en particulier, lorsque la requête est présentée en application du dernier alinéa de l'article 459 du Code civil, c'est-à-dire lorsque la personne en charge de la mesure de protection (mandataire spécial, curateur, tuteur ou mandataire de protection future), doit prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privé) »* : v. *supra* n. n° 1045, Th. Fossier, M. Bauer, E. Vallas-Lenerz, *op. cit.* ; Th. Verheyde, « Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales ? », Rec. D., 28 octobre 2010, n° 37, pp. 2460 et sui.

[1048] Cette idée se déduit de l'article 14 du Code de procédure civile.

[1049] Fl. Fresnel et M. Péninon-Jault, « La protection juridique des majeurs : commentaire du décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 », Gaz. Pal. 29 janvier 2009, n° 29, § I, 3.

[1050] Combiné à l'article 1214 du Code de procédure civile ; v. aussi le décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 portant réforme de la procédure relative à la protection des majeurs ; F. Moureau, « La place de l'avocat dans la nouvelle législation sur la protection des majeurs », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 12 ; D. Pollet, « Le rôle de l'avocat dans les procédures de protection judiciaire d'une majeur, *in* Dossier, Majeur protégés : procédure, AJ fam. 2014, n° 3, pp. 165 et sui.

[1051] Une décision peut ainsi être annulée si le majeur n'était pas informé de son droit à être assisté ou représenté par un avocat, même s'il n'est pas obligatoire : F. Arbellot*, Droit des tutelles*, Praxis Dalloz, 2è éd., 2007, notamment n° 63.00 et 64.00 ; A. Batteur, A. Caron-Deglise, M.-C. Dalle, Th. Fossier, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde*, Curatelle, tutelle accompagnements*, Litec 2009, pp. 56 et sui. ; Ass. Plé., 30 juin 1995, n° 94-20.302, Bull. Ass. Plé., n° 4 ; *D.* 1995. 513, concl. Jéol et n. Drago ; Civ. 2ème, 17 novembre 2005, n° 03-04.186, Bull. Civ. II, n° 292 (sur les droits de la défense et les effets d'une demande d'aide juridictionnelle) ; Civ. 1ère, 28 novembre 2006, n° 04-18.266, Bull. Civ. I, n° 526 ; *D.* 2008, Pan. 316, obs. J.-M. Plazy ; AJ fam. 2007, 40, obs. L. Pécaut-Rivolier ; Dr. Fam., 2007, n° 21, n. Th. Fossier, RJPF 2007-1/13, obs. J. Casey ; RTD civ. 2007, 91, obs. J. Hauser ; (sur le droit d'accès du majeur à son dossier) ; Civ. 1ère, 23 janvier 2008, n° 05-20.068, Bull. Civ. n°

En raison de la nature particulière de la procédure et des difficultés que peut rencontrer un majeur, le respect du contradictoire pourrait d'autant plus être respecté que la présence de l'avocat devrait être obligatoire, comme elle peut l'être pour le divorce sur acceptation du principe de la rupture ou la procédure de reconnaissance préalable de culpabilité. Dans ces procédures, le consentement des parties est nécessairement donné avec l'assistance de l'avocat. Si dans la protection des majeurs, la procédure ne consiste pas à donner un quelconque consentement, en revanche, le fait que l'avis du majeur puisse être suspect, la présence de l'avocat constituerait un garde-fou dans la position adoptée par le majeur.

Il n'empêche, la procédure rend le conseil facultatif, le majeur devant décider s'il souhaite être entouré par un avocat ou se « défendre » seul. Dans le même ordre d'idée, il est possible pour le majeur d'être accompagné par toute personne de son choix, sous réserve de l'autorisation du juge des tutelles[1052]. Quelle que soit la personne qui assiste le majeur lors de l'audition, sa prise de parole permet de garantir la mise en œuvre du principe du contradictoire, puisque des difficultés à s'exprimer ou même à comprendre le sens des questions du juge ne permettraient pas au majeur d'appréhender la portée de l'audition : on pourrait alors placer un majeur sous protection sans qu'il n'ait pu exprimer sincèrement son ressenti de la procédure.

435. L'audition se déroule en chambre du conseil[1053], le public n'étant pas invité à assister aux débats. Si le majeur peut se déplacer, le juge l'entendra en son cabinet. Il peut arriver toutefois que le majeur ne puisse se déplacer sans être accompagné d'une tierce personne[1054]. Dans cette hypothèse, le majeur à protéger et la tierce personne seront convoqués avec la mention *« transport de ... »*. Mention purement formelle, mais qui permet à la personne à protéger de venir exprimer son point de vue sans être livrée à elle-même lors d'un déplacement qu'elle ne pourrait assumer seule. L'audition se tient hors la présence, dans un premier temps, du médecin traitant[1055] s'il est présent, du requérant, de l'accompagnant ou toute autre personne convoquée. Le majeur peut se faire entendre en présence de son avocat, choisi ou commis d'office[1056] ; l'audition est retranscrite par le greffier obligatoirement,

---

25, p.20 ; AJ fam. 2008. 124, obs. Pécaut-Rivolier ; *D.* 2009. AJ. 484 ; D. 2009. Pan. 53, obs. Douchy-Oudot ; RTD civ. 2008. 275, obs. Hauser (sur le droit au recours contre une décision en matière de tutelle) ; v. *supra* n. n° 979, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, art. préc. Toutefois, lorsque le majeur a demandé l'aide juridictionnelle, ce qui sous-entend qu'il a choisi un avocat, l'audition du majeur doit avoir lieu dans le plus strict respect du droit à la présence de l'avocat, à peine de nullité de la décision rendue (ce qui justifie la cassation de la décision de placement sous protection hors la présence de l'avocat sollicité) : Civ. 1ère, 30 septembre 2009, n° 08-15.174, Bull. Civ. I, n° 959, « Même un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection peut avoir droit à un avocat », AJ Fam., 16 novembre 2009, n° 11, p. 457, obs. L. Pécaut-Rivolier.; « Du contradictoire dans les procédures familiales : tutelle et assistance éducative », RTD Civ., 14 décembre 2009, n° 4, p. 713, obs. J. Hauser (même si en l'espèce, la mesure de protection instaurée par le juge était une TPSA).

[1052] On peut rajouter que, dans un parfait souci du respect du contradictoire, le majeur à protéger peut être accompagné d'un interprète en langue des signes s'il a des difficultés d'audition ou encore d'un interprète dans sa langue d'origine s'il ne parle pas français ou présente des difficultés de compréhension. Dans ce cas, la présence de l'interprète est de droit. Si la famille du majeur est en capacité de procéder à l'interprétation ou à la traduction, le juge des tutelles autorisera la présence de la famille : v. en ce sens *supra* n. n° 1050, Fl. Fresnel et M. Péninon-Jault, art. préc., n° 29, § I, 5.

[1053] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 93.

[1054] *Ibid.*

[1055] Ce qui ne se fait plus en pratique sous la coup de la loi du 5 mars 2007. Pour autant, rien ne l'interdit.

[1056] La présence de l'avocat n'est pas obligatoire, ce qui constitue une atteinte aux droits de la défense. Même si la procédure reste gracieuse, la présence d'un conseil devrait être obligatoire, notamment si le juge considère que le placement sous protection est nécessaire, alors même que le

contrairement à ce que prévoyait auparavant la loi antérieure. Ce dernier avise le procureur de la République de la tenue d'une audition[1057]. Pour autant, si la loi du 5 mars 2007 rend la présence du greffier obligatoire, la pratique de certains juges d'avant-réforme imposait la présence du greffier[1058], même si la loi antérieure n'en faisait pas expressément une obligation à peine de nullité de la procédure.

Exceptionnellement, lorsque le majeur ne peut se déplacer en raison de son état physique rendant difficile tout déplacement, le juge des tutelles peut organiser une audition « extérieure ». Dans cette hypothèse, le majeur doit pouvoir exprimer un avis personnel sur la mesure, seule une altération de ses facultés physiques l'empêchant de se déplacer, et non l'empêchant de s'exprimer. Le juge se déplacera[1059] sur le lieu de vie habituel du majeur, soit en établissement, soit à son domicile. Cette subtilité ne doit pas pour autant modifier les conditions de forme de l'audition du majeur. Le déplacement du juge permet ainsi de respecter la parole du majeur ; il serait parfaitement intolérable que ce dernier soit placé sous protection, sans avoir été entendu, alors même qu'il peut exprimer un avis éclairé sur la procédure. On peut rajouter que l'audition se déroulera en présence seule du majeur, ou avec l'assistance d'un avocat ou de la personne souhaitée.

436. Quel que soit le type d'audition, le juge des tutelles indiquera à la personne à protéger la décision qu'il prendra lors de l'audience de jugement. À cette occasion, le majeur n'a pas l'obligation de se présenter à l'audience, sauf si le juge estime nécessaire une nouvelle audition de ce dernier. L'audition n'étant qu'une mise en état, le juge statue hors la présence des parties une fois les éléments suffisants recueillis pour statuer. Le contradictoire est pareillement respecté[1060], selon le parallélisme des formes de l'audition. Une insanité d'esprit ne doit pas justifier obligatoirement que l'on n'entende pas le majeur, pour ce seul motif.

437. Seulement, le caractère obligatoire de l'audition doit-il être respecté formellement, à peine de nullité de la procédure ou de la décision prononcée ? L'article 432, alinéa 2, du Code civil pose une exception au principe de l'audition obligatoire. Si la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, ou que l'audition est de nature à porter préjudice à sa santé, la personne sera dispensée d'audition[1061]. Le juge accordera cette dispense selon une ordonnance de non audition, qu'il pourra prendre avant l'audition et au vu du certificat médical circonstancié, ou durant l'audition après avoir recueilli l'avis des personnes qu'il aura convoquées. Les majeurs qui pourront bénéficier de la non audition[1062] sont les personnes

---

majeur opposerait un refus catégorique à ce placement (ou sa famille s'il en a une). L'article 1214 du Code de procédure civile impose un débat contradictoire dès lors que le juge envisage l'ouverture, la modification ou la mainlevée de la mesure de protection. Mais l'avocat n'est jamais obligatoire, ce qui peut être regrettable, d'autant que, selon les dispositions de l'article 415 du Code civil, le juge des tutelles est gardien des libertés individuelles. En pratique, le juge indiquera toutefois au majeur convoqué en audition qu'il peut se faire assister d'un avocat le jour de l'audience de jugement. La pratique tend donc à faire respecter le principe du contradictoire que le décret du 5 décembre 2008 viole partiellement en indiquant que la présence de l'avocat est facultative. Si ce dernier n'est pas obligatoire et que le majeur présente des difficultés de compréhension de la procédure, il lui sera difficulté de se défendre utilement.

[1057] V. *supra* n. n° 963, C. Sévely-Fournier, art. préc., AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 70.

[1058] Présence obligatoire de ce dernier car l'audition, qui se tient en chambre du conseil, présente un intérêt d'ordre public. Le greffier certifie le bon déroulement de la procédure.

[1059] V. *supra* n. n° 949, Th. Verheyde, art. préc.

[1060] CPC, art 1226. Pour cela, le majeur doit avoir été appelé ou entendu à l'occasion de l'audition.

[1061] V. *supra* n. n° 1039, J.-P. Marguénaud, art. préc. ; v. *supra* n. n° 949, Fl. Fresnel, art. préc.

[1062] La circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 en date du 9 février 2009 prévoit que *« ce nouveau cas de dispense est susceptible de concerner les personnes qui se trouvent dans l'impossibilité de communiquer, en raison de la nature ou de l'ampleur de l'altération de leurs*

atteintes de la maladie d'Alzheimer dont le stade d'évolution sera tel qu'il empêchera toute expression possible, de même que les personnes ayant subi des lésions cérébrales très graves ou se trouvant dans un état de coma, y compris les jeunes majeurs atteints de handicap congénital grave. Si la dispense permet à cette personne de ne pas être entendue, le juge des tutelles a toutefois la faculté de se déplacer sur son lieu de vie, non pour l'entendre puisque non auditionnable, mais pour prendre sa décision en fonction d'éléments rattachés aux conditions de vie de la personne et à son lieu de vie. Ainsi, la solitude de cette personne, que constatera le juge selon des éléments objectifs recueillis chez celle-ci, l'orientera à prendre une tutelle en désignant un tuteur professionnel en raison de l'absence de toute famille. De la sorte, le choix de la mesure dépendra pour beaucoup de la prise en compte de la personne, que ce soit lorsque le juge recueille son avis et lorsqu'il prend comme point de repère les conditions de vie de la personne. Mais outre l'audition de la personne à protéger qui orientera le juge dans sa décision, ce dernier peut également entendre les personnes visées à l'article 430 du Code civil, et ce, de manière opportune selon les cas, mais toujours facultatives d'une manière générale.

2) L'audition de l'entourage du majeur à protéger : un moment opportun pour le juge des tutelles et la confirmation de la suppléance de volonté.

438. L'article 1220-4 du Code de procédure civile maintient le pouvoir d'appréciation du juge des tutelles[1063] aux fins d'auditionner l'entourage du majeur. C'est après avoir pris connaissance des questionnaires[1064] retournés par les personnes visées dans la procédure que le juge des tutelles convoquera opportunément ces dernières. Le choix de les convoquer reste discrétionnaire et dépendra des réponses de chacune, à savoir si elles souhaitent être entendues ou non[1065]. Cependant, si une candidature à l'exercice de la mesure de protection se présente, le juge a pour obligation de convoquer cette personne pour l'auditionner[1066]. Il aura d'ailleurs pour obligation de convoquer toutes les personnes qui voudront être désignées en ce sens. En effet, au risque de ne convoquer qu'une personne parmi les candidats à l'exercice de

---

facultés mentales ou corporelles (par exemple, en cas d'atteinte de la maladie d'Alzheimer à un stade très avancé, ou encore du fait des lésions cérébrales importantes, ou en cas de coma). Néanmoins, même dans ce type de situation, il peut être utile pour le juge de rencontrer la personne, notamment chez elle ou dans l'établissement de résidence, car d'autres éléments que l'audition peuvent participer à la prise de décision (comme l'état de grande solitude affective constatée à travers l'absence de photographies de proches ou d'objets personnels dans une chambre de maison de retraite est de nature à orienter le choix du tuteur par le juge vers un professionnel qui, en raison de sa disponibilité ou de sa personnalité, pourra constituer un repère et un lien avec la vie et le monde extérieur pour la personne seule) ». Quand bien même le majeur bénéficie de cette dispense d'audition, il est nécessaire de lui notifier ladite, dans la mesure de ses capacités mentales ou physiques pour appréhender la portée de l'ordonnance. Le juge doit aussi constater que la personne n'est pas auditionnable : *cf* L. Ravillon, « Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique », RD. Sanit. Soc., n° 1, 15 mars 1999, pp. 191 et sui. ; S. Moracchini-Zeidenberg, « L'acte personnel de la personne vulnérable », RTD Civ., 16 avril 2012, n° 1, pp. 21 et sui.

[1063] V. *supra* n. n° 949, Fl. Fresnel, art. préc.

[1064] Au regard des éléments recueillis dans les questionnaires, le juge peut diligenter une enquête sociale afin de confirmer ces renseignements ou d'en obtenir de plus précis, les réponses pouvant être très variables. Dans bien des cas, on s'aperçoit d'une grave individualisation au point tel que personne n'a d'intérêt pour un membre isolé et vivant dans la précarité.

[1065] Le juge des tutelles peut ne pas recevoir un membre de la famille si ce dernier, qui souhaite être entendu, réside loin du tribunal saisi de la procédure. Il est possible alors de délivrer commission rogatoire au juge du domicile de ce membre de la famille afin de l'entendre utilement.

[1066] V. *supra* n. n° 979, L. Pécaut-Rivolier, art. préc.

la mesure[1067] et de désigner cette dernière dans le jugement d'ouverture, le juge des tutelles s'expose à rencontrer des contestations futures quant au choix du représentant légal. Car la vie de certaines familles n'a pas le calme et la quiétude d'autres, les conflits n'en seront que plus accentués si le juge donnait audience à certains candidats et pas à d'autres. La loi n'a fait que confirmer une pratique qui était déjà opérante sous l'égide de la loi du 3 janvier 1968. Si cette dernière n'en imposait pas l'obligation, certains juges des tutelles agissaient comme si la loi rendait obligatoire cette audition des candidats.

439. Le juge des tutelles dispose de la faculté de procéder à un débat contradictoire[1068]. Lorsque sa décision est susceptible d'intéresser ou d'affecter des personnes concernées par la mesure, il peut les soumettre à un tel débat[1069]. Leur audition permet de prendre connaissance de l'entourage de la personne à protéger. Dès lors qu'il a recueilli l'avis du majeur et celui des personnes visées par l'article 430 du Code civil, le juge des tutelles aura la possibilité de prendre une décision conforme à l'intérêt du majeur, tout en désignant l'une des personnes vues précédemment ou de désigner un tiers à la famille. Mais le juge des tutelles ne peut pas prendre une telle décision sans garantir les droits fondamentaux du majeur à protéger. En tant que gardien des libertés publiques et des garanties procédurales, il doit informer les parties du déroulement d'une audition. C'est dans ces conditions que le majeur pourra faire valoir son avis. Le juge des tutelles a donc pour obligation de respecter le principe du contradictoire, lequel principe participe du respect des garanties fondamentales[1070] du majeur que la Convention EDH recommande à travers son article 6 § 1er.

440. L'audition reste facultative, mais elle n'en est pas moins importante. La relation qu'entretient chacun avec le majeur viendra éclairer le juge des tutelles sur le degré de suppléance de la volonté. Les éléments évoqués dans ce cadre l'orientent sur le type de protection et la qualité de l'intervenant à désigner. Les configurations de protection sont nombreuses et l'avis de la famille sera le témoin du degré de difficulté du majeur. De manière juste, le juge des tutelles se rendra compte de la place de la famille dans la vie du majeur, son implication et les conséquences de sa gestion au quotidien. Il comprendra finalement à quel point la famille s'investit et supplée son majeur selon la nature des actes le concernant. C'est pourquoi, l'audition de la famille ne doit pas pouvoir revêtir un caractère facultatif. D'ailleurs, sur ce point, les juges des tutelles ne font pas l'économie de cette audition, puisqu'elle conditionne aussi le sort du majeur, notamment lorsque le juge des tutelles doit faire bénéficier le majeur d'une mesure provisoire.

3) La protection temporaire du majeur.

441. Il est des cas où l'on ne puisse pas attendre de protéger. Même si le juge des tutelles préfère statuer ultérieurement, il peut aussi mettre en place une protection provisoire durant toute l'instruction de la demande. Pour des raisons d'urgence ou en cas de nécessité de

[1067] La circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 prévoit que la convocation obligatoire de celui qui se porte candidat à l'exercice de la mesure de protection permet de limiter les contestations lors du prononcé de la mesure, afin de désamorcer les conflits existant au sein de la famille.

[1068] Comme le prévoit l'article 1214 du Code de procédure civile

[1069] Ces personnes peuvent exprimer un avis ou fournir toute explication rendant pertinente la décision du juge de prononcer telle ou telle mesure. Ce débat reste toutefois circonscrit à des cas limités : ainsi en cas de nécessité de se prononcer sur les articles 217 et 219 du Code civil (autorisation ou habilitation entre époux), sur les décisions relatives au conseil de famille, sur les autorisations prises dans le cadre de l'article 459, alinéa 4, du Code civil ou sur les contestations ou révocations de mandat de protection future.

[1070] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 86.

passer des actes particuliers immédiatement, une sauvegarde de justice avec mandataire spécial sera instaurée. Cette mesure provisoire, dans son principe, ne crée pas d'incapacité d'action. Toutefois, elle laisse supposer l'existence d'une présomption de mise à l'écart de la volonté du majeur.

442. La sauvegarde de justice prise dans le cadre de l'instruction de la demande prend en compte la personne du majeur et reste limitée quant aux nécessités de l'instruction[1071] : durée limitée au délai de caducité de la demande, audition obligatoire de la personne, sauf impossibilité[1072], détermination du contenu du mandat spécial et obligation de rendre compte du mandataire spécial. Le mandat spécial trouve son fondement dans une situation d'urgence[1073], que ni un mandat conventionnel, ni les règles de la gestion d'affaire[1074] ne parviennent à régulariser. La mise en place d'un mandat spécial[1075] intervient dès lors que certains actes d'administration ou de disposition sont *« rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée »*[1076]. Il est possible aussi de mettre en œuvre les actes conservatoires : *« lorsque les biens d'un majeur placé sous sauvegarde de justice risquent d'être mis en péril, le procureur de la République ou le juge des tutelles peuvent prendre toutes mesures conservatoires et, notamment, requérir ou ordonner l'apposition des scellés »*[1077]. Lorsque le majeur n'apparaît pas ou plus en état de réaliser de tels actes, le juge

---

[1071] J. Massip, « Désignation d'un mandataire spécial aux majeurs placés sous la sauvegarde de justice par le juge des tutelles », LPA, 24 juillet 2009, n° 147, pp. 17 et sui.

[1072] C. civ. art. 432, al. 2. Il en résultera une ONA.

[1073] Fl. Fresnel, « La notion d'urgence en droit de la protection des incapables, des majeurs protégés et des mineurs », gaz. Pal., 30 janvier 2010, n° 30, pp. 21 et sui.

[1074] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., p. 161.

[1075] C. civ., art. 437

[1076] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., p. 162. V. également Civ. 1ère, 8 décembre 1993, n° 92-10.698, Bull. Civ. I, n° 360, p. 250, Rec. D. 7 juillet 1994, n° 25, p.360. Dans l'espèce susvisée, il est possible pour un héritier de la personne placée sous sauvegarde de justice (mais décédée) de saisir le tribunal en assignant le mandataire spécial désigné et dont la mission était de réaliser les actes d'administration et de gestion dans l'intérêt de la majeure protégée, entrant dans la sphère des actes que le tuteur peut accomplir sans autorisation du juge des tutelles. L'héritier demandeur qui contestait les actes que le mandataire spécial pouvait accomplir a vu son pouvoir rejeté par les juges aux motifs sus-évoqués. Sur le caractère conservatoire du licenciement d'une auxiliaire de vie employée par un majeur placé sous sauvegarde de justice, puis sous tutelle (licenciement à l'initiative de la fille du majeur protégé), justifié en l'espèce dans un souci de protection du patrimoine du majeur en raison d'une faute grave commise par l'auxiliaire de vie, *cf* Soc., 29 janvier 2013, n° 11-23.267, Bull. Civ. V, n° 20.

[1077] CPC, art. 1252, al. 1er ; v. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., pp. 133 à 135 ; v. *supra* n. n° 963, C. Sévely-Fournier, art. préc., AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 70, ou C. Sévely-Fournier, art. préc., Rec. D., 30 avril 2009, n° 18, pp. 1221 et sui. ; N. Péterka, « La gestion du patrimoine de la personne protégée à l'épreuve de l'urgence ; Approche critique de l'acte conservatoire dans la loi du 5 mars 2007 et du décret du 22 décembre 2008 », Gaz. Pal., 30 janvier 2010, n° 30, pp. 25 et sui. Sur le caractère provisoire de la sauvegarde de justice avec mandataire spécial et l'absence de risque de partialité de la part du juge, v. en ce sens : Civ. 2ème, 24 janvier 2013, n° 12-01.345, Bull. Civ., n° 252, « L'impartialité du juge des tutelles », AJ Fam., 16 mars 2013, n° 3, p. 184, obs. Th. Verheyde ; RTD Civ., 15 juillet 2013, n° 2, p. 350, obs. J. Hauser. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi du demandeur aux motifs que les juges d'appel qui ont confirmé la désignation d'un mandataire spécial dans le cadre d'une sauvegarde de justice étaient les mêmes à confirmer le placement sous protection du majeur demandeur au pourvoi. Ce dernier considérait que la présence des mêmes juges à l'occasion de ses deux recours portés devant la Cour d'appel constituait une atteinte au principe d'impartialité voulu par l'article 6 § 1er de la Convention EDH. Les juges de la Cour de cassation ont simplement rejeté son pourvoi car le fait de placer un majeur sous sauvegarde de justice ne préjuge pas sur le fond du placement de ce même majeur sous tutelle. Les juges ont

des tutelles dispose de la possibilité de suppléer tout droit d'action du majeur pour un temps limité. Ainsi, pour éviter toute forme d'abus, elle ne peut être sollicitée que dans le cadre d'une demande de placement sous protection[1078]. Le juge pourra prononcer une mesure de sauvegarde durant l'instance[1079] et pourra décider que ses effets dureront jusqu'à l'ouverture de la mesure de protection ou pour une durée adaptable à la nature de l'acte à réaliser, mais toujours dans le délai de caducité.

443. La mesure ne peut durer qu'un an maximum, n'est pas renouvelable[1080], n'est pas susceptible d'appel, sauf en ce qui concerne la désignation du mandataire spécial et les pouvoirs qui lui sont confiés[1081], quand bien même la notification n'aurait pas été faite au majeur, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 29 juin 2011[1082] : le cas d'espèce relevait d'une situation d'urgence. Quand bien même le majeur n'eût pas reçu notification de la décision, l'objet même de la sauvegarde de justice ne permettait pas de faire appel du placement en tant que tel sous sauvegarde de justice. Les juges de la Cour de cassation ont considéré que c'était à bon droit que les juges du fond avaient caractérisé comme nécessaire le maintien du majeur sous sauvegarde de justice, nonobstant toute notification à ce dernier.

L'expiration du délai d'un an ferait tomber la mesure de sauvegarde dans le même temps que la mesure de tutelle ou de curatelle n'aurait pas été instaurée. Si dans le délai d'un

---

considéré que la sauvegarde de justice n'est qu'une mesure provisoire et que cela n'implique pas une atteinte au principe d'impartialité. Dès lors, la requête déposée par le majeur aux fins de récusation des juges d'appel n'a pas permis de faire valoir la partialité des juges, dans le sens où la caractère provisoire et conservatoire de la sauvegarde ne crée pas une cause de suspicion légitime. Décision à rapprocher de : Ass. Plé., 6 novembre 1998, n° 95-11.006, Bull. Ass. Plé., n° 4, *D.* 1999.1, concl. J.-F. Burgelin, RTD Civ. 1999.177, obs. J. Normand ; *ibid*. 193, obs. R. Perrot. Dans le même ordre d'idée, mais en ce qui concerne le divorce, et notamment sur les juges d'appel ayant statué en premier, sur des mesures provisoires, puis en second, sur le divorce prononcé aux torts de l'époux et le condamnant à verser une prestation compensatoire à l'épouse : Civ. 1ère, 15 décembre 2010, n° 09-70.583, Bull. Civ. I, n° 262 ; *D.* 2011. 78, obs. I. Gallmeister ; *ibid*. 622, chron. N. Auroy et C. Creton; *ibid*. 1107, obs. M. Douchy-Oudot ; AJ fam. 2011. 325, obs. M. Douris ; RTD civ. 2011. 110, obs. J. Hauser.

[1078] Si le mandat spécial est mis en place en dehors de tout dossier d'ouverture d'un régime de protection, la mandat est nul de droit, ce que confirment les juges en appel : *cf* Douai (CA), 16 juin 2010, RG n° 10/1300, « La loi du 5 mars 2007 appliquée par la Cour d'appel de Douai : quelques précisions de procédure et de fond », AJ Fam., 19 octobre 2010, n° 10, p. 438, obs. L. Pécaut-Rivolier, RTD Civ., 15 avril 2011, n° 1, p. 105, obs. J. Hauser. En l'espèce, le juge des tutelles avait confié mandat spécial à un MJPM aux fins de représentation du majeur dans les instances en cours, alors même qu'il n'avait pas décidé d'ouvrir un dossier de placement sous protection juridique. Ce mandat n'a donc aucune valeur juridique, sachant qu'il doit être obligatoirement mis en œuvre dans le cadre d'une procédure d'ouverture. Les juges d'appel motiveront leur décision en expliquant notamment que *« […] la désignation d'un mandataire spécial, sur le fondement de l'article 437 du Code civil qui est intégré dans une section III intitulée "de la sauvegarde de justice", incluant les articles 433 à 439 du Code civil, suppose donc nécessairement, soit antérieurement, soit concomitamment, le placement de la personne concernée sous sauvegarde de justice ».*

[1079] Il est à noter que le procureur de la République doit être avisé de l'instauration d'une sauvegarde de justice avec mandataire spécial ou sans mandataire spécial : v. en ce sens *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 54.

[1080] Elle n'est prise que durant l'instruction du dossier ; v. *supra* n. n° 975, A.-M. Leroyer, art. préc.

[1081] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 163.

[1082] Civ., 1ère, 29 juin 2011, n° 10-18.960, Bull. Civ. I, n° 134, Gaz. Pal., 4 août 2011, n° 216, p. 24, AJ Fam. 2011.433, obs. Th. Verheyde, RTD Civ., 14 octobre 2011, n° 3, p. 513, obs. J. Hauser. La base légale de l'article 1249 du CPC justifie ainsi une telle décision au regard des faits de l'espèce.

an, le juge des tutelles prononce l'ouverture d'une mesure de protection ou rend une décision de non lieu, la sauvegarde verra ses effets cesser de plein droit[1083].

444. La sauvegarde de justice est bien souvent ouverte avec la désignation du mandataire spécial[1084]. Le mandataire désigné se voit attribuer les prérogatives de la mesure en lieu et place d'un éventuel mandataire conventionnel ou bénéficiaire d'une quelconque procuration : tout mandat ou procuration antérieurs voient leurs effets cesser de plein droit dès la mise à exécution du mandat spécial. Seul le mandataire spécial désigné par le juge des tutelles a pouvoir d'accomplir les actes pour lesquels il a été désigné. L'action « pour le compte de » s'impose d'elle-même : le mandataire agit dans l'intérêt seul du majeur[1085] qui ne peut plus intervenir dans la réalisation des actes faisant l'objet de la mission du mandataire spécial. S'instaure ici une suppléance provisoire de la volonté du majeur. On écarte dans certains domaines son droit d'agir et son pouvoir de décision. Cependant, il reste en droit de réaliser les actes non visés par le mandat spécial, ce qui laisse le majeur encore capable sur le plan juridique[1086].

445. Le mandat spécial vise autant la protection patrimoniale que la représentation de la personne. Le mandat peut s'appliquer à des actes matériels comme il peut toucher à la protection de la personne directement[1087] et seulement si la situation le commande. Cependant, durant l'instance, le juge des tutelles peut décider qu'un mandat spécial soit mis en place pour la réalisation d'actes particuliers rendus nécessaires par la gestion patrimoniale[1088]. L'ancienne loi ne le permettait que dans le cadre d'une tutelle déjà ouverte, alors que la loi nouvelle l'autorise bien avant l'instauration de toute mesure de protection, d'autant plus si l'urgence de la réalisation de l'acte est requise. Cette nouvelle conception de la mesure de sauvegarde de justice avec mandataire spécial était appelée à être un succès dans la protection des majeurs : la pratique des greffes tend à démontrer que le succès escompté est

---

[1083] Le mandat spécial temporaire obéit également à un délai de caducité qui correspond à celui de la demande de protection, c'est-à-dire un an à compter du jour de dépôt au greffe. Un appel sur un mandat spécial peut devenir sans objet si le juge des tutelles a statué définitivement sur la mesure de protection avant que la cour d'appel n'ait statué sur le recours portant sur le mandat spécial. Toutefois, l'appel ne sera pas sans objet si la caducité du mandat spécial n'est pas établie. Si la caducité est établie, l'appel doit être déclaré recevable, la cour d'appel devant statuer sur le fond. Car si un juge des tutelles désigne un second mandataire spécial alors que le mandat d'origine est devenu caduc en raison de l'absence d'ouverture d'une mesure de protection, la possibilité est offerte pour le majeur de faire annuler les actes accomplis au-delà du délai de caducité : *cf* Civ. 1ère, 1er avril 2015, n° 13-20.376, inédit, AJ fam. 18 juin 2015, n° 6, p. 345, obs. th. Verheyde.

[1084] V. *supra* n. n° 949, Fl. Fresnel, art. préc. ; C. civ. art. 448 à 451.

[1085] Sur les conséquences du manquement à l'obligation du mandataire spécial de représenter le majeur protégé, v. en ce sens : Civ. 1ère, 16 avril 2008, n° 06-16.662, Bull. Civ. I, n° 119, Gaz. Pal., 11 juin 2009, n° 162, p. 27, n. J. Casey.

[1086] A. Cermolacce, « L'organisation générale des régimes de protection : sauvegarde de justice, curatelle et tutelle », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 68 et sui. Bien que les actes qu'il puisse accomplir peuvent être rescindés pour lésion, réduit en excès ou soumis à nullité à raison de leur gravité.

[1087] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 164 ; v. *supra* n. n°1047, Th. Verheyde, art. préc. Mais la protection de la personne même dans le cadre de la sauvegarde de justice reste malgré tout assez rare en pratique ; C. civ., art. 433, 438 renvoyant aux dispositions des articles 457-1 à 463 du même code en ce qui concerne les actes touchant à la personne.

[1088] J. Klein et Fl. Géminiani, « La sauvegarde de justice : aménagements ou évolution ? », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 64 et sui. ; v. *supra* n. n°979, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, art. préc. Comme l'acceptation d'une succession ou sa renonciation, la même acceptation suivie ou non de la vente d'un immeuble, ou encore la vente ou l'achat d'un immeuble hors succession.

allé au-delà de toute espérance, puisqu'il n'est plus nécessaire, au vu de l'évolution de l'état de la personne, de prononcer une mesure de tutelle ou de curatelle[1089] si l'acte pour lequel le juge des tutelles donne autorisation permet de ne plus recourir à une mesure de protection.

Mais elle offre de grands pouvoirs au mandataire, comparables à ceux du tuteur[1090]. Si l'acte accompli suffit à pourvoir aux intérêts du majeur, ou si la santé mentale du majeur s'est améliorée, le non lieu à mesure s'imposera de lui-même. Ainsi, l'anticipation sur une mesure s'effondre : la suppléance de la volonté n'en sera que plus limitée, même si elle sera tout de même établie. Au moins, le majeur n'aura qu'à subir une limitation de ses droits dans un intervalle de temps très court. Le non lieu qui serait alors prononcé n'empêcherait pas la prééminence de sa volonté, même si dans les faits postérieurs à la décision de non lieu, ses intérêts sont gérés par procuration.

446. La sauvegarde de justice admet aussi qu'aucun mandataire spécial ne soit nommé. Son absence ne doit pas pour autant ne pas protéger le majeur de tous les actes qui lui seraient préjudiciables. Ces derniers peuvent être rescindés pour lésion. Dès lors, hors le cas d'une rescision pour lésion, un majeur placé sous sauvegarde de justice sans mandataire spécial est libre de signer une promesse de vente d'un immeuble, à condition toutefois que l'autorisation soit donnée par le juge des tutelles concernant la signature de l'acte de vente[1091].

447. Mesure temporaire et limitée au temps de l'instruction du dossier, il appert que la suppléance de la volonté individuelle n'est pas encore très affirmée puisqu'elle ne préjuge en rien de l'incapacité juridique du majeur. Même si le mesure témoigne d'une suspicion possible d'impossibilité à agir, la restriction des droits se veut clairement limitée, mais limitée tout de même, puisque la mesure crée une incapacité de fait pour les actes visés dans le mandat spécial[1092]. Tant qu'une mesure de protection ne remplace pas la sauvegarde de justice pour cause d'insuffisance, la personne ne doit pas être considérée comme une personne protégée, au sens de la tutelle ou de la curatelle. C'est l'affirmation du respect de la personne en tant que personne capable juridiquement[1093], quand bien même le législateur refuse

---

[1089] V. *supra* n. n° 1074.

[1090] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 165.

[1091] Cette autorisation doit intervenir lorsqu'au terme de l'instruction de la demande, le majeur placé sous sauvegarde est placé sous curatelle. C'est en tout cas le cas d'espèce visé dans un arrêt du 18 novembre 2009 rendu par la Troisième chambre de la Cour de cassation. Les opérations de vente d'un immeuble peuvent être réalisées par le majeur sauvegardé, et notamment la promesse de vente, dans la limite du placement sous curatelle. Une fois la mesure de protection ouverte, le juge des tutelles doit donner son autorisation aux fins de réalisation de la vente de l'immeuble. Or, en l'espèce, la vente avait été conclue après le placement du majeur sous curatelle, le juge, *a fortiori*, n'ayant pas donné son autorisation aux fins de signature de l'acte notarié. La Cour de cassation ne peut utilement retenir l'argumentation du demandeur, à savoir que l'agence immobilière, qui revendiquait un droit à rémunération à la suite de la vente, considérait cette vente comme *« parfaite »*. Et quand bien même le demandeur considère que l'absence d'autorisation du juge des tutelles n'a pas eu d'incidence sur la validité de l'acte, la Cour de cassation ne peut reconnaître ce droit à rémunération, l'acte de vente, non autorisé, n'apparaissant pas régulier en la forme. *Cf* ainsi Civ. 3ème, 18 novembre 2009, n° 08-20.194, Bull. Civ. III, n° 1317, « Sort de la promesse de vente signée par un majeur placé sous sauvegarde de justice », AJ Fam., 19 janvier 2010, n° 1, p. 43, obs. L. Pécaut-Rivolier.

[1092] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 156 et 162.

[1093] C'est l'idée qui ressort de la circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 en date du 9 février 2009 : *« cette mesure présente des avantages qui devraient favoriser son prononcé, en particuliers dans les périodes de transitions dans la vie des personnes vulnérables, notamment lorsque l'environnement familial de la personne s'avère présent et bienveillant. En effet, cette sauvegarde permet, lorsqu'une famille s'entend bien, s'est organisée, s'est répartie la prise en charge du majeur (âgé ou souffrant d'un handicap ancien) à travers un système de procurations, de ne pas recourir à la mesure lourde et longue de la tutelle, uniquement en raison d'un acte ou d'une série d'actes*

désormais cette terminologie. Il convient simplement d'évoquer la notion de personne protégée, ce qui prend tout son sens dès lors que l'on rentre dans le champ d'action de la curatelle.

448. C'est pourquoi, la suppléance de la volonté individuelle s'affirme progressivement, même si elle reste ténue à ce stade.

Pour rester sur cette idée de la sauvegarde de justice et en anticipant sur le sort du majeur lors de l'audience de jugement, la sauvegarde de justice peut également être envisagée comme régime de protection. Cette nouvelle conception[1094] de la protection des majeurs fait sortir la sauvegarde de son cadre classique prise durant l'instance. Les modalités procédurales sont exactement les mêmes[1095] puisque la sauvegarde de justice, dite autonome, peut être ouverte au même titre qu'une mesure de tutelle.

Le but de cette sauvegarde est de faciliter les transitions de la vie. En effet, au vu de la fragilité de la personne, la sauvegarde de justice autonome permet d'éviter de recourir au système classique de la protection par tutelle ou curatelle, quand bien même ces mesures s'avèrent nécessaires. Du principe de la mesure de sauvegarde de justice en tant que régime de protection, se dégage l'aspect temporaire de la mesure, donc l'absence de nécessité d'instaurer une mesure plus longue et plus lourde en termes de gestion[1096]. Dans la mesure où la personne est entourée de ses proches et qu'aucun conflit ne peut entraver la gestion que réalise la famille, la sauvegarde autonome apparaît comme le système idéal de protection. Si la famille prend en charge la personne grâce à un système de procurations, la mesure peut ainsi faciliter la protection de la personne, puisque instaurée pour un acte particulier. Le majeur conserve donc la possibilité d'accomplir tant les actes du patrimoine que les actes à caractère personnel[1097]. Pour les actes visés par la sauvegarde, l'accomplissement par le majeur des droits suspendus y afférant entraînera la nullité de ces actes. Ce régime combine ainsi deux idées. On se trouve ainsi entre prééminence de la volonté individuelle qui permet d'exercer certains droits et suppléance de la volonté individuelle qui tend à supprimer provisoirement d'autres droits. Elle paraît donc particulièrement adaptée et proportionnée, autant au majeur qu'à celle de son entourage[1098] qui sera amené à pallier à la capacité restreinte du majeur sauvegardé.

---

personnels importants (changement de résidence avec éloignement géographique ou modification importante de l'environnement social et relationnel…) ou d'actes de disposition ponctuels (vente du domicile ou de la maison de campagne, déblocage des placements, acceptation d'une succession) à accomplir et qui ne peuvent l'être en raison de l'inaptitude de fait du majeur à apposer sa signature ou à en discerner pleinement le contenu des enjeux ».

[1094] En effet, sous la loi du 3 janvier 1968, la sauvegarde constituait une mesure non définitive, qui constituait le prélude à la mise en place d'une tutelle ou d'une curatelle. Sa durée était fixée à un an, après avis médical, et le juge, au vu des éléments médicaux, devait prononcer une mesure de protection au terme de ce délai. Il pouvait également prolonger la mesure pendant une année supplémentaire si l'état de la personne ne permettait pas de prononcer une mesure de protection dans l'immédiat. La loi du 5 mars 2007 a conservé cette ligne directrice mais a sans aucun doute apporté une amélioration nettement perceptible au regard de son régime, puisqu'elle ne peut suffire comme telle, sans être suppléée par une mesure plus lourde.

[1095] Notamment l'expertise médicale et l'audition du majeur : *cf* Civ. 1ère, 26 juin 2013, n° 12-15.401, inédit, source Légifrance.

[1096] V. *supra* n. n° 980, L. Pécaut-Rivolier, art. préc.

[1097] Bien que dans les faits, le majeur ne pourrait réaliser aucune gestion patrimoniale ou aucun personnel, puisque son état de santé, constaté dans le certificat médical, réclame l'instauration d'une mesure de tutelle. La réalisation de tels actes n'est donc que théorique et doit être retenue en fonction de l'état médical de chaque majeur.

[1098] V. *supra* n. n° 952, M.-H. Isern-Réal, art. préc.

449. La sauvegarde de justice dans le cadre de l'instruction du dossier est donc une mesure souple quant à l'exercice des droits de la personne. D'ailleurs, la mesure n'est pas inscrite en marge des actes de l'état civil, aucune mention au répertoire civil n'étant prévue[1099], ce qui démontre que la personne protégée n'est pas reconnue en tant que telle comme majeur ne pouvant plus exercer ses droits. En outre, elle permet de conte-carrer tout acte irréfléchi réalisé par la personne par le jeu de la *« suspicion d'insanité »*[1100]. C'est pourquoi, vue comme un régime hybride, la mesure provisoire permet de mêler libre exercice des droits de la personne et accomplissement d'actes particuliers par un mandataire spécial, sous contrôle du juge des tutelles. En cas de difficulté, elle peut donc être remplacée par une mesure de tutelle ou de curatelle[1101] afin d'éviter la péremption de la réalisation d'un acte.

450. L'existence d'un mandat conventionnel antérieur à la mise en place de la sauvegarde de justice n'empêche pas sa mise à exécution[1102]. À défaut, il sera intéressant de faire jouer les règles de la gestion d'affaire, dans le cadre des quasi-contrats. Par contre, si le juge des tutelles estime nécessaire de suppléer la gestion d'affaire, considérée comme insuffisante, il admettra l'instauration du mandat spécial. Cette dichotomie mandat conventionnel / gestion d'affaire (ou à défaut mandat spécial) traduit bien l'opposition qui existe entre prééminence de la volonté individuelle et suppléance de la volonté individuelle. Si dans le mandat conventionnel, le majeur est libre de choisir le mandataire, la mise en jeu de la gestion d'affaire démontre la supposée « incapacité » du majeur à déléguer ses pouvoirs. Dans ce dernier cas, la gestion d'affaire peut se faire de manière spontanée[1103], seulement en ce qui concerne la réalisation des actes d'administration, et plus rarement, les actes de disposition. La gestion d'affaire peut aussi être forcée[1104] et vise les actes d'administration et de conservation seulement[1105]. En tout état de cause, la gestion forcée traduit bien l'absence de volonté du majeur et sa suppléance de volonté, quand bien même le majeur reste juridiquement capable.

451. La sauvegarde de justice, quel que soit son régime, traduit ainsi un présupposé de la capacité du majeur. Même si dans les faits, le majeur ne peut plus agir seul, juridiquement, on lui refuse l'exercice des droits pour lesquels on désigne un mandataire spécial à cet effet. Mais pour autant, le majeur ne peut être considéré comme totalement hors d'état d'agir.

[1099] La mesure est mentionnée dans un registre spécial tenu par le procureur de la République

[1100] V. *supra* n. n° 1086, A. Cermolacce, art. préc. Si tel est le cas, l'article 414-1 du Code civil permet de demander la nullité de l'acte pour lequel le majeur sauvegardé devait s'abstenir de le réaliser. Le représentant légal pourra alors agir à cette fin, mais devra prouver que l'acte passé l'a été alors que le majeur était atteint d'une insanité d'esprit à ce moment-ci. Par contre, la rescision pour lésion ou la réduction en excès ne nécessite pas le rapport de cette preuve. Il n'est nullement besoin de quantifier le préjudice si l'acte est lésionnaire, alors que l'acte pet être confirmé s'il s'agit de la réduction en excès : v. en ce sens rapp. du 102e Congrès des notaires de France, 2006, p. 369, n° 2235. L'action en nullité des actes, ou bien l'action en rescision ou réduction se prescrit par cinq ans, selon l'article 1304 du Code civil, et n'appartient qu'à son auteur. À son décès, ces actions passent dans le patrimoine des héritiers. Le mandataire spécial bénéficie également de ce droit d'action, selon l'article 437, alinéa 2, du Code civil, alors que ce droit est fermé au tuteur ou au curateur.

[1101] De même si la sauvegarde est ouverte en tant mesure de protection et dans le cas de l'insuffisance de sa portée. V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p.154.

[1102] Conformément à l'article 436, alinéa 1er, du Code civil.

[1103] Selon l'article 436, alinéa 2, du Code civil

[1104] Selon l'article 436, alinéa 3, du Code civil, et dont l'obligation pèse à titre principal sur les personnes visées à l'article 430 du même code, ou encore la personne hébergeant le majeur, ou encore l'établissement d'accueil. Le procureur de la République peut aussi intervenir en ce qui concerne l'apposition de scellées, dès lors que les biens du majeur sont en périls.

[1105] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 159.

Cependant, on sent poindre la réelle mise à l'écart de la capacité du majeur à prendre une décision dans son intérêt et à vouloir bénéficier volontairement d'une protection. Le majeur n'est-il pas considéré, à ce titre, comme *« majeur diminué »*[1106] ?

4) La volonté du majeur dans la consultation du dossier.

452. On aurait pu évoquer cet aspect de la procédure en amont de l'audition du majeur. Cependant, il n'est pas nécessaire que le majeur ait accès au dossier avant son audition. La consultation peut intervenir à tout moment de la procédure, du moins jusqu'au jour de l'audience. Du moment que cette disposition est respectée lorsque le majeur active son droit à consulter le dossier, il ne convient pas de faire de remarques particulières, si ce n'est que les droits de la défense et le principe du contradictoire sont bien respectés. Dont acte en l'espèce.

Parce que le droit des majeurs est un droit qui ne doit pas souffrir d'exceptions, la Cour de cassation[1107] procède à une harmonisation de la procédure tutélaire au regard de la procédure civile de droit commun en droit interne. Puisque le majeur est considéré comme l'élément central de tout régime de protection, il est nécessaire que la procédure civile s'adapte aux régimes de protection.

Avant réforme, le recueil par le juge des tutelles de l'avis de la personne ne permettait pas la mise en œuvre efficace du principe de l'article 16 du Code de procédure civile. Le juge des tutelles n'était pas contraint de délivrer l'information selon laquelle le majeur disposait de la possibilité de consulter le dossier au greffe, aux fins de prendre connaissance du certificat médical, des conclusions du procureur de la République ou de tout autre élément du dossier. Le juge des tutelles n'y procédait que si la personne était « *en état de recevoir utilement cette notification* ». La conséquence était grave : en premier, le majeur ne pouvait prendre connaissance des pièces du dossier, ce qui lui fermait la possibilité de contester les conclusions de l'expert médical, conclusions qui lui auraient permis de faire valoir au juge l'inutilité de la mesure ; en second, l'impossibilité pour le majeur de consulter le dossier venait en violation de ses libertés et droits fondamentaux, notamment le principe du contradictoire qui veut que chaque pièce du dossier soit débattue à armes égales par les parties lors de l'audition. Seulement, le juge étant le gardien du respect des droits fondamentaux de la personne, la non délivrance de l'information relative à la consultation du dossier et la communication des pièces était attentatoire au principe même du contradictoire[1108].

[1106] Ph. Malaurie et L. Aynes, « *Les personnes, les incapacités* », Defrénois, 2003, p. 281.

[1107] Qui n'était pas obligatoire selon l'article 1250, alinéa 2, du Code de procédure civile, tel qu'il en disposait dans sa rédaction antérieure au décret du 5 décembre 2008.

[1108] Civ. 1ère, 12 février 2014, n° 13-13.581, Bull. Civ. I, n° 24 ; Dr. fam., 20 mars 2014, n° 2, p. 4, n. G. Raoul-Cormeil ; RTD Civ. 24 juillet 2014, n° 2, p. 337, obs. J. Hauser. Dans le même ordre d'idée : Civ. 1ère, 11 mars 2009, n° 08-10.118, Bull. Civ. I, n° 56 ; *D.* 2009, 1864, n. Norguin ; *ibid.* Pan. 2183, obs. J.-J. Lemouland, V. Noguéro et J.-M. Plazy ; Gaz. Pal. 3 octobre 2009, p. 15, note J. Massip ; JCP 2009, IV 1629 ; AJ fam. 2009, 224, obs. L. Pécault-Rivolier ; Defrénois, 2009, 1158, obs. J. Massip ; « Du contradictoire dans les procédures de protection : sauvegarde de justice et curatelle », RTD Civ. 15 juin 2009, n° 2, p. 296. Civ. 1ère, 28 novembre 2006, n° 05-13.004, Bull. Civ. I, n° 527, p. 466 ; *D.* 2008 Pan. 316, obs. J.-M. Plazy ; RJPF 2007-1/12, obs. J. Cazey ; Civ. 1ère, 13 juillet 2004, n° 01-14.506, Bull. Civ. I, n° 205, p. 172 ; *D.* 2006, Pan. 1571, obs. J.-J. Lemouland et J.-M. Plazy ; AJ Fam., n° 10/2004, 367, obs. L. Attuel-Mendes ; Dr. Fam. 2005, n° 123, n. Th. Fossier ; RTD Civ. 2004, 716, obs. J. Hauser. Le juge peut aussi autoriser la délivrance de copies de pièces, selon les dispositions des articles 1223 et 1223-1 du Code de procédure civile. La Cour de cassation rappelle dans deux arrêts très récents que la communication du dossier et l'assistance d'un avocat participent du respect du contradictoire et du respect des droits de la défense : *cf* ainsi Civ. 1ère, 18 novembre 2015, n° 14-28.223, à paraître, *D.* 2015.2441, AJ Fam., 2015.688, obs. V. Avénat-Robardet,

453. La mise en pratique du principe du contradictoire par le juge des tutelles et, pour ce dernier, d'en garantir le respect, sont les signes de la prise en compte évidente du majeur comme acteur de sa propre mesure de protection, ce qui atténue l'impression d'inaptitude. Le majeur est désormais « apte » à pouvoir consulter le dossier et a tout loisir de discuter des pièces du dossier[1109], et ce, jusqu'au jour du placement sous protection. Le juge des tutelles doit amener le majeur à un échange dès lors que ce dernier est convoqué en audition, à condition bien sûr que l'échange soit possible médicalement. Ce dialogue permet de minimiser la suppléance de la volonté individuelle puisque le majeur, selon une démarche participative et active, devient acteur de la procédure. Du moins, ce dialogue avec le juge doit lui donner l'impression de ne pas subir la mesure de protection qui pourrait s'imposer. De la sorte, la suppléance de sa volonté est palliée par cette démarche.

454. Quand bien même l'état de santé physique ou mentale de la personne à protéger est fort dégradé, il n'en demeure pas moins qu'elle doit être avisée de la possibilité de consulter le dossier aux fins de voir respecté le principe du contradictoire[1110]. Car en l'occurrence, c'est à travers la possibilité pour le majeur de faire valoir son avis sur la procédure qu'un dialogue s'installera entre le juge des tutelles et lui ; de même, ce dialogue ne sera envisageable que si le majeur à protéger est à même de pouvoir discuter des pièces du dossier, notamment les conclusions du médecin inscrit. C'est selon ces conditions que le juge des tutelles devra respecter la mise en œuvre du principe du contradictoire. La loi du 5 mars 2007 est venue en conséquence apporter de nouvelles exigences en matière d'application du principe[1111].

Le respect du contradictoire passe donc par l'accès aux pièces constituant le dossier, ce qui admet une participation du majeur à la procédure[1112]. Le majeur protégé, si son état le lui permet en conséquence, dispose d'un droit d'accès et de consultation[1113] du dossier. L'accès doit se faire sans restriction, sauf si le juge estime que certains éléments peuvent provoquer une atteinte grave au psychisme du majeur. Dans ce cas, les pièces seront retirées

---

RTD Civ. 2016.84, obs. J. Hauser, ou encore Civ. 1ère, 8 juillet 2015, inédit, AJ Fam. 2015.547, obs. Th. Verheyde, RTD Civ. 2016.84, obs. J. Hauser.

[1109] V. *supra* n. n° 949, L. Pécaut-Rivolier, art. préc. Le décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, ainsi que les articles 1222 à 1224 du Code de procédure civile, prévoient, à ce titre, que la consultation du dossier est de droit pour le majeur à protéger ou protégé, ainsi que le requérant, le représentant légal et leur avocat s'il a été constitué. Pour les autres personnes visées à l'article 430 du Code civil, la consultation ne se fera qu'avec l'autorisation du juge des tutelles suivant l'intérêt légitime des parties. L'autorisation est pareillement donnée à l'avocat de l'une de ces parties s'il a été constitué. *Cf supra* n. n° 949, Fl. Fresnel, art. préc. Il est à noter que pour le majeur, le retrait de certaines pièces du dossier est obligatoire si elles ont pour effet de causer un trouble psychique à la personne du majeur. Dans ce cas, le majeur peut interjeter appel. Par contre, le refus du juge dans le cadre des autres autorisations n'est pas susceptible d'appel.

[1110] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 90.

[1111] V. Norguin, « Respect du contradictoire et protection des majeurs vulnérables », Rec. D. 2009, n° 27, p. 1864. Tel qu'en dispose l'article 16 du Code de procédure civile.

[1112] CEDH, Sect. I, 27 mars 2008, *C. c/Russie : Req. n° 44009/05.* À noter aussi que le majeur peut également prendre connaissance de l'avis du Parquet ; V. Montourcy, « L'accès au dossier et le droit à la copie des pièces le constituant », *in* Dossier, Majeurs protégés : procédure, AJ fam. 2014, n°3, pp. 167 et sui.

[1113] La nullité de la procédure est encourue pour défaut de contradictoire si le majeur, en l'absence de notification de la possibilité de consulter le dossier au greffe, a été privé de la possibilité de connaître et de discuter les conclusions de l'expertise médicale : v. *supra* n. n° 1051, Civ 1ère, 28 novembre 2006, n° 04-18.266 préc., ou encore *supra* n. n° 1108, Civ. 1ère, 28 novembre 2006, n° 05-13.004, Bull. Civ. I, n° 527, p. 466 ; *D.* 2008 Pan. 316, obs. J.-M. Plazy ; RJPF 2007-1/12, obs. J. Cazey.

du dossier[1114]. Le juge des tutelles a donc toute latitude pour opérer la mise à l'écart de certaines de ces pièces ; il devra en conséquence rendre une ordonnance motivée qui sera portée à la connaissance du majeur[1115]. Cette limite n'est en revanche pas apportée pour le compte de l'avocat du majeur s'il a été constitué. Ce dernier a accès à l'entier dossier, mais une limite est toutefois apportée dans un autre domaine[1116]. L'avocat peut se faire délivrer copies des pièces du dossier (voire même de l'entier dossier et seulement à sa demande), à charge pour lui de n'en avoir qu'un usage personnel[1117] sans en délivrer d'autres copies à des tiers. L'avocat ne peut pas délivrer pour le compte de son client les pièces qu'il aurait ainsi obtenues. Cela participe du respect de la personne du majeur. Mais il pourra se faire délivrer certaines pièces une fois le jugement prononcé s'il justifie d'un intérêt légitime et selon autorisation du juge des tutelles, toujours dans un souci de préserver la dignité du majeur.

455. Hors cette disposition particulière, l'accès au dossier témoigne de la considération que donne la loi au majeur : quand bien même il serait déficient sur le plan mental, la restriction du contradictoire ne saurait être admise si le majeur demeure en capacité de comprendre le contenu du dossier. C'est pour cette raison que le majeur doit pouvoir prendre connaissance des constatations médicales[1118]. Le majeur dispose même de la faculté de se faire délivrer copies de pièces[1119].

Ainsi, le majeur se voit accorder les mêmes garanties procédurales qu'un majeur sain d'esprit dans une procédure autre. On peut insister davantage sur le fait que le principe du contradictoire est d'autant plus respecté que l'accès au dossier doit se faire jusqu'au prononcé de la mesure, dans un délai raisonnable[1120], tant que le majeur ne se trouve pas limité dans l'exercice de ses droits. La même considération vaut en cas de renouvellement de la mesure. Le majeur ne doit donc pas rester dans un état de méconnaissance et doit pouvoir bénéficier de la communication du dossier par tous moyens[1121].

456. C'est ainsi que le droit tutélaire est entré de plein droit dans le droit commun de la procédure civile : ses droits fondamentaux doivent être garantis par le juge des tutelles, au même titre que le feraient le juge de l'exécution en matière de voies d'exécution ou le juge aux affaires familiales dans le cadre d'un divorce. Le droit des régimes de protection devient, sous l'égide de la loi du 5 mars 2007, une matière ayant un tronc commun avec la procédure civile.

457. Le droit au procès équitable dans le cadre du droit commun de la procédure civile en droit interne a également été revisité par la Cour de cassation au regard du droit supranational. La jurisprudence de la CEDH, ainsi que la Convention EDH, ont fortement influencé l'instauration du contradictoire au sein de la procédure tutélaire. À cet égard, *« les*

[1114] V. *supra* n. n° 1049, Fl. Fresnel et M. Péninon-Jault, art. préc., n° 29, § 1, 2.

[1115] CPC, art. 1222-1. Un droit de recours est ouvert au majeur.

[1116] V. *supra* n. n° 1050, F. Moureau, art. préc., p. 12.

[1117] CPC, art. 1223.

[1118] V. *supra* n. n° 1108, Civ. 1ère, 11 mars 2009, n° 08-10.118 préc. Le majeur n'avait pu prendre connaissance du contenu de son dossier et ne pouvait débattre des pièces devant le tribunal de grande instance qui avait réformé le jugement de mainlevée de la curatelle simple en aggravation en curatelle renforcée, ce qui amène la Cour de cassation à casser la décision du TGI au titre de défaut d'information de la connaissance de la procédure. Dans le même ordre d'idée en ce qui concerne le défaut de connaissance des pièces du dossier dans le cadre d'une sauvegarde de justice avec mandataire spécial : Civ. 1ère, 13 janvier 2009, n° 06-20.728, inédit, AJ fam. 2009. 133, obs. L. Pécaut-Rivolier ; « Du contradictoire dans les procédures de protection : sauvegarde de justice et curatelle », RTD Civ., 15 juin 2009, n° 2, p. 296, obs. J. Hauser.

[1119] CPC, art. 1223-1 CPC.

[1120] V. *supra* n. n° 1111, V. Norguin, art. préc., p. 1865.

[1121] Civ. 1ère, 12 mai 2010, n° 09-10.619, inédit, source Légifrance, Dr. Fam. 2010, n° 154, n. J. Massip.

règles françaises de procédure civile ont été progressivement passées au tamis des principes du procès équitable »[1122].

Il apparaissait somme toute évident que le principe du contradictoire fît son apparition dans le cadre de la procédure tutélaire. La réforme de 2007 se trouvait dans l'obligation d'en tenir compte car ledit principe se trouvait dans les dispositions liminaires du Code de procédure civile. Il constitue en l'espèce un principe directeur du procès civil. À la lumière de l'arrêt Vaudelle[1123] ayant condamné la France pour violation de l'article 6 § 1er de la Convention EDH, la Cour de cassation s'est consacrée à la mise en œuvre du principe du contradictoire dans le cadre des procédures tutélaires. Ainsi, sa jurisprudence oblige les juridictions d'instance à informer les majeurs à protéger de la possibilité d'une consultation du dossier, dans les conditions sus-évoquées. Le principe du contradictoire s'impose en conséquence tant devant le juge des tutelles que devant le juge d'appel. C'est pourquoi, la rédaction de l'article 1250, alinéa 2, ancien du Code de procédure civile n'était pas conforme avec le droit supranational et la loi du 5 mars 2007. Mais l'article 16 du même code permet désormais de passer outre ces dispositions anciennes.

Ainsi, l'instauration du principe du contradictoire doit amener la protection des majeurs à revaloriser la personne concernée par la mesure. En lui permettant de faire valoir son avis dans le cadre de l'audition après qu'elle ait pu prendre connaissance des éléments du dossier, un dialogue s'installera entre le juge des tutelles et le majeur. À bien des égards, le respect du contradictoire amène une plus grande protection des droits fondamentaux du majeur. Encore faut-il connaître la mesure de la consultation des dossiers. Car si la loi du 5 mars 2007 a, d'une manière générale, individualisé et personnalisé la protection des majeurs, elle en a fait de même particulièrement en ce qui concerne la consultation du dossier. Et dès lors que le droit d'accès au dossier[1124] est respecté par le juge des tutelles, ce sont les garanties procédurales que le majeur voit garanties.

Le respect du principe du contradictoire doit renforcer ce sentiment d'individualisation et de personnalisation de la mesure de protection. Son respect doit trouver application à tous les stades de la procédure. La communication du dossier, tant aux parties qu'au Ministère Public[1125], participe en conséquence du respect du contradictoire. Car en recueillant l'avis du majeur après que ce dernier ait pu connaître certains éléments du dossier, le juge pourra se faire une idée rationnelle de la mesure qu'il envisagera de prononcer. La loi du 5 mars 2007 en a confirmé l'enjeu, puisque le juge des tutelles doit demeurer le gardien des libertés individuelles et des garanties procédurales. La suppléance de la volonté individuelle trouve donc une juste limite : le majeur a tout loisir d'approuver ou de contester les pièces du dossier, même si l'ouverture de la procédure ne relève pas d'un aspect volontaire. Mais il est nécessaire que cette prise en compte de la personne, d'un point de vue procédural, coïncide avec les impératifs sociaux et les grands principes régissant la matière.

[1122] L. Cadiet, « La légalité procédurale en matière civile », BICC 15 mars 2006, n° 636.

[1123] CEDH, 30 janvier 2001, n° 35683/97, Vaudelle c/ France : Rec. CEDH, 2001, I ; RTD Civ. 2001, p. 439, obs. J.-P. Marguénaud.

[1124] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*, pp. 96 et 97.

[1125] *Ibid*., p. 96.

Section 2 - Le respect des principes fondamentaux des régimes de protection : la mise en valeur de la suppléance de volonté.

458. Les principes directeurs[1126] mis en œuvre sont empreints du respect de la personne du majeur et de ses droits procéduraux. La personne du protégé doit ressortir en priorité de tout régime de protection et de tous les actes afférents à ce régime. Le simple fait de permettre au majeur d'accéder au dossier afin de prendre connaissance de son contenu lui autorise le droit de contester l'expertise médicale. Son audition et son avis sur la procédure confirment également cette position. Ces éléments permettent d'affirmer que le respect de la personne même du protégé doit couronner le respect du droit à la dignité de sa personne, en raison de son appartenance au *« genre humain »*[1127].

En recentrant le majeur au sein des dispositifs de protection par souci de respect de sa personne, pour pallier à son défaut de volonté, en tenant compte de sa situation sociale, en recueillant son avis et en fonction de ses intérêts, la loi du 5 mars 2007 tend à rompre avec l'ancienne idéologie de la loi de 1968. Puisque la protection visait essentiellement le patrimoine de la personne, la logique du respect des principes fondamentaux de la protection des majeurs pouvait créer un antagonisme, car la protection se voulait essentiellement patrimoniale et relégait au second plan la protection personnelle. Tout de même, la loi de 1968 imposait le respect des principes de nécessité et de subsidiarité[1128].

C'est pourquoi, la loi nouvelle, tout en réaffirmant le respect des principes de nécessité et de subsidiarité, a redéfini leur champ d'intervention[1129] en les circonscrivant à la sphère personnelle (I). Toutefois, en posant le principe du respect de la personne du protégé, sans avoir à la brusquer dans la procédure, la loi nouvelle n'a pas fondamentalement résorbé les difficultés qui existent dans la conciliation de la protection de la personne et du recouvrement de son autonomie[1130] (II). Sur ce dernier point, on est loin de réduire les effets de la volonté qui, au contraire, se trouve renforcée, notamment sous le coup du principe de nécessité qui affirme de manière positive les conditions permettant d'écarter la volonté du majeur. *A contrario*, le principe de subsidiarité en limite les effets, puisque le juge devra rechercher si une volonté antérieure à la perte de lucidité aura permis l'élaboration de systèmes de protection hors régime de protection judiciaire. Voilà donc une alchimie difficile à conjuguer entre suppléance totale de la volonté individuelle et tentative d'affirmation d'une prééminence de la volonté disparue.

[1126] M. Valding, « Protection des personnes vulnérables : le droit français devrait-il s'inspirer que du allemand ? », Gaz. Pal., 8 avril 2000, n° 99, pp. 8 et sui. ; D. Guével, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 30 et sui., § 9 ; Th. Fossier et Th. Verheyde, « La protection de la personne », *in* Dossier, La réforme des tutelles, AJ Fam., 12 avril 2007, n° 4, pp. 160 et sui.

[1127] M. Fabre-Magnan, *La dignité humaine*, Dictionnaire des Droits de l'Homme, PUF 2008 ; J.-P. Delevoye (médiateur de la République), « Réforme des tutelles : une réforme importante à mettre en œuvre », Lamy dr. civ., 2006, n° 27.

[1128] V. *supra* n. n° 975, A.-M. Leroyer, art. préc.

[1129] Seule la jurisprudence leur reconnaissait une importance fondamentale, alors qu'aucun texte n'en faisait référence. La loi du 5 mars 2007 a donc repris l'esprit de ces principes : *cf* Ph. Malaurie, « La protection légale protège-t-elle adéquatement le patrimoine du majeur vulnérables ? », LPA, 3 décembre 2008, n° 242, pp. 5 et sui.

[1130] V. *supra* n. n° 952, M.-H. Isern-Réal, art. préc.

I) L'affirmation de la prise en compte de la personne au sein des dispositifs de protection.

459. La loi du 5 mars 2007 a repris dans son dispositif les grands principes[1131] de la protection des majeurs qui rendaient opérante la mesure de protection. Ainsi, en reprenant à son compte le principe de nécessité (A), le principe de subsidiarité (B) et le principe de proportionnalité (C), la loi nouvelle veut confirmer l'idée selon laquelle la mesure de protection ne doit déroger aux règles de droit commun de la représentation que lorsque ces dernières paraissent insuffisantes. La mesure ne peut être envisagée que si aucune autre mesure de représentation de droit commun n'a en effet aucunement lieu à s'appliquer, quelles qu'en soient les raisons factuelles ou médicales. Mais la loi du 5 mars 2007 reconditionne ces trois principes en leur donnant une valeur supérieure. La nécessité, la subsidiarité et la proportionnalité doivent respecter la dignité de la personne et garantir le respect de ses libertés individuelles, afin de parvenir à l'autonomie du majeur (D). Car l'objet de la protection des majeurs n'est pas de maintenir indéfiniment une personne sous protection, l'objectif tend davantage à lui apporter l'aide nécessaire pour recouvrer un minimum d'autonomie et parvenir à retrouver son indépendance d'avant mesure pour le jour où l'altération des facultés mentales et/ou physiques ne rend plus le régime de protection indispensable. En ce sens, retrouver la prééminence de la volonté individuelle disparue ressort de l'idée de la loi du 5 mars 2007.

A- Le principe de nécessité, ou l'affirmation de la suppléance totale de la volonté individuelle.

460. Le principe de nécessité[1132] est érigé en principe fondamental de la protection des majeurs[1133]. La nécessité de recourir à une mesure de protection se retrouve ainsi dans les dispositions des articles 415 et 428 du Code civil. L'article 415, alinéa 1er, dispose que *« les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire [...] »*. L'article 428, alinéa 1er, dispose quant à lui que *« la mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne [...] »*. La combinaison de ces deux articles peut également être complétée par les critères de l'article 425 du même code qui prévoit que la nécessité de la mesure doit résulter de *« l'impossibilité pour la personne de pourvoir seule à ses intérêts, notamment en raison de l'altération des facultés mentales ou lorsque l'incapacité corporelle est de nature à empêcher l'expression de la volonté »*. Ainsi définie, la nécessité ne peut résulter de la simple précarité dans laquelle se trouverait le majeur, de la maladie ou encore de l'affaiblissement du à l'âge[1134] dont les conséquences

[1131] Pour une mise en pratique de ces principes, v. en ce sens *supra* n. n° 1045, S. Thouret, art. préc. ; pour une étude détaillée de leur mise en œuvre, v. *infra* les chapitres relatifs aux effets personnels et patrimoniaux § 546 et sui.

[1132] Th. Fossier, « L'objectif de la réforme des incapacités : protéger sans jamais diminuer », Defrénois, 15 janvier 2005, art. 38076, n° 1, § 13.

[1133] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 82.

[1134] *Ibid.* ; A. Batteur, « Les conditions d'ouverture des régimes de protection », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 60 et sui. ; L. Mauger-Vielpeau, « Les destinataires de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 : une loi d'action sociale ? », *in* Dossier, La réforme des tutelles, RD Sanit. Soc., 15 septembre 2008, n° 5, pp. 809 et sui. La loi nouvelle ne reprend pas les dispositions de l'article 490 ancien du Code civil qui se contentait de ces critères pour justifier l'ouverture d'une mesure de protection.

n'entraîneraient pas l'incapacité de pourvoir seul à ses intérêts. Une personne qui se mettrait en difficulté, de par le simple fait de ne pas assumer ses charges ou obligations de famille, ne pourrait bénéficier d'aucune mesure à caractère judiciaire[1135]. Seule la cause médicale empêchant l'expression de la volonté rend applicable le principe de nécessité[1136]. Car la loi du 5 mars 2007 a établi une différence entre les mesures de protection judiciaire et de protection sociale. Ainsi, dans cette hypothèse, l'incapacité de la personne à gérer un budget, sans rentrer dans le cadre de quelque altération que ce soit, verrait sa demande de protection judiciaire rejetée pour absence de perte de toute volonté en lien direct avec une cause médicale. Pour ce type de situation, la loi nouvelle a prévu la MASP et la MAJ[1137]. D'ailleurs, les articles 415 et suivants du Code civil ne s'appliquent pas pour les mesures de protection sociale. La nécessité en question doit être retenue dès lors que l'on constate une altération des facultés mentales ou des facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de la volonté.

461. Dès lors que l'on se trouve dans l'un de ces deux cas, le majeur voit sa volonté suppléée et devient éligible à une protection judiciaire, du moment que l'altération empêche de pourvoir seul à ses intérêts[1138]. Cependant, il ne faut pas prendre en compte toutes les

---

[1135] La fameuse curatelle pour prodigalité de l'article 488 ancien du Code civile étant reversée ainsi dans les mesures sociales, la MAJ notamment.

[1136] La loi du 3 janvier 1968 imposait déjà le constat de l'altération des facultés mentales pour justifier l'ouverture d'un régime de protection, sur la base des dispositions de l'article 490, alinéa 1er, ancien du Code civil. On peut rajouter que la double condition que la loi nouvelle impose était déjà de mise dans le droit antérieur. Ainsi, l'altération des facultés mentales devait être médicalement constatée et il devait pareillement être constaté la nécessité d'assistance de la personne ou sa représentation : v. en ce sens : Civ. 1ère, 24 octobre 1995, n° 93-21.484, Bull. Civ. I, n° 371, p. 258 ; RD Sanit. Soc., 15 mars 1996, n° 1, obs. Fr .Kessler ; Defrénois, 15 juin 1996, n° 11, p. 732, obs. J. Massip, LPA, 19 juin 1996, n° 74, pp. 32 et sui., n. J. Massip. Autant dire que la solution posée par la Cour de cassation reste classique et sans surprise aujourd'hui. On peut rajouter que le juge des tutelles doit motiver sa décision en caractérisant la nécessité de placer un majeur sous protection : *cf* Civ. 1ère, 7 novembre 2012, n° 11-23.494, inédit, « De l'obligation de motiver soigneusement les décisions de mise sous protection : la Cour de cassation tient la main », RTD Civ. 8 avril 2013, n° 1, p. 89, obs. J. Hauser. Le juge des tutelles dont donc prendre soin de motiver avec une certaine justesse, le contrôle de la Cour de cassation étant strict en l'occurrence. En l'espèce, la Cour de cassation a reproché à la décision du juge de ne pas satisfaire à la caractérisation du principe de nécessité, en ce que le majeur ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts. V. également Civ. 1ère, 7 novembre 2012, n° 11-17.311, inédit, *ibid*., RTD Civ. 8 avril 2013, n° 1, p. 89, obs. J. Hauser. Dans ce dernier arrêt, le principe de nécessité se justifiait en raison d'une atteinte caractérisée des facultés mentales qui empêchait le majeur de pourvoir seul à la gestion d'un patrimoine conséquent. Sur le même principe, la désignation d'un tuteur professionnel avait également les faveurs de la Cour de cassation en raison de la technicité des opérations propres à la gestion du patrimoine, ce qui justifiait que la famille fût exclue de la gestion patrimoniale (mais avec le maintien d'un subrogé tuteur familial). Dans le même registre et en ce qui concerne l'exclusion de la famille pour cause de différend, rendant nécessaire une mesure exercée par un professionnel, *cf* Civ. 1ère, 26 juin 2013, n°s 12-13.730 et 12-25.902, inédits, source Légifrance. Enfin, sur la nécessité de placer un majeur sous protection en raison de la conclusion par ce dernier d'un bail rural sans l'assistance du curateur et l'absence de cohérence dans l'intention de réaliser des opérations financières, *cf* Civ. 1ère, 26 juin 2013, n° 12-18.454, inédit, source Légifrance.

[1137] V. *supra* le chapitre consacré aux mesures de protection sociale, § 303 et sui.

[1138] Ce qui doit être effectivement constaté, à défaut, la nécessité n'est pas caractérisée : *cf* en ce sens Civ. 1ère, 26 juin 2013, n° 12-20.473, inédit, source Légifrance. Les juges du fond n'ont pas constater d'altération des facultés mentales ou physiques du majeur, ce qui ne démontrait pas que le majeur nécessitait réellement d'être placé sous protection. Dans le même sens, *cf* Civ. 1ère, 12 juin 2013, n° 12-10.182, Bull. Civ. I, n° 617, AJ Fam., 18 septembre 2009, n° 9, p. 512, obs. Th. Verheyde (même décision). La nécessité peut résulter d'un état dépressif causé par le décès d'un proche et créer une situation de vulnérabilité induisant une altération du discernement, bien que le certificat du

atteintes corporelles. En effet, la nécessité ne s'étend que lorsque ce type d'altérations empêche l'expression de la volonté. Les cas de surdité, de cécité, ou tout autre handicap purement physique, qui limiteraient la mobilité de la personne, sont à proscrire de la nécessité de la mesure, si tant est qu'ils n'empêchent pas l'expression de la volonté[1139]. En effet, à raisonner par l'absurde, il suffirait de ne pas disposer de la totalité de ses facultés corporelles pour se retrouver du jour au lendemain sous régime de protection. Le principe de nécessité verrait son domaine d'intervention détourné de la vertu même qu'il prône et serait une atteinte grave à la dignité de la personne. La nécessité relative à l'altération des facultés corporelles reste donc circonscrite à l'expression de la volonté, tout handicap ne limitant pas forcément le libre arbitre.

462. Dès lors que la personne ne peut plus exprimer sa volonté, simplement en raison d'un état de vieillesse extrêmement avancé, le juge des tutelles se prononcera en faveur d'une mesure de protection. La mesure pourra porter sur la protection de la personne et de ses biens,

---

médecin ne relate pas l'existence d'une altération des facultés mentales : v. en ce sens Crim., 5 février 2013, n° 11-88.564, inédit, source Légifrance, espèce dans laquelle la personne majeure placée sous curatelle renforcée a perdu son époux, ce décès ayant conduit la majeur à un état dépressif. En raison de l'état psychiatrique de la majeure, cette dernière a consenti un mandat de vente d'un immeuble lui appartenant et dont il ressort que le prix de vente était nettement inférieur au prix du marché. Le placement sous curatelle renforcée étant postérieur à la vente de l'immeuble qui s'en est suivie, la majeure a déposé plainte, avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction, pour abus de faiblesse. Le juge d'instruction a rendu par ailleurs une ordonnance de non lieu, indiquant ainsi que l'abus de faiblesse n'était en rien caractérisé en raison de l'absence d'une quelconque altération des facultés mentales de la majeure. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que le non lieu ordonné par le juge d'instruction ne se justifiait pas en raison du certificat médical qui faisait état dudit état dépressif qui a altéré le discernement du majeur, bien qu'aucune altération des facultés mentales ne soit constatée. Dès lors, la cassation de l'arrêt de la chambre de l'instruction qui confirmait le non lieu s'impose car l'abus de faiblesse, résultant de l'état de vulnérabilité mentale de la majeure, était caractérisé.

[1139] V. *supra* n. n° 1062, L. Ravillon, art. préc. Ce qui n'était pas le cas, selon l'appréciation souveraine des juges du fond, sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968. Ainsi, le tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand, dans sa décision rendue le 5 janvier 1989 en cause d'appel, a décidé d'aller à l'encontre de celle du juge des tutelles, lequel rejetait la demande de placement sous tutelle à une personne souffrant de cécité congénitale. Sur le fondement des dispositions de l'article 490, alinéa 2, ancien du Code civil, les juges d'appel ont ouvert, non une tutelle, mais une curatelle, aux motifs que *« [lesdites dispositions prévoient] l'instauration d'un régime de protection pour les majeurs dont les facultés corporelles sont altérées ; que M. W... est aveugle et explique que pour des raisons de santé, il n'a pu terminer certains stages de formation qui le rendraient autonome ; qu'il y a donc lieu pour ce motif de réformer la décision du 27 juin 1988 et d'instituer une mesure de curatelle au profit de M. W... en application de l'article 490, alinéa 2, du Code civil ».* L'altération des facultés personnelles, pour des raisons de purs faits, pouvaient admettre le placement d'un majeur sous protection alors même qu'aucune altération des facultés mentales empêchant l'expression de la volonté n'était constatée, comme ce fut le cas dans l'espèce en cause. Mais les juges d'appel ont considéré que la cécité du majeur venait compromettre les conditions de formation du consentement. Seulement, si une telle espèce se reproduit en l'état sous l'empire de la loi nouvelle, il y a fort à parier que les juges d'appel n'iront pas à l'encontre de la décision de non lieu prononcée par le juge des tutelles. En effet, le principe de nécessité conclut au besoin de protection dès lors que le majeur ne peut plus utilement exprimer sa volonté. Or, la cécité n'empêchant pas d'exprimer sa volonté, un placement sous protection ne peut plus se justifier aujourd'hui. D'autant plus qu'il serait parfaitement attentatoire aux droits du majeur et qu'il empêcherait un majeur handicapé de favoriser lui-même son autonomie : V. en ce sens : TGI Clermont-Ferrand, 1ère Ch., 5 janvier 1989 ; Defrénois, 15 octobre 1990, n° 19, pp. 1086 et sui., n. Fr. Ruellan ; Defrénois, 1990.1086, J. Massip ; « À propos du régime de protection applicable au majeur dont les facultés corporelles sont altérées », Rec. D., 13 septembre 1990, n° 30, p. 426 et sui, n. Fr. Ruellan.

ou selon l'un de ces deux éléments[1140]. Dans sa décision, le juge des tutelles devra indiquer sur quel aspect portera la protection. Car il est un point que la loi du 5 mars 2007 n'a pas tranché, c'est le non-respect du principe de nécessité. D'où l'obligation pour le juge des tutelles de motiver sa décision et d'expliquer son choix de la mesure au regard de l'altération corporelle du majeur. Pour autant, la nécessité de prononcer une mesure de protection paraît peu discutable dans ce cadre. Si la personne ne peut exprimer un quelconque point de vue, selon cette circonstance, le principe s'appliquera sans difficulté réelle.

La difficulté survient lorsque le juge des tutelles est confronté à l'altération des facultés mentales[1141]. Si tant est que le certificat médical circonstancié est obligatoire pour le cas d'une altération des facultés corporelles, il l'est *a fortiori* pour l'altération des facultés mentales. Car ce certificat médical ne peut simplement se limiter à constater des éléments purement factuels relevés le jour même de l'examen. Le médecin inscrit l'établira selon l'argumentation nécessaire voulue par le Code de procédure civile, mais il recherchera les causes de cette altération selon l'histoire même de la personne, la sociologie qui l'entoure et l'environnement dans lequel cette personne a évolué durant sa vie. C'est par cette compilation d'éléments sociaux et médicaux que le médecin justifiera le trouble dont est atteinte la personne, et pas seulement selon le simple constat du trouble qu'il fera. Le juge des tutelles, dès qu'il est possession de ce certificat médical, doit prendre en compte le trouble tel qu'il est, mais il doit aussi recentrer ce trouble dans le contexte familial, social, environnemental et historique de la personne. Le juge doit donc savoir faire la part des choses et savoir déceler l'altération au travers du certificat médical. On peut se poser la question de savoir si les juges des tutelles sont suffisamment éclairés sur l'analyse de l'examen médical[1142]. Le médecin peut effectivement mentionner l'existence du trouble qui nécessiterait l'ouverture d'une mesure, mais la prestance qu'aura la personne le jour de l'audition peut amener à un risque de confusion.

463. Pour autant, le certificat médical circonstancié n'en demeurera pas moins un support indispensable dans la prise de décision. La Cour de cassation a ainsi eu à trancher cette question dans le cadre de l'adhésion à une secte[1143]. Selon les juges du fond, dans un premier temps, le prononcé d'une mesure de curatelle était nécessaire. L'expert commis par le tribunal indiquait dans son rapport que la majeure ne souffrait pas de maladie, mais présentait une personnalité de type *« états limites »*. Il soulignait en effet que cette personne présentait des difficultés à s'affirmer et à s'opposer *« au désir de l'autre »*. Bien que convoquée par le tribunal pour être entendue, et pour ne pas s'être présentée à l'audition, le tribunal a considéré que cette personne présentait une altération des facultés personnelles, médicalement constatée, mais sans souffrir de maladie. Dès lors, cette situation la mettait dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts, ce qui justifiait la mesure prononcée par le juge des tutelles, la secte à laquelle elle adhérait l'obligeant à utiliser anormalement ses

---

[1140] Comme le prévoit l'article 425 alinéa 2, du Code civil. La pratique révèle que la mesure est ouverte dans le domaine personnel et patrimonial, et que lorsque la protection se limite à l'un des deux domaines, le patrimoine ressort en premier, la protection personnelle n'étant pas essentiellement visée.

[1141] Ce qui doit être effectivement établi, les actes du majeur, ou son comportement, traduisant une telle altération. *Cf supra* n. n° 1004, Civ. 1ère, 27 février 2013, n° 12-14.127 préc., sur le syndrome de Diogène.

[1142] La conjoncture science juridique et science médicale est largement abordée dans l'article de Gérard Memeteau, intitulé « le juge ignorant la médecine », dans lequel il considère que le corps judiciaire doit apprendre à faire confiance au corps médical et inversement : G. Memeteau, « Le juge ignorant la médecine », Gaz. Pal., 8 février 2014, n° 39, pp. 12 et sui.

[1143] Civ. 1ère, 2 octobre 2001, n° 99-15.577, Bull. Civ. I, n° 238, p. 150, J. Massip, « De l'adhésion à une secte comme cause de curatelle », LPA, 12 mars 2002, n° 51, pp. 21 et 22.

revenus. La Cour de cassation, dans un second temps, a estimé que les juges du fond n'avaient pas constaté l'existence du trouble ou de la maladie, selon les dispositions de l'article 490 ancien du Code civil.

De cet arrêt, il faut retenir que le prononcé de la mesure doit se circonscrire aux seuls cas d'altération des facultés mentales ou physiques empêchant l'expression de la volonté. La même conclusion est à retenir en ce qui concerne un arrêt antérieur en date du 12 juin 2001[1144], rendu sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968. Selon les juges de la Cour de cassation, le placement sous curatelle renforcée du demandeur ne pouvait se justifier aux motifs que *« […] la mise en curatelle prévue par [les articles 490, alinéa 1er et 508 du Code civil] exige la constatation par les juges du fond, d'une part, de l'altération médicalement établie des facultés mentales de l'intéressé et, d'autre part, de la nécessité pour celui-ci d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile ; que pour placer [le majeur protégé] sous le régime de la curatelle, le jugement attaqué se borne à énoncer, par motifs propres et adoptés, qu'il est établi par l'ensemble du dossier et plus spécialement par les éléments médicaux que l'intéressé a besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile ; qu'en se prononçant ainsi, sans constater l'altération des facultés mentales [du majeur protégé], le Tribunal de grande instance n'a pas donné de base légale à sa décision ».*

464. Ainsi, nul juge des tutelles ne peut se limiter à énoncer qu'un majeur à protéger doit bénéficier d'une mesure d'assistance ou de représentation. Le principe de nécessité impose au juge l'obligation de constater et de dire, dans le dispositif du jugement, que l'existence d'un trouble mental ou physique est avéré, premièrement, puis qu'il rend nécessaire la mise en place d'un régime de protection, en second. À défaut de mention par le juge de l'existence d'une quelconque altération, dire que l'assistance ou la représentation est nécessaire prive toute décision de base légale. Quitte à instaurer l'assistance ou la représentation, et en conséquence, priver le majeur de ses droits ou d'une partie de ceux-ci, autant en justifier la cause, par cette seule mention de l'altération.

465. À travers ce principe, se dégage l'idée de représentation de la personne dans la tutelle, l'assistance du majeur dans la curatelle ou la réalisation d'actes pour un temps déterminé dans le cadre de la sauvegarde autonome[1145]. Si la nécessité constatée de prononcer une mesure est établie, encore faut-il que le principe de subsidiarité ait matière à s'appliquer. Car on peut constater la nécessité de protéger un majeur alors même que ce dernier, dans un intervalle lucide, aura établi des procurations afin qu'un tiers gère ses intérêts[1146]. C'est de là que la combinaison avec le principe de subsidiarité complique le choix de la mesure, d'autant que les conditions d'application de ce principe sont plus drastiques que le principe de nécessité, car il se heurte en permanence avec les règles du droit commun de la représentation, règles qui, si elles ont matière à s'appliquer, écartent l'application de la subsidiarité et rendent sans objet le principe de nécessité.

[1144] Civ. 1ère, 12 juin 2001, n° 99-10.523, inédit, « Le principe de nécessité en matière de protection des majeurs », LPA, 5 décembre 2001, n° 242, pp. 18 et sui., obs. J. Massip.

[1145] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 83.

[1146] F. Delbano, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », Rec. D., 4 novembre 1999, n° 38, pp. 408 et sui. Il en est de même lorsque le majeur ne dispose pas de ressources : une mesure doit-elle être prononcée, malgré la nécessité, alors qu'il n'y a finalement rien à gérer en tant que tel ? Malgré la nécessité, le principe doit s'effacer par un non lieu à mesure qui s'imposerait de fait.

B- Le principe de subsidiarité, ou la limitation des effets de la suppléance de la volonté individuelle.

466. Si la suppléance de la volonté individuelle est nettement affirmée selon le principe de nécessité, il en va autrement avec le principe de subsidiarité[1147] qui tend à restituer la prééminence de la volonté[1148] et le principe de priorité familiale[1149]. En ce sens, le principe de subsidiarité rétablirait de fait la volonté lucide du majeur avant son effacement. Selon ce principe, on ne pourra recourir à une mesure de protection judiciaire que s'il est impossible de pourvoir aux intérêts du majeur autrement. Ainsi, le défaut de volonté individuelle ne concourt pas forcément à l'instauration d'une mesure.

467. Le principe de subsidiarité se déduit de la lecture de l'article 428, alinéa du 1er, du Code civil : *« […] lorsqu'il ne peut être pourvu suffisamment aux intérêts de la personne par l'application des règles de droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles des articles 217, 219, 1426 et 1429, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou le mandat de protection future conclu par l'intéressé ».*

La loi du 5 mars 2007, au même titre que le principe de nécessité, a érigé le principe de subsidiarité comme un principe immuable de la protection des majeurs[1150]. Et d'ailleurs, la combinaison de ces deux principes sous-tend que si l'un d'eux n'est pas corroboré par des faits dans la demande d'ouverture, le juge des tutelles rejettera la demande. Ainsi, la subsidiarité consiste à ne pas mettre en œuvre une mesure de tutelle ou de curatelle[1151], sauf si elles demeurent les seules mesures que l'on peut appliquer à la personne. Il admet donc que des mesures ne soient pas mises en œuvre dès lors qu'elles n'apparaissent pas utiles dans les faits, ce qui induit que le nombre de mesures de protection diminuerait par la simple mise à l'écart du principe dépourvu d'application effective[1152].

Ainsi, le droit commun de la représentation sera prioritaire, au même titre que les droits et devoirs respectifs entre époux. Puis vient le mandat de protection future, et à défaut, le juge peut prononcer, suivant le degré d'altération des facultés, une mesure de protection judiciaire. La protection sociale peut s'intercaler avant l'ouverture d'une sauvegarde de justice[1153]. L'article 428, alinéa 1er, est en ce sens explicite. En affirmant la subsidiarité comme principe des mesures judiciaires de protection, la loi du 5 mars 2007 souhaite, dans la mesure du possible, conserver une situation telle quelle, la maintenir en l'état, afin de ne pas perturber les conditions de vie de la personne concernée. Le cadre de la protection vise essentiellement le cadre familial et le cadre conjugal. Elle peut aussi s'inscrire dans un cadre défini par la personne qui souhaite la protection de sa personne et de ses biens dans l'avenir.

468. Dans le cadre familial, le principe de subsidiarité aura vocation à s'appliquer si les règles du droit commun de la représentation présentent un caractère insuffisant quant à la

---

[1147] V. *supra* n. n° 1132, Th. Fossier, art. préc., n° 1, § 14.

[1148] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 83.

[1149] J. Hauser, « La famille et l'incapable majeur », *in* Dossier, Réforme des tutelles, les acteurs de la protection, AJ fam., 14 mai 2007, n° 5 pp. 198 et sui.

[1150] V. *supra* n. n° 1134, A. Batteur, art. préc.

[1151] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 180 ; v. également *supra* n. n° 975, A.-M. Leroyer, art. préc.

[1152] V. *supra* n. n° 980, L. Pécaut-Rivolier, art. préc.

[1153] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 181. Par ailleurs, dans le cadre de la loi du 16 février 2015, (*cf supra* n. n° 1012), une habilitation familiale peut être instaurée en dehors de tout régime de protection et fonctionne comme l'habilitation entre époux de l'article 219 du Code civil. Elle s'intercallerait entre les règles du droit commun de la représentation et le mandat de protection future ; *cf infra* § 469 de la présente thèse et C. civ., art 494-1 nouv. et sui.

protection de la personne. Un majeur pourrait nécessiter une mesure de protection en raison d'une altération visée à l'article 425 du Code civil, mais si sa famille a mis en place une ou des procurations sur les comptes bancaires dont dispose le majeur, ou si le majeur a lui-même donné procuration[1154], et à condition que ce dispositif permette de pourvoir suffisamment à ses intérêts, la nécessité de recourir à un régime de protection ne sera pas constatée et la subsidiarité sera écartée au vu de la « protection » qu'aura mise en place la famille du majeur. Au contraire, l'insuffisance de cette « protection » justifiera la mise en place d'une mesure.

469. Le principe de subsidiarité dans le cadre conjugal s'applique de la même façon, mais le cadre juridique s'avère beaucoup plus rigoureux. En effet, les époux sont soumis aux droits et devoirs respectifs entre eux, ainsi qu'aux règles des régimes matrimoniaux en ce qui concerne la gestion des biens propres et communs. Dans leurs rapports respectifs, la subsidiarité aura vocation à être mise en œuvre si les autorisations et les habilitations[1155] visées aux articles 217 et 219 du Code civil respectivement ne peuvent avoir une application effective. De même, on écartera l'application du principe de subsidiarité si le régime matrimonial en tant que tel suffit à pourvoir aux intérêts de l'un des deux époux.

Dès lors, si les règles de représentation entre époux n'ont pas matière à s'appliquer, le juge des tutelles constatera la nécessité de prononcer une mesure de protection judiciaire, et ce, seulement si les articles 217 et 219 voient leurs dispositions écartées, du moment que l'époux qui n'est pas hors d'atteinte d'exprimer sa volonté ne soit pas apte à accomplir l'acte pour lequel il serait autorisé ou habilité. Autrement, si l'autorisation ou l'habilitation trouvent matière à s'appliquer, la subsidiarité écartera toute mesure de tutelle ou de curatelle.

Quant aux règles relatives aux régimes matrimoniaux et la gestion des biens communs ou détenus en propre, la situation sera identique. Le juge des tutelles prononcera une mesure de protection si la nécessité est établie et si la subsidiarité est constatée selon l'insuffisance des mesures relatives aux régimes matrimoniaux.

Quoi qu'il en soit de la protection dans le cadre conjugal, la loi du 5 mars 2007 a renforcé le principe de subsidiarité[1156]. Dans la mesure du possible, les règles de la protection judiciair doivent s'appliquer aux fins de maintien de la situation respective des époux. La subsidiarité ne sera retenue que lorsqu'il n'existe plus les conditions propres d'application des dispositions des articles 217, 219, 1426 et 1429[1157]. Il faut tout de même reconnaître que le mariage en tant que tel doit pouvoir écarter les régimes tutélaires, même si le juge des tutelles peut individualiser la mesure de protection tout en maintenant le régime matrimonial[1158].

[1154] Le juge appréciera la nécessité de maintenir ou non la procuration donnée à la famille. Le juge doit apprécier cet intérêt, ce qui admettra la mise en œuvre du principe de subsidiarité ou son éviction : *cf* Civ. 1ère, 1er avril 2015, n° 14-11.051, inédit, AJ fam. 21 mai 2015, n° 5, p. 293, obs. V. Montourcy.

[1155] G. Raoul-Cormeil, « Le conjoint de la personne vulnérable (l'articulation du système matrimonial et du système tutélaire) », Defrénois, 30 juin 2008, art. n° 38791, n° 12, pp. 1303 et sui. ; v. *supra* n. n° 1146, F. Delbano, art. préc. ; S. Karim, « Les réformes procédurales issues de la loi du 12 mai 2009 en matière de protection des personnes », Dr. Fam., 1er juillet 2009, n° 4, p. 5.

[1156] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 83 et 84.

[1157] Civ. 1ère, 1er février 2012, n° 11-11.346, Bull. Civ. I, n° 19, « Chronique du patrimoine (février 2011 à mai 2012, 1ère partie) », LPA, 4 février 2013, n° 25, pp. 5 et sui., n. G. Yildirim ; *D.* 2012. 921, note G. Raoul-Cormeil ; AJ fam. 2012. 229, obs. T. Verheyde ; Dr. fam. 2012. 53, comm. I. Maria ; RTD Civ. 16 juillet 2012, n° 2, p. 289 16 juillet 2012, obs. J. Hauser.

[1158] V. *supra* n. n° 1155, G. Raoul-Cormeil, art. préc., § 3. Le juge des tutelles pour combiner le principe de subsidiarité avec les régimes matrimoniaux en instaurant une mesure de protection juridique caractérisée seulement par l'aspect personnel (ou patrimonial suivant le cas d'espèce), dès lors que l'un des deux époux n'est plus suffisamment lucide pour prendre une décision sur le plan personnel, notamment sur le plan médical (à l'exclusion des actes strictement personnels bien entendu), même si ce dernier reste en capacité de prendre des décisions sur le plan patrimonial. V. en

La loi du 16 février 2015 accentue davantage le rôle de la famille, hors cadre conjugal, en dehors de tout régime de protection, en instituant l'habilitation familiale[1159]. L'extension

ce sens : Douai (CA), 2 février 2012, n° RG 11/5594, Gaz. Pal., 2 août 2012, n° 215, pp. 7 et sui., comm. G. Raoul-Cormeil.

[1159] V. *supra* n. n° 1012, L. 16 février 2015 préc., Titre 1er, art. 1er, I, 2°. La circulaire DACS n°CIV/03/15 du 16 février 2015 (*cf supra* n. n° 1029) prévoyait que les dispositions relatives à l'habilitation familiale feraient l'objet d'une ordonnance dans un délai de huit mois dès la publication de la loi dite de simplification. Ladite ordonnance est parue, restait à attendre le décret d'application. Ce dernier est paru le 25 février 2016 au JORF : *Cf* ainsi O. n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, art. 10, JORF n° 0240 du 16 octobre 2015, p.19304, texte n° 10, ainsi que D. n° 2016-185 du 23 février 2016 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JORF n° 0047 du 25 février 2016, texte n° 26, not. Chapitre III, art. 16 insérant une section II bis ainsi rédigée, après la section II du chapitre X du titre Ier du livre III du CPC, « Dispositions relatives à l'habilitation familiale », introduisant les articles 1260-1 à 1260-12 nouv. du CPC. C*f* également Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JORF n° 0240 du 16 octobre 2015, p. 19304, texte n° 10, présentant les dispositions relatives à l'habilitation familiale, notamment les dispositions nouvelles du Code civil. V. aussi le détail des dispositions nouvelles du Code civil détaillées par Th. Verheyde : Th. Verheyde, « Réforme du droit de la famille : l'habilitation familiale », AJ fam. 2015, p. 603. L'habilitation familiale est visée aux articles 494-1 nouveaux à 494-11 nouveaux du Code civil. Elle fait l'objet d'une section 6 « de l'habilitation familiale », complétant le chapitre II du titre XI du livre 1er du Code civil. L'habilitation familiale répond d'une procédure calquée en grande partie sur celle des régimes de protection. L'altération des facultés mentales doit être constatées dans les conditions de l'article 425 du Code civil, avec un critère restrictif imposant que le majeur soit hors d'état de manifester sa volonté. La personne ou les personnes habilitées sont responsables dans les conditions de l'article 424 nouvau du Code civil, dans les mêmes conditions que celles du mandataire de protection future (art. 12 de ladite ordonnance du 15 octobre 2015). Une responsabilité pénale est prévue pour l'habilité dans les conditions de l'article 311-12 nouveau du Code pénal : *cf* L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, JORF n°0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1, not. art. 36. La mission de l'habilité est gratuite. L'habilitation familiale institue une représentation du majeur dans le cadre de la réalisation d'un ou plusieurs actes. L'habilitation répond également des articles 1984 à 2010 du Code civil. L'autorisation du juge à représenter le majeur porte sur un ou des actes que pourrait réaliser le tuteur seul ou avec autorisation du juge. Le patrimoine est visé, ainsi que la protection de la personne dans les conditions des articles 457-1 à 459-2 du Code civil. Une habilitation générale peut être donnée par le juge sur l'ensemble des actes du patrimoine ou personnels. Le majeur ne peut donc pas réaliser les actes pour lesquels un parent est habilité à les réaliser à sa place, à peine d'être en opposition d'intérêts. Par contre, quel que soit l'acte réalisé, aucun compte de gestion ou rendu de mission ne sera adressé au juge, aucun contrôle n'étant prévu. Le formalisme, à savoir la saisine du juge jusqu'au prononcé de l'habilitation, répond des mêmes conditions que pour une mesure de protection judiciaire. Si l'habilitation est simple, aucune durée n'est prévue. Par contre, l'habilitation générale est soumise à une condition de durée, à savoir dix ans, au même titre qu'une tutelle. Le renouvellement de la mesure peut être ordonnée pour une durée de vingt ans maximum, sur saisine de l'habilité. Le majeur représenté n'a pas la capacité juridique d'accomplir les actes pour lesquels un habilité est désigné. Si l'habilitation est générale, l'incapacité du majeur est dite spéciale et vise l'interdiction de conclure un mandat de protection future (art. 13 de ladite ordonnance du 15 octobre 2015). Aucune publicité n'est prévue sauf si l'habilitation est générale. Les règles de la nullité s'impose dans les conditions des acticles 464 et 465 du Code civil. Le juge peut statuer sur la modification de l'étendue de l'habilitation. Celle-ci prend fin en cas de décès du majeur, de son placement sous mesure de protection, en cas de mainlevée, en cas d'absence de renouvellement ou si les actes faisant l'objet de la mesure ont été réalisés. L'article 11 de la même ordonnance prévoit, à l'article 414-2 nouveau du Code civil, une action en nullité aux personnes héritières du majeur faisant l'objet de l'habilitation, action ouverte à compter de son décès, dès lors que l'acte a été réalisé par le

du régime des articles 217 et 219 du Code civil réservés aux couples mariés vise désormais les ascendants, les descendants, les frères et sœurs, partenaires de PACS ou concubins du majeur qui ne peut plus exprimer sa volonté, étant précisé que le majeur doit être hors d'état d'exprimer sa volonté. Le principe de subsidiarité tend sur ce point à reléguer de manière significative la protection judiciaire à la solution ultime de protection. L'idée est louable en soi : la famille au sens général du terme est la mieux placée pour connaître les *desiderata* du majeur, au même titre que ce qu'il se passe entre époux. Seulement, le législateur a oublié une chose essentielle : les conflits d'intérêts entre les différents membres de la famille, ou les conflits *stricto sensu*. L'habilitation familiale sera sans doute donnée dans un cadre vertueux, mais la fratrie ou les parents habilités à agir en lieu et place du majeur devront-ils rendre compte de la réalisation de l'acte pour lequel ils ont sollicité le juge des tutelles ? Aucun contrôle n'existe entre les époux lorsque l'un d'eux procède à la réalisation de l'acte autorisé. Pourquoi en serait-il autrement dans le cadre de l'habilitaion familiale ? et en effet, les dispositions de l'article 494-6 nouveau du Code civil ne prévoient aucune reddition de compte au juge des tutelles. Contrairement à une mesure de protection judiciaire où la reddition des comptes constitue le principe, l'absence de toute reddition dans l'habilitation familiale n'est pas une exception, mais le principe reste le même. Les parents désignés par le juge des tutelles agiront-il conformément à l'intérêt du majeur en dehors de tout contrôle ? rien n'est garanti en l'espèce. Il y a à parier que la volonté du majeur pourrait être détournée et que l'habilitation entraîne des sopliations de patrimoine.

La simplification voulue par le législateur s'apparente donc à un désengagement de l'État. Combien de conflits, dans ce seul cadre, seront portés devant les tribunaux, alors qu'une mesure de protection permettrait, *a minima*, un contrôle de la gestion du patrimoine du majeur et de changer de représentant légal en cas de faute ? Même si les dispositions nouvelles du Code civil permettent tout de même des contrôles et un régime de responsabilité, le défaut de publicité de l'habilitation, sauf si elle est générale, n'est en rien protecteur de la volonté du majeur. La simplification amène ici à un grand danger pour le majeur, d'autant plus sur le plan personnel où la famille peut tout aussi bien laisser son majeur dans le besoin. Faut-il donc une autre réforme pour protéger le majeur dans ce domaine ? aucune en l'espèce, cet aspect de la loi nouvelle est bien trop cavalier. Un garde-fou comme la mesure de protection en tant que telle suffisait amplement.

470. Enfin, le principe de subsidiarité sera écarté si le majeur a établi au préalable un mandat de protection future ou un ensemble de mandats de droits communs pour la réalisation d'actes particuliers. L'établissement d'un mandat de protection future[1160] écarte d'office, pour le jour où il sera mis en œuvre, les mesures que pourrait prononcer le juge des tutelles. À défaut, si la mandat de protection future devait ne pas avoir d'application effective, le prononcé de la mesure de protection serait envisagé.

Dans le même ordre d'idée, selon l'article 436 du Code civil, si la personne concernée a passé mandat avec une autre pour la réalisation d'actes déterminés, avant l'ouverture d'une mesure de protection, le mandat voit ses effets se prolonger quand bien même le juge des tutelles aurait prononcé une mesure de sauvegarde de justice. Il peut toutefois révoquer ce mandat ou le suspendre. En outre, l'absence de mandat implique l'application des règles de la

---

majeur atteint d'une insanité d'esprit. Enfin, l'article 14 de ladite ordonnance modifie l'article 1304 du Code civil en permettant aux héritiers du bénéficiaire de l'habilitation familiale de reporter le point de départ du délai de prescription de l'action en nullité ou en rescision d'une convention au jour du décès de la personne protégée, comme prévu pour les héritiers des personnes placées sous tutelle ou curatelle.

[1160] Ph. Reutin, « Mandat de protection future, approche pratique », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri. n° 180, 1er avril 2009, pp. 94 et sui.

gestion d'affaire. La même logique prédomine en cas de MAJ qui s'avèrerait insuffisante : le principe de subsidiarité commandera l'ouverture d'une mesure plus contraignante[1161].

471. Le principe de subsidiarité a ainsi cette conséquence : il doit être envisagé toutes les possibilités d'application des règles de droit commun de la représentation et les autres règles visées à l'article 428 pour n'appliquer qu'en dernier recours une mesure de protection judiciaire. Car si la nécessité, selon l'idée qu'elle développe, tend à réduire la liberté de la personne, le principe de subsidiarité, quant à lui, tend à garantir au maximum le respect de la personne en ne contraignant qu'en dernier recours les libertés individuelles de la personne. La suppléance de volonté, si tant est qu'elle ne soit pas une chimère, ne sera pas, d'un point de vue de la protection des majeurs, officiellement assortie d'une mesure de protection. Elle demeurera toujours mais en parallèle d'une procuration que le majeur aura établie durant un état lucide. Le mandat de protection future a pareillement été conçu ; le régime matrimonial donne aussi à l'un des deux époux un pouvoir sur l'autre sans avoir recours nécessairement au passage à une tutelle. En tout état de cause, bien que la suppléance de volonté soit telle, repousser l'instauration d'un régime de protection tend à confirmer le respect de la dignité d'un majeur hors d'état de s'exprimer. Mais lorsque la famille ne peut faire autrement que passer par une mesure de protection, le juge des tutelles confirmera les limites du système : l'absence de procuration ou de mandat ne permettant plus de garantir la gestion des intérêts du majeur, il conviendra de dire que la mesure de protection devra suppléer toute volonté. Cependant, le principe de proportionnalité doit modérer la suppléance de volonté, car la décision de placer un majeur sous protection doit constituer un choix idoine selon la situation de la personne. Ainsi, la suppléance de la volonté individuelle est minimisée par le respect du principe de proportionnalité.

C- Le principe de proportionnalité, ou la modération de la suppléance de volonté.

472. Le principe de proportionnalité[1162] pose la question du choix de la mesure la plus adaptée[1163]. En effet, le juge des tutelles doit prononcer une mesure de protection au regard de l'état de la personne, c'est-à-dire au regard de sa pathologie et de ses besoins[1164]. Si le juge

[1161] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 82.

[1162] Défini par l'article 428, alinéa 2, du Code civil ; v. *supra* n. n° 1132, Th. Fossier, art. préc., §16.

[1163] V. *supra* n. n° 1086, A. Cermolacce, art. préc. ; v. *supra* n. n° 975, A.-M. Leroyer, art. préc.

[1164] V. *supra* n. n° 951, A. Caron-Deglise, art. préc. L'individualisation des mesures est le principe élémentaire afin de mettre en place la protection la plus adaptée à la personne. V. ainsi *supra* n. n° 1007, M. Roccati, art. préc. Le droit allemand se montre le plus souple dans la mise en œuvre de ces principes. En effet, n'instaurant qu'un seul type de mesure, la tutelle en l'occurrence, ou « *betreuung* », ou la tutelle par le biais d'autorisations, ou *« betreuung mit einwilligungsvorbehalt »,* la mesure s'adapte au degré d'altération des facultés mentales du majeur. Le juge des tutelles allemand prend ainsi en compte tous les cas individuellement, et se prononce en fonction des individus et de leurs particularités. V. ainsi *supra* n. n° 1126, B. Hohl et M. Valding, art. préc. Pour une étude sur l'assistance en droit de la protection des majeurs en droit allemand aux fins de révision du droit interne français, v. en ce sens : Th. Verheyde, « La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français », JCP N 1993, doct. p. 396 ; C. Witz et F. Furkel, « Chronique de droit civil allemand », RTD Civ., 1994. 443. Depuis la loi du 12 septembre 1990, le majeur protégé est accompagné d'un assistant, le « *betreuer* ». Les anciennes institutions comme la curatelle et la tutelle, ont été supprimées au profit d'une mesure unique dite « tutelle » ou « *betreuung* », mesure qui s'adapte au profil du majeur. L'assistance donnée par le « *betreuer* » est ainsi individualisée, v. en ce sens : H.-J. Sonnenberger, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen,*

des tutelles prononce une curatelle alors que la personne nécessite une tutelle, l'exercice de la mesure rendra très difficile l'assistance ou la représentation du majeur et la gestion de son patrimoine, dans la mesure où elle sera censée pouvoir exercer des droits dont elle ne saisira pas l'importance et la portée. Dès lors, la proportionnalité de la mesure correspond aux besoins réels de la personne et au degré de suppléance de toute volonté. Outre cet aspect, doit se poser la question relative à la durée de la mesure[1165]. Une sauvegarde de justice autonome est prononcée, sauf renouvellement, pour une durée d'un an ; la curatelle ou la tutelle sont prononcées pour une durée de cinq ans, voire dix ans pour la tutelle. Mais ce qui est visé dans l'instauration d'un délai, c'est la possibilité de réviser la mesure, ce qui sous-entend que la mesure peut être amenée à prendre fin en cas d'amélioration de l'état de santé du majeur. Sinon, dans le cas contraire, en cas d'irréversibilité de l'état de santé de la personne, la mesure pourra se prolonger au-delà du délai de cinq ans maximum[1166].

Le principe de proportionnalité, vu sous cet angle, adapte la mesure à l'état de la personne dans un certain délai. Si l'amélioration est établie, il convient d'ordonner la mainlevée de la mesure, ou tout du moins, de procéder à un allégement. Dans le cas contraire, la mesure est aggravée, ou tout du moins, renouvelée à l'identique. Dans tous les cas, la mesure s'adapte à l'état de la personne dans le temps où elle est nécessaire. Le principe de proportionnalité se veut donc très en rapport avec la personne pour rendre la mesure de protection effective, et ce afin d'éviter toute mesure superflue ou artificielle, non garante des intérêts du majeur. La dignité et les libertés individuelles de la personne en dépendent plus que jamais, ce qui tend à démontrer que le défaut de volonté ne peut aller à l'encontre du respect de la personne du majeur.

D- Le respect de la dignité et des libertés fondamentales de la personne du protégé : le retour progressif à l'autonomie malgré une volonté défaillante.

473. Par la réforme des régimes de protection, la loi du 5 mars 2007 a voulu recentrer l'individu au cœur des dispositifs de protection[1167]. Ce recentrage se ressent aux alinéas 2 et 3 de l'article 415 du Code civil, dont il est disposé en substance[1168] :

« […]

Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (art. 1-38, Internationales Privatrecht, Verlag C.H. Beck, 3ème éd., Munich, 1998, XXXII *;* Rieg, « L'assistance à des personnes handicapées : le modèle allemand », *in* Mélanges Danièle Huet-Weiller, 1994, pp. 379 et sui. ; P. Lagarde, commentant le *Münchener Kommentar*, Rev. Crit. DIP, 15 septembre 1999, n° 3, pp. 626 et sui. ; P. Lagarde, « La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes », Rev. Crit. DIP, 15 juin 2000, n° 2, pp. 159 et sui. Le droit autrichien consacre le même type d'assistance que le droit allemand, la « *Sachwalterschaf »t.* Le majeur protégé peut demander la désignation de son « *betreuer »*, ou même demander la décharge de sa fonction (BGB, art. 1897). On peut noter aussi que si le mandat de protection allemand apparaît insuffisant, comme en droit français, le juge peut le révoquer et instaurer une mesure de tutelle : v. *supra* n. n° 949, D. Guérin-Seysen, art. préc. En droit anglais, la tutelle, ou « *guardinianship »*, est à l'initiative des services sociaux. La mesure est liée à l'aspect médical du majeur. Il n'y a pas à proprement parler de représentant légal, le juge saisi, la *Court of protection*, prononcera une mesure ponctuelle avec désignation d'un représentant légal, un « *deputy »*.

[1165] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 107 et 108.

[1166] Seulement dans le cas de la révision de la mesure, non lors de l'ouverture.

[1167] V. *supra* n. n° 952, M.-H. Isern-Réal, art. préc.

[1168] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 86 et 87 : les dispositions de l'article 415 du Code civil doivent rappeler que la mesure de protection reste une mesure d'ordre public et qu'elle ne peut être prise dans un intérêt purement privé. La protection de la sphère privée du majeur relève d'un impératif d'ordre public.

Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne.

Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, le retour à l'autonomie de celle-ci. »

L'alinéa 4 complète l'article 415 en indiquant qu'« *elle est un devoir des familles et de la collectivité publique* ».

Voici donc l'esprit de la loi du 5 mars 2007. La mesure que l'on envisage doit certes être prononcée selon les principes de nécessité et de subsidiarité, mais puisque la personne a pris désormais un essor nouveau dans le dispositif, la protection judiciaire doit s'adapter à elle. En imposant le respect de la personne et de sa dignité[1169], la loi reconditionne la perception de la mesure de protection. Elle n'est plus prise en rapport avec son patrimoine, la mesure est prise, outre son patrimoine, en fonction de la personne, de sa situation et de son histoire[1170]. Cet attachement à respecter la dignité de la personne et de ses libertés fondamentales[1171] rentrait déjà en ligne de compte dans la perception que pouvait avoir la jurisprudence dans l'appréciation de l'opportunité de la mesure. L'arrêt du 2 octobre 2001[1172] en est symptomatique. Pour ne pas avoir vérifié si la personne concernée était atteinte d'une maladie mentale ou non, les juges du fond ont été censurés par la Cour de cassation. En décidant de l'ouverture de la mesure sans avoir vérifié l'état de santé de la personne, la Cour de cassation a considéré que le placement sous protection portait atteinte à la liberté individuelle de la personne, outre l'atteinte à la dignité que cela engendrait, du seul fait de la considérer comme malade mentalement sans l'avoir établi au préalable. Le respect de la personne et de ses libertés est tel que la loi a donné à ce principe une valeur législative, alors initialement dégagé par la jurisprudence dans un arrêt du 18 avril 1989[1173].

La Cour de cassation a ainsi repris la lettre de l'article 488 ancien du Code civil qui prévoyait la mesure de protection aux fins de garantir l'intégrité du patrimoine, au profit de la personne elle-même, *« les régimes de protection ayant pour objet d'une façon générale de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable »*. Pour garantir le respect de la personne, il est nécessaire de l'informer de la procédure la concernant. Le majeur doit bénéficier d'une information complète sur la mesure envisagée ou prononcée ; la personne qui doit exercer la mesure doit indiquer au majeur ensuite protégé la manière dont se déroulera la mesure, les décisions qu'il peut prendre seul ou accompagné de son représentant légal, l'utilité des mesures projetées et les conséquences d'un refus de sa part. Les tiers, quant à eux, doivent également respecter leurs obligations envers la personne protégée et ne pas se retrancher derrière celles du représentant légal pour ne pas accomplir les leurs. Mais au delà de la simple information qui doit être donnée à la personne protégée, cette dernière doit donner en tout état de cause son consentement. Car le respect de la dignité de la personne et de ses libertés fondamentales ne doit pas se faire sans son consentement. Sauf incapacité totale pour la personne d'exprimer son avis, elle devra consentir à subir l'examen médical, premier signe du respect de la liberté de la personne, qui au demeurant, peut également apparaître comme une insuffisance de la loi, comme on va le voir.

[1169] V. *supra* n. n° 1132, Th. Fossier, art. préc., § 15.

[1170] V. *supra* n. n° 1134, A. Batteur, art. préc.

[1171] On pourrait aussi rajouter le droit à l'information de la personne protégée ou à protéger.

[1172] V. *supra* n. n° 1143, Civ. 1ère, 2 octobre 2001, n° 99-15.577 préc.

[1173] Civ. 1ère, 18 avril 1989, n° 87-14.563, Bull. Civ. I, n° 156, p. 103 ; JCP N 1983.313. Toutefois, la jurisprudence est disparate sur l'application des principes de nécessité et de subsidiarité, même si ces principes tendent à tenir compte de la personne du majeur. Outre la jurisprudence citée dans cette note, on peut voir également, Civ. 1ère, 18 février 1981, n° 80-10.403, Bull. Civ. I, n° 60 et Civ. 1ère, 9 novembre 1981, n°s 80-16.011 et 80-16.097, Bull. Civ. I, n° 133, RTD Civ. 1982, p. 140, obs. Nerson et Rubellin-Devichi, JCP 1982, II, n° 19808, n. Prévault.

474. Le consentement de la personne doit révéler sa capacité à exprimer un point de vue et donner son avis lors de l'audition, avis qui donne une simple orientation à suivre pour le juge des tutelles. Il n'en demeure pas moins que le juge dispose ainsi d'une information supplémentaire. L'avis recueilli témoigne de la prise en compte de la personne et du respect de sa liberté ; sachant qu'elle peut être privée de sa liberté d'action, la dignité impose le minimum qui est de lui demander son avis quant au choix de la mesure envisagée. Et par la mesure envisagée, c'est l'autonomie de la personne qui est visée[1174]. Mais encore faut-il pouvoir atteindre ce stade de l'autonomie et ne pas dénaturer la protection des majeurs au seul titre du respect des libertés individuelles.

II) Une difficile conciliation des conditions substantielles entre le respect des libertés fondamentales et la nécessité de protéger.

475. En inscrivant les principes de nécessité et de subsidiarité dans le cadre du respect de la personne, de sa dignité et de ses libertés individuelles, la loi a ouvert une nouvelle voie dans l'humanisation de la procédure devant le juge des tutelles. Bien lui en a pris, car à revaloriser la personne humaine, on parvient de la sorte à reconsidérer le majeur vis-à-vis des tiers et vis-à-vis de lui-même. On favorise alors son retour à l'autonomie. Une autonomie sous contrôle bien entendu, mais qui amènera le majeur à décider pour lui-même, ou à réapprendre à décider, en présence de son représentant légal. Mais en insistant sur le respect de la personne et les principes qui s'y rattachent, la loi a peut être créé un conflit entre la nécessité de la mesure et l'avis de la personne quant aux impressions qu'elle peut avoir de la mesure.

476. À l'origine de la procédure, le certificat médical circonstancié constitue la condition indispensable aux fins de recevabilité de la demande de protection. Mais pour quelle raison ne serait-il pas joint ? S'il s'agit d'une méconnaissance du requérant ou d'un oubli, il suffit de l'établir et de le joindre. Mais si sa non-jonction résultait simplement du refus de la personne de se rendre à l'examen ? Peut-on refuser de se présenter à un examen médical dans le cadre de l'ouverture d'une mesure de protection ? La loi prévoit que la soumission à l'examen médical ressort du consentement de la personne. Cette dernière doit accepter expressément de se rendre au cabinet du médecin inscrit pour y subir l'examen. La loi s'inscrit ici dans le cadre du respect des libertés individuelles. Puisque la liberté de la personne ne peut être contrainte qu'après avoir recueilli son avis aux fins d'ouverture de la mesure, il serait surprenant de poser le principe d'obligation de subir l'examen médical, dans la mesure où ses droits ne sont pas encore restreints, quand bien même un refus serait opposé[1175]. En d'autres termes, la loi ne pose aucune obligation à se présenter devant le médecin inscrit. La personne concernée devant nécessairement consentir à se faire examiner, il n'existe aucune disposition légale soumettant la personne à se faire expertiser. Si tel était le cas, les libertés individuelles seraient atteintes, le principe de respect de la personne bafoué, le corps de la loi sur ces principes ne serait qu'un artifice juridique. Si la mesure est vraiment nécessaire, le requérant devra alors saisir le procureur de la République aux fins de provoquer l'ouverture d'une mesure de protection[1176].

477. C'est pourquoi, il semble que la conciliation des libertés individuelles et la nécessité de se faire examiner ne puissent se faire dans une certaine mesure et qu'aucun compromis ne soit admissible. En effet, au titre des libertés individuelles, si le majeur ne consent pas à se faire examiner, personne ne pourra l'y contraindre, ni les membres de la

[1174] Comme en dispose l'alinéa 3 de l'article 415 du Code civil ; R. Dijoux, « L'autonomie en droit de la protection des majeurs : critiques pratiques », 16 décembre 2011, LPA, n° 250, pp. 4 et sui.

[1175] V. *supra* n. n° 1045, S. Thouret, art. préc.

[1176] V. *supra* n. n° 951, A. Caron-Deglise, art. préc.

famille, ni le Parquet, ni le juge des tutelles. Alors, si la personne refuse radicalement de subir l'examen médical, la procédure ne s'ouvrira pas. Le juge des tutelles ne pourra être saisi, les lettres de doléance du requérant se verront opposer une fin de non-recevoir systématique. Le certificat médical circonstancié détermine la suite de la procédure, mais encore faut-il pouvoir établir ce certificat selon la bonne volonté de la personne.

Il en résulte qu'il est extrêmement difficile de concilier la protection de la personne[1177] et son retour à l'autonomie. Lorsque la personne se montre de bonne foi lors de son audition, il est nécessaire de prononcer une mesure en adéquation avec sa situation et pouvoir trouver un juste milieu dans les relations entre la personne et son représentant légal, du moins dans les relations personnelles. Si, en outre, la personne refuse de donner son consentement à l'examen, c'est toute la procédure qui s'effondre. Comment, dans ces conditions, permettre la protection de la personne, si aucun représentant légal ne peut être désigné dans le même temps où la personne ne peut plus agir seule, sans pouvoir défendre ses intérêts, sans tout faire périr ? La loi n'a pas prévu de contraindre la personne à subir l'examen. À moins d'affirmer que le refus puisse paraître comme une forme de lucidité, limitée même, alors c'est une solution au faible rendement. Il sera dans ce cas opportun de voir si les règles du droit commun de la représentation ont matière à s'appliquer, car rien ne conditionne l'ouverture d'une mesure de protection quand bien même le certificat médical circonstancié serait établi. Il relève donc de la surveillance de chacun, comme le prévoit l'article 415, alinéa 4, du Code civil, de protéger du mieux possible la personne et d'assurer son autonomie. Mais au demeurant, on se retrouve ici dans une situation très confuse.

478. Se pose donc la question du refus[1178] de la personne de se soumettre à l'examen médical. Dans une espèce suffisamment révélatrice de la problématique, le tribunal de grande instance de Mont de Marsan, dans une décision en date du 8 octobre 2009, a eu à se prononcer sur la validité d'une requête en ouverture d'un régime de protection en l'absence de tout certificat médical circonstancié établi par un médecin inscrit, dont l'absence avait pour cause le refus de la personne à protéger de se soumettre à l'examen médical. Le tribunal indiquait qu'il devait se prononcer sur la recevabilité de la requête et non sur la nécessité de prononcer l'ouverture de la mesure de protection. Le dernier attendu du jugement indique que le défaut de certificat médical circonstancié dans la requête déposée par le Parquet n'a pour cause que le refus de la personne concernée de se soumettre à l'examen médical, et dont le médecin désigné mentionne dans un courrier joint à la requête qu'il n'a pu établir ce certificat en raison de ce refus. À ce titre, les juges du fond ont déclaré recevable la requête déposée en l'absence de tout certificat et considéré que le juge des tutelles est juridiquement saisi. Une telle décision ne pouvait en aucun se maintenir, ce que la Cour de cassation s'est empressée de rectifier[1179]. En dehors de tout certificat médical circonstancié, point de mesure de protection. L'irrecevabilité de la requête ne pouvait qu'être retenue par les juges de la Cour de cassation.

[1177] S. Bernheim-Desveaux, « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », Lamy RJPF, 1er avril 2010, n° 4, p. 8.

[1178] TGI Mont de Marsan, 8 octobre 2009, n° 09/00686, *D.* 2010. 2052, n. Th. Verheyde ; du même auteur, « Peut-on mettre sous régime de protection judiciaire une personne qui refuse de se faire examiner par un médecin habilité ? », Rec. D., 16 septembre 2010, n° 31. Pour être complet, le recours porté devant le tribunal de grande instance fait suite à la requête déposée en date du 6 mai 2009 par le Parquet au greffe du tribunal d'instance, requête déposée sans certificat médical circonstancié.

[1179] Civ. 1ère, 29 juin 2011, n° 10-21.879, Bull. Civ. I, n° 133, *D.* 2011. 1819 ; *ibid*. 2501, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; LPA, 31 août 2011, n° 173, pp. 14 et sui., n. L. Gatti ; AJ fam. 2011. 431, obs. Th. Verheyde ; RTD civ. 2011. 511, obs. J. Hauser ; JCP G 2011. 987, note N. Peterka ; Dr. famille 2011, Comm. 133, note I. Maria. - *Adde,* N. Peterka, A. Caron-Déglise, F.

479. Il n'empêche, la question est posée, un juge des tutelles peut-il prononcer une mesure de protection en dehors de tout établissement du certificat médical circonstancié ? Si plus haut, on a exposé que le refus de la personne pouvait avoir la conséquence de bloquer la procédure, la position des juges du fond de prononcer la validité de la requête en dehors de tout certificat médical circonstancié joint à la présente permet d'empêcher ce blocage. En effet, pour éventuellement prononcer une mesure de protection, le juge des tutelles doit avoir au préalable été saisi d'une demande en ouverture. Mais à s'en tenir à la lettre de la loi, si la requête ne comporte pas le certificat médical circonstancié, elle ne peut être reçue favorablement et son irrecevabilité vaudra autant pour un requérant familial que pour le Parquet. En conséquence, le certificat médical circonstancié vaut recevabilité, son absence vaut irrecevabilité. Et pour rendre les choses encore plus caricaturales qu'elles ne le sont, il suffit de dire « non » au médecin inscrit pour écourter une procédure à peine abordée.

L'interprétation est, du reste, tout à fait concevable, puisqu'il sera difficile de se prononcer sur la nécessité d'ouvrir une mesure de protection si le juge n'a pas d'élément sur une quelconque altération des facultés. Mais le simple refus ne doit pas stopper la procédure si la personne refusant l'examen médical est effectivement atteinte d'une altération des facultés mentales. Il en va de son intérêt d'être protégée, malgré le respect de son choix de ne pas être examinée, d'autant que le refus peut être la cause même de l'altération, privant la personne de toute lucidité dans le choix entrepris. Alors, dans une autre hypothèse, le refus peut être tout à fait lucide, et le certificat médical circonstancié fera la démonstration de l'absence totale d'altération. L'utilité de joindre un tel certificat permet d'opposer une fin de non-recevoir à des demandes empreintes de légèreté, au seul motif de protéger la personne, sans autre élément justifiant la mise sous protection. Car, comme c'est le cas, le régime de protection entrave les libertés de la personne, et on comprend qu'une personne ayant toutes ses facultés oppose un *veto* à l'examen médical.

480. La même question s'était déjà posée sous l'égide du droit antérieur. Le constat de l'altération des facultés mentales ou corporelles était déjà une question de fond quant à l'ouverture d'une mesure de protection. Toutefois, les textes anciens ne prévoyaient pas la sanction de la requête, à savoir son irrecevabilité. Le juge des tutelles recevait la requête sans pouvoir se prononcer sur sa recevabilité, mais au vu de l'absence du certificat médical circonstancié, il devait ne pas prononcer de mesure de protection. La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 juillet 1984[1180], reprenant une solution déjà retenue par elle dans un précédent arrêt du 18 janvier 1972[1181], a admis que *« si l'altération des facultés mentales ou corporelles du malade doit être médicalement établie et constatée par un médecin spécialiste, préalablement à l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle, la personne qui fait l'objet de cette mesure n'est pas fondée à se prévaloir de l'absence de constatation médicale de l'altération des facultés, lorsque, par son propre fait, elle a rendu impossible cette constatation en se refusant à tout examen ; dès lors, le tribunal…, qui relève… que Mme X qui dissimulait son adresse, s'était volontairement soustraite… aux examens médicaux qui avaient été ordonnés, avait pu, après avoir constaté que l'intéressée avait écrit des lettres témoignant d'une altération grave et habituelle de ses facultés mentales, qu'elle avait fait, à*

Arbellot, *Droit des tutelles, Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Dalloz référence, 2012, n° 43-25.

[1180] Civ. 1ère, 10 juillet 1984, n° 83-10.653, Bull. Civ. I, n° 223, *D.* 1984. 547, n. J. Massip. Provoquer l'ouverture d'une mesure de protection reste une possibilité, ce que la jurisprudence reconnaît depuis une décision dans laquelle le juge des tutelles a pu se prononcer en faveur d'une mesure, alors que le médecin, ne pouvant établir le certificat, a pu réunir tout un ensemble d'éléments suffisants à déduire l'altération de la personne : *cf* Civ. 1ère, 23 mai 1979, n° 77-10.082, Bull. Civ. I, n°152, *D.* 1979. IR 407.

[1181] Civ. 1ère, 18 janvier 1972, n° 70-10.321, Bull. Civ. I, n° 21.

la suite d'actes inconséquents, des dettes considérables, et que par son inertie, elle mettait obstacle au fonctionnement d'une mesure de curatelle précédemment décidée, en déduire qu'elle avait besoin d'être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile, de telle sorte qu'il convenait de la placer sous régime de la tutelle ». Le tribunal de grande instance a repris cette interprétation de la Cour de cassation afin de considérer que la requête présentée par le procureur de la République était parfaitement recevable, alors que le juge des tutelles saisi avait déclaré irrecevable la requête pour défaut de certificat médical circonstancié.

481. Alors, afin de déclarer une requête en apparence irrecevable du seul fait de l'absence de certificat médical circonstancié, le demandeur doit justifier que l'impossibilité de joindre un tel certificat médical est causée par le refus de la personne de se soumettre à l'examen médical. Et qu'en l'absence de certificat médical circonstancié, l'altération des facultés doit pouvoir être établie par tout moyen de preuve, tels autres certificats médicaux de médecins traitants ou actes dénotant l'existence d'un trouble[1182], à condition d'établir un certificat médical de carence par un médecin inscrit. Et pour ce faire, le médecin inscrit doit avoir accès au dossier médical que détient le médecin traitant. Dans ces conditions, un certificat de carence, fondé sur des éléments renseignés par le médecin traitant[1183], pourra admettre la recevabilité d'une requête en ouverture.

482. En conclusion, la solution retenue par le tribunal de grande instance de Mont de Marsan a été rendue dans un cadre *ultra legem*. Mais elle permet au moins une chose : elle tend à équilibrer le respect des libertés individuelles avec la nécessité de placer la personne sous protection (éventuellement). Il appartient aux juges des tutelles de veiller à la production du certificat médical circonstancié, et en même temps, à la vérification stricte de l'impossibilité de produire ce certificat sous l'empire d'un refus caractérisé de la personne à protéger. De là, il ressort que le preuve par tout moyen de l'insanité d'esprit doit être contrôlée strictement. Mais il ne faudra pas perdre de vue que l'impossibilité de joindre ledit certificat médical ne doit pas justifier la mise sous placement de la personne à protéger. Ce n'est qu'au vu de ces éléments de preuve ou de la simple absence de certificat médical que le juge des tutelles prononcera, ou non, l'ouverture d'une mesure de protection.

Ainsi, la suppléance de la volonté individuelle produit des effets plus ou moins significatifs sur le majeur : pour pallier à son défaut, on recentre le majeur au cœur de la procédure pour donner l'illusion qu'il a un rôle important. Or, en définitive, c'est faux, puisque le juge des tutelles pourra ouvrir une mesure de protection quand bien même le majeur donnerait un avis négatif sur la procédure. La consultation des pièces du dossier ne crée que le sentiment de pouvoir prendre connaissance de la procédure, sans toutefois influer sur la décision du juge. Par contre, la suppléance de la volonté individuelle prend tout son sens selon que le principe de nécessité impose l'ouverture d'un régime de protection. Mais fort heureusement, le principe de subsidiarité coupe court à cette impression et fait s'évaporer l'illusion que donne le recentrage du majeur dans la procédure. Le juge pourra écarter tout régime de protection judiciaire si un système de procurations a été mis en place, si les époux ont la capacité de se représenter ou de s'assister en cas de besoin, ou encore si un mandat de

---

[1182] Paris (CA), 8 janvier 2013, n° 11/18841, Dr. fam. 2013. comm. 45, obs. Maria ; Douai (CA), 11 janvier 2013, n° 12/05941, AJ fam. 2013. 136, obs. G. Raoul-Cormeil ; Dr. fam. 2013. comm. 45, obs. Maria ; RTD Civ., 15 juillet 2013, n° 2, p. 348, obs. J. Hauser.

[1183] J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy, « Majeurs protégés », Rec. D. 26 septembre 2013, n° 32, pp. 2196 et sui, et la jurisprudence évoquée aux notes précédentes. Le médecin inscrit doit toutefois justifier de l'impossibilité d'avoir pu établir le certificat médical circonstancié, notamment en précisant qu'il avait soit convoqué le majeur à son cabinet mais à laquelle ce dernier n'a pas déféré, ou bien encore que le majeur n'a pas voulu recevoir à son domicile le médecin qui aura pris la peine, au préalable, d'annoncer sa venue.

protection future, efficacement rédigé et dépourvu de tout défaut juridique, a matière à écarter le défaut futur de volonté individuelle du majeur.

Alors dans ce cas, la suppléance de la volonté individuelle reste limitée selon le principe de subsidiarité. Mais ne nous y trompons pas : la volonté individuelle reste suppléée, les conséquences de l'ouverture d'un régime de protection judiciaire confirment l'exclusion de toute volonté. Il suffit de voir le rôle du représentant légal pour s'en rendre compte.

Section 3 - La garantie des libertés individuelles à travers la reconnaissance des droits du majeur dans la mise en œuvre de la mesure.

483. L'issue de l'instruction de la demande de protection doit amener le juge des tutelles à statuer sur la suppléance de volonté : caractérisée et nécessaire, la mesure de protection sera ouverte ; insuffisante dans le sens où le majeur peut toujours pourvoir à ses intérêts, la demande aboutira à un non lieu. Mais tant que le juge ne s'est pas prononcé, toute suppléance de volonté n'est pas juridiquement établie, le majeur étant censé pouvoir disposer de tous ses droits à l'égard des tiers sur le plan factuel, même si médicalement, le doute n'admet plus une résurgence possible d'une volonté lucide.

Cependant, la mesure envisagée demeure contraignante et attentatoire aux libertés individuelles. L'instauration d'un régime de protection ne saurait passer outre le filtre imposé par le contrôle de la légalité de la décision, légalité dans le sens de la régularité de la procédure, légalité surtout en ce qui concerne la suppression des droits du majeur. C'est pourquoi, le respect de l'ordre public de protection doit prévaloir. Jusqu'à l'audience de jugement, en passant par l'avis du procureur de la République, la procédure tutélaire ne peut faire l'économie du respect de la personne, si tant est qu'elle soit diminuée. La perte de toute volonté lucide ne peut admettre l'instauration d'un régime de protection à la légère ; la procédure ne doit pas oublier que tant que la mesure n'est pas devenue définitive sur le plan de la contestation de la décision, le majeur doit pouvoir exprimer son avis et contester s'il considère que la mesure prononcée n'est pas adaptée à sa situation. Tout cela suppose que le majeur bénéficie d'un traitement similaire à tout justiciable et que la décision de placement le concernant soit portée directement à sa connaissance. En cela, la procédure *post*-audition ne peut pas minimiser la perte d'autonomie du majeur et ne pas considérer qu'une volonté défaillante justifie un placement arbitraire sous protection.

Jusqu'à la décision ouvrant (ou non) un régime de protection, le majeur se voit offrir de nombreuses garanties procédurales : le procureur de la République doit donner son avis sur la procédure et la mesure projetée. Il est ainsi un contre-pouvoir au juge des tutelles dans le but de vérifier que la mesure est conforme à l'intérêt général, avis qui sera exprimé lors de l'audience de jugement, au même titre que le majeur dispose d'un droit à être entendu par le juge des tutelles une dernière fois lors de cette audience (I). La décision étant rendue, le majeur, protégé cette fois, doit recevoir communication de celle-ci selon les règles relatives aux notifications des décisions de justice, décision qu'il peut contester selon un droit de recours qui lui est ouvert directement (II). Enfin, sitôt la décision du juge rendue, la publicité de la mesure de protection doit permettre sa connaissance à l'égard des tiers (III). Ces dernières garanties procédurales ont une vertu, même si le majeur glisse lentement vers un régime où ses droits s'évanouissent : rétablir un semblant de volonté. La prudence réclame tout de même de considérer que ces ultimes garanties procédurales n'ont pas matière à régir la substance de la mesure. Tout est joué…

I) Le contre-pouvoir à la suppléance de volonté : l'avis du Parquet lors de l'audience de jugement et la dernière audition du majeur.

484. Hors avis du procureur de la République, la mesure de protection ne peut être prononcée. L'impératif consiste à contrôler la légalité de la décision et le respect de celle-ci au regard de l'ordre public. Lorsque l'audition du majeur et des parties s'est tenue, le juge des tutelles doit recueillir l'avis du Parquet lors de la communication du dossier[1184]. Le procureur de la République donne son avis[1185] avant que le juge des tutelles ne prenne officiellement sa décision lors de l'audience de jugement.

485. Qu'en est-il de cet avis ? Est-ce un avis que doit suivre le juge des tutelles conformément aux réquisitions du procureur, ou bien n'est-il qu'une indication sur l'opportunité de la mesure ? le procureur de la République émet un avis simple. Le dossier étant communiqué un mois avant l'audience de jugement[1186], il dispose d'un droit de regard sur la décision du juge des tutelles, car elle intéresse l'ordre public. Le procureur vérifie alors que la mesure projetée justifie que le volonté du majeur soit substituée par l'intervention d'un tiers. L'avis qu'il émet constitue ainsi un filtre. En donnant son avis sur la décision que prend le juge des tutelles, il contrôle ainsi la conformité de la mesure au regard de l'intérêt général, car la mesure aura une incidence dans la dimension publique, outre celle de la sphère privée. Une interaction entre ces deux sphères aura lieu. L'exercice de la mesure se fera dans le cadre privé, mais son exercice se fera aussi à l'égard des tiers qui pourraient contracter avec le majeur protégé dans l'avenir.

Dès lors, le contre-pouvoir que constitue l'avis du Parquet amène à « légaliser » la suppression des droits de la personne. Non pas que l'avis du procureur soit un frein à la décision du juge des tutelles et que ce dernier doive modifier sa décision si le procureur de la République estime la mesure inopportune, c'est simplement un regard de l'ordre public sur la mesure envisagée. Il est ainsi établi que l'ordre public n'est pas troublé par une mesure liberticide, le procureur de la République disposant d'un pouvoir général de surveillance des mesures de protection[1187].

486. L'avis ne lie pas le juge des tutelles, même si le procureur de la République peut préconiser une mesure différente de celle envisagée par le juge. Le juge peut maintenir sa décision, comme finalement, il peut retenir l'avis du procureur et décider autrement lors de l'audience. Les réquisitions du procureur de la République ne s'imposent pas à lui quoi qu'il en soit. Toutefois, l'avis que le procureur donne lui ouvre un droit de contester. Étant partie à la procédure, un droit de recours est ouvert au Parquet s'il estime que la mesure n'est pas conforme à l'ordre public. En ouvrant une tutelle, le juge des tutelles supprime au majeur un très grand nombre de droits. Le procureur peut donc faire appel s'il considère que cette quasi-suppression est inopportune, dans le sens où une mesure moins contraignante aurait été plus

---

[1184] Selon l'article 1225 du Code de procédure civile.

[1185] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 89 ; v. *supra* n. n° 963, C. Sévely-Fournier, art. préc., AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 70, ou du même auteur, art. préc., Rec. D., 30 avril 2009, n° 18, pp. 1221 et sui.

[1186] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 96. Ce délai d'un mois n'est pas un délai obligatoire. Il peut être réduit en cas d'urgence, notamment en cas d'aggravation de la mesure initialement prononcée ou pour toute autre cause qui justifierait la réduction du délai. V. en ce sens *supra* n. n° 1073, Fl. Fresnel, art. préc.

[1187] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 51 et 55 ; v. *supra* n. n° 963 C. Sévely-Fournier, art. préc., AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 70, ou du même auteur, art. préc., Rec. D., 30 avril 2009, n° 18, pp. 1221 et sui. Ainsi, le procureur de la République peut visiter ou faire visiter les personnes bénéficiant de mesures de protection. L'article 416 du Code civil lui donne ce pouvoir, au même titre que le juge des tutelles.

appropriée d'un point de vue de l'ordre public et de l'intérêt général. L'ordre public ne peut admettre une suppression inadaptée des libertés individuelles. Toutefois, si les recours du Parquet sont extrêmement limités, il n'en demeure pas moins que l'avis du procureur, même simple, apparaît comme une mesure de contrôle de la conformité de la décision du juge des tutelles quant à l'incidence qu'elle peut avoir entre la sphère privée et la sphère publique.

487. L'avis du Parquet étant recueilli, l'audience de jugement peut se dérouler. Pour prendre sa décision et la faire connaître aux personnes concernées, le juge des tutelles doit entendre le requérant et la personne à protéger[1188]. Il peut entendre, le cas échéant, les avocats des parties en leurs observations[1189], ainsi que les autres parties à l'affaire s'il considère devoir les réentendre. Toutefois, la personne à protéger peut être dispensée de se présenter devant lui si l'audience est de nature à nuire à sa santé ou si elle est hors d'état de manifester sa volonté[1190]. Le juge des tutelles peut en outre entendre les réquisitions du Ministère Public, si ce dernier assure sa présence à l'audience[1191]. Le requérant et le majeur doivent être présents à l'audience qui se tient obligatoirement en chambre du conseil[1192], comme lors de l'audition servant de mise en état. Inutile de préciser que les parties doivent débattre contradictoirement de éléments du dossier, mais aussi de l'avis qu'aura émis le Parquet[1193].

[1188] CPC, art. 1226.

[1189] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 90 et 98.

[1190] C civ., art 432, al. 2.

[1191] La présence du Parquet n'est cependant pas obligatoire. Lorsqu'il donne son avis, il peut faire des observations dans le dossier, ce qui constitue l'avis même. Elles peuvent être relevées en cause d'appel.

[1192] La pratique est toutefois bien différente de ce que prévoient les textes. En effet, le juge des tutelles dispose de deux possibilités. Pour en apprécier le contenu, il faut remonter au cadre de l'audition. Au terme de l'entretien avec le juge des tutelles, ce dernier indique aux parties en présence la mesure qu'il envisage de prononcer à l'audience, après avoir communiqué le dossier au Parquet. Suivant la décision qu'il envisage de prononcer, le juge des tutelles précise aux parties si elles doivent se présenter ou non à l'audience. Ainsi, première possibilité, le juge peut aviser les parties, quelles qu'elles soient, que l'audience se tiendra en dehors de leur présence obligatoire. La présence non obligatoire ne vaut que si le dossier ne soulève aucune difficulté, c'est-à-dire si lors de l'audition, le juge a estimé nécessaire de ne pas réentendre les parties. Il en est de même si le Parquet donne un avis allant dans le même sens que la décision qu'envisage de prononcer le juge des tutelles. Le juge indique aux parties qu'elles n'ont pas l'obligation de se présenter à l'audience. Mais pour garantir la régularité de la procédure, un avis figure au dossier. S'il ne s'agit pas d'une obligation, les parties convoquées n'ont pas pour autant l'obligation de ne pas se présenter. Si l'une d'entre elles a des observations à faire valoir, elle dispose de la faculté de se présenter devant le juge des tutelles pour y être entendue. Toutefois, à moins de la survenance d'un fait nouveau qui aurait pour incidence de modifier la décision du juge et de renvoyer à une audience ultérieure sa décision définitive, la présence de cette partie ne revêt pas un intérêt particulier. Si tout a été vu dans le cadre de l'audition et qu'aucun litige particulier ne semble exister, le juge prendra sa décision sans avoir à entendre les observations de quiconque. Ainsi, la décision peut être prise sans avoir besoin de faire se déplacer les parties, notamment si l'une d'elles réside hors du ressort de compétence du tribunal d'instance. La seconde possibilité impose quant à elle la présence obligatoire de certaines personnes ou de toutes les parties. En effet, suivant les conflits et leur gravité, suivant l'absence également de certaines personnes lors de l'audition, la présence de ces dernières aurait permis d'obtenir d'importantes informations quant au choix de la mesure. Quel que soit le motif de la convocation, la présence obligatoire permet au juge des tutelles de se faire un avis définitif sur le choix de la mesure, ce qui doit justifier à ses yeux l'appréciation de la mesure qu'il envisageait sans avoir de certitudes établies. Dans tous les cas, que les parties se présentent dans le cadre d'une convocation ou sur simple avis d'audience, le principe du contradictoire doit être respecté, au même titre que l'audition de mise en état.

[1193] Dans le cas du non respect du principe du contradictoire en raison de la non indication dans le dossier des conclusions écrites du Parquet malgré sa présence à l'audience, *cf* Civ. 1ère, 20

L'audience de jugement répond enfin à un dernier impératif procédural. Le juge doit se prononcer dans l'année du dépôt de la requête. Passé le délai d'un an[1194], la mesure envisagée serait caduque, le requérant étant soumis à l'obligation de déposer une nouvelle requête. Le juge doit en outre fixer la durée de la mesure. La mesure n'est en aucun définitive, puisqu'elle devra faire l'objet d'une révision périodique pour la dire toujours adaptée ou non[1195]. Le juge désigne enfin la personne chargée de l'exercice de la mesure et le degré d'autonomie ou d'assistance, ou encore se prononce sur la représentation du majeur protégé[1196]. Le juge indique également au majeur son droit à déposer un recours contre sa décision dès qu'il en aura connaissance.

Ces prérogatives sommairement énumérées concourent à ce que le majeur ne soit pas privé de ses droits et des garanties procédurales. Quand bien même la mesure ouverte contraint ses libertés individuelles, il n'est pas dépourvu du droit de prendre connaissance de la décision qui le place sous protection. De même, malgré l'officialisation de la suppléance de volonté, le majeur demeure en droit de contester la décision s'il estime ne pas avoir été suffisamment entendu par le juge lors de l'audience. En outre, l'avis du Parquet doit aller dans le sens du contrôle de toute suppléance de volonté, même si ledit avis se montre favorable à l'instauration de la mesure. Ces éléments doivent en tout cas respecter l'autonomie du majeur sur le plan procédural : la notification de la décision est personnelle, le recours intenté directement porté par le majeur au juge.

II) La prise de connaissance de la décision par le majeur et son droit de contester.

488. Il ne sera pas utile de s'attarder de trop sur cet aspect, mais ces dispositions ont tout de même un intérêt : malgré la suppléance de volonté qui s'instaure, le majeur doit toujours être pris en compte afin que lui soit donné un minimum de considération et d'autonomie.

489. Dans le cadre d'une curatelle, la notification à la personne protégée ne se heurtera à aucune difficulté. Puisque la curatelle est une mesure d'assistance, le majeur sera en capacité de recevoir seul la décision qui le concerne. L'altération de ses facultés n'étant pas du degré de celle de la tutelle, la notification de la décision se fera sans restriction aucune. Le majeur protégé recevra directement la décision en signant le recommandé[1197] adressé à sa

---

novembre 2013, n° 12-29.474, à paraître, AJ fam., 2014. 56 ; obs. Th. Verheyde ; RTD Civ. 30 avril 2014, n° 1, p. 83, obs. J. Hauser. Dans le même ordre d'idée, mais hors la présence du Parquet, *cf* Civ. 1ère, 20 novembre 2013, n° 12-27.218, à paraître, AJ fam., 2014. 56 ; obs. Th. Verheyde ; RTD Civ. 30 avril 2014, n° 1, p. 83, obs. J. Hauser.

[1194] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 91.

[1195] V. *supra* n. n° 979, L. Pécaut-Rivolier, art. préc.

[1196] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 99.

[1197] L'article 1231, alinéa 1er, du Code de procédure civile dispose ainsi que *« les notifications qui doivent être faites à la diligence du greffe, le sont par lettre recommandée avec avis de réception ; le juge peut toutefois décider qu'elles se feront par acte d'huissier »*. La pratique judiciaire, en matière de tutelles, aura surtout recours à la notification par lettre recommandée avec accusé de réception, car plus rapide et moins coûteuse que l'exploit d'huissier. Détail qui a son importance dans la mesure où le régime de protection doit rapidement se mettre en place. En ce qui concerne les tiers, la notification de la décision se fera aux personnes habilitées à former un recours. Ces personnes sont essentiellement visées à l'article 430 du Code civil, même si elles n'ont pas participé à la procédure, comme en dispose l'article 1239, alinéa 2, du Code de procédure civile. Un droit d'appel leur est ouvert, ce qui écarte la tierce opposition : v. en ce sens Civ. 1ère, 14 mai 2014, n° 12-35.035, Bull. Civ. I, n° 92, Rec.

personne. La simple possibilité pour lui de signer un recommandé doit témoigner d'une certaine autonomie, au même titre que s'il n'avait aucune altération quelconque. Cette signature directe, sans l'intermédiaire de son curateur, garantit ainsi que la compréhension de la procédure n'est pas si déficiente.

Sauf que certains majeurs protégés n'ont pas non plus cette autonomie : le recommandé peut ne pas être signé ou récupéré en bureau de poste. Dès lors, la notification ne se faisant pas, le curateur devra procéder lui-même à la notification de la décision. Ainsi, le majeur peut aussi compromettre son retour à l'autonomie et accentuer la suppléance de sa volonté.

490. La difficulté survient lorsque le juge des tutelles prononce une mesure de tutelle. La tutelle étant une mesure de représentation complète de la personne protégée, la notification se fera soit directement au majeur dans des cas particuliers, soit en deux temps par l'intermédiaire du tuteur. La mesure de tutelle n'empêche pas que le tutélaire lui-même se fasse notifier la décision. Bien au contraire, le juge peut décider que le jugement mentionne la notification à cette personne seule. S'il existe une autonomie résiduelle, autant la faire valoir et encourager l'effort du majeur à prendre lui-même certaines initiatives. En signant lui-même son recommandé, le majeur montre tout de même une certaine faculté de compréhension dans les démarches à entreprendre. Le juge pourra aussi dispenser le majeur de recevoir directement notification de la décision de placement. Ce cas est admis si l'information est de nature à porter préjudice à sa santé, ou encore lorsque la personne est dans l'incapacité absolue de comprendre la portée de la notification. La signature n'aurait aucune valeur, le principe n'étant pas de faire signer au majeur tout document dont il ne saisirait pas la portée de l'engagement. Ce n'est pas pour autant que la décision ne sera pas notifiée. Puisque le majeur est la principale personne concernée par la mesure, la décision devra quoi qu'il arrive lui être notifiée[1198] pour éventuellement contester la décision.

491. Le recours en la matière est l'appel[1199]. L'article 1239 du Code de procédure civile prévoit expressément que l'appel peut être interjeté par les personnes visées à l'article

---

D. 29 mai 2014, n° 20, p. 1152, AJ fam. 2014, p. 436, obs. Th. Verheyde, RTD Civ. 2014, p. 622, obs. J. Hauser.

[1198] La pratique des greffes permettra de procéder à cette notification sans avoir recours à la notification directe au majeur. En effet, la pratique rend possible la notification par une tierce personne. Par tierce personne, il faut comprendre autre chose que « personne non partie à la procédure ». Il s'agit simplement de dire qu'une personne servira d'intermédiaire à la notification. C'est ce qu'on appelle la *« notification via »*. Le juge indiquera dans le jugement que la notification se fera à M. ou Mme X *via* M. Y, désigné(e) tuteur. Il est possible aussi de faire notifier la décision à une personne autre que le tuteur, une personne de la famille par exemple, mais une personne qui soit la plus qualifiée pour le faire. Il n'en demeure pas moins que la notification se fera de toute évidence, même si le procédé diffère de la notification traditionnelle. Il est à préciser que cette notification *via* un tiers ne vaut que pour l'ouverture ou le renouvellement d'une tutelle, car dans ce type de mesure, le majeur n'est pas considéré comme capable de recevoir seul le recommandé. Cela reste toutefois laissé à l'appréciation du juge, selon notamment l'état de la personne et suivant qu'il a rendu une ordonnance de non audition.

[1199] Visé aux articles 1239 et suivants du Code de procédure civile, modifiés par le décret d'application n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs, JORF n°0299 du 26 décembre 2009 page 22311, texte n° 14. Le procureur de la République peut également interjeter appel de la décision du juge des tutelles, puisqu'étant visé par l'article 430 du Code civil parmi les personnes qui peuvent saisir le juge des tutelles aux fins de placement sous protection, et par voie de conséquent, parmi celles visées à l'article 1239 du CPC pour le recours : v. *supra* n. n° 963, C. Sévely-Fournier, art. préc., AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 70, ou du même auteur, art. préc., Rec. D., 30 avril 2009, n° 18, pp. 1221 et sui.

430 du Code civil, sans préjudice des dispositions des articles 1239-1 et 1239-3 du Code de procédure civile[1200]. L'appel doit rester un droit que peuvent exercer les personnes visées à l'article 430 du code civil[1201], et notamment le majeur protégé. Le requérant, la personne protégée, la famille ou encore le Ministère Public doivent conserver leur faculté à exercer leur droit d'appel. Il en est de même des personnes qui ont reçu notification de la présente décision[1202] quand bien même elles n'auraient pas été parties à la procédure.

Toutefois, il existe un aménagement du droit d'appel quant à la décision rendue. Ainsi, l'article 1239-2 du Code de procédure civile vient restreindre le droit d'appel au seul requérant lorsque le juge des tutelles prononce un non lieu à mesure[1203], ce que les juges d'appel confirment strictement[1204]. Hors les cas de non lieu à mesure, les dispositions énoncées s'appliquent quel que soit le régime ouvert, y compris en cas de mainlevée de la mesure. Seulement, le droit d'appel est fermé au majeur en cas de non lieu et s'il n'est pas requérant. S'il estime avoir besoin d'un régime de protection que le juge lui refuse, comment peut être prise en compte la voix du majeur si on lui ferme tout recours possible ? le juge justifie clairement sa décision au vu des faits et des éléments médicaux, car dans ce cas, la mesure de protection n'est pas nécessaire. Cependant, le droit d'appel devrait pouvoir être accordé au majeur même dans le cas où on lui maintient l'ensemble de ses prérogatives. Mais ce n'est qu'un détail visiblement…

492. À ce titre, toute personne peut-elle recourir contre la décision du juge des tutelles ? C'est la question qui a été posée à la Première chambre civile de la Cour de cassation[1205] : celle-ci restreint le droit d'appel des personnes qui n'ont pas été amenées à exercer la mesure de protection, et qui, en conséquence, ne voient pas leurs droits et charges modifiés en raison de l'instauration de la mesure[1206]. Si la procédure en l'espèce est régie par

---

[1200] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 100 et 101 ; L. Pécaut-Rivolier, « La réforme des tutelles : suite… et fin ? », AJ Fam., 12 février 2010, n° 2, pp. 72 et sui. ; V. Avéna-Robardet, « La simplification du droit de la famille », AJ Fam., 18 mai 2009, n° 5, p.190. Sur les effets de l'ancienne procédure d'appel : v. *supra* n. n° 1149, J. Hauser, art. préc. ; Civ. 1ère, 27 mai 2010, n° 09-16.094, Bull. Civ. 2010, I, n° 24, *D.*, 14 juin 2010 ; « Réforme des tutelles : les recours sont jugés selon les règles applicables lors du prononcé et de la décision de première instance », AJ Fam., 26 juillet 2007, n° 7, p. 332, obs. L. Pécaut-Rivolier.

[1201] *Ibid*. J. Hauser, art. préc.

[1202] CPC, art. 1239-1, 1239-3, 1240 et 1241 ; v. *supra* n. n° 949, L. Pécaut-Rivolier, art. préc., ou encore Fl. Fresnel, art. préc.

[1203] *Ibid*. Par ailleurs, la doctrine, par la voix de Jean Hauser, soulève un problème qui est bien plus grave qu'il en a l'air, sous le coup de la loi du 3 janvier 1968, lorsque le juge se saisit d'office. Dans la logique procédurale, seul le juge pourrait faire appel, puisqu'il se saisit lui-même, ce qui signifie qu'il ferait recours contre sa propre décision de non lieu à mesure. Ce cas de figure, totalement alambiqué et tournant au ridicule, ne se pose plus sous le coup de la loi nouvelle. Le juge ne peut plus se saisir d'office, et s'il est saisi par le procureur de la République, seul ce dernier pourra faire appel (cela prévaudra aussi si le majeur à protéger a demandé à bénéficier d'une mesure de protection). V. en ce sens : Douai (CA), 16 juin 2010, RG n° 10/1482, « La loi du 5 mars 2007 appliquée par la Cour d'appel de Douai : quelques précisions de procédure et de fond », AJ Fam., 19 octobre 2010, n° 10, p.438, obs. L. Pécaut-Rivolier; RTD Civ., 15 avril 2011, n° 1, p. 105, obs. J. Hauser. Sur l'appel du Ministère Public, *cf supra* n. n° 971, Civ. 1ère, 12 juin 2013, n° 12-14.443, Bull. Civ. I, n° 598, art. préc., AJ Fam. 16 juillet 2013, n° 7, p. 447, n. Th. Verheyde ; RTD Civ., 15 octobre 2013, n° 3, p. 568, obs. J. Hauser ; Civ. 1ère, 8 février 2005, n° 02-10.739, Bull. Civ. I, n° 72, p. 63 ; *D.* 2005. 594 ; *ibid.* 2006. 1570, obs. J.-J. Lemouland et J.-M. Plazy ; AJ famille 2005. 196, obs. C. Grimaldi ; RTD civ. 2005. 365, obs. J. Hauser.

[1204] *Ibid*., Douai (CA), 16 juin 2010, RG n° 10/1482, arrêt préc.

[1205] Civ. 1ère, 3 décembre 2008, n°s 06-20810 et 07-12.902, inédits, source Légifrance.

[1206] V. en ce sens, Civ. 1ère, 8 mars 2005, n° 01-17.738, Bull. Civ. I, n° 120, p. 103 ; obs. J. Massip, Defrénois, art. n° 38221, 15 septembre 2005, n° 17, p. 1359 ; Gaz. Pal., 18 octobre 2005,

la loi ancienne, la question du recours intenté par ces personnes a été reprise par la loi de réforme.

Ainsi, une personne se retrouve placée sous tutelle d'État par décision du 22 juin 2001. Le tribunal de grande instance, saisi en appel, rend un jugement le 17 décembre 2001 par lequel il confirme la décision initiale. Par la suite, le juge des tutelles, se saisissant d'office, prononce la mainlevée de la mesure par décision du 28 février 2006. Le fils de la personne protégée interjette appel de cette décision ; le tribunal de grande instance infirme la décision de mainlevée de la mesure et prononce en lieu et place de la tutelle une mesure de curatelle. *De juris*, le fils avait-il qualité à recourir contre la décision de mainlevée de la mesure, et *a*

---

n°291, pp. 18 et sui., n. J. Massip. L'arrêt rendu le 8 mars 2005 précise qu' *« il résulte des articles 1214 et 1215 du nouveau Code de procédure civile, écrits pour la tutelle des mineurs, auxquels renvoie, en ce qui concerne les majeurs, l'article 1243 du même code, d'une part, que les décisions du juge des tutelles sont notifiées au requérant, au tuteur, à l'administrateur légal et à tous ceux dont elles modifient les droits ou les charges et, d'autre part, que le recours n'est ouvert qu'à ces mêmes personnes ».* La Cour de cassation a fait valoir qu'un tribunal de grande instance, faisant office de juge d'appel, ne pouvait déclarer irrecevable le recours des membres de la famille, alors même que le juge des tutelles avait ouvert une tutelle d'État. Il ne suffit pas que la famille soit écartée de l'exercice d'une mesure de protection pour ne pas procéder à la notification de la décision. Il importe même peu que la famille n'exerce pas la mesure. Les dispositions des articles susvisés prévoient, par voie de déduction, que la famille doit recevoir notification de la décision, quand bien même la tutelle est déférée à l'État. Il suffit simplement que les droits et charges des membres de la famille du majeur protégés soit modifiés pour voir ces derniers exercer, de droit, leur droit de recours. Ainsi, on respecte le principe du contradictoire de l'article 16 du CPC et le principe du procès équitable posé par l'article 6 § 1 de la Convention EDH : v. en sens : Civ. 1ère, 13 juillet 2004, n° 01-14.506, Bull. Civ. I, n° 205, p. 172 ; *D.* 2006, Pan. 1571, obs. J.-J. Lemouland et J.-M. Plazy ; AJ Fam., n° 10/2004, 367, obs. L. Attuel-Mendes ; Dr. Fam. 2005, n° 123, n. Th. Fossier ; RTD Civ. 2004, 716, obs. J. Hauser. Et la conséquence pratique de l'arrêt du 8 mars 2005 est manifeste : le juge des tutelles avait autorisé la vente d'un immeuble appartenant au majeur. La cassation de la décision rendue par le tribunal de grande instance déclarant irrecevable le recours de la famille est donc venue remettre en cause la vente de l'immeuble. Dans le même ordre d'idée sur la modification des droits et charges : v. en ce sens : Civ. 1ère, 29 mai 2001, n° 99-17.478, inédit, Gaz. Pal. Rec. 2002, somm. p. 221 [02009], Defrénois 30 novembre 2001, n° 22, art. n° 37430, p. 1358, obs. J. Massip ; Civ. 1re, 25 mars 1997, n° 96-12.028, Bull. Civ. I, n° 107 ; *D.* 1998. 333, n. J. Massip; JCP G 1997. II. 22882, n. Th. Fossier ; RD. Sanit. Soc. 1997. 898, obs. F. Monéger ; RTD civ. 1997. 634, obs. J. Hauser ; Gaz. Pal. Rec. 1999, somm. p.571, n. E. du Rusquec [972207]; Defrénois 1997, art. 36690, n° 142, p. 1338, obs. J. Massip. (recours formé par le père d'une jeune majeure handicapée qui n'exerçait aucune fonction dans la tutelle de sa fille dont la mère était administratrice légale contre une décision transférant la résidence de l'enfant d'un centre proche du domicile du père dans un établissement très éloigné de ce domicile. La Cour de cassation a considéré que cette décision avait modifié ses droits et porté atteinte à ses intérêts). Il convient enfin de préciser que la Cour de cassation a rappelé de nombreuses fois que la modification des droits et charges des membres de la famille ressort de la tutelle : v. en ce sens : Civ. 1ère, 24 février 1993, Bull. Civ. I, n° 84, p. 55, Gaz. Pal. Rec. 1993, pan. p. 187 [932599], Defrénois 1993, art. n° 35611, n° 90, obs. J. Massip, RTD civ. 1994, 79, obs. J. Hauser ; Civ. 1ère, 15 juillet 1993, Bull. Civ. I, n° 258, p. 178, Gaz. Pal. Rec. 1994, pan. p. 14 [940187] ; Civ. 1ère, 31 janvier 1995, n° 93-12.613, Bull. Civ. I, n° 60, p. 43, Defrénois 30 novembre 1995, n° 22, art. n° 36210, p. 1396, obs. J. Massip ; Civ. 1ère, 7 novembre 1995, n° 93-19.318, Bull. Civ. I, n° 392, p. 273 ; Gaz. Pal. Rec. 1996, pan. p. 166 [962366]. Par contre, si les textes prévoient que la notification de la décision peut être faite aux personnes visées à l'article 430 du Code civil, la notification peut également être faite à d'autres personnes autres que celles visées auxdites dispositions, si toutefois le juge l'ordonne. Si un tiers interjette appel alors qu'aucune notification à son égard a été décidée et que ses droits ne sont pas modifiés, le recours sera déclaré irrecevable, à plus forte raison si le recours est interjeté en dehors du délai de quinze jours à compter de la décision : *cf* Civ. 1ère, 26 juin 2013, n° 12-12.833, inédit, source Légifrance.

fortiori, son recours pouvait-il être reçu par les juges du fond ? Pour la Cour de cassation, la réponse est non. En effet, la Première chambre estime que le fils n'a pas joué le moindre rôle dans l'exercice de la mesure, ce qui ne pouvait modifier le contenu de ses droits et charges vis-à-vis de sa mère. Pour autant, la Cour relève que, même si ce dernier, qui a pris connaissance de la procédure lorsqu'il était mineur, que l'appel a été interjeté alors qu'il agissait en toute liberté et en toute indépendance, et ce dans l'intérêt de sa mère, ne démontre en rien qu'il jouait le moindre rôle dans l'exercice de la mesure.

En conséquence, ses droits et ses charges ne pouvaient en rien être modifiés, d'où il ressort que le demandeur ne pouvait avoir qualité à recourir contre une quelconque décision. Le tribunal de grande instance aurait ainsi du déclarer le recours irrecevable et lui opposer une fin de non-recevoir. C'est pourquoi, à travers cet arrêt, la Cour indique que le droit de recours, que toute personne peut exercer, n'aura de recevabilité qu'en ce que cette personne joue un rôle dans la mesure de protection et que ses droits et charges se voient alors modifiés. Toute personne qui ne répondrait pas à ces deux critères se verrait alors opposer un fin de non-recevoir. Sans doute est-ce une façon de dire que le droit d'appel des tiers est conditionné par les intérêts qui les lient au majeur, puisque amenés à prendre des décisions en ses lieu et place.

Le délai d'appel est fixé à quinze jours[1207]. Ainsi, à l'égard de la personne protégée, le délai d'appel court à compter de la notification[1208]. Concernant les personnes à qui la décision est notifiée, le délai démarre à compter du jour de notification[1209] ; quant aux autres personnes qui n'ont pas reçu de notification, le délai démarre à compter du jour du prononcé du jugement[1210]. Le procureur de la République dispose aussi de ce droit de recours[1211].

493. D'un autre côté, les dispositions propres aux voies de recours doivent être pragmatiques. L'article 1242 du Code de procédure civile prévoit que tout recours peut être interjeté tant sur la mesure elle-même que sur le choix de la personne désignée pour l'exercer, l'article 1243 rajoutant que l'appelant doit préciser l'étendue du recours lorsque l'appel porte sur un autre chef que l'ouverture elle-même de la mesure de protection. À défaut, la juridiction d'appel se prononcerait sur l'irrecevabilité du recours[1212].

[1207] CPC, art. 1241.

[1208] CPC, art. 1230-1.

[1209] CPC, art. 1241, 2°. La décision doit effectivement être notifiée aux personnes désignées dans le jugement, mais si une personne, non visée dans le jugement, prend connaissance de l'existence de l'ouverture d'une mesure de protection, cette personne dispose d'un droit de recours, à la condition que les juges d'appel déclarent recevable le recours aux motifs qu'elle aurait du recevoir notification de la décision. Le délai de recours est donc de quinze jours à compter la connaissance de la décision : *cf* Douai (CA), 16 juin 2010, RG n° 10/1300, « La loi du 5 mars 2007 appliquée par la Cour d'appel de Douai : quelques précisions de procédure et de fond », AJ Fam., 19 octobre 2010, n° 10, p. 438, obs. L. Pécaut-Rivolier; RTD Civ., 15 avril 2011, n° 1, p. 105, obs. J. Hauser.

[1210] CPC, art. 1241, 3°.

[1211] CPC, art. 1240.

[1212] Ce que confirme la Cour de cassation dans un arrêt du 23 septembre 2010. Après le départ d'une majeure protégée pour la Guadeloupe afin d'aller vivre chez son fils, la fille de celle-là interjette appel de la décision par laquelle le juge des tutelles de Melun, juge ayant ouvert la mesure de protection, se soit dessaisi par ordonnance afin de transmettre le dossier de la majeure protégée au tribunal d'instance de Basse-Terre. La fille a donc interjeté appel de cette décision, mais sans préciser le motif justifiant son recours. La Cour de cassation a confirmé l'ordonnance de dessaisissement du juge des tutelles de Melun, notamment parce que le courrier par lequel la demanderesse avait interjeté appel n'avait pas précisé les raisons de ce dernier, indiquant toutefois contester *« [le] retour [de maman] à la Guadeloupe »*. La juridiction d'appel n'ayant pu interpréter cette phrase de manière à caractériser le motif justifiant l'appel, elle avait confirmé le dessaisissement ordonné par le juge. La Cour de cassation en a tiré les mêmes conclusions, d'autant que la fille ne s'était pas présentée à

Le recours se fait au greffe du tribunal d'instance ou de la cour d'appel[1213]. L'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire[1214]. Le greffe enregistre le recours, établit un procès-verbal de recours qu'il classe au rang des minutes du greffe et délivre récépissé aux parties. Il conserve une copie du dossier dont l'original est remis au greffe de la chambre de la famille de la cour d'appel[1215]. L'examen de la procédure d'appel se déroule dans les mêmes conditions que la procédure examinée en première instance, en chambre du conseil. La cour d'appel confirme ou infirme alors la décision du juge des tutelles. Nonobstant cet aspect propre à la cour d'appel, le recours ne doit pas empêcher la continuité de la mesure. C'est pourquoi, le juge des tutelles dispose de la faculté, pour ne pas dire du pouvoir, de mettre en œuvre ce principe de continuité. Il peut donc prendre toute décision pour préserver les droits de la personne protégée durant le délai d'examen du recours. Le principe tient compte en conséquence de la réalité des mesures de protection susceptibles d'évoluer dans le temps du recours.

494. Le droit d'appel ouvre donc un droit de « révision » de la mesure instaurée. Le majeur peut ainsi faire valoir son point de vue jusqu'à ce que le décision de placement devienne définitive. De la sorte, c'est reconnaître que le majeur peut toujours participer à des échanges le concernant, que son autonomie n'est pas complètement entamée et qu'il demeure en capacité de prendre des décisions le concernant, toutefois sous contrôle du représentant légal. Mais en accordant un droit de recours direct à l'intéressé, c'est reconnaître que la suppléance de sa volonté n'est pas totale et qu'un espoir demeure[1216].

---

l'audience tenue en appel afin de préciser sur quoi portait son recours. En tout état de cause, la Cour de cassation confirme qu'un recours non motivé ne peut être reçu favorablement. Et quand bien même le recours aurait porté sur le domicile du majeur, ce dernier est libre de choisir son lieu de résidence ou de vie, sauf s'il constitue une source de conflits que le juge est donc amené à trancher. *Cf* ainsi Civ. 2ème, 23 septembre 2010, n° 09-14.906, Bull. Civ. II, n° 1701, « De l'utilité de préciser clairement l'objet du recours en matière de tutelle », AJ Fam., 20 décembre 2010, n° 12, p. 543, n. Th. Verheyde.

[1213] Si les textes prévoient que le recours doit être interjeté par lettre recommandée avec accusée de réception lorsqu'il n'est pas établi par déclaration au greffe, un recours interjeté par lettre simple n'encourt pas l'irrecevabilité pour ce seul motif. La Cour de cassation considère que la lettre recommandée ne sert qu'à régler une contestation sur la date du recours. La cour d'appel saisie d'un recours doit se prononcer sur le fond quand bien même une lettre simple aurait servi de support au recours, *cf* Civ. 2ème, 11 juillet 2013, n° 12-23.091, Bull. Civ. II, n° 1243, AJ Fam., 18 septembre 2013, n° 9, p. 511, obs. Th. Verheyde. Sur le principe voulant que le recours est exercé par lettre recommandée avec accusé de réception : Soc., 17 juillet 1991, n° 88-43.972, Bull. Civ. V, n° 371, ou encore Civ. 1ère, 2 novembre 1994, n° 93-05.085, Bull. Civ. I, n° 315 ; RTD civ. 1995. 184, obs. R. Perrot ; Gaz. Pal. 1995. 1. Pan. 65 ; Defrénois 1995. 730, obs. Massip. Toutefois, la cour d'appel peut relever d'office l'irrecevabilité du recours en cas de recours tardif, lorsque la lettre simple ne précise pas la date d'envoi du recours ou si l'enveloppe contenant le recours n'a pas été conservée par le greffe : *cf* ainsi Civ. 2ème, 21 juillet 1986, n° 85-11.733, Bull. Civ. II, n° 133 ; Civ. 2ème, 20 juillet 1988, n° 87-15.212, Bull. Civ. II, n° 184.

[1214] CPC, art. 1239. Ce qui est regrettable lorsque le majeur interjette appel lui-même. Le recours hors la présence de l'avocat suit le parallélisme des formes en ce qui concerne l'audition du majeur en dehors de la présence obligatoire de l'avocat.

[1215] La procédure devant la CA se déroule dans les conditions prévues aux articles 1245 et 1246 du Code de procédure civile. La procédure est orale. Pour un exemple de l'oralité : Civ. 1ère, 18 mars 2015, n° 14-11.330, à publier, AJ fam., 2015. 232, obs. Th. Verheyde.

[1216] D'autant plus si le majeur protégé parvient à faire cesser l'exécution provisoire de la décision de placement sous protection, celle-ci assortissant l'ensemble des décisions des juges des tutelles. Pour cela, le majeur protégé doit faire appel et saisir le Premier président de la cour d'appel d'une requête en référé aux fins de faire cesser l'exécution provisoire. Il faut pour cela démontrer l'existence d'un caractère manifestement excessif, en ce que la liberté civile du majeur peut être limitée si l'altération des facultés mentales n'est pas caractérisée et dès lors qu'elle n'entrave pas l'expression de la volonté. L'intérêt est de permettre au majeur, si la cessation est accordée, de réaliser

III) La publicité du jugement, ou l'information des tiers : entre protection et révélation de la suppléance de la volonté individuelle.

495. La publicité[1217] du jugement fera connaître à l'égard des tiers la limitation des droits du majeur protégé. La connaissance de cette information se fait en principe selon les actes de l'état civil.

496. Est-elle la solution idoine pour faire connaître aux tiers le placement du majeur sous protection ? Il n'en est pas certain[1218] en l'occurrence, parce que les moyens d'information sont limités. Sauf si les tiers disposent de l'état civil du majeur, ils n'auront pas connaissance de sa situation, à moins qu'ils n'en reçoivent une information orale. Encore faut-il que les actes de l'état civil soient en possession des tiers. De toute façon, le placement sous protection[1219] doit être en conformité avec l'ordre public, les tiers doivent connaître l'existence de ce régime de protection[1220] pour traiter avec la personne protégée, en connaissance de cause[1221] et sans porter atteinte à ses intérêts. La connaissance de l'information permet ainsi un respect de la personne du majeur, car en disposant de la connaissance de son incapacité juridique, le risque d'agir à son détriment est limité, même s'il existe. Pour autant, un tiers qui voudrait contracter avec ce majeur saurait qu'il a pour obligation de passer par l'intermédiaire du représentant légal. Dans le cas contraire, la méconnaissance de la mainlevée de la mesure de protection crée une présomption de protection préjudiciable au majeur qui ne peut pas contracter seul avec les tiers tant qu'il n'a pas fait la preuve de la suppression de sa mesure. C'est pourquoi, le peu de moyens dont

---

les actes de disposition et d'administration sur son patrimoine, malgré le placement sous tutelle ou curatelle. Si le Premier président y fait droit, le majeur recouvrera l'intégralité de ses droits jusqu'à ce que la cour d'appel ait statué sur son recours : CPC, art. 524 ; V. Montourcy, « Droit des majeurs vulnérables et arrêt de l'exécution provisoire », AJ fam. 21 janvier 2015, n° 1, p. 46.

[1217] CPC, art. 1059 ; v. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p.89.

[1218] V. *supra* n. n° 1132, Th. Fossier, art. préc., § 15 ; Civ. 1ère, 29 janvier 2014, n° 13-11.269, inédit, RTD Civ. 24 juillet 2014, n° 2, obs. J. Hauser. En l'occurrence, un majeur s'est retrouvé à découvert alors qu'il avait souscrit une convention de découvert. Seulement, la banque n'avait pas eu connaissance de son placement sous protection et avait présumé sa capacité.

[1219] À noter qu'un jugement prononçant la mainlevée de protection emporte radiation de la mention RC. Cette décision est opposable aux tiers deux mois après son inscription en marge des actes de l'état civil ; elle est opposable immédiatement à ceux qui en ont eu connaissance.

[1220] V. *supra* n. n° 949, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 104 ; D. Noguéro, « Incapacités : le défaut de publicité de la mainlevée de curatelle », Defrénois, 15 février 2009, art. n°38893, n° 3, pp. 326 et sui. : comme le rappelle la Cour de cassation dans son arrêt du 1er octobre 2008, *« Le défaut de publicité d'une décision de mainlevée entraîne pour le seul majeur concerné un préjudice, puisqu'il a pour conséquence de le laisser apparaître aux yeux des tiers soumis à des mesures de protection et que les tiers ne peuvent se prévaloir de cette situation puisqu'elle n'est pas de nature à affecter la validité de la décision prise par le majeur qui n'est plus soumis à un régime de protection ».* En d'autres termes, le jugement de mainlevée rend au majeur toute sa capacité juridique, quand bien même à l'égard des tiers, la défaut de publicité de la mainlevée crée une *« apparence d'incapacité »,* comme le rappelle l'auteur de l'article précité. Les tiers ne peuvent pas faire valoir le défaut de publicité pour obtenir, à leur avantage, l'annulation d'un acte qui ne serait pas dans leur intérêt. *Cf* ainsi Civ. 3ème, 1er octobre 2008, n° 07-16.273, Bull. Civ. III, n° 145, ainsi que, dans le même sens : Civ. 3ème, 16 avril 2008, n° 07-13.846, Bull. Civ. III, 2008, n° 71.

[1221] La publicité de la mesure est effective au bout de deux mois. Si la mention n'a pas été portée en marge des actes de l'état civil dans ce délai, la publicité de la mesure sera effective à l'égard du ou des tiers qui en ont eu connaissance : voir la note précédente.

disposent les tiers pour s'assurer de l'existence d'une mesure de protection ou sa suppression sont bien trop limités en l'occurrence.

497. La publicité du jugement[1222], en théorie, ne doit être effectuée que lorsqu'aucun recours n'a été établi, au-delà du délai de recours de quinze jours à compter de la notification de la décision. Mais une disposition dans le jugement permet de procéder à sa publicité nonobstant tout recours éventuel. En effet, tous les jugements de mise sous protection constatent l'urgence de mettre en place la mesure. Dès lors, les jugements sont rendus avec l'exécution provisoire. *De juris*, un recours n'empêcherait pas la mise en œuvre des formalités de publicité, lesquelles devraient être annulées si la cour d'appel venait à infirmer le jugement rendu en première instance. À défaut d'exécution provisoire, la publicité ne pourra se faire que lorsque la décision sera devenue définitive.

498. En définitive, la procédure laisse apparaître de nombreux points dans lesquels la suppléance de volonté n'est pas totalement admise. La procédure doit garantir au maximum la prise en compte de l'avis du majeur, dans un souci de constater son degré d'autonomie. Même si le juge des tutelles se rendra compte de l'altération des facultés du majeur, il doit, non pas se contenter de cet aspect, mais mettre en parallèle le restant d'autonomie pour mettre en œuvre une mesure adaptée. L'audition est donc primordiale car c'est le seul moment où le majeur peut réellement s'exprimer. Le juge peut se baser sur des faits, mais n'étant pas à même de surveiller le majeur avant de le placer sous protection, rien ne remplace la parole ou l'avis de celui-ci pour cerner ses réelles difficultés. Jusqu'au terme définitif de la procédure, les droits du majeur seront garantis du mieux possible puisqu'il peut intenter un recours seul, sans l'avis de son représentant légal. Jusqu'à cet instant, cet ultime droit qu'il peut exercer seul, le majeur peut encore faire prévaloir une autonomie résiduelle. Par la suite, une fois la décision devenue définitive, les choses se compliquent. La famille entre en scène pour suppléer toute volonté, pour le meilleur, mais surtout pour le pire.

[1222] Le greffe établit une fiche portant mention du jugement prononçant la décision. Il va ainsi procéder aux « mentions RC », pour « répertoire civil ». La fiche comporte toutes les mentions du jugement, à savoir désignation du tribunal, date du jugement, type de mesure prononcée et durée de la mesure, outre les éléments d'identification de la personne. Une fois établie, la fiche est transmise par le greffe du tribunal d'instance au répertoire civil. La notification de la fiche extrait au répertoire civil est faite par le greffe du tribunal d'instance lorsque la décision est rendue en première instance. Par contre, en cas de recours, si la cour d'appel infirme la décision initiale, la notification de la fiche extrait pour le répertoire civil se fera par le greffe rattaché à ladite cour. Le tribunal de grande instance compétent est celui du lieu de naissance de la personne protégée, mais certainement pas celui où la mesure a été prononcée. Car dans un second temps, le répertoire civil adressera à la mairie du lieu de naissance du majeur l'indication de la mise en place de la mesure de protection. Le service de l'état civil de la mairie du lieu de naissance inscrira alors en marge de l'acte de naissance la mention de l'ouverture d'un régime de protection, avec inscription d'un numéro RC relatif à la mesure délivrée par le répertoire civil. Il faut cependant noter une nuance de taille. Ces dispositions ne valent que lorsque la personne est née en France. Dans l'hypothèse où elle serait née à l'étranger, la procédure impose d'adresser cette fiche portant mention, non plus au répertoire civil d'un tribunal de grande instance donné, mais au service centralisateur de l'état civil, qui se trouve à Nantes. En effet, le service centralisateur étant compétent pour délivrer les actes de naissance des Français nés à l'étranger, c'est ce même service qui portera mention du jugement ouvrant un régime de protection en marge de l'acte de naissance. Ainsi assurée, la publicité du jugement empêchera toutes difficultés de survenir dans la réalisation d'actes patrimoniaux et extrapatrimoniaux ; si tel acte nécessite de joindre un acte de l'état civil, les parties sauront si elles peuvent traiter librement avec cette personne, ou à en référer à son représentant. On peut rajouter que l'article 444 du Code civil, qui prévoit la publicité de la mesure, rend opposable ce jugement aux tiers deux mois après son inscription sur les registres de l'état civil, sauf s'ils en ont eu déjà connaissance.

Chapitre Second
De l'exercice de la protection judiciaire familiale : une efficience avérée ou une faillite familiale ?

499. La mesure de protection ouverte par le juge des tutelles sonne le glas de la prééminence de la volonté. Désormais bénéficiaire d'une mesure de protection, le majeur n'a plus loisir de décider seul de tout ce qui le concerne. Au mieux l'assistance, au pire la représentation, et dans de rares cas, la possibilité d'agir seul. La suppléance de la volonté individuelle prend ici tout son sens. Le représentant légal désigné viendra contrôler l'ensemble des actes du majeur protégé ou agira à sa place. Si tant est que le curateur ou le tuteur n'a d'autre mission que d'agir dans l'intérêt de son protégé, il n'en demeure pas moins que les décisions le concernant seront du ressort du représentant légal, suivant qu'il pourra agir seul, avec l'autorisation du juge ou encore dans le cadre d'une étroite collaboration avec l'intéressé. Cependant, l'échappatoire n'est plus permise : le majeur voit sa volonté partiellement ou totalement écartée, la famille se devant de prendre le relais. En déterminant le régime de protection le plus adapté à la personne (Section 1), c'est indiquer à quel niveau de suppléance de volonté le représentant légal aura qualité pour agir. Ainsi, en fonction de l'ouverture d'une mesure de tutelle ou de curatelle, les mécanismes de protection diffèrent dans leurs effets, mais ils répondent tous d'une organisation générale réadaptée. Quant au représentant légal (section 2), le principe de préférence familiale voudra que la famille ait priorité pour suppléer la volonté du majeur. Toutefois, l'inaptitude, pour ne pas dire l'incompétence de certaines familles à prendre en compte les intérêts de son majeur montrera que le recouvrement de l'autonomie par ce dernier encourt un risque de compromission, d'ou la désignation de représentants légaux professionnels. Enfin, l'exercice de la mesure tendra à asseoir la mise à l'écart de toute volonté du majeur, bien que le principe de révision périodique des mesures de protection s'oriente vers une nouvelle prise en compte du majeur (Section 3).

Section 1 - L'instauration d'un régime de protection, ou la perte de la prééminence de la volonté individuelle.

500. Le choix de la mesure de protection se limite à deux possibilités : curatelle ou tutelle[1223]. Les mesures de curatelle (I) et de tutelle (II) présentent les signes d'une gravité bien différente. Si en cas de curatelle, le majeur voit ses droits limités par la seule assistance de son curateur, en revanche, en tutelle, l'assistance laisse place à une représentation totale de la personne. Le degré d'altération des facultés mentales déterminant le choix d'une mesure plutôt qu'une autre, la suppléance de volonté signifiera que le majeur devra se référer à son curateur systématiquement ou bien laisser le tuteur agir en ses lieu et place. Si pour autant, on cherchera toujours à préserver un minimum d'autonomie, la nécessité de la mesure liée aux difficultés de la personne protégée ne permettra pas de faire valoir une volonté amoindrie.

I) La curatelle, ou la suppléance modérée de la volonté du majeur.

501. La mesure de curatelle est une mesure d'assistance et de conseil[1224] dans laquelle la personne protégée conserve l'exercice d'une partie de ses droits sous le contrôle de son curateur. Cette assistance, conjuguée avec la part de liberté qui lui est accordée, constitue un moyen de garantir son autonomie en dépit de la restriction réelle de ses droits[1225]. C'est pourquoi, la mesure de curatelle, qui peut être simple ou renforcée, est une mesure intermédiaire entre la sauvegarde de justice et la tutelle, laissant à la personne protégée une part d'autonomie que le juge des tutelles peut accroître ou réduire[1226]. Si la suppléance de volonté tend à rendre la présence du curateur permanente, il n'en demeure pas moins que l'assistance ne signifie pas intrusion. Le majeur peut toujours prendre des décisions le concernant à titre personnel ou relatives à son patrimoine, mais l'assistance de son curateur sera le contre-pouvoir des décisions dont il conviendra de vérifier la conformité à ses intérêts. En cela, la double signature des deux parties symbolisera l'autonomie du majeur et l'intervention du curateur dans le contrôle de la volonté du protégé.

502. Là où la loi nouvelle a innové, c'est sans aucun doute dans la suppression de la curatelle pour prodigalité, intempérance ou oisiveté. Puisque la personne importe désormais plus que son patrimoine, du moins en théorie, il était pour le moins évident que cette curatelle arbitraire disparût. La loi du 5 mars 2007 n'a-t-elle pas mis en œuvre les mesures de protection sociale, type MASP ou MAJ[1227] ? Si l'on s'en tient à la sémantique, la prodigalité consiste, au sens de la loi de 1968, à dilapider ses ressources et faire dépérir son patrimoine,

---

[1223] On n'évoquera pas le cas de la sauvegarde de justice, dite autonome, puisqu'elle produit les mêmes effets de la sauvegarde de justice avec désignation d'un mandataire spécial ouverte en tant que mesure d'instruction. Il s'agit simplement d'un régime de protection particulier plutôt que d'une mesure provisoire, avec quelques variantes. V. *supra* § 441 et sui. sur la partie consacrée à la sauvegarde de justice en tant que mesure d'instruction.

[1224] L'article 440, alinéa 1er, du Code civil indique que la curatelle est *« une mesure d'assistance et de contrôle de manière continue dans les actes importants de la vie civile , lorsque la personne, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin d'une telle assistance ».*

[1225] Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *Les tutelles, accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF Editeur, 2011, 5e éd., p. 181.

[1226] *Ibid.*, pp. 187 à 189 ; A. Cermolacce, « L'organisation générale des régimes de protection : sauvegarde de justice, curatelle et tutelle », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 68 et sui.

[1227] *Cf* le chapitre consacré aux mesures sociales, § 303 et sui.

tout en compromettant l'exécution de ses obligations familiales ou à s'exposer au besoin[1228]. L'altération des facultés mentales n'était pas prise en compte et relevait d'autres dispositions[1229]. La curatelle pour prodigalité était une mesure qui devait être mise en œuvre au profit de personnes qui se mettaient en difficultés financières hors le cas d'une cause médicale[1230]. Désormais, l'amalgame ne peut plus être tel qu'il aurait été entre le médical et le social. C'est pourquoi, dans le cadre de la révision de mesures de curatelle ouvertes en raison de la prodigalité du majeur, le juge des tutelles devait prononcer la mainlevée de la mesure ou convertir cette mesure en un régime de protection adapté à la situation de la personne, si la personne présentait dans ce cas une altération médicalement constatée.

503. La curatelle simple s'ouvre au profit de personnes ayant besoin d'une assistance dans les actes les plus graves seulement. L'incapacité d'exercice des droits n'est pas totale, l'altération des facultés personnelles imposant que ces personnes aient seulement besoin d'avoir à leur côté un « accompagnant » ou un conseiller afin de contrôler l'exactitude de leurs démarches. D'ailleurs, les personnes placées sous curatelle simple sont en capacité de comprendre la portée de leurs actes et demeurent également en capacité de gérer un budget. La Cour de cassation tend à confirmer que le majeur qui doit bénéficier d'une mesure de curatelle ne sera soumis qu'à une curatelle simple s'il demeure en capacité de gérer seul son budget. Le juge des tutelles qui place le majeur sous une curatelle renforcée malgré cette capacité encourt la cassation[1231]. Toutefois, malgré le caractère simple de la curatelle, le juge doit tenir compte du trouble imprégnant la volonté du majeur, susceptible d'altérer la compréhension des actes qu'il réaliserait. Dès lors, la présence d'un assistant pour contrôler les actes passés compense le défaut de lucidité totale.

La double signature est donc requise dès lors que l'acte soumis au contrôle impose sa réalisation par les deux parties. La loi du 5 mars 2007 crée toutefois une exception à ce principe. Si le principe de la curatelle interdit au curateur d'agir seul, ce dernier peut demander au juge l'accomplissement d'un acte particulier, au nom du protégé, hors la présence de ce dernier[1232]. Le juge pourra faire exception à cette règle de collaboration à une condition unique. Pour que le curateur soit autorisé à cette fin, il faut que le majeur agisse de manière à compromettre gravement ses intérêts[1233]. La loi autorise dès lors une sorte de

---

[1228] C. civ., art. 488 anc.

[1229] C. civ., art. 508 et 512 anc.

[1230] La Commission des Lois du Sénat en a conclu que ce type de protection n'était plus adapté au regard des nouvelles mesures de protection sociale. Car un amalgame pouvait facilement être fait. Si la curatelle pour prodigalité était encore en vigueur au 1er janvier 2009, quel aurait été l'intérêt des mesures de protection sociale ? La maintenir en l'état revenait à dire que l'on pouvait placer sous protection judiciaire une personne capable et sans altération, et dont les seules difficultés relevaient au final d'un aspect purement social ou économique, mais en aucun cas d'un problème médical. La Commission des Lois n'a pas hésité. Puisque la MASP a vocation à s'appliquer aux personnes en difficultés sociales, il avait tout lieu de supprimer la curatelle pour prodigalité et recentrer la curatelle dans un cadre purement médical. La MASP, quant à elle, devait supplanter l'aspect matériel de ce type de curatelle.

[1231] Civ. 1ère, 29 février 2012, n° 10-28.822, inédit, RTD Civ., 16 juillet 2012, n° 2, p. 190, obs. J. Hauser.

[1232] C. civ., art. 469. Une requête en ce sens doit être présentée au juge des tutelles.

[1233] L'exception est prévue par l'alinéa 2 de l'article 469 du Code civil. La circulaire de le DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 (p. 22) dit ainsi à propos de cette autorisation exceptionnelle donnée au curateur d'agir seul : *« cette autorisation ne peut être qu'exceptionnelle. Si ce comportement persiste, le curateur peut saisir le juge des tutelles d'une demande d'ouverture d'une mesure de tutelle »*. On voit donc que le comportement du majeur en curatelle peut traduire la nécessité de le représenter officiellement à travers une mesure de tutelle. Mais il revient au curateur de

représentation dans la curatelle, qui doit toutefois être temporaire et utile, et seulement pour des actes bien déterminés. En cas de persistance de la situation, le juge pourra être saisi par le curateur aux fins de conversion de la mesure de curatelle en mesure de tutelle s'il est établi que l'état de santé de la personne protégée ne lui permet plus de décider même en présence de son curateur. Même en curatelle simple, l'altération des facultés mentales peut venir troubler le comportement du majeur. Sauf si son état est stabilisé par un traitement, il est des cas où l'évolution de la maladie rattrape le majeur rapidement. C'est pourquoi, la part minime de suppléance de la volonté du majeur impose une surveillance stricte de l'attitude du majeur et des demandes qu'il pourrait formuler.

La gestion des ressources est d'une relative liberté. Dans ce cadre, la liberté de la personne protégée doit se rapprocher de celle dont elle disposait avant l'ouverture de la mesure. Toute personne lucide et « capable » juridiquement peut percevoir toutes formes de revenus et les affecter comme bon lui semble. En curatelle simple, la perception des capitaux ou des revenus reste donc libre. Le curateur ne percevra pas les revenus du majeur, comme cela se produit en curatelle renforcée, mais contrôlera seulement que le majeur les perçoit sur les comptes bancaires prévus à cet effet et les affecte au paiement des charges en priorité. Par contre, la gestion des sommes placées sur des comptes rémunérés ressort de la collaboration des deux parties : pour sortir de l'argent d'un compte rémunéré, la volonté contrôlée du majeur ne suffit pas. Le curateur doit autoriser le majeur à toucher aux placements, puisque tout acte portant sur un compte rémunéré est assimilé à un acte de disposition. Le juge tranche en cas de difficultés.

La curatelle simple peut en outre faire l'objet d'aménagements et sera dite « curatelle aménagée » ; elle peut aussi être aggravée et sera dite « curatelle renforcée ». Ainsi, l'article 442 du Code civil reprend les dispositions de l'article 511 ancien du même code, qui prévoyait que le juge des tutelles pouvait étendre ou réduire la capacité de la personne protégée[1234], notamment dans la réalisation de certains actes[1235], comme les actes relatifs à la gestion du patrimoine ; par contre, en vertu de l'article 472 du Code civil, la diminution de la capacité du majeur est systématique en ce qui concerne la gestion des comptes en banque et la perception des revenus destinés au paiement des charges. L'aménagement peut se faire en conséquence à tout moment, dès l'ouverture de la mesure ou ultérieurement lorsque survient un conflit dans la gestion.

La curatelle simple permet de relativiser la suppléance de la volonté individuelle : le majeur peut toujours agir seul, mais un contrôle de ses actes s'impose à lui. Toutefois, le contrôle reste léger car l'altération reste relativement minime. Par contre, la gradation de la suppléance de la volonté individuelle prend une autre dimension dans la curatelle renforcée.

---

prouver la compromission des intérêts du majeur, le juge devant établir son contrôle sur la gravité résultat de cette compromission.

[1234] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 188 et 189 ; circ. DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 (p.23) : *« le juge peut donc imposer l'assistance du curateur pour certains actes, et en particulier, pour la gestion des comptes laissés à la disposition du majeur. Cela permet de diminuer le risque, notamment lorsque les sommes disponibles sont importantes, que la liberté de gestion laissée au majeur favorise la dilapidation de ses revenus , soit par des affectations disproportionnées mettant en péril sa capacité à subvenir à ses besoins, soit par l'immixtion de tiers malintentionnés ou incompétents parvenant à le dépouiller de ses ressources. Il convient en conséquence, en raison du nouvel article 427 [du Code civil] qui ne permet l'ouverture d'un autre compte de la personne protégée qu'avec l'autorisation du juge, dans l'intérêt de celui-ci, de prévoir systématiquement, dans le jugement prononçant l'ouverture de la curatelle renforcée, l'autorisation donnée au curateur d'ouvrir un nouveau compte, au nom du majeur protégé mais exclusivement géré par le curateur. […] ».*

[1235] L'article 471 du Code civil prévoit que le juge peut déterminer les actes que le majeur peut faire seul, ou suivant les cas, en présence de son curateur.

504. La curatelle renforcée, qui remplace la curatelle d'État[1236], est adaptée aux personnes qui se retrouvent dans l'incapacité de gérer un budget et d'accomplir seules les actes qu'elles pourraient réaliser dans le cadre de la curatelle simple. Au vu de la situation, le juge des tutelles peut la prononcer à tout moment[1237], alors que la loi ancienne circonscrivait le caractère renforcé à l'ouverture seulement. La curatelle renforcée n'est pas la tutelle, et en conséquence, le curateur reste un assistant, non un représentant[1238]. C'est pourquoi, il doit continuer à assister la personne, même si ses pouvoirs sont accrus, d'autant plus que ceux du majeur diminuent.

Ainsi, en matière de gestion des comptes bancaires et de perception des revenus de la personne protégée, le curateur est soumis à l'obligation d'ouvrir un compte au nom du majeur ou de transformer un compte déjà existant. Mais à la différence de la curatelle simple, le curateur percevra seul les revenus et capitaux de la personne protégée. Le juge devra tout de même autoriser l'ouverture de ce compte[1239] si le majeur ne dispose pas de compte en banque[1240]. Cette disposition fera l'objet d'une motivation spéciale dans le dispositif du jugement[1241]. La perception directe des revenus par le curateur oblige ce dernier à payer les tiers et régler toutes les dépenses comme l'aurait fait la personne protégée si elle était en capacité de le faire. Une fois toutes les dépenses acquittées, s'il reste un excédent, le curateur doit le remettre à la personne protégée. Il peut lui remettre l'excédent en main propre[1242], comme il peut aussi placer l'argent sur un compte spécialement ouvert à cet effet. Afin que le majeur puisse jouir d'une autonomie plus grande, l'accès à ce compte est possible par l'utilisation d'une carte de retrait plafonnée[1243]. En disposant d'un moyen d'accès à ce compte, le majeur doit apprendre à gérer un budget protégé. Il fera ainsi jouer son autonomie relative et pourra prendre des décisions quant à l'utilisation des fonds disponibles. Mais l'obligation visée par l'article 512 ancien du Code civil ne demeure plus : le curateur n'a plus à déposer cet excédent chez un dépositaire agréé.

La Commission des Lois du Sénat a longuement examiné les notions d'excédent et de dépenses. Le sénateur Henri de Richemont a indiqué que *« la mesure de curatelle renforcée est une mesure lourde. Le majeur n'a plus accès directement à ses revenus. Le curateur gère, paye les factures, place les économies, devient l'interlocuteur de la banque et des divers créanciers […] »*[1244]. La notion de dépenses que vise le législateur peut impliquer la constitution d'économies, donc d'un provisionnement de dépenses courantes. Ces économies réalisées ont une affectation bien précise : elles servent à l'entretien de la personne protégée, ou au paiement de ses charges, mais ne doivent en aucun cas constituer une économie aux fins

---

[1236] Ce qu'on appelait autrefois, dans les tribunaux, la fameuse « 512 ».

[1237] Comme le prévoit l'article 472 du Code civil

[1238] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 184.

[1239] C. civ., art. 427 ; v. *supra* n. n° 1234. Le compte bancaire doit porter la mention *« compte placé sous la curatelle de M./Mme… curateur de… »* dans un souci de transparence.

[1240] Ce qui peut arriver en pratique, notamment lorsque de jeunes majeurs sont placés sous protection et qu'ils doivent toucher l'allocation adulte handicapée (AAH) à partir de leurs vingt ans.

[1241] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 187 à 189.

[1242] Et pour conclure sur cet aspect, comme dit précédemment, ladite circulaire, p. 23, rajoute : *« l'excédent, qui doit être remis à la disposition de la personne protégée, peut dès lors, être considérée comme la somme restant après que toutes ces dépenses nécessaires à ses besoins ont été provisionnées. Ce provisionnement des dépenses ne peut nuire au train de vie de la personne protégée, ni permettre que le curateur constitue une épargne au nom du majeur, dans le but autre que celui de participer à son bien-être présent et à venir. Comme la tutelle, la curatelle ne peut viser la préservation des intérêts successoraux ».*

[1243] Les cartes de crédit et les formules de chèques lui sont retirées et remises au curateur. Les chèques doivent porter mention de la mesure de protection.

[1244] Rapp. de la Commission des Lois du Sénat, n° 212, p. 180, 7 février 2007.

d'épargne. Il s'agit de constituer une économie pour assurer les dépenses courantes, voire même les imprévus. Mais le législateur ne voit pas dans ces économies réalisées le moyen de développer une épargne. En effet, une fois toutes les dépenses acquittées, le majeur protégé doit recueillir l'excédent, sur un compte ou en mains propres. Si cet excédent lui est remis, c'est pour qu'il en dispose librement, puisque les charges incompressibles auront été acquittées, limitant ainsi la création de dettes. Le curateur ne peut pas décider d'affecter cet excédent sur un compte rémunéré de sa propre initiative. Sauf demande expresse du protégé, la constitution d'une économie aux fins d'épargne n'est pas le but recherché par le législateur.

En agissant de la sorte, le curateur sortirait de son rôle d'assistance et se poserait en protecteur des intérêts successoraux des héritiers du majeur[1245]. C'est pourquoi, la constitution de l'épargne doit rester soumise à la volonté de la personne protégée. Cette disposition donne alors un grand pouvoir de décision au majeur, créant même une apparence de prééminence de sa volonté. Toutefois, si l'épargne peut sembler un objectif rassurant pour un protégé, il ne sera pas la priorité pour tant d'autres[1246]. La mesure doit rester un système participant du bien être de la personne, et non un système de préservation des intérêts successoraux, sauf si le majeur souhaite le contraire. Si le majeur souhaite constituer une épargne, il doit trouver un accord avec son curateur. Pour effectuer des placements, il n'y a nullement besoin de l'autorisation du juge des tutelles, sauf en ce qui concerne l'ouverture d'un compte rémunéré (et sa clôture si besoin). Les placements et les montants placés restent dans le giron du curateur et du protégé.

505. Au même titre que la curatelle simple, le juge des tutelles peut accroître les pouvoirs du curateur. Ainsi, ce dernier pourra encadrer la libre disposition des fonds du majeur par sa présence accrue et permettra un contrôle plus important, tout en évitant toute forme de dilapidation du patrimoine ou l'immixtion intempestive de tiers intéressés. Le curateur peut disposer également d'un pouvoir de représentation dans la conclusion d'un bail. Le curateur doit avoir l'autorisation du juge des tutelles mais doit aussi laisser la personne protégée choisir le logement qu'elle souhaite avoir. Le curateur, en effet, ne peut décider pour le majeur dans ce cas. Enfin, dans la mesure où le curateur doit s'occuper de la gestion budgétaire, il a l'obligation de rendre des comptes annuellement au greffier en chef de la juridiction qui a prononcé la mesure, sauf si le juge prononce la dispense de compte-rendu de gestion au regard de la modicité des sommes gérées par le curateur[1247].

506. Au demeurant, la mesure de curatelle simple ou renforcée doit être ouverte dans un souci de préservation du pouvoir de décision du majeur et de son autonomie. Mais l'aggravation de l'état de santé du majeur peut l'amener à modifier le régime de protection en tutelle. Progressivement, sa volonté individuelle devient fortement suppléée, au point tel que le pouvoir de décision est infime. Le retour à l'autonomie demeure dans l'idée de la tutelle, mais le cadre sera très astreignant. On peut même se demander si un retour à l'autonomie est réellement envisageable. La suppléance de volonté tend donc à prendre toute la place de la scène.

[1245] Tel que le dit la circ. DACS préc., n. n° 1233.

[1246] Combien se plaignent, en effet, au greffe ou au juge, de ne pas disposer de leurs fonds pour acheter tout et n'importe quoi…

[1247] C. civ., art. 510 à 514. La reddition des comptes n'est pas prévue dans le cadre de la curatelle simple. Dans tous les cas de reddition de compte, une dispense peut être accordée au vu de la modicité des revenus de la personne, mais cette dispense est laissée à l'appréciation souveraine du juge des tutelles et n'est jamais accordée de droit dans le cas où le majeur bénéficie de la seule AAH : *cf* Civ. 1ère, 7 octobre 2015, n° 14-23.955, publication à paraître, *D.* 2015.2072, RTD Civ., 2015.854, obs. J. Hauser, AJ fam., 20 janvier 2016, n° 1, p. 58, obs. Th. Verheyde.

II) La tutelle, ou l'holisme de la suppléance de la volonté du majeur.

507. L'instauration de la tutelle a ainsi cette conséquence : la suppléance de la volonté individuelle est totale. Même si le retour à l'autonomie doit rester le credo de la mesure de protection, il n'en demeure pas moins que la représentation obligatoire qu'instaure la tutelle prend une place prééminente en lieu et place de l'autonomie du majeur.

508. La mesure de tutelle est une mesure de représentation continue de la personne[1248]. Elle constitue la mesure la plus *« incapacitante »*[1249], venant priver la personne de sa capacité juridique[1250]. Elle reste réservée aux personnes qui présentent une altération grave des facultés mentales ou une incapacité physique empêchant l'expression de la volonté pour le moins sévère. La situation de la personne doit rendre toute gestion impossible, au même titre que la réalisation de tout acte, dans la mesure où la portée des engagements ne sera pas appréhendée.

La mesure de tutelle démontre l'existence d'un trouble grave entravant toute compréhension de la réalité. Se pose, notamment, la difficulté liée à l'âge de la personne. Si la personne est jeune et qu'elle présente médicalement tous les aspects d'une altération des facultés mentales, le juge des tutelles ordonnera l'ouverture de la mesure : la condition de l'âge ne rentrera pas en considération si l'altération des facultés mentales est très grave et si aucune amélioration n'est envisageable selon les données acquises de la science. Le problème est lié à l'âge d'une personne grabataire. Dès lors, la mesure de tutelle peut-elle être prononcée au regard de l'âge exclusivement ? Pour la Cour de cassation, l'âge ne peut déterminer à lui seul l'ouverture de la tutelle[1251]. Certes, un âge avancé constitue un facteur de dégradation des facultés mentales, mais il ne signifie en rien que la personne est atteinte d'une altération desdites facultés. C'est donc un problème d'interprétation qui peut exister entre altération des facultés mentales et facultés mentales en baisse. La première traduit la perte de lucidité de la personne, la seconde peut s'apparenter à des pertes de mémoire ou de l'attention, sans que la personne ne soit troublée dans sa lucidité et son discernement. Une perte de mémoire ne peut en aucun cas signifier la perte de rapport à la réalité. La personne peut oublier certaines choses qu'elle a connues mais rester lucide et consciente de ses actes et de leur portée. C'est pourquoi, la Cour de cassation impose que l'altération des facultés mentales, causée par l'âge de la personne, soit constatée médicalement, avec la précision selon laquelle la représentation continue s'avère nécessaire, et que l'âge constitue la cause ayant entraîné l'altération des facultés mentales[1252].

509. La loi du 5 mars 2007, à l'opposé de la sauvegarde de justice ou de la curatelle, a peu apporté de changement sur le fonctionnement de la tutelle. En effet, le régime de tutelle mis en place par la loi du 3 janvier 1968 permettait un exercice efficace, puisque directement lié à l'état de la personne ; rien ne justifiait alors la transformation profonde du régime.

Cependant, la loi nouvelle a amélioré son fonctionnement. Afin que la mesure soit particulièrement adaptée à l'évolution médicale, la loi prévoit que le juge des tutelles puisse aménager la mesure à tout moment, nonobstant l'avis du médecin traitant qui n'est plus

---

[1248] C. civ., art. 440, al. 3.

[1249] V. *supra* n. n° 1226, A. Cermolacce, art. préc.

[1250] M.-H. Isern-Réal, « La loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique du majeur », Gaz. Pal., mars-avril 2009, pp. 1014 et sui.

[1251] Civ. 1ère, 12 mai 1981, n° 79-16.903, Bull. Civ. I, n° 160.

[1252] Ce qui est le cas avec la maladie d'Alzheimer.

obligatoire[1253]. Cet aménagement de la tutelle quant aux actes que peut accomplir la personne protégée traduit la volonté du législateur de laisser à cette dernière un minimum d'autonomie, malgré l'absence de volonté individuelle. En outre, autoriser la personne protégée à exercer certains droits seule revient à la considérer autrement, puisqu'elle pourra exprimer un avis sur ce qu'elle souhaite accomplir. En apparence anodin, redonner ce minimum d'autonomie et garantir le respect de la personne et de sa dignité peut inciter le majeur à s'intéresser à ses affaires et l'inciter à vouloir recouvrir l'exercice plénier de ses droits, si tant est que son état de santé physique ou psychique puisse justifier une atténuation de la suppléance de sa volonté. Mais la réalité reste toutefois loin de la volonté du législateur. Si le juge des tutelles prononce une mesure de tutelle, il ne le fait pas par hasard.

510. La loi a également amélioré un aspect relevant du droit des successions. Dans un premier temps, en matière de donations, le tutélaire, sur autorisation du juge des tutelles, peut faire don de biens meubles à la personne de son choix. La loi supprime la seule donation aux descendants, au conjoint ou à la fratrie. Ces donations ne sont plus restreintes à des avances sur héritage. Désormais, la personne protégée peut donner à ses ascendants ou d'autres membres de la famille, sauf interdiction du juge des tutelles[1254]. Le juge doit vérifier si l'état de la personne protégée admet la réalisation de l'acte de donation. Il pourra alors désigner un médecin inscrit afin de faire constater que la volonté du majeur est suffisamment consciente ou qu'il existe un vice du consentement pour rejeter une telle demande. Le juge pourra dans tous les cas autoriser ou non la donation, avec ou sans l'assistance du tuteur. Enfin, en matière de testament, la loi du 3 janvier 1968 a vu supprimer la disposition selon laquelle les testaments rédigés ultérieurement à l'ouverture de la tutelle encouraient la nullité absolue. La loi du 5 mars 2007 autorise dès lors le tutélaire à établir son testament, de manière libre et quand bien même la mesure serait prononcée. Deux conditions s'imposent : le juge doit autoriser la rédaction du testament par le majeur seul, le tuteur n'étant en rien autorisé à l'assister dans la rédaction[1255]. Quant à la révocation du testament, elle est un acte personnel. Seul le tutélaire peut révoquer le testament qu'il a rédigé. Si sa rédaction reste soumise à l'autorisation du juge, en revanche, sa révocation ne rentre pas dans le champ d'autorisation du juge. Le tutélaire peut révoquer son testament sans aucune autorisation ni assistance. Une part de la prééminence de la volonté subsiste ainsi à tout ce qui touche les décisions à caractère personnel, même si elles impactent le patrimoine.

511. Si la mesure de tutelle ne permet plus au majeur de décider seul, bien qu'il le soit admis en certains domaines, il n'en demeure pas moins que la mesure de représentation ne favorise pas naturellement le retour à l'autonomie du majeur. Sa volonté étant écartée, le tuteur reste celui qui devra penser à la place du majeur mais dans son seul intérêt. Rares sont les majeurs en tutelle qui peuvent réellement exprimer un avis sur la mesure ouverte et vouloir que tel acte soit réalisé dans leur intérêt. Le tuteur familial doit toutefois s'intéresser à la personne du majeur pour agir en ses lieu et place. Dans certains cas, les relations familiales peuvent jouer négativement sur la relation entre les deux parties, d'autant que le tuteur, s'il est

[1253] L'article 473, alinéa 2, du Code civil dispose en effet que *« le juge peut déterminer, au moment de l'ouverture du régime de protection ou ultérieurement à l'ouverture, les actes que le majeur protégé pourra accomplir seul ou selon l'assistance du tuteur »*.

[1254] Une exception demeure, celle visée à l'article 909 du Code civil : le mandataire judiciaire à la protection des majeurs, professionnel désigné par le juge, ne peut pas avoir la qualité de donataire. En effet, il pourrait être soupçonné de tirer partie de sa fonction pour obtenir une forme de rétribution.

[1255] Le raisonnement est logique dans la mesure où un tuteur « intéressé » pourrait orienter la rédaction du testament dans le sens des intérêts de certaines personnes, à l'exclusion d'autres. Le testament ne peut rendre légataire un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, pour les mêmes raisons que celles de la donation. Le juge doit auditionner le tuteur et le tutélaire au préalable et statuer par ordonannce.

seul désigné, sera le seul à agir, hors intervention du juge des tutelles. Une seule personne pour s'occuper du majeur peut paraître difficile suivant que l'on soit en présence d'un majeur disposant d'un patrimoine important et nécessitant une gestion drastique. C'est pourquoi, l'idée selon laquelle on pourrait instaurer un conseil de famille permettrait une toute autre considération du majeur. Dans ce cas, la suppléance de volonté est remplacée par une prise en charge collective et non plus individuelle. La protection des majeurs réaffirmerait le rôle de la famille afin de pallier au défaut de volonté du majeur, un rôle qui démontrerait tout l'attachement que peut avoir la famille pour son majeur.

512. Malheureusement, la tutelle avec conseil de famille, sous la loi du 5 mars 2007, n'est plus amenée à devenir une référence, tant et si bien que son rôle s'amoindrit[1256]. En effet, la tutelle avec conseil de famille constituait une règle de principe sous l'égide de la loi de 1968[1257]. La loi du 5 mars 2007 a renversé ce principe pour en faire une exception. En effet, au fil du temps, la tutelle avec conseil de famille devenait de plus en plus disparate alors que la lourdeur du système ne lui permettait pas de fonctionner de manière optimale. C'est pourquoi, l'instauration du conseil de famille répond de deux conditions cumulatives pour limiter les risques d'échec de la mesure[1258].

Le juge des tutelles dispose du pouvoir de participer au conseil de famille. Son rôle est d'orienter les membres du conseil dans les décisions qu'ils doivent prendre. Il peut aussi être amené à gérer toutes les situations conflictuelles pour ne pas perturber le bon fonctionnement du conseil. Le procureur de la République peut même intervenir pour annuler une délibération du conseil[1259].

Les dispositions légales et réglementaires qui ressortissent au conseil de famille demeurent constantes et modernisées. La loi du 5 mars 2007 a repris les grandes règles[1260] d'organisation du conseil déjà instaurées par la loi du 3 janvier 1968.

[1256] A.-M. Leroyer, « Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », RTD Civ., 15 juin 2007, n° 2, pp. 394 et sui. En même temps que la tutelle avec conseil de famille tend à s'évanouir, le principe de l'administration légale est écarté définitivement, ce dernier étant lié au fonctionnement du conseil de famille seulement, les professionnels de la tutelle étant par ailleurs exclus du régime de l'administration légale. V. en ce sens : Civ. 1ère, 1er décembre 2010, n° 09-16.764, inédit, « Ancienne tutelle et droit nouveau », RTD Civ., 15 avril 2011, n° 1, p. 104, obs. J. Hauser.

[1257] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 173. Le juge des tutelles pouvait subordonner la mesure de tutelle à la mise en place d'un conseil de famille, et ce de manière systématique, puisque la structure du conseil de famille était le principe de l'organisation de la tutelle.

[1258] C. civ., art. 456. La première condition consiste dans l'importance du patrimoine. Le conseil de famille ne pourra s'établir que si la consistance du patrimoine de la personne justifie sa mise en place. Cette consistance n'est pas réellement définie par la jurisprudence ni par la loi, mais elle peut sans doute s'apprécier par rapport au train de vie de la personne et de ses ressources. Quoi qu'il en soit, la modicité du patrimoine n'autorisera pas l'instauration du conseil de famille. La seconde condition repose sur deux aspects. Un nombre suffisant de personnes de la famille doit composer le conseil de famille.

[1259] C. Sévely-Fournier, « Fiche pratique : le rôle du Parquet dans les mesures de protection juridique », *in* Dossier Réforme des tutelles, les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 70 ; du même auteur, « Quel rôle pour le Parquet dans la protection juridique des majeurs ? », Rec. D., 30 avril 2009, n° 18, pp. 1221 et sui.

[1260] Ces dispositions se trouvent réparties dans le Code de procédure civile aux articles 1234 et 1235, ainsi que dans le Code civil, aux articles 397 à 405, 456 et 457. La loi nouvelle a repris en outre les dispositions du conseil de famille des mineurs en les adaptant au conseil de famille des majeurs. Si ces dispositions ont été maintenues, une actualisation de ces dernières a été opérée par la loi du 5 mars 2007. Puisque le conseil de famille constitue une sorte d'assemblée délibérative, la loi nouvelle a voulu renforcer la prise de décisions et le jeu du contradictoire pour décider de l'opportunité de tel

Un minimum de quatre personnes, sans limite du nombre de personnes au-delà de ce nombre, est obligatoire. Si la loi du 3 janvier 1968 limitait ce nombre à six en excluant le tuteur et le subrogé tuteur, la loi nouvelle ne fixe pas de *chorum* maximum, et autorise le tuteur et le subrogé tuteur à faire partie du conseil. Le choix des membres repose essentiellement sur les personnes qui peuvent être désignées en qualité de tuteur[1261]. Les personnes candidates à siéger au conseil de famille doivent présenter un intérêt particulier pour le majeur et vouloir décider pour lui. Un véritable intérêt pour la personne du majeur doit exister, à défaut, une relation artificielle ferait péricliter le conseil. Malheureusement, la représentation ne garantit en rien, suivant les familles, la protection effective de la personne, malgré l'intérêt que porte le représentant à l'égard de la personne protégée. La sanction à cette règle serait la suppression de la charge tutélaire de la personne fautive[1262].

Le conseil de famille peut fonctionner sans le juge des tutelles[1263], mais la tenue du conseil hors la présence du juge[1264] n'est pas une situation définitive. La tenue de ce conseil est temporaire et particulière, le conseil fonctionnant dans les mêmes conditions que le conseil avec présence du juge. La différence entre les deux conseils porte sur la qualité du tuteur ou du subrogé tuteur. Il ne peut s'agir en aucun cas d'un membre de la famille : le tuteur ou encore le subrogé tuteur sera nécessairement un MJPM. Le juge peut désigner comme membres du conseil les personnes constituant les proches et les parents de la personne protégée[1265]. Dans la mesure où le juge doit désigner des personnes qui manifestent des sentiments pour cette personne ou qui ont des intérêts à son égard, le choix de la personne relève d'un domaine plus étendu. Ainsi peuvent être considérés, comme faisant partie de l'entourage, les professionnels de la représentation qui ont déjà été désignés dans le cadre d'une mesure et qui exercent leurs prérogatives de tuteur lors de l'instauration du conseil de famille. La condition qui ressortit à la désignation d'un MJPM[1266] pour composer le conseil de famille sans juge est que cette personne ait noué des liens avec la personne protégée et les membres de la famille. Les liens, bien qu'informels, doivent être réels et avoir une vraie teneur sentimentale. Le juge des tutelles apprécie en tout cas l'instauration du conseil hors sa présence selon ces motifs : absence de conflits au sein de la famille, capacité des membres désignés à exercer leurs fonctions, capacité de dialogue et de communication, ainsi que présence d'un MJPM, sorte de garant de la bonne tenue du conseil. Si l'intérêt pour le majeur est réel, le risque d'échec de la mesure est fortement réduit.

---

acte à réaliser dans l'intérêt du majeur protégé. Ainsi, il est donné au conseil de famille le pouvoir de se prononcer sur un changement éventuel de tuteur ou de subrogé-tuteur, lorsque le choix initial de l'un d'eux ne serait pas opportun en pratique. Ce pouvoir peut être exercé au même titre que celui du juge des tutelles. Il peut ainsi empêcher un tuteur d'exercer la mesure, le retirer de cet exercice ou le remplacer. Si le conseil statue sur le retrait d'une charge tutélaire, le tuteur doit avoir été entendu au préalable. Le retrait d'un membre du conseil se fera dans les mêmes conditions.

[1261] C. civ., art. 448 et 449 ; v. *supra* n. n° 1225,Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 351 ; Fl. Fresnel, « Le rôle de la famille dans le cadre de la nouvelle loi sur la protection des majeurs », *in* Dossier, La réforme des tutelles, les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 16.

[1262] CPC, art. 1234-2.

[1263] C. civ., art. 457 ; v. *supra* n. n° 1250, M.-H. Isern-Réal, art. préc. Pour rappel, le conseil de famille avec juge des tutelles n'est qu'une exception.

[1264] Il faut préciser que le juge des tutelles n'a pas à être présent dans le conseil de famille si le tuteur est un MJPM. Si le tuteur est un membre de la famille, le conseil de famille doit se tenir obligatoirement en présence du juge des tutelles.

[1265] Selon les articles 399, alinéa 3, et 456, alinéa 2, du Code civil.

[1266] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 174.

Le rôle du conseil de famille, qu'il soit avec ou sans juge, est de désigner le tuteur ou les co-tuteurs, ainsi que les subrogés, si nécessaire, ou encore le tuteur *ad hoc*[1267]. Son rôle est multiple, tant dans le domaine patrimonial qu'extrapatrimonial.

Ainsi, le conseil de famille peut autoriser le mariage de la personne protégée[1268] ou la conclusion d'un PACS[1269], il statue sur les litiges relatifs à la résidence habituelle du majeur[1270] ou autorise le tuteur à prendre une décision pour des actes portant une atteinte grave à l'intégrité corporelle du majeur[1271]. Sur le plan patrimonial, le tuteur, en lieu et place du conseil de famille, établit le budget prévisionnel[1272] ; le conseil de famille l'autorise alors à procéder à l'emploi ou au remploi des capitaux, selon une somme qu'il détermine[1273] ; il peut obliger le tuteur à ouvrir un compte indisponible auprès de la Caisse des dépôts et consignation afin de sécuriser la gestion des fonds du majeur[1274], l'autoriser à ouvrir un compte ou en modifier le fonctionnement[1275]. Quant aux actes de disposition, le conseil autorise le tuteur à les accomplir selon ce que la loi autorise ou non[1276]. Ces missions ne doivent pas porter atteinte au fonctionnement du conseil et obéissent à des règles de procédures très strictes[1277].

[1267] C. civ., art. 456, al. 3.

[1268] C. civ., art. 460, al. 1er.

[1269] C. civ., art. 462, al. 1er

[1270] C. civ., art. 459, al. 3.

[1271] C. civ., art. 459, al. 4.

[1272] C. civ., art. 500 nouv. issu de la L. n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JORF n° 0040 du 17 février 2015, p. 2961, texte n° 1, not. art. 1, II, 7, a. En cas de difficulté, le conseil de famille ou le juge des tutelles décideront du budget.

[1273] C. civ., art. 501, al. 1er et 2.

[1274] C. civ., art. 501, al. 3 et 4.

[1275] C. civ., art. 427, al. 2.

[1276] C. civ., art. 505 à 508.

[1277] Lorsque le conseil a pris une décision, le juge autorise les membres à se retirer pour délibérer. Le juge doit se tenir à l'écart des délibérations, mais il décide pour quels motifs le conseil peut délibérer. Si le conseil n'approuve pas la décision du juge de ne pas autoriser la délibération, tout recours intenté constituerait une fin de non-recevoir. Lorsque le conseil se tient sans la présence du juge, le conseil désigne, à l'exclusion du tuteur et du subrogé-tuteur, et donc à l'exclusion du MJPM dans ce cas de figure, un président et un secrétaire. Le président détermine un ordre du jour et le transmet obligatoirement au juge. Aucun délai ni aucune forme n'est prescrit pour assurer cette transmission, mais la pratique veut que cette transmission s'effectue huit jours avant la tenue du conseil. La circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 précise que *« il paraît prudent d'inviter le président désigné à transmettre cet ordre du jour dans les huit jours qui précèdent la réunion, et ce, par lettre recommandée ou remise au greffe »*. Le président dispose des mêmes pouvoirs que le juge des tutelles en ce qui concerne la convocation des membres, la réunion et la délibération. Il choisit en outre le lieu où se tiendra le conseil ainsi que la date. Il détermine l'ordre du jour, lequel peut contenir des suggestions de la part des membres du conseil et de la personne protégée elle-même. Le secrétaire adresse les convocations. Toutefois, le juge restant maître de la situation, il peut à tout moment convoquer une réunion du conseil de famille sous sa présidence. Enfin, lorsque la délibération a eu lieu, les membres du conseil doivent signer le procès-verbal de délibération. Le président le remet ensuite au greffe. Il est possible qu'un membre s'oppose à la délibération. Pour cela, il dispose d'un délai de quinze jours suivant la transmission de la délibération pour adresser son opposition par requête au juge des tutelles. Le juge statuera sur la requête en opposition d'un membre du conseil ; le juge peut aussi statuer sur l'opposition qu'il aura lui-même formée. Dans tous les cas, il statuera par ordonnance. Sa décision, à l'exception de tous les jugements ou ordonnances autres que celles relatives aux oppositions à délibération, n'est pas susceptible de recours. L'ordonnance tient lieu de convocation des membres à un nouveau conseil de famille, dans le délai d'un mois. Ce conseil sera

513. La tutelle, sous la forme d'un conseil de famille, tient lieu de véritable creuset de retour à l'autonomie de la personne protégée, car elle peut participer au conseil, faire valoir ses observations et recevoir conseil et assistance. Certes, il s'agit d'une tutelle avant toute chose, qui suggère une restriction maximale des droits de la personne, mais le but de faire parvenir le majeur à participer aux décisions qui le concernent doit permette une limitation de la suppléance de sa volonté et favoriser un retour progressif vers l'autonomie. Car en faisant apparaître dans l'ordre du jour les suggestions de la personne protégée, c'est bien l'évidence que le majeur est amené à, non pas, prendre des décisions le concernant, mais faire des propositions le concernant et les appliquer à sa personne si elles sont réalisables. Ainsi, on navigue entre suppléance de toute volonté et retour à un semblant d'autonomie. Mais la pratique ne favorise pas la tenue de conseils de familles : organisation difficile, manque de disponibilité des candidats, conflits, majeur ne pouvant utilement exprimer son avis, lourdeur du système, accords unanimes peu probables, le conseil de famille n'est donc pas amené à se développer sous le coup de la loi de 2007. Le retour à l'autonomie passera par un représentant unique, voire double, sans pour autant écarter toute suppléance de volonté.

Section 2 - La désignation du représentant légal.

514. Le droit antérieur[1278] faisait de la tutelle une mesure dative : le conseil de famille désignait un membre de la famille qui exercerait la mesure[1279]. Mais la pratique prenait peur de l'exercice de la mesure par certaines familles. C'est pourquoi, le juge des tutelles pouvait désigner une personne en qualité d'administrateur légal sous contrôle judiciaire afin de contrôler l'activité de tuteur. Si tel n'était pas le cas, le juge pouvait également désigner un gérant privé ou un préposé (anciennement gérant de tutelle) rattaché à un établissement hospitalier, suivant la consistance du patrimoine de la personne. En dernier recours, s'il ne pouvait désigner aucun membre de la famille, le juge déclarait la tutelle vacante et prononçait une tutelle d'État[1280]. Quant à la curatelle, le juge pouvait prononcer une curatelle d'État, au même titre que la tutelle d'État, s'il décidait de ne pas appliquer la règle de principe qui consistait à désigner le conjoint comme curateur.

De ces mesures en gérance ou soumises au joug de l'État, la Cour de cassation s'est empressée de donner à la mesure de protection un caractère familial. Elle a estimé[1281] que la tutelle d'État ne pouvait être mise en œuvre que si la vacance de la tutelle était établie, c'est-à-dire si aucune personne de l'entourage familial ne pouvait assumer la charge de la mesure. Dans un autre domaine[1282], elle considère que la tutelle familiale doit être préférée, dans la

---

présidé par le juge des tutelles afin qu'il soit délibéré de nouveau sur l'objet de la délibération contestée.

[1278] J. Massip, « Le choix du tuteur ou du curateur d'un majeur protégé », Gaz. Pal., 27 août 2009, pp. 2495 et sui. Pour une étude non exhaustive des divers intervenants à l'exercice de la mesure et dans le choix de la représentation sous l'égide de la loi du 3 janvier 1968, v. en ce sens : J. Klein et Fl. Géminiani, « Tutelle et incapacité : le choix des modes de représentation », LPA, 11 mai 2006, n°94, pp. 22 et sui.

[1279] À la condition que le majeur n'ait aucun conjoint. La tutelle par ascendant ou la tutelle testamentaire n'étaient pas d'actualité.

[1280] L'exercice de la mesure revenant à une personne physique ou morale inscrite sur une liste établie par le procureur de la République.

[1281] Civ. 1ère, 17 janvier 1990, n° 88-12.031, Bull. Civ. I, n° 17, p. 13, Defrénois, 15 juin 1990, n° 11, p. 694, n. Massip, à rapprocher de Civ. 1ère, 20 novembre 1985, n° 84-13.094, Bull. Civ. I, n°316, p. 280.

[1282] Civ. 1ère, 17 mars 1992, n° 90-10.892, Bull. Civ. I, n° 88, p. 59, Defrénois 1992, art. n°35335, n°97, obs. J. Massip ; *D.* 1993, p. 17, n. J. Massip.

mesure du possible, à la tutelle en gérance. La solution s'est appliquée par la suite à la curatelle, ce que confirme la Cour de cassation dans un arrêt du 6 octobre 1998[1283] dans lequel elle infirme totalement les juges du fond qui évinçaient le fils de la personne protégée pour lui préférer une tierce personne. La Cour de cassation s'est prononcée ainsi car les juges du fond n'ont pas recherché si cette éviction était commandée par l'intérêt de la personne protégée. La loi du 5 mars 2007 a donc adapté les principes de désignation des tuteurs et curateurs[1284]. La désignation des tuteurs et curateurs au sein de la parenté constitue alors l'essence même de l'attribution des pouvoirs à un représentant légal, mais on verra que si la famille ne peut assumer la charge de la mesure, elle se fera substituer par un MJPM[1285]. Les risques de conflits familiaux ou le risque de mise en échec de la mesure par des représentants légaux familiaux inaptes ou peu scrupuleux justifient le recours aux mandataires professionnels. Ils permettent de garantir plus efficacement la suppléance de la volonté des majeurs, ce qui laisse un doute sur le véritable rôle de la famille.

515. Ainsi, la famille doit être le socle de la protection des majeurs : à travers les relations que les membres de la famille entretiennent avec le majeur protégé, ils sauront alors utilement suppléer sa volonté. Connaissant ses habitudes, ses envies et ses soucis, la famille pourra alors prendre le relais et assurer le devenir du majeur, tout en concourant à un retour progressif à l'autonomie (I). Sauf que la vitrine idyllique qui consiste à faire croire que la famille saura utilement remplacer le majeur n'est en réalité qu'un mirage. La famille peut s'avérer être néfaste au majeur, au point que la désignation d'un tuteur familial ne pourrait que poursuivre la descente aux Enfers du majeur. Les MJPM doivent en conséquence pallier à la défaillance de la famille, tout en suppléant la volonté du majeur. La désignation de ces professionnels démontre malheureusement que dans bien des cas, la famille constitue un milieu nocif pour la personne protégée, ayant pu même contribuer à sa dégradation physique ou mentale (II). Mais parce que la famille doit pouvoir jouer un rôle utile lorsque le climat s'y prête, le juge des tutelles pourra organiser une mesure de protection en fonction des intérêts du majeur et de sa personne : les différentes configurations de représentants légaux permettent en conséquence de tenir compte de la demande du majeur et de l'intérêt de la famille pour organiser la protection judiciaire personnelle et patrimoniale (III).

I) La suppléance de la volonté par la famille, ou la confiance en la famille.

516. Priorité à la famille[1286] ! Tel est le raisonnement de la loi du 5 mars 2007. Si la loi du 3 janvier 1968 en avait fait son credo, la loi nouvelle confirme amplement cette mission

[1283] Civ. 1ère, 6 octobre 1998, n° 95-22.121, Bull. Civ. I, n° 270 ; Rec. D., 15 juillet 1999, n°27, p. 402, n. J. Massip.

[1284] C. civ., art. 448 et 449.

[1285] Dans les conditions prévues par l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles, et par les articles 450 et 451 du Code civil.

[1286] F. Arbellot, *Droit des tutelles*, Praxis Dalloz, 2è éd. 2007, notamment n° 89-00 ; L. Pécaut-Rivolier, *Protéger un majeur vulnérable*, Delmas express, 2010, notamment chap. 6 et 7 ; A. Batteur, A. Caron-Deglise, M.-C. Dalle, T. Fossier, L. Pécaut-Rivolier, T. Verheyde, *Curatelle, tutelle accompagnements*, Litec, 2009, p. 320 et sui. ; J. Massip, *Les majeurs protégés*, éd. Defrénois, n°235. V. également l'arrêt de principe sur la préférence familiale : Civ. 1ère, 2 mai 1990, n° 88-16.664, Bull. Civ. I, n° 94, p. 70 ; *D.* 1990. 493, n. J. Massip, et ses suites Civ. 1ère, 17 mars 1992, n°90-10.892 préc. *supra* n. n° 1282, et Civ. 1ère, 31 mars 1992, n° 90-14.626, Bull. Civ. I, n° 99 ; Defrénois 1992, art. n°35335, n° 97, obs. J. Massip ; *D.* 1993, p. 17, n. J. Massip ; Civ. 1ère, 14 janvier 1997, n° 95-10.538, inédit, Rec. D., 27 novembre 1997, n° 41, p. 549, n. J. Massip ; Th. Fossier, « L'objectif de la réforme des incapacités : protéger sans jamais diminuer », Defrénois, 15 janvier

familiale[1287]. Car le leitmotiv de l'exercice de la mesure doit se fonder sur des liens d'affection et de confiance. Et en conséquence, sur qui d'autre compter pour exercer une telle mission en dehors de la famille ? Qui d'autre que la famille peut suppléer la volonté du majeur ? Cette vision enchanteresque ne doit pas être prise pour le simple stéréotype qu'elle représente. À moins d'affirmer que la loi nouvelle est aveuglée par de bons sentiments, il y a une limite à ne pas franchir, même si on doit s'en tenir à ceux du majeur[1288]. Pour autant, puisque la personne protégée est désormais au centre de la protection qui est mise en place, il est nécessaire de confier à des personnes qui connaissent bien le majeur la charge de l'exercice de la mesure. Ainsi, si la personne protégée n'a ni lien matrimonial[1289] ni aucune autre union, ou bien demeure séparée de corps de son conjoint, la charge de la mesure reviendra aux membres de la famille[1290]. Pour autant, la loi nouvelle donne au majeur protégé la primauté du choix de la personne qui exercera la mesure[1291].

517. La loi du 5 mars 2007 a tout simplement repris le principe qui se dégage de la tutelle des mineurs, pour permettre à un majeur de désigner à l'avance la personne qui le représentera[1292]. Si cette possibilité est permise dans le cadre du mandat de protection future[1293], il n'en demeure pas moins que le cas l'est également pour une mesure de protection classique[1294]. En outre, si le choix est opportun, il s'impose au juge des tutelles[1295], sauf refus

---

2005, art. 38076, n° 1, § 10 et 25 ; J. Hauser, « La famille et l'incapable majeur », *in* Dossier, Réforme des tutelles, les acteurs de la protection, AJ fam., 14 mai 2007, n° 5 pp. 198 et sui. ; v. *supra* n. n°1261, Fl. Fresnel, art. préc.

[1287] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 180.

[1288] C. civ., art. 449, al. 3. S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », Defrénois, 30 janvier 2009, art. n° 38884, n° 2, pp. 185 et sui.

[1289] La Cour de cassation admet, selon une conception psychologique de la communauté de vie, que l'on peut écarter le conjoint de la personne protégée dès lors que la communauté de vie paraît être altérée. Ainsi, dans un arrêt du 12 septembre 2012, les juges considèrent que la désignation d'un mandataire judiciaire en lieu et place du conjoint s'avère être dans l'intérêt du majeur, dès lors que le conjoint avait introduit en cours d'union une action en nullité du mariage. Cette action a pour conséquence d'être analysée comme une cessation de la vie commune et induit un manque de confiance que l'on peut accorder à ce conjoint dans sa désignation en qualité de représentant légal. V. ainsi Civ. 1ère, 12 septembre 2012, n° 11-17.246, inédit, RTD Civ., 28 décembre 2012, n° 4, p. 712, n. J. Hauser ; Dr. Fam., 15 novembre 2012, n° 10, p. 5, obs. G. Raoul-Cormeil.

[1290] C. civ. art. 448.

[1291] V. *supra* n. n° 1226, A. Cermolacce, art. préc. ; Civ. 1ère, 16 juillet 1998, n° 96-11.970, Bull. Civ. I, n° 253, p. 177 ; J. Massip, « Le rôle de la volonté de l'incapable dans l'organisation du régime de protection », Defrénois, 15 juin 1991, n° 11, p. 697. La tutelle des mineurs autorisait et autorise toujours le choix anticipé du représentant légal du mineur dans le cadre de l'ouverture de la tutelle. Par représentant légal, il faut comprendre la personne qui exerce la mesure. La tutelle des majeurs ne le permettait pas sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968.

[1292] C. civ., art. 448, al. 1er : *« la personne qui est amenée à bénéficier de la protection peut désigner à l'avance la personne ou les personnes qui exerceront la mesure ».*

[1293] V. la partie consacrée au mandat de protection future et les art. 477 et sui. du C. civ., § 203 et sui. de la présente thèse.

[1294] V. *supra* n. n° 1278, J. Massip, art. préc.

[1295] V. *supra* n. n° 1250, M.-H. Isern-Réal, art. préc. ; pour la désignation de la personne de confiance comme prévue par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *cf* Cl. Esper, « La personne de confiance », Gaz. Pal., 17 décembre 2002, n° 351, pp. 13 et sui., not. en ce que le majeur protégé peut choisir lui-même ladite personne. Ce choix n'est possible qu'en tutelle et seulement pour les soins du majeur qui serait incapable de prendre une décision en matière médicale. Les missions de la personne de confiance sont visées dans les dispositions du CSP et sont rattachées au diagnostic, aux soins, aux traitements ou à la recherche

par la personne désignée d'exercer la mesure (ou par le juge suivant les circonstances de l'espèce). Il est certes permis de désigner à l'avance le tuteur ou le curateur ; sauf que la pratique ne permet pas de garantir ce choix. Dès lors, le juge seul désignera la personne qui aura la charge d'exercer la mesure, malgré les recommandations du majeur. Mais durant la procédure, le juge devra demander à la personne à protéger si elle a convenu de désigner une personne à cette fin.

Si le choix de la personne est libre, il reste toutefois fortement encadré[1296]. Le majeur doit rédiger une déclaration dans laquelle il désigne la personne qui le représentera en cas de tutelle ou de curatelle[1297]. Le juge des tutelles étant par la suite saisi, la déclaration qui désigne telle personne s'impose au juge, du moins en principe. Car si le juge constate l'existence de conflits liés à cette désignation, ou bien si cette personne refuse d'exercer la mesure, ou encore s'il est dans l'intérêt du majeur d'écarter de l'exercice de la mesure la personne désignée, la déclaration n'aura pas valeur à s'imposer au juge. Il la rejettera et désignera lui-même la personne la plus apte à exercer la mesure. Le pouvoir d'appréciation du juge reste donc entier[1298], mais il devra toutefois tenir compte des sentiments exprimés par le majeur à l'égard de la personne qu'il souhaiterait voir désignée[1299]. Si le choix n'a aucune incidence négative, alors il acceptera ce choix. Mais si le choix nuit au bon déroulement de la mesure, le juge retrouve le pouvoir qui est le sien, à savoir la désignation du représentant légal, y compris même dans le cadre d'un mandat de protection future si ce dernier n'a pas été mis en œuvre, toutefois[1300]. En tout cas, la possibilité pour le majeur de désigner à l'avance la personne que le juge devra retenir en qualité de représentant légal témoigne du crédit que l'on accorde à la volonté du majeur avant sa protection.

De même, après instauration du régime, tenir compte de cette désignation montre que le majeur n'a sans doute pas fait le mauvais choix quant au fait de désigner la personne qui le représentera. Le fait même de demander au majeur son avis sur la désignation de son représentant légal atténue quelque peu la suppléance de sa volonté, puisqu'un choix opportun sera validé par le juge.

---

biomédicale. On considère qu'il y a en l'état représentation du majeur dans la prise de décision. La désignation de la personne de confiance est également possible dans ces domaines mais non plus dans le cadre de la tutelle, mais dans celui du mandat de protection future : v. en ce sens L. Talarico, *La personne du majeur protégé*, th. Lyon, 2008, § 733 et sui.

[1296] CPC, art. 1255.

[1297] Cette déclaration est datée et signée. Le majeur peut également la faire établir par un notaire.

[1298] V. *supra* n. n° 1278, J. Massip, art. préc.

[1299] L. Pécaut-Rivolier, « Fiche pratique : les droits du majeur protégé », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 25.

[1300] En effet, dans cette hypothèse, le juge peut se voir saisi d'une demande en ouverture d'une mesure de protection. Durant l'audition de la personne, le juge peut demander si un mandat de protection a été établi. Si tel est le cas, il cherchera à savoir pourquoi ce mandat crée une difficulté alors qu'une demande de protection judiciaire a été demandée en parallèle. En conséquence, si la personne auditionnée présente des signes manifestes d'altération des facultés mentales, le juge des tutelles cherchera à connaître le mandataire à la protection future. S'il ne demeure aucune possibilité de rencontrer ce mandataire pour quelque raison que ce soit, la question sera de savoir où réside l'opportunité de désigner un tel mandataire *x* années à l'avance, alors que ce dernier peut être totalement inconnu des proches du mandant. Le juge pourra en conséquence refuser la désignation de ce mandataire, les liens avec le temps pouvant s'être distendus, ou les intérêts trop peu pris en compte par le mandataire. Entre prééminence de la volonté individuelle et suppléance de la volonté individuelle, la limite est ténue. Dans ce cas, suppléer tout défaut de volonté du majeur dans le choix du mandataire ou du représentant légal se justifie.

518. La désignation anticipée d'un représentant légal parmi les membres de la famille est également possible[1301], à la condition toutefois que le majeur soit un enfant à charge, nécessitant une mesure de protection après le décès de ses deux parents, ou si, de leur vivant, ils apparaissent incapables d'exercer la mesure pour raison d'inaptitude. Dans ce cas de figure, l'auteur de la déclaration est le parent survivant ou capable juridiquement. Cette déclaration anticipée faite par les parents doit remonter à la période de la minorité du majeur actuellement à charge. La raison en est simple. Malgré son jeune âge, un enfant peut être atteint d'un handicap physique très lourd, ou d'une altération des facultés mentales irréversible. La loi du 5 mars 2007 a repris les dispositions relatives à la désignation du représentant d'un mineur lorsque ce dernier devient orphelin. Par cette disposition reprise et adaptée au majeur, le loi nouvelle a voulu répondre aux inquiétudes des couples parents d'enfants mineurs très lourdement handicapés physiquement ou mentalement. En permettant aux parents de désigner au temps de la minorité de l'enfant la personne qui s'occupera de lui lorsque, au temps de sa majorité, sera prononcée une curatelle ou une tutelle, ces derniers n'auront plus à se soucier de savoir qui exercera la mesure si les temps futurs ne leur permettent plus de s'occuper de leur enfant. Cette disposition, qui n'est qu'empruntée à la tutelle des mineurs, ne fait que renforcer le dispositif de protection de la personne du majeur[1302].

519. En dehors du choix par anticipation, c'est le juge des tutelles qui désignera l'organe de représentation. Il ne suffit pas de simplement désigner un membre de la famille sans tenir compte du rang qu'occupe ce représentant dans la famille. Il existe un ordre de priorité[1303]. Le juge désignera comme représentant légal, si la situation le permet, le conjoint[1304], le partenaire de PACS ou le concubin, si la communauté de vie n'a pas cessé entre eux et à condition qu'aucune cause n'empêche au partenaire de l'une de ces unions d'exercer la mesure. On voit donc que la tutelle légale confiée aux ascendants seuls est mise au rebut[1305]. Si l'on prononce une mesure de protection à l'égard d'une personne mariée ou pacsée, c'est que les règles de droit commun de la représentation présentent une insuffisance quant à la protection des intérêts de la personne, ou que les dispositions des articles 217, 219, 1426 ou 1429 du Code civil n'ont pas matière à s'appliquer dans le contexte présent. Autrement, si l'une de ces dispositions pouvait être mise en œuvre, la mesure de protection serait inopérante. Pour autant, si tel n'est pas le cas, le conjoint sera désigné. L'absence d'union légale donne à un parent ou aux deux parents, à un ascendant, à un descendant ou un collatéral, l'exercice de la mesure. Le but de la désignation des membres de la famille, dans un sens général, est de maintenir la personne protégée dans un climat de confiance, à même

---

[1301] C. civ. art. 448, al. 2. La désignation du ou des représentants reste également encadrée par les dispositions de l'article 1255 du Code de procédure civile, par déclaration établie par notaire ou par l'auteur lui-même.

[1302] D'où l'instauration du mandat de protection future pour autrui qui reprend le même principe.

[1303] C. civ. art. 449.

[1304] Civ. 1ère, 5 février 1991, n° 89-15.528, Bull. Civ. I, n° 50, p. 32, Defrénois, 15 juin 1991, n° 11, p. 680, obs. J. Massip, à propos de la recherche des causes justifiant l'exclusion de l'époux en qualité de curateur.

[1305] G .Durry et M. Gobert « La réforme de la tutelle et de l'administration légale à l'épreuve du temps, *in* Mélanges J. Foyer, 1997, p. 377, spéc. p. 383. C'est pour cette raison que bien avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la Cour de cassation pouvait admettre qu'un enfant majeur, dont les parents sont décédés, soit confié à un tiers en lieu et place d'un ascendant sans doute trop âgé et affaibli pour s'en occuper dans de bonnes conditions et dans l'intérêt conforme de l'enfant. V. en ce sens : Civ. 1ère, 17 janvier 1995, n° 93-10.486, Bull. Civ. I, n° 37, p. 25 ; RTD Civ. 1995. 326 ; *D.* 1995 ; Civ. 1ère, 6 juillet 1999, n°s 97-16.249 et 97-21.772, inédits, Dr. fam. 1999.132, n. Fossier, JCP 1999, II, 10217, n. Garé, RTD Civ. 2000. 103, n. Hauser.

de ne pas la perturber durant l'exercice de la mesure. La famille a tout intérêt à bénéficier de l'exercice de la mesure, car connaissant les besoins de la personne protégée, elle saura agir dans son sens. La volonté du majeur sera alors utilement suppléée.

Cependant, le juge peut refuser la nomination d'un membre de la famille qui aurait accepté à l'avance la mission de représenter le majeur. Mais un tel refus de la part du juge doit se justifier expressément. Si l'on ne retient pas un membre de la famille, il est nécessaire d'en expliquer les motifs[1306]. Ainsi, dans des cas d'espèce en date des 5 et 19 décembre 2012[1307], la Cour de cassation s'est prononcée sur la désignation des membres familiaux aux fonctions de tuteur.

Dans l'arrêt du 5 décembre 2012, le majeur protégé souhaitait la désignation de sa nièce en qualité de curateur. Les juges d'appel ont confirmé la décision de première instance, en ce qu'elle ordonnait la désignation d'une association en lieu et place de la nièce, toutefois en omettant de dire pourquoi celle-ci ne devait pas être désignée, alors même qu'entre elle et le majeur protégé, il existait une certaine proximité, au regard des *« sentiments exprimés par le majeur protégé, de confier la curatelle à sa nièce »*. Malgré tout, même si le majeur faisait

---

[1306] La motivation repose sur la consistance du patrimoine, sur l'existence de conflits rendant impossible la gestion des intérêts du majeur ou sur l'absence totale de membres de la famille en capacité de gérer, sur constat du juge, mais aussi sur demande du majeur qui, suffisamment lucide, peut être bien conscient de la réalité de sa situation familiale. *Cf* en l'espèce le commentaire comparé de G. Raoul-Cormeil : Civ. 1ère, 25 novembre 2009, n°s 08-20.271 et 08-20.492, Bull. Civ. I, n° 1197 et Bull. Civ. I, n° 1192, et Civ. 1ère, 9 décembre 2009, n°s 07-13.981 et 08-14.023, inédits, « L'exclusion de la famille dans la protection d'une personne majeure », LPA, 10 mars 2010, n° 49, pp. 6 et sui., comm. G. Raoul-Cormeil. Dans le même sens : Civ. 1ère, 25 novembre 2009, n° 08-19.138, Bull. Civ. I, n° 1196, et Civ. 1ère, 12 novembre 2009, n° 08-17.301, Bull. Civ. I, n° 1130, « Le recours à un tiers pour exercer les mesures de protection : net assouplissement de la jurisprudence », AJ Fam., 19 janvier 2010, n° 1, p. 44, obs. L. Pécaut-Rivolier. Pour des décisions plus récentes sur le choix d'un membre de la famille ou son exclusion (et la motivation de l'exclusion) : Civ. 1ère, 28 mai 2014, n° 13-24.324, inédit, RTD Civ. 2014, p. 858, obs. J. Hauser, AJ fam. 2014, p. 503, obs. Th. Verheyde ; Civ. 1ère, 9 juillet 2014, n° 13-20.077, à paraître, *ibid*.

[1307] J. Massip, « Le principe de préférence familiale », 29 mars 2013, n° 64, pp. 12 et sui. : Civ. 1ère, 5 décembre 2012, n° 11-26.611, Bull. Civ. I, n° 254 et Civ. 1ère, 19 décembre 2012, n° 11-26.268, inédit. L'exclusion de la famille, si elle est justifiée, doit faire l'objet d'une motivation particulière, à peine de voir la Cour de cassation remettre en cause le jugement initial de désignation d'un professionnel en lieu et place de la famille : *cf* Civ. 1ère, 5 décembre 2012, arrêt préc., « De l'obligation de motiver soigneusement les décisions de mise sous protection : la Cour de cassation tient la main », RTD Civ. 8 avril 2013, n° 1, p. 89, obs. J. Hauser. La cassation prononcée par les juges de la Cour de cassation se justifie en l'espèce. Pour un autre cas d'exclusion de la famille, *cf* Civ. 1ère, 26 juin 2013, n°s 12-13.730 et 12-25.902, inédits, source Légifrance, en raison notamment de différends familiaux entre le majeur et certains membres de la famille, ainsi que des mouvements financiers irréguliers sur les comptes du majeur ; ou encore Civ. 1ère, 8 avril 2009, n° 08-11.417, inédit, « Les conditions de recours à un tiers extérieur à la famille pour exercer une mesure de protection », AJ Fam., 15 juin 2009, n° 6, p. 262, n. L. Pécaut-Rivolier, dans le sens où la mère de la majeure, qui s'était portée seule candidate à l'exercice de la mesure, ne maîtrisait pas suffisamment le français pour exercer la mesure de tutelle de sa fille, ce qui, pour la Cour de cassation, constituait un obstacle à l'exercice et justifiant par ailleurs la désignation d'un MJPM en lieu et place de la mère. V. également Civ. 1ère, 8 avril 2009, n° 08-12.040, inédit, « Les conditions de recours à un tiers extérieur à la famille pour exercer une mesure de protection », AJ Fam., 15 juin 2009, n° 6, p. 262, n. L. Pécaut-Rivolier, espèce précisant que même si le risque d'opposition d'intérêts entre la majeure et son frère désigné curateur n'était pas encouru, *« la situation patrimoniale revêtait une certaine complexité, nécessitant un suivi impartial, la majeure protégée elle-même risquant d'être perturbée si la personne qui devait gérer ses intérêts lui était trop liée, a justement retenu que la curatelle se trouvait vacante et qu'il convenait de la déférer à un service habilité par l'État »*.

l'objet d'une *« trop grande vulnérabilité »* qui empêchait, selon la cour d'appel, que la nièce fût désignée, elle n'en a pas expliqué les raisons justifiant sa mise à l'écart en cette qualité, tout du moins, les motifs de la cour d'appel ne paraissaient pas suffisamment pertinents pour la Cour de cassation. Pour défaut de base légale, la Cour de cassation a cassé la décision par laquelle l'association a été désignée en qualité de curateur, ce qui a permis de rétablir la nièce en cette qualité.

Dans l'arrêt du 19 décembre 2012, c'est le fils de la majeure protégée qui a contesté la décision des juges du fond de ne pas le désigner en qualité de tuteur de sa mère. Inversement à l'arrêt précédent, les juges de la Cour de cassation ont maintenu la décision initiale, aux motifs qu'*« ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que les relations [du demandeur]avec sa mère étaient difficiles malgré une affection manifeste, qu'il ne l'avait pas vue depuis le 16 décembre 2009, qu'il n'avait effectué aucune démarche ni répondu aux sollicitations du service social lors de son hospitalisation et qu'il s'était opposé à son placement sous tutelle et en maison de retraite alors qu'une protection juridique et un cadre de vie sécurisé étaient nécessaires à son bien-être, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre au détail de l'argumentation des parties, en a souverainement déduit que [le demandeur] n'était pas en mesure d'assurer la tutelle de sa mère ; que le moyen n'est pas fondé »*[1308].

520. Le juge des tutelles peut désigner une personne autre que la famille, et notamment un proche ou une personne qui entretient des liens étroits et stables avec la personne protégée[1309], même sur demande du majeur. On peut considérer ces personnes comme des « personnes de confiance »[1310], connaissant depuis suffisamment de temps le protégé pour savoir quels sont ses besoins. Si l'article 449 du Code civil détermine les personnes qui peuvent être désignées par le juge des tutelles, il n'en demeure pas moins que ce même article prévoit l'exclusion d'autres personnes qui pourraient nuire aux intérêts du protégé. Ainsi, sont exclus les proches qui ne vivraient pas ou ne résideraient pas avec le protégé. Les amis de longue date, les voisins attentionnés, et certainement intéressés, restent en conséquence exclus du cadre de la désignation, toutefois dans des conditions laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond.

[1308] Le refus du juge de désigner un membre de la famille en qualité de tuteur ou de curateur, quand bien même ce dernier se porte candidat à ces fonctions, doit faire l'objet d'une motivation particulière en expliquant les raisons qui permettent d'écarter un membre de la famille. Cette motivation doit avoir pour effet de respecter le majeur dans son choix, même si son choix ne sera pas retenu. À défaut d'expliquer au majeur les raisons qui écartent la personne que ce dernier souhaite voir désignée, le juge viole le principe de respect des libertés individuelles. La motivation propre au refus de désigner un membre de la famille doit faire l'objet d'un contrôle étroit de la Cour de cassation. Vérifier la pertinence des motifs, certes, mais la difficulté est telle qu'elle repose sur une appréciation souveraine des juges du fond. Or, il est nécessaire que le refus se justifie selon des éléments propres à la personne du candidat familial. Si ce dernier est réellement incapable de gérer les intérêts du majeur, la Cour de cassation n'ira pas dans le sens d'une cassation en faveur de celui-ci. L'appréciation des juges, pour écarter tout membre d'une famille, doit reposer sur une vision objective. Au contraire, une vision subjective ou des motifs hypothétiques, fondés sur des éléments ne qualifiant pas réellement le candidat ne peuvent en aucun cas justifier sa mise à l'écart. La Cour de cassation, en contrôlant la motivation des juges du fond reposant sur des éléments purement objectifs, participe donc du respect (relatif) de la personne du majeur et de son choix de voir désigné un membre de sa famille auxdites fonctions.

[1309] V. *supra* n. n° 1256, A.-M. Leroyer, art. préc. Ou bien un MJPM en dernier recours si le problème soulevé par les décisions des 5 et 19 décembre 2012 citées *supra* n. n° 1307 se pose pareillement pour les amis proches ou les personnes de confiance.

[1310] Dans un sens très général, non pas celui qui se déduit de la personne de confiance du Code de la santé publique.

521. Dès lors, à défaut de choix anticipé, le juge des tutelles doit prononcer la mesure en désignant un représentant légal en fonction des sentiments qui existent entre lui et la personne protégée. Le choix doit ainsi répondre aux relations habituelles qui existent entre les deux personnes, suivant l'intérêt que porte le représentant à la personne du protégé, et non pas au seul intérêt pécuniaire que ce dernier représente. Ce choix doit se faire en fonction des recommandations que peuvent faire les parents ou alliés sur la personne désignée. Il ne va pas sans dire qu'un membre de la famille qui exerce la mesure doit agir en dehors de tout aspect lucratif. Après tout, l'exercice de la mesure n'est-il pas un devoir des familles et de la collectivité[1311] ? Il serait étonnant que le candidat demande rétribution. C'est au-delà d'une certaine limite que le tuteur qui réclame rétribution de sa fonction peut en être déchargé et qui amènera le juge à choisir un MJPM. Car il existe autant de raisons de décharger un tuteur familial que de le désigner. L'incompétence, l'inaptitude, l'intention frauduleuse ou la négligence peuvent justifier que le représentant légal soit écarté de l'exercice de la mesure. Le mode d'administration que ce dernier aura mis en place se sera sans doute révélé contraire aux intérêts du majeur, et partant, seul un représentant légal neutre pourra restaurer l'autonomie du majeur et pallier justement à sa volonté viciée. Son intervention malheureusement témoigne des limites de la protection familiale et notamment sa *« dérive »*[1312] qui confirme en même temps son échec profond.

II) Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, ou l'échec de la protection familiale dans la suppléance de la volonté.

522. Hors le cas où le majeur n'a pas de famille, la suppléance de sa volonté par un mandataire judiciaire à la protection des majeurs[1313] traduit l'échec de la protection familiale qui n'a nullement les compétences et l'envie de s'en occuper. Mais la désignation d'un professionnel a au moins un avantage indéniable : elle tend à préserver le respect de la personne du majeur, puisqu'il est dans les attributions du tiers désigné de s'occuper effectivement de la personne du majeur. Malheureusement, le devoir des familles s'éclipse et en conséquence demeure sans effet.

Les MJPM interviennent lorsque le juge des tutelles n'est pas en mesure de désigner un membre de la famille[1314] : soit le contexte entourant le majeur est conflictuel ou engendrerait de nouveaux conflits, soit la personne protégée n'a plus de famille. Si la loi de 1968 n'avait pas regroupé les professionnels sous une appellation qui leur est propre à ce jour, la loi nouvelle l'a fait[1315]. Les MJPM dépendent alors des services de la préfecture[1316].

[1311] C. civ., art. 415 ; v. *supra* n. n° 1226, A. Cermolacce, art. préc.

[1312] V. *supra* n. n° 1256, A.-M. Leroyer, art. préc.. ; J. Hauser, « La dérive de la priorité familiale », RTD Civ. 1999. 814 ; du même auteur, « La dérive de la priorité familiale, ténacité de la Cour de cassation », RTD Civ. 2005. 364 ; Civ. 1ère, 28 mars 2006, n° 04-13.905, Bull. Civ. I, n° 235, p. 20 ; Dr. Fam. 1998, n° 79, n. Th. Fossier.

[1313] C'est pourquoi, la catégorie des MJPM obéit à des principes généraux. Pour un complément d'information sur les professionnels, v. en ce sens : Th. Fossier, « Le droit des tutelles après sa réforme : nouvelle branche du droit social ? », RD. Sanit. Soc., 16 juillet 2007, n° 4, pp. 672 et sui.

[1314] V. *supra* n. n° 1278, J. Massip, art. préc., Gaz. Pal., 27 août 2009, pp. 2495 et sui.

[1315] E. Markovitch et C. Lagache, « Mandataires et délégués, fonctions, responsabilités et rémunération », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 97 et sui. ; M. Bauer, « Réforme de la protection des majeurs : les professionnels » *in* Dossier, Réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 61. Elle regroupe dans la même catégorie les anciens gérants de tutelle privés ou hospitaliers (ou préposés d'établissements de soins pour ces derniers), ou encore les associations tutélaires, sous l'appellation de MJPM. Ces

523. La création de cette catégorie s'est faite dans un sens précis : la loi a voulu tendre vers la professionnalisation des intervenants autres que la famille lorsque celle-ci n'est plus en mesure d'assumer, ou ne veut plus ou pas assumer, l'exercice de la protection[1317] ; le souci de protection accrue des majeurs joue ici pleinement et tend à limiter les effets de la suppléance de la volonté en raison de l'absence de la famille ou la présence néfaste de la famille. L'accompagnement se veut donc davantage proche du majeur afin de pallier à l'insuffisance familiale[1318]. En effet, la loi du 3 janvier 1968 ne posait pas de règles quant à l'exercice des mesures, et notamment au regard des critères de compétence, de déontologie ou de qualifications. Si les intervenants familiaux ne répondent toujours pas à ces conditions aujourd'hui, l'inverse vaut pour les professionnels actuels. Car sous la loi du 3 janvier 1968, l'exercice des mesures se heurtait à l'inexpérience de certains intervenants, que ce fût dans la relation humaine avec la personne protégée ou dans la gestion de son patrimoine. La difficulté touchait autant les responsables hospitaliers, privés, qu'associatifs.

En professionnalisant les mandataires de la protection des majeurs, la loi a adapté le soutien donné au majeur. Elle impose la formation de tout professionnel dans les domaines touchant au droit commun de l'action sociale et médico-sociale, en tenant compte de compétences spécifiques. Désormais, que l'on exerce à titre individuel, ou en tant que salarié d'une association, les MJPM auront suivi une formation diplômante avant de pouvoir exercer.

---

professionnels sont désignés dans le cadre des articles 450 et 451 du Code civil, dès lors qu'aucun membre ne peut assumer la charge de la mesure de protection. Pour être désignés, ces professionnels doivent, au sens de l'article L. 471-1 du CASF, *« exercer à titre habituel les mesures de protection des majeurs que le juge des tutelles leur confie au titre du mandat spécial auquel il peut être reconnu dans le cadre de la sauvegarde de justice, de la curatelle, de la tutelle ou de la MAJ »*.

[1316] Pour être reconnus comme tels, ces professionnels doivent être inscrits sur une liste établie par le préfet, avec l'avis conforme du procureur de la République : v. ainsi D. n° 2008-1512 du 30 décembre 2008 fixant les modalités d'inscription sur les listes prévues aux articles L. 471-2, L. 471-3, L. 474-1 et L. 474-2 du code de l'action sociale et des familles, JORF n°0304 du 31 décembre 2008 p.20664, texte n° 130 ; CASF, art. L. 313-3 ; v. *supra* n. n° 1256, A.-M. Leroyer, art. préc., ; v. *supra* n. n° 1259, C. Sévely-Fournier, art. préc., AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 70, ou du même auteur, art. préc., Rec. D., 30 avril 2009, n° 18, pp. 1221 et sui. ; G. Raoul-Cormeil, « Le dispositif réglementaire en application de la loi n°2007-308 réformant le droit des majeurs protégés et concernant l'accès à la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs », Dr. Fam., 1er avril 2009, n° 1, p. 2.

[1317] Les MJPM sont désignés dès lors que la famille n'entretient plus de relations avec le majeur ou lorsqu'elle est n'est pas en capacité d'assumer la mesure. C'est seulement dans ces conditions que leur désignation se fera, comme le prévoyait déjà la loi ancienne avec la vacance de la tutelle. Mais par vacance, il faut entendre qu'aucun membre de la famille ne veut exercer la mesure ou n'est en capacité de l'exercer. Si certains membres de la famille désignaient d'autres membres, la vacance ne pouvait être caractérisée, sauf refus de la part de l'ensemble de la famille. Un simple conflit ne suffit pas à écarter la famille, sauf circonstances d'espèce, d'autant plus que le juge avait instauré un conseil de famille, certes gangréné par des conflits, mais dont certains membres souhaitaient exercer la mesure de tutelle. V. en ce sens *supra* n. n° 1281 : Civ. 1ère, 17 janvier 1990, n°88-12.031 préc. *supra* n. n° 1281 ; *cf supra* n. n° 1316, comm. préc. de G. Raoul-Cormeil ; Fr. Mananga, « Sur les mesures d'application de la réforme de la protection juridique des majeurs », RD. Sanit. Soc., 15 mai 2009, n° 3, pp. 536 et sui.

[1318] L. Pécaut-Rivolier, « Les mesures de protection du Code civil comme dispositif d'accompagnement », *in* Dossier L'accompagnement, entre droit et pratique, RD Sanit. Soc., 31 décembre 2012, n° 6, pp. 1010 et sui.

La gestion en « bon père de famille »[1319] qui se dégageait de l'exercice des mesures d'avant réforme n'est plus[1320].

[1319] V. *supra* n. n° 1256, A.-M. Leroyer, art. réc.

[1320] Les délégués à la protection des majeurs sont non seulement soumis à l'obligation de suivre la formation adaptée et d'obtenir le diplôme requis pour exercer. Avec l'entrée en vigueur de la réforme, les délégués à la protection des majeurs devaient avoir obtenu leur diplôme avant le 1er janvier 2012. Passé ce délai, ils ne pouvaient plus exercer et auraient été contraints de suivre la formation et d'obtenir le diplôme. Pour un point de vue de la réforme concernant les MJPM associatifs, *cf* interview de A. Brousse, *in* Dossier, Réforme des tutelles : les acteurs de la protection, « Les professionnels », AJ Fam., 14 mai 2007, n° 5, p. 220, propos recueillis par L. Pécaut-Rivolier. L'accès à la formation répond à des conditions d'âge, de moralité et d'expérience professionnelle, ce qui permet la délivrance du certificat national de compétence. Les mêmes conditions de formation ou de diplôme s'imposent aux mandataires judiciaires : *cf* ainsi D. n° 2008-1508 du 30 décembre 2008 relatif aux conditions d'âge, de formation et d'expérience professionnelle devant être satisfaites par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et par les délégués aux prestations familiales, JO n° 0304, 31 décembre 2008, p. 20661, texte n° 126. L'arrêté du 2 janvier 2009 relatif à la formation complémentaire préparant aux certificats nationaux de compétence de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et de délégué aux prestations familiales, JO n° 0012 du 15 janvier 2009, p. 820, texte n° 27, prévoit les modalités et le contenu de l'examen. Il ne faut pas oublier non plus qu'en cas de réussite à la formation, le délégué doit prêter serment au tribunal d'instance dans le mois de son inscription sur ladite liste : *cf* pour la prestation de serment : D. n°2008-1504 du 30 décembre 2008 relatif à la prestation de serment mentionnée aux articles L. 471-2 et L.474-1, à l'autorisation et au réglement de fonctionnement des services mentionnés aux 14° du I de l'article L. 312-1 et à l'autorisation des services mentionnés au 15° du I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, JO n° 0304, 31 décembre 2008, p. 20656, texte n° 122. Pour voir les conditions d'accès à la formation, *cf* L. Pécaut-Rivolier, « Fiche pratique : devenir mandataire à la protection des majeurs », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 67. En outre, ils doivent être inscrits sur la liste établie par l'article L. 471-2 du CASF. Si un MJPM ne répond pas auxdites conditions pourrait se faire radier de la liste. Le contrôle de ces conditions est assuré par les services départementaux des préfectures, outre celui du procureur de la République. Enfin, l'inscription sur cette liste doit mettre en garde le professionnel que le non respect de la déontologie (Sur la déontologie de l'avocat désigné en qualité de MJPM, *cf* Fl. Fresnel, « L'avocat mandataire judiciaire à la protection des majeurs », Gaz. Pal., 16 février 2010, n° 47, p. 14) et des règles relatives à l'exercice de ses missions peut engager sa responsabilité administrative, civile ou pénale, suivant la teneur de la faute commise ; d'où la nécessité de souscrire une assurance professionnelle. C'est pourquoi, le MJPM fautif engagera sa responsabilité dès lors qu'il aura compromis les conditions d'exercice de la mesure, ou porté atteinte, par son exercice, à la santé, à la sécurité ou au bien être de la personne protégée. D'un point de vue administratif, le préfet pourra suspendre l'agrément ou procéder à son retrait, sur demande du juge des tutelles : v. *supra* n. n° 1317, Fr. Mananga, art. préc. ; ou du procureur de la République : v. *supra* n. n° 1259, C. Sévely-Fournier, art. préc., Rec. D., 30 avril 2009, n° 18, pp. 1221 et sui. Le procureur de la République détient ce pouvoir concurrement avec le juge des tutelles, selon l'article 417 du Code civil. Au plan pénal, l'agent qui poursuit une activité de MJPM alors qu'il ne dispose plus de l'agrément pourra être poursuivi devant le tribunal correctionnel. Il en sera de même s'il tire parti des intérêts du majeur : Sur un manquement caractérisé d'un MJPM dans sa mission, en l'occurrence l'établissement de comptes annuels de gestion frauduleux, dont il ressort des détournements ou des fraudes, *cf* Crim., 3 avril 2007, n° 06-83.801, Bull. Crim., n° 100 et Crim., 30 janvier 2013, n° 11-89.224, Bull. Crim. n° 33. Les conditions d'agrément ont été modifiées par la loi du 28 décembre 2015 portant sur l'adaptation de la société au vieillissement : *cf* L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, JORF n°0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1, not. art. 34, modifiant la section 1 du chapitre II du titre VII du livre IV du CASF, créant ainsi l'article L. 472-1-1 nouv., supprimant aussi les trois derniers alinéas de l'article L. 472-1 du même code. L'article 33 de ladite loi permet de modifier les missions du MJPM déterminées par son agrément (*cf* CASF, art. L. 471-2-1

524. Les MJPM peuvent exercer en tant que préposés d'établissements de soins[1321] ou en tant que libéraux[1322]. Dans tous les cas, ils bénéficient d'un droit à rémunération, mais cette rémunération a fait l'objet d'une harmonisation du financement de l'activité[1323]. Le financement par la personne protégée doit rester adapté à ses ressources pour ne pas obérer sa situation patrimoniale. Il se fera totalement ou partiellement, suivant ses conditions de ressources. Si les ressources de la personne protégée ne permettent pas un financement suffisant, celle-ci paiera seulement une partie de l'activité du mandataire, le complément étant attribué selon un financement public subsidiaire[1324].

Les MJPM assurent donc le relais entre la personne protégée et la famille absente. La prise en charge de la personne passe par une relation de confiance que le MJPM doit instaurer par l'information due au majeur. Il doit ainsi informer la personne protégée de tous les actes qui seront accomplis dans son intérêt et leurs conséquences, ainsi que lui indiquer l'état en cours de sa situation personnelle. À ce titre, l'obligation d'information prend la forme d'une notice à laquelle est annexée une charte relative aux droits de la personne, et notamment, le projet de vie[1325]. La notice, dit aussi document individuel, a valeur de « contrat » et tend à

---

nouv.). Un décret en Conseil d'État doit déterminer les conditions de cette modification de la mission du MJPM.

[1321] D. n° 2008-1553 du 31 décembre 2008 relatif à l'exercice à titre individuel de l'activité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et de l'activité de délégué aux prestations familiales, JO n° 0001, 1er janvier 2009, p. 88, texte n° 54. Une déclaration est nécessaire pour les salariés qui sont amenés à exercer leurs fonctions dans de tels établissements, comme le prévoit le décret n° 2008-1505 du 30 décembre 2008 relatif à la déclaration prévue à l'article L. 472-6 du code de l'action sociale et des familles, JO n° 0304, 31 décembre 2008, p. 20658, texte n° 123.

[1322] D. n° 2008-1511 du 30 décembre 2008 portant diverses dispositions relatives aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs et aux délégués aux prestations familiales, JO n°0304, 31 décembre 2008, p. 20663, texte n° 129.

[1323] Sur les modalités de financement de la mesure de protection, v en ce sens : D. n° 2011-710 du 21 juin 2011 relatif à l'assiette et au versement de la participation des personnes protégées au financement de leur mesure de protection et D. n° 2008-1554 du 31 décembre 2008 relatif aux modalités de participation des personnes protégées au financement de leur mesure de protection. Le financement présente toutefois une limite. Si le mandataire désigné ne dispose plus de fonds nécessaires à exercer la mesure, alors même qu'il a pour obligation d'accepter l'exercice de la mesure dans la limite des crédits accordés par l'État, il peut en refuser l'exercice. Sur cette limite financière, v. en ce sens : Civ. 1ère , 5 mars 1991, n° 89-12.320, Bull. Civ. I, n° 82, p. 54, Defrénois, 15 juin 1991, n° 11, p. 682, obs. J. Massip. La personne protégée doit financer sa protection, l'article 419 du Code civil en disposant ainsi. Le principe de ce financement est repris par les dispositions de l'article L. 471-5 du CASF.

[1324] Mais ce complément sera fixé en fonction de la qualité du mandataire. Si le mandataire est une personne morale, le financement se fera selon une dotation globale. Cette dotation correspond à un budget mensuel par structure, que les indicateurs d'activité annuelle déterminent. Quant aux personnes physiques, la dotation globale est exclue, mais le financement est déterminé par des décrets selon un rapport établi par le Ministère du travail et précisent l'ensemble des dispositifs de rémunération et de financement.

[1325] D. n° 2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales, JO n° 0001, 1er janvier 2009, p. 92, texte n° 57 ; v. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 201, 363 et 383. Et comme le rappelle Ph. Malaurie, les MJPM doivent joindre au majeur protégé *« une notice d'information, un document individuel de prise en charge, une association au fonctionnement des services, un document individuel de protection des majeurs qui définit les objectifs et la nature de la mesure de protection dans le respect des principes déontologiques et éthiques, des recommandations de bonnes pratiques professionnelles et du projet de service. Il détaille la liste et la nature des prestations offertes ainsi que le montant prévisionnel des prélèvements opérés sur les*

rétablir, dans la limite des capacités mentales ou physiques du majeur, la prééminence de sa volonté individuelle. Le document individuel s'efforce de donner au majeur un aperçu de l'exercice de la mesure, soit avec l'assistance de son curateur ou dans le cadre de la représentation par le tuteur, soit encore dans un cadre autonome dans lequel le représentant légal n'exerce qu'une sorte de surveillance lorsque le majeur est en droit d'agir seul. De la sorte, le document individuel crée une limite d'intervention du MJPM, combinant assistance et/ou autonomie. Dans tous les cas, il doit aider le majeur à prendre conscience des implications de la mesure, de la suppléance de sa volonté que la mesure induit et du rétablissement de sa volonté qu'elle doit aussi permettre.

525. Les MJPM doivent, tout au long de la mesure, respecter la dignité de la personne protégée, sa vie privée, son intimité et la confidentialité de ses rapports avec son représentant légal. Ce dernier doit veiller à ne pas prendre la place de la famille dans ses rapports avec le protégé, mais au contraire, à veiller à ce que le protégé garde contact avec sa famille en se rapprochant d'elle, dans la mesure du possible et selon le contexte. En cas de nécessité, si le MJPM fait partie d'un conseil de famille, il pourra prendre la responsabilité d'accomplir un acte grave pouvant porter atteinte aux intérêts de la personne protégée. Hors cette hypothèse, et dans le cas des actes strictement personnels, le mandataire ne pourra pas intervenir auprès du protégé, ni pour l'assister ni pour le représenter. Les préposés d'établissement, rattachés pareillement à la catégorie des MJPM, doivent avoir l'autorisation du juge des tutelles pour accomplir des diligences pouvant porter atteinte aux intérêts du majeur.

Les MJPM ont aussi pour mission de protéger les biens de la personne. Dans ce cadre, ils peuvent accomplir tout acte portant sur la protection du logement, la gestion des comptes bancaires ou autres actes à caractère mobilier. Mais la gestion de compte suppose que les comptes et opérations soient individualisés. En outre, la pratique d'aujourd'hui interdit les comptes pivots de la loi du 3 janvier 1968 : les plus-values et fruits générés par un compte doivent revenir à la personne exclusivement et ne pas être déposés sur un compte commun à tous les protégés, comme les comptes pivots le permettaient[1326].

526. Si les associations peuvent apparaître comme le premier choix du juge des tutelles en tant que représentant légal du majeur en lieu et place de la famille, les mandataires judiciaires[1327] (les anciens gérants de tutelles privés) constituent une autre possibilité. D'une manière générale, ces derniers sont à même de répondre à des situations particulières dans lesquelles ni le choix de la famille, ni le choix de l'association ne seraient opportuns. Ainsi, au regard des besoins de la personne, ou de la consistance de son patrimoine, le juge

---

ressources de la personne protégée », conformément aux articles L. 471-7 et 471-8 du CASF : v. ainsi Ph. Malaurie, « La réforme de la protection des majeurs », Defrénois, 30 avril 2007, art. n° 38569, n°8, § 4 ; A. Ben Abdallah, « Le document individuel de prise en charge : du contractuel à l'unilatéral » *in* Dossier, Le contrat dans le secteur social et médico-social, RD. Sanit. Soc., 29 février 2012, n° 1, pp. 18 et sui. ; v. *supra* n. n° 1299, L. Pécaut-Rivolier, art. préc. La notice d'information ainsi que le document individuel à la protection des majeurs ont vu leurs conditions de remise modifiées par la loi du 28 décembre 2015 portant sur l'adaptation de la société au vieillissement de la population. Ainsi, la personne de confiance visée par ladite loi peut remettre ces documents au majeur si le MJPM ne peut les remettre lui-même : *cf supra* n. n° 1320, L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 préc., art. 32, modifiant le chapitre Ier du titre VII du livre IV du CASF, not. l'art. L. 471-6 nouv.

[1326] Cet aspect sera abordé dans le titre consacré à la gestion du patrimoine, § 589 et sui.

[1327] Pour un point de vue de la réforme concernant les anciens gérants de tutelles d'établissements de soins : *cf* interview de J. Tirmarche, *in* Dossier, Réforme des tutelles : les acteurs de la protection, « les professionnels », AJ Fam., 14 mai 2007, n° 5, p. 218, propos recueillis par Th. Verheyde ; de même en ce qui concerne les anciens gérants de tutelles exerçant à titre individuel, *cf* interview de D. Descuilhes, M. Poret et A. Boivin, *in* Dossier, Réforme des tutelles : les acteurs de la protection, « les professionnels », AJ Fam., 14 mai 2007, n° 5, p. 219, propos recueillis par Th. Fossier.

s'orientera vers un mandataire judiciaire libéral ou un préposé d'établissement, plus à même de mieux appréhender une situation personnelle ou patrimoniale[1328]. Car se pose ainsi le problème de la disponibilité. On sait, à travers la pratique, que les associations peuvent être amenées à gérer, par délégué à la protection, une cinquantaine ou une soixantaine de dossiers. Il convient de dire que la proximité de ce délégué avec chaque protégé ne permet pas de s'occuper de cette personne comme si elle était unique. Le protégé doit apprendre à ne pas disposer de son délégué de manière fréquente si l'on veut qu'il parvienne à l'autonomie.

Malgré cette situation, des difficultés relationnelles peuvent apparaître tout au long de la mesure. On voit donc un accompagnement sans doute moins présent que la famille[1329]. La désignation d'un mandataire judiciaire libéral peut alors mettre fin à ces difficultés ; en effet, devant s'occuper d'un nombre moins conséquent de majeurs, le mandataire judiciaire libéral aura une relative proximité avec le majeur et sera mieux placé pour comprendre les difficultés rencontrées. C'est pourquoi, les mandataires judiciaires libéraux, dits « mandataires judiciaires », ayant une disponibilité autre que les délégués associatifs, pourront répondre aux sollicitations des majeurs protégés. Cette proximité ne doit pas constituer un frein à ce que le majeur devienne autonome, au contraire, le temps supplémentaire consacré à un majeur en particulier ne doit être que bénéfique.

Le Code civil impose notamment que la mesure soit exercée au regard de la protection nécessaire de la personne, ce qui signifie écoute, disponibilité et vigilance de la part du mandataire judiciaire. Le juge des tutelles veille au respect de ces conditions[1330].

527. La désignation d'un MJPM met réellement en retrait le rôle de la famille, mais comment peut-on blâmer une telle situation d'échec, lorsque la famille se désintéresse de son majeur ? Si l'intervention d'un tiers est le seul moyen de préserver les intérêts du majeur et de garantir son retour à l'autonomie, on ne peut pas hésiter sur sa désignation. Quitte à suppléer la volonté du majeur, autant le bien faire, car à vouloir maintenir la famille alors qu'elle n'a pas de pouvoir de décision fondé et bien établi, c'est suppléer la volonté du majeur pour la suppléer strictement, sans espérer obtenir de résultats positifs. Qu'importe le contenu, pourvu qu'on décide à la place du majeur. Cette idée est inacceptable et c'est pourquoi, sans doute vaut-il mieux que le majeur n'ait plus de contact avec sa famille, mais lui donner au moins un cadre adapté à la suppléance de sa volonté.

Mais en accordant la mission d'exercer la mesure à un MJPM, le juge des tutelles ressuscite, semble-t-il, la tutelle d'État. Car ne nous y trompons pas, puisque les mandataires

---

[1328] Même si, avec la loi du 3 janvier 1968, les gérants de tutelle ne disposaient pas de la faculté d'exercer une tutelle complète. Ils étaient limités à la gestion patrimoniale et ne pouvaient intervenir sur le plan personnel. Mais des exceptions demeuraient : v. en ce sens TI St Girons, 23 février 1995, Defrénois, 15 juin 1996, n° 11, p. 739, obs. J. Massip. Le préposé d'établissement ne peut pas agir sur le plan personnel si le juge le lui prohibe formellement.

[1329] V. *supra* n. n° 1318, L. Pécaut-Rivolier, art. préc.

[1330] C'est pourquoi, un seuil d'activité n'est pas appliqué aux gérants privés, le juge des tutelles disposant de la faculté de réduire le nombre de dossiers confiés à un mandataire judiciaire. Le décret n° 2008-1511 du 30 décembre 2008 préc. soumet les mandataires judiciaires à l'obligation de communiquer au juge des tutelles, à la fréquence d'une fois par semestre, le nombre de dossiers dont ils ont la charge de la mesure. En fonction du nombre de dossiers qui leur ont été confiés, le juge des tutelles établit un ensemble de statistiques afin d'optimiser la répartition des dossiers entre chaque mandataire. Ainsi, chacun d'eux bénéficiera, non pas d'un nombre égal de dossiers, mais d'un nombre proportionnel à son volume d'activité ; cette répartition des dossiers doit aussi se faire, dans la mesure du possible, dans des conditions idéales d'exercice de la mesure. Cette répartition est réalisée en toute objectivité, le juge ne pouvant désigner un mandataire judiciaire ou une association qu'en fonction des besoins de la personne et selon son profil. Enfin, pour pouvoir exercer en sécurité son activité, le mandataire judiciaire doit souscrire, comme les délégués salariés d'associations, une assurance responsabilité professionnelle.

sont agréés par le préfet, les mandataires sont l'émanation de l'État dans l'exercice de la mesure. La mesure qu'ils exercent peut s'apparenter à une tutelle ou une curatelle d'État, du moins dans l'idée que l'on peut s'en faire. Tout cela est du au retrait de la famille dans l'exercice de la mesure. Il faut bien trouver une alternative à la protection du majeur et de son défaut de volonté alors que la famille, en tout point, sera défaillante.

Alors oui, résurgence de la tutelle, et même renforcement de la tutelle d'État, voilà l'avenir du majeur lorsque sa famille sera aux abonnés absents ou peu conciliante. Pourquoi s'en offusquer tant que le majeur bénéficie d'une protection qui, malgré une suppléance de volonté totale ou partielle, tend à sauvegarder ses intérêts ? cependant, la famille, même défaillante, n'est pas totalement évincée de la mesure de protection, car de nombreux aménagements demeurent possibles. Tout dépend toutefois de la volonté de la famille de s'impliquer dans les intérêts du majeur et de l'intensité des conflits y régnant.

III) L'adaptation de l'exercice de la mesure de protection selon les relations entretenues par le majeur avec sa famille : une implication plus ou moins consacrée.

528. L'exercice de la mesure de protection suppose que celui qui en assume la charge doive l'accomplir au mieux des intérêts de la personne protégée. Il se doit de l'exercer dans des conditions à même de garantir le respect de la personne ainsi que le respect des conditions d'exercice de la mesure elle-même. Car si tel n'est pas le cas, comment peut-il exercer la mesure sans que le majeur ne soit réellement protégé ? La désignation d'un tuteur ou d'un curateur unique[1331], comme le prévoyait la loi du 3 janvier 1968, était de principe lorsque le juge des tutelles désignait l'administrateur. Seulement, le principe de l'unicité de l'administrateur n'était pas sans poser de difficultés. D'abord, le représentant de la personne protégée pouvait ne pas disposer des compétences requises pour pourvoir à ses intérêts. Ou bien, ne disposant pas de l'information suffisante pour exercer la mesure, le représentant légal était en situation d'agir sans avoir une vue globale de l'étendue de la mesure. Autre difficulté, la désignation d'un seul représentant pouvait avoir pour conséquence de créer ou d'attiser des conflits ou de vieilles rancunes familiales. Dans un tel contexte, il était évidemment difficile d'exercer une mesure de protection sans se heurter perpétuellement à l'assentiment de certains membres de la famille, ou du protégé lui-même si ce dernier était en conflit ouvert avec son administrateur ; le problème se posait également lorsque certaines familles devaient rendre des comptes au juge alors qu'elles s'occupaient d'un enfant malade. Pour éviter ces problématiques, sous la loi du 3 janvier 1968, existait alors l'option relative au conseil de famille complet, qui était à même d'écarter ces difficultés.

529. Mais l'insuffisance et la faible portée de ces dispositifs ne permettaient pas de prendre en compte le vrai degré de suppléance de la volonté du majeur. Un représentant légal unique ne garantissait pas le succès de la mesure, car dans des cas particuliers, l'instauration d'un véritable système de représentation, tant sur le plan personnel que patrimonial, aurait été un système plus sûr. C'est pourquoi, les dispositifs de la loi du 3 janvier 1968 ont été écartés par la nouvelle configuration de la représentation légale et le nouvel accompagnement[1332],

[1331] L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, « La juridiction des tutelles dans le nouveau dispositif de protection des majeurs », *in* Dossier Réforme des tutelles : les acteurs de la protection, AJ Fam., 14 mai 2007, n° 5, pp. 208 et sui. Aujourd'hui, les diverses configurations sont déterminées selon le principe de proportionnalité.

[1332] V. *supra* n. n° 1256, A.-M. Leroyer, art. préc. ; v. *supra* n. n° 1318, L. Pécaut-Rivolier, art. préc.

ainsi que le besoin de rendre l'exercice de la mesure plus facile[1333] : le juge des tutelles peut ainsi désigner une ou plusieurs personnes en qualité de tuteur ou de curateur, selon l'intérêt du majeur et les décisions à prendre concernant sa personne[1334]. Dans un autre cas de figure, le juge des tutelles peut désigner un subrogé tuteur ou un subrogé curateur[1335], configuration qui n'est désormais plus l'apanage des mesures organisées avec un conseil de famille. Dans le cas de la désignation d'un subrogé tuteur ou curateur, l'accent est mis sur la participation des membres de la famille à l'intérêt du majeur, malgré l'existence d'un conflit touchant ces membres mais non en relation avec le majeur. Pareillement, en désignant des co-tuteurs ou co-curateurs[1336], au même titre que les subrogés[1337], le juge des tutelles étend l'exercice de la mesure à des compétences et des contrôles variés, en tenant compte de la situation personnelle et matérielle du protégé.

Ainsi, dans l'hypothèse du placement d'un enfant majeur sous tutelle, le juge désignera, non pas comme tuteur le père ou la mère, mais désignera les deux parents en tant que co-tuteurs. Cette configuration permet de mettre fin aux revendications des parents d'enfants handicapés[1338], qui sous la loi du 3 janvier 1968, ne pouvaient pas avoir le statut de co-tuteurs. L'un des deux parents devait être désigné tuteur à part entière. La loi du 5 mars 2007 vient corriger cette disposition inappropriée pour la rendre adaptée à la situation du majeur, car dans les familles où chacun s'intéresse au majeur, les deux parents ne s'attachent pas plus l'un que l'autre à l'intérêt de l'enfant. Dès lors, les co-tuteurs ou co-curateurs disposent chacun des mêmes missions : les actes devront être faits conjointement et la réalisation d'un acte par un seul des co-tuteurs reste soumise à la présomption que celui qui a passé l'acte est censé avoir reçu de l'autre administrateur le pouvoir de le faire, à l'égard des tiers. On peut donc en déduire que la prise en charge du majeur sera certainement assurée, d'autant plus que les deux parents connaissent les besoins de leur enfant et sauront prendre les décisions dans son intérêt.

530. Dans d'autres hypothèses, la loi reprend le principe posé à l'article 417 ancien du Code civil qui prévoyait la répartition de la charge de la mesure entre la gestion des biens de la personne et la prise en charge de la personne seule. On retrouvera alors un tuteur à la gestion patrimoniale et un tuteur à la personne du majeur protégé. La répartition telle que la loi l'autorise doit tenir compte de la capacité des tuteurs à exercer la mesure. En désignant un seul représentant légal, le juge des tutelles pourra se heurter aux difficultés du tuteur dans certains domaines de la mesure. C'est pourquoi, selon la compétence, la qualification, la disponibilité ou encore les liens qui existent entre la personne protégée et son mandataire, le juge désignera un représentant dans la gestion patrimoniale et un autre dans la représentation de la personne[1339]. En dissociant les deux ordres de protection, un tuteur familial issu d'un milieu modeste pourra s'occuper des soins à donner au majeur. Quant à la gestion du

---

[1333] C. civ., art. 447, al. 2 ; L. Pécaut-Rivolier, « Les mesures concrètes pour simplifier l'exercice des mesures et diminuer leur nombre», *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 10.

[1334] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 168 et 169 ; v. *supra* n. n° 1261, Fl. Fresnel, art. préc.

[1335] C. civ., art. 454, al. 1er.

[1336] V. *supra* n. n° 1226, A. Cermolacce, art. préc.

[1337] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* pp. 170 et 180.

[1338] La circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 admet la désignation des parents d'un enfant handicapé en qualité de co-tuteurs : *« cette double désignation vient, notamment, répondre aux attentes des parents d'enfants majeurs gravement handicapés qui déploraient de devoir choisir lequel, du père ou de la mère, devait être désigné comme tuteur lorsqu'une mesure de protection était nécessaire ; désormais, les deux parents peuvent être désignés ».*

[1339] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 169.

patrimoine, souvent plus technique, un parent plus aguerri à la vie des affaires serait plus à même de prendre les décisions qui s'imposent. La même dissociation de la protection prévaudrait si le tuteur familial se permettait des écarts de conduite en termes de gestion patrimoniale, ou simplement s'il ne manifestait pas l'envie de prendre des décisions sur le plan patrimonial. Cette configuration est ainsi amenée à rendre l'exercice de la mesure plus efficient. Ces tuteurs demeurent indépendants l'un de l'autre, puisque désignés dans un domaine particulier, ils ne se rendent pas de comptes ; pour autant, ils sont soumis à l'obligation de s'assurer une information mutuelle et réciproque quant à l'exercice de la mesure[1340].

Le juge peut également instaurer une représentation mixte, et non plus entièrement familiale. En effet, une difficulté peut résulter de la gestion patrimoniale pour des raisons propres à chaque famille. Dès lors, il est nécessaire de désigner une personne autrement plus compétente en la matière qu'un membre de la famille qui ne connaîtrait pas toutes les règles de la gestion des biens et des ressources. C'est pourquoi, un MJPM sera désigné à la gestion patrimoniale et un membre de la famille assurera le volet relatif à la représentation de la personne. Tous les aspects de la mesure de protection sont pris en charge par des personnes disposant des capacités requises dans leur domaine. La personne protégée verra donc que la suppléance de sa volonté n'est pas inutile : les décisions que chaque tuteur prendra sera adaptée aux besoins et à sa situation.

531. La configuration des mesures doit aussi s'inscrire dans le cadre d'une mission de surveillance et de contrôle du juge des tutelles. L'instauration d'un subrogé tuteur ou curateur[1341] vaut pour toutes les mesures prononcées, qu'il y ait en outre un conseil de famille ou non, à condition que le juge des tutelles l'estime nécessaire[1342]. La mission du subrogé est double[1343] : il doit contrôler l'activité du tuteur ou du curateur, pour constater que l'exercice de la mesure est conforme aux intérêts du majeur et doit prévenir le juge des tutelles en cas de faute[1344] du tuteur ou du curateur dans la réalisation des actes. Cette obligation résonne comme un avertissement à l'égard du subrogé, car, devant surveiller l'activité du tuteur ou du curateur, ne pas indiquer les fautes commises par ce dernier au juge des tutelles le rend responsable à l'égard de la personne protégée. Sinon, il couvrirait les fautes du représentant légal et sa mission de surveillance serait privée de sa substance. Enfin, en cas de vacance de la tutelle par le tuteur[1345], le subrogé doit avertir le juge des tutelles afin de provoquer la désignation d'un nouveau tuteur. Il est à noter que le subrogé ne remplace pas de droit le tuteur vacant.

Dans une autre mesure, le subrogé doit représenter ou assister la personne protégée dans tous les actes que réaliserait le représentant légal et qui seraient en opposition avec ses

---

[1340] Notamment en ce qui concerne le choix du lieu de vie du majeur ou ses conditions de vie : l'entrée en maison de retraite a des conséquences personnelles et pécuniaires ; le maintien à domicile avec l'assistance d'infirmières et d'auxiliaires de vie crée le même problème. D'où une bonne entente à espérer.

[1341] Selon la circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 en date du 9 février 2009, *« la désignation d'un subrogé curateur ou tuteur dans une mesure de protection confiée à un membre de la famille peut permettre au juge, en particulier lorsque des tensions existent, d'instituer un système de contrôle interne à la famille, participant à diminuer les éventuelles suspicions, et ce, sans la lourdeur de l'organisation d'un conseil de famille ».*

[1342] C. civ., art. 454, al. 1er.

[1343] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 171.

[1344] C. civ., art. 454, al. 4.

[1345] C. civ., art. 454, al. 7.

intérêts. La loi complète les missions du subrogé par le devoir pour le représentant légal d'informer ce dernier de « tout acte grave »[1346].

La portée de la désignation d'un subrogé est de permettre au juge des tutelles de rétablir un certain équilibre dans la famille et dans ses branches, dès lors qu'existent des sources de conflits[1347]. Le principe veut qu'il y ait un administrateur dans la famille ; en désignant un subrogé, le juge apaise les tensions résultant de la désignation du représentant légal. En outre, il permet de ne pas instaurer un conseil de famille qui réclame une organisation lourde en termes de fonctionnement. Le subrogé peut remplacer exceptionnellement le tuteur dès lors qu'existe une opposition d'intérêts entre lui et le majeur[1348]. Enfin, en l'absence de subrogé, et quand bien même le représentant légal réaliserait des actes qui seraient en opposition avec les intérêts de la personne protégée, le juge pourra désigner un curateur ou un tuteur *ad hoc* qui assistera ou représentera la personne protégée dans les mêmes conditions qu'un subrogé[1349]. Cette disposition résume bien l'idée de suppléer la volonté du majeur : quand bien même il ne peut décider et qu'il existe un conflit d'intérêts avec son représentant légal, la loi impose la désignation d'un autre représentant légal temporaire pour pourvoir aux intérêts du majeur. Ainsi ce dernier ne demeure pas sans soutien pour une opération déterminée.

532. La désignation d'un adjoint au représentant légal désigné ne fait que renforcer l'idée selon laquelle la volonté du majeur doit être encadrée par un réseau de représentants aptes à prendre les bonnes décisions. Ces diverses configurations, quel que soit le contexte, doivent contribuer à ce que le majeur bénéficie de conditions de prise en charge adaptées. En faisant intervenir seulement la famille ou en y associant les MJPM, on peut écarter les membres de la famille, ou les mettre sous contrôle si besoin, qui ne présenteraient pas toutes les garanties d'une bonne gestion. La réforme contribue donc, sur ce plan, à pallier la volonté défaillante du majeur par un encadrement adapté. La mesure se veut donc propice à ce que le majeur bénéficie d'une représentation efficace ; elle s'adapte également au majeur selon la durée pour laquelle elle est instaurée.

[1346] C. civ., art. 454, al. 6. D'autres missions existent : la réalisation de l'inventaire se fait en présence du subrogé (C. civ., art. 454, al. 1er) ; le subrogé doit aviser le juge des tutelles de l'emploi ou du remploi des capitaux (C. civ., art. 497) ; les comptes annuels doivent être transmis au subrogé pour y faire valoir d'éventuelles observations (C. civ., art. 511, al. 2 et 5).

[1347] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 170. On peut préciser qu'au regard des dispositions de l'article 454 alinéa du Code civil, si l'un des membres de la famille ne peut assumer la charge de subrogé, le juge des tutelles peut désigner un MJPM en cette qualité.

[1348] C. civ., art. 454, al. 5. L'accomplissement d'un acte se fait dans les conditions dans lesquelles est placé le tuteur.

[1349] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 176.

Section 3 - Une mesure de protection adaptable à la suppléance de volonté du majeur selon sa durée.

533. La durée qu'impose la loi du 5 mars 2007 lors de l'ouverture de la mesure de protection n'a d'autres vertus que de dire si la mesure de protection est bien adaptée à la situation du majeur. En ouvrant un régime de protection pour une durée limitée, c'est-à-dire maximale mais non obligatoire, le majeur protégé dispose d'un temps durant lequel l'assistance ou la représentation doivent permettre le recouvrement de son autonomie. La durée constitue un étalon-or pour jauger la capacité du majeur à parvenir à recouvrer la prééminence de sa volonté. La durée volontairement courte dans le cadre de l'ouverture de la mesure de protection consiste donc à reconnaître que, dans certains cas, le majeur ne peut plus être en capacité d'agir seul, mais sans exclure un retour possible à l'autonomie si son état de santé s'améliore. Dans une autre mesure, la révision du régime ouvert à l'origine, consistant à dire si le juge doit le modifier ou le renouveler, permet de réadapter la mesure de protection suivant l'évolution de la personne protégée. Ainsi, selon cette évolution, le juge des tutelles pourra accroître le temps durant lequel le majeur verra sa volonté suppléée, temporairement mais plus longuement, ou bien le réduire si le majeur est en état de recouvrir sa volonté.

534. Lors de l'ouverture d'une mesure de protection, le juge des tutelles détermine sa durée. À l'opposé de ce que prévoyait la loi ancienne, la mesure désormais ouverte obéit à un exercice limité à un intervalle de temps déterminé[1350]. Ainsi, dans le cadre de la loi ancienne, le juge ouvrait un régime de protection sans indiquer de durée préétablie. La personne était placée en conséquence sous régime de protection pour la durée de son espérance de vie[1351]. La loi du 5 mars 2007 a définitivement supprimé la mesure sans délai au profit de la fixation d'un terme ou d'une échéance[1352]. Désormais, le juge, dès l'ouverture d'une mesure de protection, doit indiquer la durée pour laquelle la mesure sera mise en place. La durée maximale d'une mesure de protection dans le cadre de l'ouverture était limitée à cinq ans[1353] sous le coup de cette loi. Par le jeu de la loi du 16 février 2015, le délai est désormais porté à dix ans pour les mesures de tutelle dont il ressort que l'état de santé du majeur n'est susceptible d'aucune amélioration selon les données acquises de la science[1354]. Le maximum de la mesure est fixé à cinq ou dix ans, terme au-delà duquel la mesure deviendra caduque[1355].

[1350] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 99 ; Th. Fossier, « Quand le juge (des tutelles) se fait discret », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n°169, avril 2008, pp. 46 et sui. ; D. Guérin-Seysen, « La dimension internationale de la protection juridique des majeurs », RD Sanit. Soc., 29 avril 2011, n° 2, p. 279. Le principe de la révision périodique est également appliqué en Allemagne, en Angleterre ou au Québec. Les mesures prononcées doivent être, soit le plus court possible, soit être réévaluées tous les trois ans ou tous les cinq ans. La loi anglaise favorise ainsi une mesure courte, alors que le droit allemand peut être comparé en tout point au droit français car il impose une révision de la mesure tous les cinq ans. Le Québec s'oriente davantage vers la révision tous les trois ou cinq ans.

[1351] La seule possibilité de mettre fin à la mesure en cours était d'adresser au juge des tutelles une requête en mainlevée de la mesure ou de modification du régime. Autrement, sans aucune demande formulée au juge, la mesure ouverte initialement restait en l'état.

[1352] V. *supra* n. n° 1250, Th. Fossier, art. préc. ; V. Avena-Robardet, « La simplification du droit de la famille », AJ Fam., 18 mai 2009, n° 5, p. 190.

[1353] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 107 ; C. civ., art.441.

[1354] L. n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JORF n° 0040 du 17 février 2015, p. 2961, texte n° 1, not. Titre 1er, art. 1er, II, 5° et C. civ., art. 441 nouveau, al. 2.

[1355] V. *supra* n. n° 1299, L. Pécaut-Rivolier, art. préc.

En fixant un délai court pour les mesures dans lesquelles l'état de santé du majeur peut s'aggraver ou s'améliorer, il est possible de voir son évolution médicale. Si l'évolution est favorable, on limitera la suppléance de sa volonté, au point de pouvoir rétablir sa prééminence. Dans le cas contraire, elle restera d'actualité.

C'est pourquoi, le principe de révision[1356] permet de dire si la mesure est ou non toujours adaptée au majeur. La révision de la mesure et son contrôle sont des garanties du bon déroulement de celle-ci. Elle constitue ainsi une sorte de contrôle de l'évolution de la personne. Puisque la mesure doit s'appliquer au profil de la personne et s'adapter en fonction de son évolution, la révision de la mesure de protection s'imposait comme un principe novateur dans l'articulation des régimes de protection. Si les mesures de tutelle et de curatelle sont prononcées pour une durée maximale de dix ans pour les unes, cinq ans pour les autres, la révision à terme de la mesure n'est pas une obligation en soi. Il s'agit d'une durée maximale donnée à titre indicatif pour circonscrire la mesure dans un intervalle de temps. C'est un temps qui doit permettre d'apprécier l'évolution de la personne en tout point, mais le juge ou les parties peuvent ne pas attendre l'arrivée du terme de la mesure pour demander sa révision. En effet, la demande de révision peut intervenir au bout de seulement un ou deux ans depuis le prononcé de la mesure.

535. La loi du 5 mars 2007 prévoyait que toutes les mesures prononcées sous le coup de la loi ancienne devaient être révisées avant le 1er janvier 2014[1357], les mesures non révisées avant ce terme devenant caduques[1358]. La loi du 16 février 2015, désormais, prévoit que les mesures ouvertes avant son entrée en vigueur doivent faire l'objet d'une nouvelle révision au plus tard le 18 février 2025, à peine de caducité, dès lors qu'elles ont été prononcées pour une durée supérieure ou égale à dix ans, la durée du renouvellement ne pouvant pas dépasser vingt ans[1359]. Le problème de voir le majeur protégé être livré à lui-même en raison de l'absence de révision de sa mesure dans les délais impartis est suffisamment grave pour éviter justement une telle erreur d'appréciation. Seulement, si les MJPM ont pour devoir de vérifier si la mesure de protection est toujours exercée dans la limite de temps prévue par le juge des tutelles, les familles n'ont pas le même état d'esprit. Car si les greffes de tutelle ne sont pas tenus par les textes de relancer les familles pour procéder à la révision des mesures de protection[1360], ils le font surtout dans l'intérêt du majeur si le constat est fait que la famille n'a pas engagé les démarches pour faire réviser la mesure. Les majeurs, de par les circonstances, étant rares à demander la révision de la mesure, ce devoir relève davantage des familles. Si

---

[1356] V. *supra* n. n° 1331, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, art. préc. ; v. *supra* n. n° 1352, V. Avena-Robardet, art. préc.

[1357] Ce délai, jugé trop court par l'ensemble des juges des tutelles, devait initialement être fixé au 1er janvier 2012. Cependant, le nombre de révisions des mesures ouvertes avant 2009 étant tel, le législateur a rallongé ce délai de deux ans. La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, dite de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (JO n° 0110, 13 mai 2009, p. 7920, texte n°1), a ainsi prévu le passage du 1er janvier 2012 au 1er janvier 2014 pour déclarer caduques toutes les mesures non révisées. V. en ce sens : A. Batteur, « Application de la loi du 5 mars 2007 dans le temps et modifications opérées par la loi du 12 mai 2009 », Dr. Fam., 1er juillet 2009, n° 4, p. 3.

[1358] Avec ce que cela implique comme conséquences : responsabilité de l'État pour dysfonctionnement du service public, procédure à recommencer avec le coût du certificat médical du certificat médical… *cf* L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, « Quand trop de protection tue la protection », AJ Fam., 24 juin 2013, n° 6, p. 323 ; V. Avéna-Robardet, « Caducité des mesures ? », AJ Fam., 16 juillet 2013, n° 7, p. 403.

[1359] *Cf supra* n. n° 1354, L. n° 2015-177 du 16 février 2015 préc., not. Titre 1er, art. 1er, II, 6° pour la durée maximale du renouvellement, *ibid*. art. 26 sur les conditions du renouvellement des mesures concernées par ladite loi ; *cf* ainsi C. Civ., art. 442 nouv., al. 2.

[1360] Aucun texte ne prévoit la relance des familles. Il s'agit simplement de diligences réalisées dans un souci de bonne administration de la justice.

certaines font le nécessaire, d'autres ne le font pas. Si les greffes de tutelle s'évertuent à relancer de nombreuses fois les familles peu diligentes, passé un délai et de nombreux rappels, la mesure ne sera pas révisée. L'interdiction de la saisine d'office du juge en raison de l'absence de tout certificat médical l'empêche d'ordonner le renouvellement de la mesure. Dès lors, devant le refus de la famille ou devant son incompréhension, la mesure ne sera pas reconduite. L'incompétence ou la négligence de la famille est donc la pire réponse que l'on puisse apporter à la suppléance de volonté du majeur.

536. L'article 442 du Code civil pose les conditions de la révision. Suivant que la révision de la mesure entraîne ou non l'aggravation de la mesure, ou sa mainlevée, les conditions seront différentes[1361]. Ainsi, lorsque le requérant souhaite le renouvellement à l'identique de la mesure, son allégement ou sa mainlevée, il convient de joindre à la requête en révision un certificat médical établi par un médecin traitant[1362]. En aucun cas, l'obligation de joindre un certificat médical établi par un médecin inscrit n'est posée. Le requérant peut y avoir recours, mais ce n'est pas une condition de recevabilité. Mais pour autant, l'obligation qui s'impose au juge des tutelles est celle de constater l'amélioration ou l'aggravation de l'état de santé de la personne. S'il importe peu dans l'absolu que le certificat médical soit établi par un médecin inscrit ou non, ce dernier doit indiquer l'état médical actuel du majeur.

La Cour de cassation a imposé, pour le juge des tutelles, l'obligation de constater médicalement l'amélioration, la stagnation ou l'aggravation de l'état de santé de la personne aux fins de conversion d'une mesure de protection[1363]. Dans le cas d'espèce soumis à la Cour et à la suite d'une procédure de conversion de la mesure de curatelle simple en curatelle aggravée (renforcée au jour d'aujourd'hui), puis de la poursuite de la procédure inverse, le juge des tutelles décidait de maintenir la personne protégée sous curatelle aggravée. Le tribunal de grande instance est venu infirmer la décision du juge des tutelles, alors qu'il n'avait pas été établi la nécessité pour la personne de ne plus bénéficier de la mesure, au regard de son état de santé. Si le tribunal de grande instance a infirmé la décision du juge des tutelles, il n'a pas constaté dans son jugement que la personne ne devait plus bénéficier d'une mesure de protection selon les constatations médicales qui doivent s'imposer à toute levée ou tout maintien de la mesure. C'est en tout cas sur ce défaut de base légale que la Cour de cassation casse en tout point le jugement du tribunal de grande instance, au motif qu'il est nécessaire de constater l'état de santé de la personne pour lever ou maintenir une mesure de protection.

Au vu des éléments médicaux, le juge peut entendre ou non la personne protégée, et suivant les éléments recueillis, il se prononcera en faveur de la mesure la plus adaptée. Par contre, si l'aggravation doit être prononcée sans que ne figure le certificat médical établi par le médecin inscrit, le juge peut renvoyer l'affaire et ne prononcer l'aggravation qu'à compter de la jonction de ce certificat. C'est ainsi qu'une requête en aggravation doit répondre à l'exigence d'un certificat médical du médecin inscrit[1364]. Le juge des tutelles peut aussi accueillir la requête, mais lors de l'audition, le juge pourra demander la jonction du certificat médical du médecin inscrit. La décision d'aggravation serait rendue ultérieurement.

[1361] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 112 à 114.

[1362] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 61.

[1363] Civ. 1ère, 5 novembre 2008, n° 07-17.907, Bull. Civ. I, n° 249 ; Gaz. Pal., 11 juin 2009, n°162, p. 30, n. J. Casey. Dans le même sens, à rapprocher de Civ. 1ère, 16 juillet 1998, n° 96-11.970 préc. *supra* n. n° 1291, et Civ. 1ère, 24 octobre 1995, n° 93-21.484, Bull. Civ. I, n° 371, p. 258 ; RD Sanit. Soc., 15 mars 1996, n° 1, obs. Fr. Kessler ; Defrénois, 15 juin 1996, n° 11, p. 732, obs. J. Massip, LPA, 19 juin 1996, n° 74, pp. 32 et sui., n. J. Massip.

[1364] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 58 et 113 ; tel que le prévoit l'article 431 du Code civil.

537. La durée de la mesure prononcée dans le cadre de la révision est prévue pour cinq ans[1365]. Délai de principe qui peut être écarté suivant certaines situations de fait. Si l'altération des facultés mentales n'est manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science et qu'elle est constatée par un médecin inscrit, le juge des tutelles peut prononcer le renouvellement de la mesure pour une durée supérieure à la durée maximale de cinq ans. La durée serait alors de dix ans, vingt ans, voire plus sous le coup de la loi du 5 mars 2007[1366]. Or, avec la loi du 16 février 2015, le juge des tutelles ne peut plus aller au-delà d'une durée de vingt ans[1367]. Si le médecin traitant établit un certificat dans lequel il préconise une mesure supérieure à une durée de cinq ans, le juge devra prononcer une mesure pour une durée de cinq ans[1368] maximum, sans pouvoir dépasser ce délai. La révision de la mesure permet donc à la personne protégée de rencontrer le juge pour que ce dernier constate la pertinence du renouvellement de la mesure ou de sa demande de mainlevée.

La « seconde » loi nouvelle réformant la durée des mesures n'est pas sans poser de graves difficultés de compréhension de la part des familles. Dès le 1er janvier 2009, les juges des tutelles pouvaient aller au-delà de la durée de cinq ans lors des révisions de mesures. Une mesure renouvelée pour une durée de quarante ans en raison de l'absence de toute amélioration de l'état de santé du majeur permettait à la famille de ne pas repasser devant le juge, ceci limitant notamment le risque d'oubli des familles de procéder à la révision de la mesure. Or, en fixant la date du 18 février 2025 comme date de caducité des mesures révisées (dans le cadre de la loi du 5 mars 2007) avant la loi du 16 février 2015 (et son entrée en vigueur à la date du 18 février 2015) pour une durée supérieure ou égale à dix ans, c'est créer une incompréhension dans l'esprit des familles. Pourquoi renouveler une première fois une mesure pour une durée très longue, notamment trente ans, et la réviser à nouveau pour une durée inférieure, quinze ans par exemple, alors que la durée longue permettait justement d'éviter un nouveau passage devant le juge et alors même que la mesure en elle-même restera similaire à celle ouverte *ab initio* ? Les mesures renouvelées pour des durées très longues se basent sur des certificats médicaux attestant que l'état de santé ne peut plus connaître d'évolution favorable. Pourquoi alors revoir ces mesures ? sans doute pour éviter l'aspect définitif que confère une mesure renouvelée pour une durée de trente ou quarante ans, alors que le majeur est déjà âgé de quatre-vingt-dix ans. Une dernière révision semble donc nécessaire pour éviter cet amalgame avec la loi du 3 janvier 1968, mais est-ce vraiment dans l'intérêt du majeur de subir à nouveau un examen médical coûteux qui lui rappellera qu'il est encore plus proche de la fin ? il n'est donc pas certain que la protection du psychisme de la personne soit réellement efficiente.

538. Si le juge des tutelles n'a pas procédé à la révision de la mesure dans le délai imparti, en raison de l'absence de toute demande en ce sens, l'article 443, alinéa 1er, du Code civil prévoit la caducité de la mesure au-delà de cette durée[1369]. Par contre, la mesure cesse de plein droit dans l'intervalle si le juge ordonne la mainlevée de la mesure. La personne retrouve la capacité juridique qui était sienne[1370]. C'est l'expiration du délai pour absence de révision de la mesure qui est plus complexe.

[1365] C. civ., art. 442, al. 1er.

[1366] C. civ., art. 442 anc., al. 2.

[1367] V. *supra* n. n° 1359. Dans tous les cas, que la durée soit fixée selon la loi du 5 mars 2007 ou la loi du 16 février 2015, le juge doit motiver médicalement la nécessité d'aller au-delà de la durée de cinq ans qui constitue le principe : *cf* Civ. 1ère, 13 mai 2015, n° 14-14.904, à publier, *D.* 2015. 1569, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy, AJ fam. 2015. 410, obs. Th. Verheyde.

[1368] V. *supra* n. n° 1364.

[1369] Fl. Fresnel, « Le médecin et le majeur protégé », Gaz. Pal., 15 octobre 2009, n° 288, pp. 3 et sui.

[1370] La mention de la mainlevée de la mesure devra apparaître sur les actes de l'état civil.

La mainlevée peut être prononcée lorsque l'altération des facultés mentales ou corporelles disparaît[1371], ou encore lorsque le majeur « disparaît » de la circulation sans laisser d'adresse. La mainlevée est également ordonnée pour les curatelles prononcées au motif de la prodigalité qui n'admettent aucune altération des facultés physiques ou mentales. Elle peut intervenir aussi en cas de non révision de la mesure initiale. Ce cas pose donc une difficulté.

Dans la mesure où la caducité n'est pas constatée et que la mesure de protection cesse de plein droit, et qu'en conséquence, la personne retrouve sa capacité juridique, la question est de savoir comment cette personne peut retrouver sa totale indépendance juridique alors que les registres de l'état civil mentionnent toujours le placement sous protection. Il convient tout de suite d'écarter la possibilité pour le juge de rendre un jugement constatant la caducité de la mesure. Aucune disposition de la loi ne prévoit une telle formalité, bien qu'il puisse rendre une ordonnance constatant celle-ci. La solution est donnée par l'article 1233 du Code de procédure civile. Pour que le majeur puisse de nouveau exercer ses prérogatives[1372], il est nécessaire que les tiers en soient avisés. Ainsi, le Code de procédure civile prévoit que le retour à la pleine capacité juridique de la personne se fasse par publicité[1373].

[1371] Ce qui doit être constaté médicalement et devant faire l'objet d'une motivation dans le jugement de mainlevée. V. en ce sens : Civ. 1ère, 5 novembre 2008, n° 07-17.907 préc. *supra* n. n°1363. Par contre, si le majeur sollicite la mainlevée de sa mesure alors que l'altération de ses facultés mentales impose un régime de protection, la mainlevée de la mesure ne sera pas prononcée et maintenue en l'état : *cf* Civ. 1ère, 7 novembre 2012, n° 11-17.311, inédit, « De l'obligation de motiver soigneusement les décisions de mise sous protection : la Cour de cassation tient la main », RTD Civ. 8 avril 2013, n° 1, p. 89, obs. J. Hauser, mais seulement sur l'aspect du maintien de la mesure aux motifs qu'aucune autre mesure que la tutelle ne permet de pourvoir aux intérêts du majeur (avec désignation d'un MJPM en raison de la technicité des opérations patrimoniales à réaliser). Dans le même sens sur le maintien de la mesure de tutelle : Civ. 1ère, 6 juin 2012, n° 11-15.264, inédit, source Légifrance, en ce que le recours portant sur le rejet par le juge des tutelles de la mesure de tutelle prononcée initialement a été écarté en raison de la nécessité de maintenir une mesure de protection, l'état de santé du majeur justifiant le rejet de la demande de mainlevée. Pareillement, Civ. 1ère, 23 novembre 2011, n°10-26.249, inédit, source Légifrance, en ce que les troubles dont a souffert le majeur l'ont conduit à une hospitalisation d'office et sont permanents en l'état, ce qui justifie également que le majeur ne voie pas la mesure de protection levée par le juge, ceci étant d'autant plus caractérisé que la mesure s'avérait nécessaire ; Civ. 1ère, 23 novembre 2011, n° 10-10.991, inédit, source Légifrance, en ce que, selon l'appréciation souveraine des juges du fond, le majeur était perturbé dès lors qu'il était destinataire de documents relatifs à la gestion de son budget, outre également la persistance de pensées délirantes après la cessation d'un suivi médical psychiatrique, ces éléments confirmant la nécessité de maintien de la mesure de curatelle renforcée prononcée à l'origine en raison de l'impossibilité pour le majeur de gérer son budget ; Civ. 1ère, 27 mai 2010, n° 09-12.193, inédit, source Légifrance, en ce que le majeur souffrait d'une psychose paranoïaque ancienne altérant la perception de la réalité, et par conséquent, dénotant l'absence d'évolution du mode de vie, l'ignorance des moyens d'existence et l'état de son patrimoine, ces considérations justifiant le rejet de la demande de mainlevée. V. également un arrêt récent qui confirme que la constatation de la persistance du trouble mental est nécessaire afin de rejeter une demande de mainlevée de la mesure de protection, à condition que ce constat soit particulièrement motivé par le juge dans sa décision : Civ. 1ère, 15 avril 2015, n° 14-16.666, à publier, AJ fam. 18 juin 2015, n° 6, p. 343, obs. V. Montourcy, *D.* 2015. 1569, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy. Dans tous les cas, le majeur qui compromet l'exercice de la mesure ne peut plus obtenir de mainlevée de ladite mesure, du moment qu'il n'est pas sain sur le plan mental, malgré son comportement.

[1372] V. *supra* n. n° 1364.

[1373] Le greffe doit être avisé par tout moyen de l'expiration du délai de la mesure. Quiconque peut avertir le greffe de cette situation. Le greffe des tutelles avisé, il saisit le greffe du répertoire civil du tribunal de grande instance du lieu de naissance de la personne, afin que soit portée en marge de l'acte de naissance la mention relative à l'expiration du délai de la mesure. Cette formalité effectuée,

Si la mesure devient caduque alors que la personne est en état de faire face seule à ses difficultés, la question ne se pose pas. Mais dans le cas contraire, la personne est exposée à sa propre vulnérabilité et ne pourra pas se défendre de la malveillance extérieure. C'est pourquoi, un contrôle de la durée de la mesure doit être permanent : la vérification des délais de caducité doit intervenir régulièrement afin de provoquer les familles à saisir le juge[1374]. Puisque la protection de la personne est un devoir des collectivités publiques, toutes les garanties doivent être apportées au respect de ce devoir. Mais étant aussi un devoir des familles, ces dernières doivent veiller à l'expiration du délai imposé par le juge. Les familles sont également responsables du devenir de la mesure. On sait pertinemment pourquoi l'on confie la mesure à un professionnel dans ce cas : certaines familles étant inaptes au suivi de la mesure et à la surveillance des délais, elles peuvent faire périr la mesure, ce qui, avec des professionnels, ne peut pas survenir[1375], ou n'est pas censé arriver.

La mesure peut devenir caduque dans l'hypothèse de l'éloignement de la personne protégée hors du territoire national[1376]. Ici, il n'est plus question de délai. Il s'agit d'un éloignement durable de la personne du territoire national dans lequel a été prononcée la mesure[1377]. Comment pourrait-on alors exercer une mesure en l'absence de la personne protégée, procéder au suivi de la mesure et de son contrôle ? La difficulté est grande, d'autant que le personne en charge de la mesure est soumise à l'obligation d'en informer le juge des tutelles. La difficulté se pose lorsque la personne protégée a réorganisé la gestion de son patrimoine en le transférant dans son pays d'accueil. La Convention de La Haye prévoit que le juge des tutelles, saisi *ab initio,* puisse prononcer la mainlevée de la mesure de protection, en motivant son jugement selon les circonstances de l'espèce.

539. La mainlevée est louable dans certains cas, car elle signifie que le majeur a recouvré son autonomie et qu'il est en capacité d'affirmer sa volonté[1378]. Mais le côté pervers

---

elle justifie du retour de la personne dans le cadre de son indépendance juridique et demeure opposable aux tiers. Dès lors, la personne redevient libre d'elle-même. Ce qui n'est pas sans causer certaines difficultés.

[1374] Les textes ne prévoient pas que le greffe doive aviser la famille d'une caducité imminente. C'est un devoir de la famille de veiller à éviter la caducité, puisque le jugement prévoit la durée de la mesure de protection. Cette responsabilité incombe donc à la famille sans que le greffe ne voie sa responsabilité engagée. Quant aux MJPM, ils doivent y veiller de la même manière, eux, par contre, engageant leur responsabilité professionnelle.

[1375] Bien qu'en pratique, le risque zéro n'existe pas.

[1376] V. *supra* n. n° 1225, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 111 ; C. civ., art. 443, al. 2.

[1377] Tel que le prévoit la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes. Les articles 3 et 15 du Code civil en disposent tout autant, selon l'article 443 du même code qui y renvoie expressément.

[1378] V. *supra* n. n° 1333, L. Pécaut-Rivolier, art. préc. Par contre, la mainlevée ne peut plus être ordonnée si le majeur compromet seul l'exercice de la mesure de protection. La Cour de cassation, saisie sur avis, a indiqué que la mainlevée prononcée dans ce cas particulier de situation n'est pas conforme à l'intérêt du majeur, même si ce dernier ne coopère pas et tend à mettre en péril la mesure. Si avant l'avis rendu par le Cour de cassation le 13 avril 2015, les juges des tutelles pouvaient décider de mettre un terme à la mesure en raison de ce contexte et malgré la persistance d'une altération des facultés mentales, désormais, les levées de mesures hors recouvrement des facultés, décès ou éloignement du territoire sont illégales. Même en situation d'échec, le majeur doit continuer à bénéficier d'une mesure de protection, tant que son état de santé ne justifie pas la levée de celle-ci. En définitive, si le majeur a bénéficié de multiples représentants légaux du fait de son comportement outrancier, injurieux ou peu coopératif, le dernier désigné conserve la mesure, même celui-ci ne veut plus exercer la mesure. Mais dans tous les cas, le majeur reste sous protection jusqu'à recouvrement de ses facultés mentales : *cf* Cass. avis, 13 avril 2015, n° 15-70.001, rapp. R. Le Cotty et concl. P. Ingall-Montagnier, *D*. 2015. 922, *ibid*. 1569, obs. J.-J- Lemoiland, D. Noguéro et J.-M. Plazy, AJ fam., 2015.

de la mainlevée réside dans l'absence d'accompagnement après que le juge des tutelles ait ordonné la suppression de la mesure. Si le majeur a longuement été placé sous protection et qu'il recouvre du jour au lendemain sa capacité juridique, sera-t-il en mesure de faire seul alors qu'il a bénéficié d'une assistance qui garantissait un contrôle de ses actes ? Les erreurs éventuellement commises par le majeur peuvent être rattrapées ; or, en n'ayant plus le bénéfice de la mesure de protection, le majeur n'a plus l'assistance et le conseil qui allaient avec la mesure. Même si les associations restent en contact avec le majeur pendant un temps encore long pour permettre la transition, les familles n'ont sans doute pas cette politique de l'accompagnement hors mesure. Le retour de la prééminence de la volonté peut en réalité s'avérer pire que la suppléance, car l'assistance ou la représentation protégeait le majeur de ses propres erreurs. Le retour à une situation de pure capacité n'admet donc pas que le curateur ou le tuteur puisse annuler les actes réalisés par le majeur : celui-ci doit assumer un acte qu'il ne pourra annuler. Si la suppression de la mesure de protection reste toutefois travaillée en amont et que le majeur est mis dans des conditions telles qu'il puisse agir seul, il n'en demeure pas moins que le retour à une situation de capacité peut dérouter, surtout si l'accompagnement a été efficient.

540. Au final, la révision est le meilleur moyen de vérifier si le majeur doit voir sa volonté toujours suppléée ou bien s'il est en capacité de recouvrer un pouvoir de décision seul. Il n'y a nullement à douter des bienfaits d'un tel procédé, car contrairement à ce que prévoyait la loi de 1968, celle de 2007 tient compte, sur cet aspect, de la nécessité de protéger une personne pour une durée limitée en adaptant la mesure à son profil.

408, obs. V. Montourcy, Dr. fam. 2015. 130, n. I . Maria. Précisons que l'avis a été sollicité par le Cour d'appel de Douai, instance au cours de laquelle une substitution de mesure a été demandée par l'appelant, ce dernier ne voulant plus bénéficier de la moindre mesure de protection. Sur la substitution de mesure par la cour d'appel : CPC, art. 1246, al. 1er.

Conclusion du Titre Premier.

541. Le déroulement de la procédure aura vertu à placer la personne à protéger dans un contexte tel qu'elle sera recentrée au cœur des dispositifs de protection. Car l'enjeu réel de la mesure de protection est bien celui-ci : concilier les libertés individuelles de la personne tout en la protégeant et en garantissant son autonomie, et ce malgré un défaut de volonté individuelle dans le choix d'une protection. Voilà un enjeu vertueux, mais qui n'est pas sans cohabiter avec tout un panel de difficultés. Car, comment concilier la protection de la personne, avec la restriction de droits que cela suppose, avec ses droits fondamentaux ? Au demeurant, si la protection doit rentrer en ligne de compte, les libertés et le respect de la personne doivent aussi prévaloir. La liberté, dans un premier temps, doit permettre à la personne de décider, non pas officiellement de son placement sous protection, mais si elle souhaite ou non bénéficier d'une mesure de protection. Le juge des tutelles appréciera, mais le recueil de l'avis de la personne sera de nature à établir la gravité de l'altération de ses facultés, suivant la compréhension qu'elle aura du déroulement de la procédure et de l'impact de la mesure. La dignité, dans un second temps, doit permettre à la personne de conserver l'exercice de certains droits, alors même que la mesure de protection limite la personne dans l'exercice de tous ses droits. Et pourtant, il n'en demeure pas moins que son respect, dans tous ces aspects, ne doit pas compromettre sa protection.

542. Car la contradiction existe entre les impératifs sociaux de la loi et l'autonomie de la personne protégée. On a vu que la procédure ne peut être ouverte que si le majeur se soumet à l'examen médical. L'examen, en soi, n'est pas une démarche obligatoire qui s'impose à la personne. Puisque aucune procédure, avant l'établissement du certificat médical, ne peut se permettre de restreindre les droits de la personne, cette dernière doit être justement considérée comme capable juridiquement, même si sa lucidité est aux antipodes de la clairvoyance. Mais pour autant, rien ni personne ne peut contraindre la personne dite démente à se rendre à cet examen. Parce que le principe de liberté prévaut ! Après tout, la personne dispose de l'exercice plénier de ses droits, elle est libre, lucide pour l'occasion, elle seule, en conséquence, doit être amenée à décider si elle veut se soumettre à l'examen médical. Quoi qu'elle décide, on pourra interpréter son choix de différentes manières. Si elle accepte, c'est qu'elle présente un trouble qui ne lui permet pas de contester la réalité médicale que le médecin confirmera. Elle peut tout aussi bien accepter pour établir que sa santé mentale est saine, l'instauration d'un régime de protection n'ayant aucune utilité en soi. Dans le cas contraire, elle refuse l'examen médical. Et c'est l'interprétation inverse qui se produit. Son refus peut témoigner de sa parfaite santé mentale, justifiant à elle seule de ne pas être examinée, car l'examen prouverait l'absence d'anomalies mentales ; mais le refus peut être interprété comme un signe d'altération des facultés mentales.

543. La liberté de la personne, qu'on veut bien lui laisser pour se soumettre à l'examen médical, est à même de poser de sérieux problèmes quant à la protection effective. Il est nécessaire de garantir sa liberté et sa dignité, car la mesure étant très contraignante, l'ouverture d'une mesure hors l'avis de la personne ne serait pas conforme à la morale. Puisque la personne est l'élément central des dispositifs de protection, ces garanties doivent être apportées. Mais un choix est à faire. La liberté est une contradiction par rapport aux régimes de protection[1379]. Libre mais contrainte ! telle est la personne protégée ! Libre de quoi ? on pourrait se poser la question, mais la mesure de protection doit garantir la liberté qui reste effective, car toute liberté n'est pas retirée. L'exercice de droits personnels en est bien la preuve. Toutefois, l'inconciliable semble de mise. Protéger la personne sans porter atteinte à un quelconque de ses droits serait un idéal purement fantasmagorique, mais la réalité

[1379] V. *supra* n. n° 1226, A. Cermolacce, art. préc.

juridique est tout autre. On se retrouvera inexorablement confronté à deux situations totalement inconciliables. Ou bien la personne est protégée, mais ses libertés sont altérées, ou bien la personne reste libre, mais sa vulnérabilité non prise en charge l'amènera à perdre tout sens de la réalité.

Alors, une solution resterait envisageable. Si le refus de la personne de se soumettre à l'examen médical est la preuve tangible que l'altération de ses facultés mentales existe bien, mais que l'on ne peut établir médicalement cette altération du fait de son refus, il sera bien difficile de protéger cette personne, et rien ne pourra la convaincre de se montrer bienveillante quant à sa soumission à l'examen médical. Ce qui, en soi, peut paraître pour certaines personnes, comme un signe de faiblesse que de se soumettre à l'examen sans contester. Mais puisque la protection de la personne est un devoir des familles et des collectivités, ne peut-on prendre le risque de contraindre la personne à s'y soumettre, nonobstant sa liberté, qui serait bafouée pour l'occasion, mais bafouée dans une intention louable ? Après tout, ne vaut-il mieux pas que cette personne soit protégée, malgré l'atteinte à sa liberté ? Ou, au nom de la sacro-sainte liberté, doit-on voir la personne dépérir ? La personne qui n'est pas protégée peut être dangereuse pour elle-même, mais aussi pour les autres. Dans le cadre de la protection de l'ordre public, la force publique ne peut-elle pas procéder à une hospitalisation d'office ? Car dans ce cadre, le procureur de la République doit intervenir et l'examen que subirait la personne hospitalisée serait transmis au Parquet aux fins de signalement de la nécessité d'ouvrir une mesure de protection, en attendant le déroulement d'une sauvegarde de justice médicale. La personne serait alors examinée par un médecin inscrit, et la procédure pourrait enfin débuter. Mais ce n'est pas pour autant que la liberté de la personne serait totalement compromise. À tout moment de la procédure, la CESDH conditionne le respect de la liberté de la personne, et le juge des tutelles doit veiller à ce que les mesures soient prises pour son bien.

544. C'est pourquoi, la conciliation entre protection de la personne et liberté de la personne ne pourra jamais se faire sans que l'une ou l'autre ne soit altérée. Mais il ne faut pas perdre de vue l'enjeu principal de la protection des majeurs. Quoi qu'il retourne de la mesure, cette dernière doit en tout point permettre à la personne de parvenir à l'autonomie, suivant ses facultés mentales et sa capacité à y parvenir, malgré la suppléance de toute volonté. L'autonomie est en réalité ce qui doit permettre à la personne de demeurer libre, la mesure de protection n'étant au final qu'un moyen, qu'un accessoire au service de l'autonomie. Car si la mesure ne peut être que temporaire, puisque c'est le cas en termes de délais, l'autonomie, elle, ne doit pas être qu'une chimère que poursuivrait le majeur. Elle doit exister, se concrétiser et faire disparaître la mesure derrière un écran qui serait celui de la capacité de la personne à exercer ses droits, sous couvert d'une assistance ou d'une représentation. Mais l'autonomie est ce qui rendra la liberté à la personne, et la mesure de protection ne sera rien d'autre qu'un cadre d'exercice de la liberté de la personne protégée.

545. La suppléance de la volonté individuelle est une réalité. Même si la procédure essaie de préserver la volonté du majeur, celle-ci est tout simplement écartée et remplacée par la volonté de la famille d'agir en ses lieu et place. Le système mis en place démontre que le majeur ne peut plus agir en dehors de toute assistance ou représentation et sans le moindre contrôle. Les effets de la mesure de protection sont fortement impactés par la suppléance de toute volonté et vont dans le sens de cette suppléance. Pire, les effets de la suppléance vont au-delà même de l'aspect humain : si la loi du 5 mars 2007 a voulu recentrer le majeur au cœur des régimes de protection, la protection judiciaire du patrimoine revêt au final un aspect tout aussi important qu'il ne l'était sous l'égide de la loi ancienne. La combinaison de la suppléance de la volonté du majeur à la gestion du patrimoine a cette grave conséquence : le majeur, en ce qui concerne sa personne, passe au second plan. Le mythe s'écroule.

Titre Second
Des conséquences de la suppléance de volonté du majeur : de l'affirmation du principe d'autonomie ?

546. Désormais, le représentant légal est investi du pouvoir de représenter le majeur, de l'assister dans le meilleur des cas, de le contrôler quelles que soient les circonstances. Dans la relation protégé / représentant légal, la suppléance de la volonté individuelle devient effective et le majeur devient l'instrument de sa propre protection. Si l'exercice de la mesure engage nécessairement la réalisation d'actes patrimoniaux et l'accomplissement d'actes extrapatrimoniaux, il convient, pour les exécutants de la mesure, de savoir ce qui leur est autorisé ou prohibé et ce que le représentant légal, ainsi que le protégé, sont en droit de faire seuls ou selon les règles de l'assistance ou de la représentation, afin de rester circonscrits au cadre de la suppléance de toute volonté.

C'est pourquoi, le juge des tutelles se doit de garantir l'exercice effectif et efficace de la mesure de protection, tant en ce qui concerne la dimension personnelle que matérielle. Ces deux dimensions sont désormais associées. Car la mesure de protection ne s'exerce pas, et la gestion ne se fait pas non plus, comme si le majeur protégé n'était qu'un individu traité comme un mineur. La mesure de protection ne doit pas ressembler à une forme de représentation parentale à l'égard de l'enfant. Bien entendu, le majeur protégé sera contraint de ne plus pouvoir exercer certains droits. La mesure mise en place porte atteinte de manière autrement plus grave à l'exercice des droits de la personne, tant personnels que matériels. Si le simple mineur doit attendre sa majorité pour avoir l'exercice plénier de ses droits, le majeur placé sous protection en perd une partie, les conséquences n'en étant pas moins dommageables, autant pour lui que pour les tiers. C'est pourquoi, le représentant sera confronté à une sorte de conflit d'intérêts, non pas d'un point de vue juridique, mais d'un point de vue personnel. Comment ne pas créer de préjudices tout en gérant du mieux possible des choses dont la personne n'a plus l'exercice juridique ? le risque de dérives et de confusion dans ce qui est autorisé et interdit, tant de la part du représentant que du protégé, peut amener la mesure de protection à de véritables conflits d'intérêts, cette fois purement juridiques, ou à des conflits relationnels.

547. Il ne faut pas être naïf pour autant. À imaginer que la mesure de protection se déroule sans aucun conflit ni difficulté (ce qui est tout à fait possible si les parties à la mesure savent faire preuve de conciliation à bien des égards), la mesure de protection reste une atteinte établie dans l'exercice des droits de la personne protégée, notamment les droits patrimoniaux[1380]. La mesure de protection est évidemment un frein à l'intention libérale et à la volonté de disposer de ses droits comme on le souhaite. Et d'une manière générale, c'est dans ce sens que la loi du 3 janvier 1968 voulait impérativement protéger les patrimoines : elle s'évertuait à régler les questions patrimoniales, alors que la question de la protection de la personne incapable n'était pas abordée principalement[1381]. Si la logique de la protection

[1380] Par exemple, le droit de propriété, dès lors qu'un régime de protection vient limiter la personne protégée dans son droit d'action, perd son caractère sacré. Car même en instaurant la mesure la moins contraignante qui soit, il n'en demeure pas moins que la personne protégée ne pourra entièrement agir comme elle le souhaite. Ou à demander l'autorisation du juge des tutelles, ou à agir avec l'assistance de son curateur, le protégé ne sera pas entièrement libre d'exercer ses prérogatives de propriétaire. Et dès lors que ce droit est altéré en partie, c'est l'ensemble du droit de propriété qui est visé. Ainsi, comment le protégé pourrait-il disposer librement de ses biens par donation ou legs s'il se voit contraint de ne pas pouvoir donner ou léguer sans être contrôlé dans ses actes ?

[1381] M. Azavant, « Effets généraux et effets personnels », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 73 et sui. ; Th. Fossier et Th.

purement matérielle est désormais morte et enterrée, elle ne doit pas être oubliée pour autant, puisque la protection générale qu'offre la loi du 5 mars 2007 laisse apparaître un contrôle prégnant sur la gestion patrimoniale.

548. La loi a pour ambition de mettre la personne du protégé au centre des régimes de protection, c'est-à-dire que tout ce qui est décidé doit l'être en fonction de sa personne, et non plus en fonction du patrimoine seul. Mais croire à ce revirement brutal de la logique matérielle au profit de la logique personnelle reviendrait à se fourvoyer dans une trop grande sensiblerie. Il est question en effet de mettre la personne du protégé au centre de la procédure générale, mais son patrimoine lui reste rattaché. Il ne peut pas en être extrait et géré à part. C'est pourquoi, la loi, si elle met en avant la personne pour rendre accessoire le patrimoine de cette dernière, garantit toujours la protection du patrimoine. Avec des aménagements bien entendu, mais la protection patrimoniale se retrouve dans toutes les lignes de la loi nouvelle. N'existe-t-il pas un décret qui règle la gestion patrimoniale[1382] ? Le Code civil, de son côté, prévoit la possibilité pour le juge des tutelles de désigner un curateur ou un tuteur à la gestion patrimoniale[1383], ce qui témoigne de la survivance de la protection patrimoniale. La loi conserve les principes de la gestion patrimoniale de la loi du 3 janvier 1968, cependant, elle tend à rééquilibrer la protection de la personne et la protection patrimoniale, tout en faisant émerger la personne du protégé. Et c'est là toute la subtilité. Savoir concilier les intérêts patrimoniaux avec l'autonomie de la personne protégée, telle est la difficulté que laisse entendre la suppléance de la volonté individuelle.

Il convient donc de permettre à la personne protégée de devenir ou rester autonome, malgré l'instauration d'une protection « castratrice » de droits. De droits matériels, assurément, mais de droits personnels, pas nécessairement. Qu'en est-il de l'exercice de prérogatives purement personnelles, telles que le consentement à l'adoption, au mariage, au divorce, à la reconnaissance d'un enfant ? qu'en est-il encore du droit de vote ? La question est posée, et l'intérêt est de savoir si la personne protégée se verra, au même titre de l'exercice d'actions mobilières, contrainte dans l'exercice de droits purement rattachés à sa personne. C'est là que le principe d'autonomie va jouer un rôle majeur. Autant dans l'exercice de droits matériels que de droits personnels, le principe d'autonomie doit permettre à la personne protégée d'agir, dans les limites qui lui sont fixées, comme s'il n'existait pas de régime de protection. Bien que le régime de protection soit finalement imposé, le majeur doit se défaire de la protection dont il bénéficie pour apprendre à gérer des valeurs ou prendre des décisions personnelles. Le régime étant mis en place, il constitue le garde-fou nécessaire au manque de « savoir-faire » du majeur. Alors, pour répondre à la question, les actes personnels restent sous contrôle du juge des tutelles, mais à la différence des actes purement patrimoniaux, que le curateur ou le tuteur feront seuls ou dans le cadre de l'assistance, ces actes personnels restent l'apanage du protégé quant à leur réalisation. On voit mal en effet un tuteur consentir au nom et pour le compte du majeur au moment de contracter union.

549. Affirmer que l'autonomie du majeur constitue l'essence même de la loi ne serait pas suffisant si le droit à l'information n'était consacré. Il ne peut y avoir de mesure de protection sans information donnée à la personne protégée. L'information se veut être également consacrée en tant que principe[1384] : ainsi, « *la personne protégée reçoit de la*

Verheyde, « La protection de la personne », *in* Dossier La réforme des tutelles, AJ Fam., 12 avril 2007, n° 4, pp. 160 et sui.

[1382] D. n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil, JORF n° 0304 du 31 décembre 2008 page 20631, texte n° 94.

[1383] C. civ., art. 447.

[1384] C. civ., art. 457-1 ; Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *Les tutelles, accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF Editeur, 2011, 5è éd., p. 192 ; Fr. Terré et

personne chargée de la protection, selon les modalités adaptées à son état, et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part ». Le devoir d'information de la personne protégée se présente sous deux aspects. L'information doit être donnée par la personne désignée[1385] afin d'exercer la charge de la mesure, la même information doit être donnée par les tiers avec lesquels la personne protégée se serait engagée. Le majeur doit alors connaître les décisions qui seraient prises le concernant et les conséquences qui s'y rattachent. Sans connaissance de la réalisation d'un acte par le tuteur, il est impossible pour la personne protégée de parvenir au minimum d'autonomie requis. Autant que possible, l'information doit être complète et doit être adaptée à l'état de la personne. Le devoir d'information devant se faire suivant l'état de la personne, le représentant légal informera le majeur de toutes les démarches entreprises, afin qu'il puisse donner son avis. Dans ces conditions, le majeur peut s'affirmer et doit parvenir à l'autonomie, puisqu'il pourra être associé, si son état le lui permet, à la réalisation de l'acte envisagé.

550. Si le devoir d'information autorise un retour à l'autonomie, il n'en demeure pas moins que le majeur peut tout aussi bien refuser l'acte que le représentant légal envisage de réaliser. Le refus peut-il être pleinement consenti malgré l'altération des facultés mentales, ou peut-il résulter de cette altération et ne pas être lucide ? C'est la difficulté qui ressortit au devoir d'information. Le problème du consentement est bien réel, surtout lorsqu'il porte sur des décisions à caractère strictement personnel[1386]. Au stade de l'information de la personne protégée, un refus est toujours possible, et il sera nécessaire de pallier à ce refus par n'importe quel moyen. Autrement, les intérêts de la personne seront fortement lésés suivant la nature de l'acte. Difficulté qu'il faudra apprendre à dépasser : cela passera par l'adaptation des dispositions des articles 458 et suivants du Code civil aux actes matériels, comme cela est déjà le cas pour les actes à caractère strictement personnel[1387].

Si le représentant légal doit apporter à la personne protégée toute l'information nécessaire sur la réalisation d'un acte, les tiers n'en sont pas moins dispensés. En effet, si un

---

D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, Personnalité-incapacité-protection*, Précis Dalloz, 8è éd., 2012, n° 641, p. 680 ; Th. Fossier, « Le droit des tutelles après sa réforme : nouvelle branche du droit social ? », RD. Sanit. Soc., 16 juillet 2007, n° 4, pp. 672 et sui. ; S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », Defrénois, 30 janvier 2009, art. n° 38884, n° 2, pp. 185 et sui. ; circ. de la DACS n°CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 (p.25) : *« ce devoir d'informer le majeur protégé qui pèse sur la personne exerçant la mesure de protection ne dispense pas les tiers de leurs propres obligations d'information dans leurs relations avec le majeur protégé, sur les sujets ou dans les matières qui les concernent. Ainsi par exemple, un médecin prodiguant des soins à une personne protégées ne saurait se prévaloir du rôle et du devoir du tuteur pour s'exonérer de son obligation d'information à l'égard de son patient ».*

[1385] D'autant plus si le représentant légal est un MJPM : *cf* D. n° 2008-1504 du 30 décembre 2008 relatif à la prestation de serment mentionnée aux articles L. 471-2 et L. 474-1, à l'autorisation et au règlement de fonctionnement des services mentionnés aux 14° du I de l'article L. 312-1 et à l'autorisation des services mentionnés au 15° du I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, JO n° 0304, 31 décembre 2008, p. 20656, texte n° 122 et D. n° 2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales, JO n° 0001, 1er janvier 2009, p. 92, texte n° 57.

[1386] Il est certain qu'une très grande difficulté interviendra dès lors qu'une mesure de représentation sera décidée lorsque le consentement n'est pas assez éclairé et qu'il porte gravement atteinte aux intérêts de la personne.

[1387] V. *supra* n. n° 1381, Th. Fossier et Th. Verheyde, art. préc. ; v. *supra* n. n° 1384, S. Thouret, art. préc.

tiers est engagé avec la personne protégée, il n'est en aucun cas possible pour lui de se dédouaner de son obligation d'information à l'égard de la personne protégée, au seul motif que le curateur ou le tuteur a pour obligation d'exercer ce devoir. On verrait mal un médecin traitant se décharger de son obligation de conseil médical à l'égard de son patient au profit du tuteur. Ce dernier serait en effet mal placé pour informer la personne protégée de la nécessité de subir une intervention chirurgicale et de lui indiquer les risques qui existent quant à l'opération. En aucun cas, le tuteur ne doit assurer ce devoir d'information, et les tiers qui demeurent engagés avec la personne protégée doivent garantir ce devoir d'information qui lui est du dans les domaines propres à leurs compétences. C'est pourquoi, le devoir d'information reste un devoir général du représentant légal dans l'exercice propre de la mesure, et une obligation particulière relative à des sujets entrant dans le cadre de relations particulières. Le devoir d'information est ainsi la première étape qui amène la personne protégée à recouvrer l'autonomie, car il la met dans des conditions à même de lui permettre de donner un avis sur les actes engagés ou à engager. Puisque le représentant légal doit indiquer l'utilité de l'acte, l'urgence de le prendre, les conséquences de l'acte et du refus de la personne protégée sur la réalisation de l'acte, la personne protégée est placée dans une sphère pédagogique, tant dans son rôle dans la mesure que dans l'optimisation de l'autonomie.

Si le devoir d'information doit concourir à rétablir l'autonomie, celle-ci, du moins le principe, a des racines anciennes. La loi antérieure avait déjà reconnu très partiellement ce principe en l'instituant sur les questions relatives au mariage ou au divorce du protégé. La Cour de cassation reconnaît l'autonomie de la personne protégée[1388], tout en se servant de la lettre de l'article 488 ancien du Code civil, en affirmant : *« les régimes de protection ont pour objet d'une façon générale de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable »*. Voilà une tournure bien symptomatique de la réalité juridique du XXI^{è} siècle. Cette position des juges, sous le coup de la loi ancienne, plaçait en premier la protection de la personne, puis en second la protection des biens de cette dernière. Le revirement juridique commençait alors à se manifester. La loi du 4 mars 2002, dite loi de « démocratie sanitaire »[1389], prévoyait la mise en place d'un principe d'autonomie de la personne malade, instaurant un devoir d'information approprié et une assistance ou une représentation dans l'aide à la personne. Il est clair que cette loi a largement influencé la nouvelle protection des majeurs.

En encore, cette affirmation de l'autonomie a également des racines communautaires, puisque le Conseil de l'Europe, par sa recommandation du 23 février 1999, admettait un libre arbitre du majeur, un régime d'autorisations données par un tiers légalement désigné et l'admission d'une protection forcée dans l'intérêt de la personne. Les bases de l'autonomie de la personne était jetées, le législateur a procédé à une sorte de compilation du droit existant en la matière pour affirmer le principe d'autonomie de la personne[1390].

551. La mesure de protection de la personne regroupe effets personnels et gestion patrimoniale, à travers la dichotomie suppléance de volonté/autonomie. Au vu de l'esprit de la loi, il conviendra d'aborder les effets personnels de la protection, en ce qu'elle permet au majeur de réaliser les actes de nature extrapatrimoniale, ce qui lui ouvre un droit d'action assez vaste pour affirmer sa volonté dans un cadre autonome (Chapitre Premier). Il va sans dire que les effets personnels de la mesure doivent être pris avec toute la précaution nécessaire

---

[1388] Civ. 1ère, 18 avril 1989, n° 87-14.563, Bull. Civ. I, n° 156, p. 103, JCP N 1983.313. De cette jurisprudence, il ressort que la protection de la personne doit passer par la sauvegarde de l'autonomie de cette dernière : Th. Fossier, « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure », JCP G 1985, I, 3195.

[1389] L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO 5 mars 2002, p. 4118, texte n° 1.

[1390] C. civ., art. 415.

car tous les actes de nature extrapatrimoniale ne peuvent pas être accomplis. L'intérêt majeur qui se dégage des effets personnels est de permettre à la personne protégée de prendre des décisions à caractère personnel alors même que sa volonté est suppléée. Bien que le juge des tutelles soit toujours présent aux fins d'autorisation ou non à réaliser un acte personnel, il n'en demeure pas moins que le protégé, une fois autorisé, sera le seul à pouvoir exercer son droit pour lequel il est autorisé à agir. Mais l'autorisation dépend pour partie de la capacité du majeur à donner un consentement éclairé, car à défaut, point d'autorisation. On touche donc à la limite de l'autonomie en matière personnelle. Quoi qu'il en soit, la dimension personnelle de la mesure de protection offrira un cadre général, et en même temps un cadre spécial à la mesure de protection, suivant la nature des actes à accomplir.

Enfin, en évoquant la gestion patrimoniale à travers les effets patrimoniaux de la mesure de protection (Chapitre Second), on se rendra compte de la survivance de la loi antérieure. La matière présente un volume d'articles dans le Code civil supérieur à celui des effets personnels : car la gestion patrimoniale n'est pas la même que l'on soit en tutelle ou en curatelle, le contrôle des actes de gestion patrimoniale répond d'un formalisme très lourd. En outre, les effets patrimoniaux présentent la particularité de traiter des domaines, tels le choix d'un logement, qui empiètent en même temps sur les effets personnels de la mesure. La difficulté repose essentiellement sur le degré d'intervention du représentant légal et de la place de l'autonomie du majeur dans ce domaine. Si les conséquences de la réalisation d'un acte personnel peuvent être graves, celles découlant de la gestion patrimoniale peuvent l'être tout autant, voire plus.

552. La certitude qui existe est que la gestion du patrimoine laisse très peu d'initiatives au majeur, puisque si les effets personnels tendent à reléguer au second plan la suppléance de sa volonté, les effets patrimoniaux laissent subsister cette suppléance. La protection de la personne peut paraître un mirage, du moins la sphère autonome qu'on laisse au majeur, car l'incapacité à exprimer son consentement fermera la possibilité d'accomplir un acte relevant de ce domaine. Par contre, rien ne peut empêcher la réalisation d'un acte de nature patrimoniale, ce qui laisse sous-entendre que l'on peut se passer du majeur, de son consentement, et qu'au final, son autonomie n'a plus de sens et que l'on peut tout faire à sa place. L'affirmation de la volonté du majeur, même limitée, est admise, sauf que toute forme de volonté ne peut être exprimée sur tous les plans personnels. Dès lors, l'autonomie personnelle est résiduelle. Au contraire, sur le plan patrimonial, l'autonomie est évasive, surtout en tutelle, ce qui confirme que l'autonomie patrimoniale n'existe pas, ou n'existe plus, et que la protection du patrimoine, plus contraignante, est davantage l'apanage de l'exercice de la mesure de protection. On peut donc dire que la protection de la personne offre une limitation de la suppléance de la volonté, même si l'autonomie est réduite ; alors que la protection patrimoniale sous-entend une suppression totale de la volonté du majeur, ou une quasi-suppression, dont il résulte que l'exercice de la mesure ne peut nullement empêcher la réalisation d'un acte sur le patrimoine. L'avancée législative n'est que pure illusion.

Chapitre Premier
De la mise en lumière du majeur protégé à travers les actes relatifs à sa personne.

553. Si tant est que la réalisation d'actes extrapatrimoniaux, mise au même rang que celle des actes patrimoniaux[1391], ne puisse être que l'apanage de la personne protégée, leur réalisation reste toutefois très encadrée et ne dénote pas une autonomie totale. En effet, laisser le majeur protégé passer un acte à des fins personnelles sans définir de périmètre de sécurité reviendrait tout simplement à retirer à la mesure de protection tout effet protecteur. Le seul motif selon lequel les actes personnels restent rattachés au majeur protégé ne justifie en rien la liberté totale de ce dernier dans leur réalisation et le non-usage des règles de contrôle. Bien que les actes personnels restent soumis au consentement du majeur, le juge des tutelles reste le garant de la personne du protégé[1392] afin de dire si l'acte extrapatrimonial auquel souhaite consentir le majeur ne risque pas de porter atteinte à ses intérêts, tant sur le plan personnel que du patrimoine. Ce principe d'autonomie[1393] trouve application à l'article 459, alinéa, 1er, du Code civil, dans lequel des dispositions spécifiques tendent à ce que le majeur y parvienne. Mais parvenir à l'autonomie est une chose, car malheureusement, l'application du principe n'est pas toujours effective : si tant est que la mesure de protection est incapacitante, il n'en demeure pas moins que le majeur doit conserver une part de capacité que la sphère des actes extrapatrimoniaux est censée lui offrir. La garantie n'est pas réelle, car même si le majeur peut agir seul sur le plan personnel, du moins consentir, la limitation du principe d'autonomie peut se justifier par l'instauration d'une assistance, voire d'une représentation pour des actes présentant un caractère grave, notamment les actes médicaux pouvant porter atteinte à l'intégrité physique, et dont le consentement du majeur ne serait pas suffisant. Toutefois, dans la mesure du possible, la sphère autonome permet au majeur de faire resurgir la prééminence de sa volonté[1394]. Dans ces conditions, le juge des tutelles trouve ici de nouvelles

---

[1391] Th. Fossier et L. Pécaut-Rivolier, « La protection des intérêts patrimoniaux », *in* Dossier La réforme des tutelles, AJ Fam., 12 avril 2007, n° 4, pp. 167 et sui.

[1392] Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *Les tutelles, accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF Editeur, 2011, 5è éd., p. 49 ; Th. Fossier, « Les rôles du juge des tutelles : décidément, un juge 'social' », RD. Sanit. Soc., 15 septembre 2008, n° 5, pp. 821 et sui. ; V. aussi, les souhaits de la doctrine en tant que protection personnelle : J. Hauser, « Réflexions sur la protection de la personne de l'incapable », *in* Mélanges P. Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 227 et sui. ; Th. Fossier et J.-M. Plazy, « La protection de la personne autant que ses biens », JCP N, 2005, 1106 ; également Civ. 1ère, 25 mars 1997, n° 96-12.028, Bull. Civ. I, n° 107 ; *D.* 1998. 333, n. J. Massip; JCP G 1997. II. 22882, n. Th. Fossier ; RD. Sanit. Soc. 1997. 898, obs. F. Monéger ; RTD civ. 1997. 634, obs. J. Hauser ; Gaz. Pal. Rec. 1999, somm. p. 571, n. E. du Rusquec [972207] ; Defrénois 1997, art. 36690, n° 142, p. 1338, obs. J. Massip ; N. Péterka, « Le sort des actes de gestion du patrimoine du majeur vulnérable », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 18 et sui., § 2. Il faut toutefois que le majeur ne soit pas dépourvu de volonté propre. De même, le mandant reste libre de révoquer un PACS puisqu'un refus du mandataire viendrait contraindre la liberté contractuelle, ce dernier ne pouvant pas l'assister ou le représenter. Il en est de même de la liberté de divorcer : v. en ce sens J. Klein et Fl. Géminiani, « Du mariage et du divorce de la personne protégée », Defrénois, 2006.887 ; S. Sire, « La protection de l'incapable majeur face au divorce », LPA, 20 février 2003, n° 37, p. 7.

[1393] C. civ., art. 415 et 425. Il faut retenir que l'article 425, alinéa 2, du Code civil pose tant le principe de la protection des intérêts matériels du majeur que de ses intérêts purement rattachés à sa personne même.

[1394] On retrouve ici l'influence du droit communautaire dans l'ensemble du droit des personnes et de la famille en droit interne : V. en ce sens « Influence de la Convention EDH sur le droit interne

prérogatives : il devient l'interlocuteur du protégé sur les questions relatives à sa personne, à savoir *« le corps, l'intimité, la vie familiale, les loisirs, le travail […] »*[1395], donc à sa vie privée. Le juge des tutelles doit désormais tenir compte de la volonté du majeur dans ce domaine nouveau, afin que soit restaurée son autonomie. C'est donc à ce titre que la suppléance de la volonté du majeur s'effacera peu à peu. Car comme l'a dit Jean Hauser, *« […] nul ne peut prétendre à des droits sur un majeur, fût-il protégé, en matière personnelle, tel que par exemple un droit de visite […] »*[1396]. Cependant, le juge peut aussi contraindre la volonté du majeur dans des domaines particuliers.

554. Si la loi du 5 mars 2007 consacre l'autonomie du majeur, cette autonomie n'en demeure pas moins résiduelle quant à son domaine. En effet, il est admis que l'autonomie ne constitue pas un principe intangible, puisqu'à défaut d'autonomie totale, le juge des tutelles pourra substituer un régime d'assistance ou de représentation dans les actes à caractère personnel (Section 2), même si toutefois, les actes dits strictement personnels y échappent (Section 1). Ce n'est pas pour autant que cette catégorie d'actes laisse à l'autonomie un champ total, puisqu'il est possible qu'elle ne puisse pas jouer si le majeur est dans l'impossibilité de donner son consentement.

L'objet des effets personnels de la mesure de protection est de réduire la portée de la suppléance de la volonté individuelle par le jeu de l'acquisition de l'autonomie. Mais il ne faut pas oublier pour autant que la représentation ou l'assistance viendront toujours seconder l'autonomie qui se révèlera défaillante. Car la tutelle à la personne, en particulier, est *« une mission de tout tuteur »*[1397].

---

français » : Lamy, dr. pers. et fam., étu. n° 110 ; Ph. Malaurie, « La Convention EDH et le droit civil français », JCP G 2002, I, n° 143.

[1395] Th. Fossier, « Quand le juge (des tutelles) se fait discret », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 46 et sui.

[1396] V. *supra* n. n° 1392, J. Hauser, art. préc.

[1397] Th. Fossier et M. Harichaux, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », RD. Sanit. Soc., 15 mars 1991, n° 1, pp. 1 et sui.

Section 1 - D'un principe d'autonomie absolue pour les actes strictement personnels, ou de la prééminence de la volonté individuelle.

555. Principe fondateur de la loi du 5 mars 2007, le principe d'autonomie[1398] doit déroger au principe de l'incapacité générale posé par le Code civil[1399] et relatif à l'instauration de la tutelle, en autorisant un aménagement de cette dernière si possible[1400]. En combinant représentation et aménagement de la tutelle au moyen d'une assistance du tuteur, le législateur a combiné de manière souple deux concepts qui pourraient être divergents. Mais l'autonomie doit trouver matière à s'appliquer même en tutelle. La capacité du majeur[1401] doit toujours rester un objectif qui se combine avec l'autonomie, malgré l'action du représentant légal en lieu et place du majeur. D'ailleurs, toute représentation ou assistance ne demeurent que comme des exceptions au principe de l'exercice de la capacité[1402], le majeur prenant des décisions personnelles seul, dans la limite de ses capacités[1403]. La prééminence de la volonté individuelle est donc un absolu alors que toute suppléance ne doit intervenir qu'à titre exceptionnel.

556. À travers l'idée que l'on peut se faire du principe, l'autonomie doit constituer le moyen pour la personne protégée de parvenir à prendre des décisions dans les limites de sa capacité juridique, sous contrôle du représentant légal et du juge des tutelles et dans le respect des libertés individuelles[1404]. Plus qu'un contrôle à proprement parler, on pourrait parler de pédagogie dans l'apprentissage au retour à l'autonomie. Le principe d'autonomie ne peut être opérant s'il ne s'accompagne de l'obligation d'information[1405] de la personne protégée. Cette obligation est générale, car elle s'applique à tous les actes. L'obligation est également impérative, puisque le majeur doit connaître les effets d'un acte le concernant. L'obligation est enfin circonstanciée, dans la mesure où le représentant légal doit accomplir les actes relatifs à la personne en fonction de l'état de santé physique et/ou mentale du majeur[1406].

[1398] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., pp. 177 et 192 ; D. Guével, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 30 et sui., § 20.

[1399] *Ibid*. ; C. civ., art. 444.

[1400] Selon l'article 473 du Code civil, le juge peut déterminer les actes que le majeur protégé pourra accomplir seul ou avec l'assistance de son tuteur, en dehors de toute représentation. Le législateur admet donc l'autonomie du majeur dans le cadre de la tutelle, quand bien même son état ne lui permet pas d'agir en dehors de toute représentation.

[1401] Principe qui se déduit de l'article 8 du Code civil qui dispose que *« tout Français jouira des droits civils »* ; Th. Fossier, « Le droit des tutelles après sa réforme : nouvelle branche du droit social ? », RD. Sanit. Soc., 16 juillet 2007, n° 4, pp. 672 et sui.

[1402] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., p. 191 ; J. Hauser, « La famille et l'incapable majeur », *in* Dossier, Réforme des tutelles, les acteurs de la protection, AJ fam., 14 mai 2007, n° 5 pp. 198 et sui.

[1403] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., p. 206 ; C. civ., art. 459, à condition que les dispositions du même article ne dérogent pas à celles de l'article 459-1 du Code civil qui prévoit la désignation d'un représentant légal, dans les conditions fixées par le CASF et le CSP.

[1404] Combinaison des articles 415 et 459 du Code civil.

[1405] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., p. 192.

[1406] Cette obligation d'information doit dépasser le simple cadre de la charte d'information sur les droits de la personne protégée remise par les MJPM. En effet, à travers cette charte, les personnes protégées prennent connaissance des modalités générales de déroulement de la mesure de protection. Mais elle ne doit pas se suffire à elle-même, c'est-à-dire qu'elle ne constitue pas le moyen matériel de

Ainsi, le majeur peut être amené à prendre des décisions dans des domaines touchant aux actes strictement personnels ou aux actes personnels.

Le domaine de cette autonomie, en ce qui concerne les actes strictement personnels, est pour le moins étendu, puisqu'il vise tous les actes qui ne sont pas soumis au régime des dispositions dérogatoires et pour lesquels le tuteur ou le curateur ne peuvent pas être autorisés par le juge à intervenir. Le majeur est donc seul à pouvoir décider, si tant est qu'il puisse donner son consentement de manière lucide[1407]. Le domaine de la « quasi-autonomie » est ainsi aménagé selon deux niveaux. Le législateur a établi une autonomie absolue[1408] où l'assistance ou la représentation[1409] est écartée totalement[1410]. C'est ainsi que le législateur reconnaît au majeur l'existence d'une sorte de *« capacité naturelle »*[1411], dans la mesure où il peut prendre des décisions seul et pour lesquelles le représentant légal ne peut nullement consentir à la place du majeur. Cette notion de *« capacité naturelle »* se retrouve également dans le droit des obligations contractuelles, dénotant le caractère volontaire[1412] de l'inscription du majeur dans un cadre contractuel.

557. Ainsi, ladite notion s'oriente vers la nécessité d'obtenir le consentement[1413] de la personne pour les actes strictement personnels[1414]. Il est nécessaire de lui laisser une part de liberté dans la contrainte qui lui est imposée, et que seuls des actes particulièrement attentatoires à ses intérêts doivent faire l'objet d'un contrôle ou d'une intervention se substituant à l'autorité de décision du majeur. C'est la jurisprudence, de manière prétorienne, qui a émis l'idée d'actes *« éminemment personnels »*[1415]. Il s'agit d'actes relevant de l'autorité

---

diffusion de l'information par les professionnels de la protection. Ces derniers doivent informer la personne protégée du déroulement de la mesure et devront respecter l'obligation d'information quant à la réalisation d'actes. Ce devoir d'information, visé à l'article 457-1 du Code civil, constituant une reprise du dispositif Kouchner à travers la loi du 4 mars 2002 relative à la démocratie sanitaire, doit garantir l'effectivité de l'autonomie de la personne protégée. Le non-respect de ce devoir, de manière certaine, engendre de nombreuses responsabilités au motif de la perte de chance d'avoir accompli un acte injustifié ou de ne pas avoir accompli un acte nécessaire. V. M. Azavant, « Effets généraux et effets personnels », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n°180, 1er avril 2009, pp. 73 et sui.

[1407] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 194.

[1408] C. civ., art. 458, al. 1er.

[1409] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 177.

[1410] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 193.

[1411] V. *supra* n. n° 1395, Th. Fossier, art. préc. ; du même auteur, v. *supra* n. n° 1392, art. préc.

[1412] *Ibid*.

[1413] R. Dijoux, « L'autonomie en droit de la protection des majeurs : critiques pratiques », 16 décembre 2011, LPA, n° 250, pp. 4 et sui. ; v. *supra* n° 1398, D. Guével, art. préc., § 21.

[1414] V. *supra* n. n° 1384, Fr. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 645, pp. 684 à 687 ; Salvage-Gerest, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », Dr fam. 2009, ét. 17. L'article 458 du Code civil dispose en ces termes :

« Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée.

Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration de choix ou de changement de nom d'un enfant, et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant ». V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* pp. 182 et 192 ; D. Guérin-Seysen, « La dimension internationale de la protection juridique des majeurs », RD Sanit. Soc., 29 avril 2011, n° 2, p. 279.

[1415] *Ibid*.

parentale, et donc de la capacité dite naturelle du majeur protégé, toute forme de représentation pouvant être perçue comme une intrusion dans la vie familiale du majeur.

C'est pourquoi, un majeur peut décider seul dans les actes relatifs à l'autorité parentale et à la reconnaissance d'un enfant selon un certain degré d'autonomie[1416]. Dans le cadre de la sauvegarde de justice en tant que mesure provisoire, l'exercice de ces prérogatives doit se faire selon les règles du droit commun. La mesure de protection n'étant pas ouverte, la question relative à la nécessité du consentement ou l'impossibilité de représentation ou d'assistance ne se pose pas. Par contre, dans le cadre de la curatelle, ces prérogatives relèvent de la catégorie des actes strictement personnels. En conséquence, le curateur ne peut ni assister le protégé, ni le représenter dans leur exercice.

Une limite est apportée par l'article 395 du Code civil. Si le majeur reste libre d'accomplir seul ces actes, car faisant partie des actes à caractère personnel, les dispositions dudit article portent sur l'administration légale des biens de l'enfant. Le 2° de l'article 395 prévoit que ne peuvent exercer les différentes charges de la tutelle du mineur les majeurs qui bénéficient d'une mesure de protection. Dans le cadre de la tutelle, l'assistance et la représentation restent pareillement écartées. Sont ainsi concernés les déclarations de naissance et de reconnaissance d'un enfant, les déclarations de choix et changement du nom de l'enfant, ainsi que le consentement à l'adoption d'un enfant ou à sa propre adoption. En revanche, une nuance est apportée quant à l'exercice des actes de l'autorité parentale. En principe, l'assistance et la représentation demeurent exclues. Mais l'article 373 du Code civil prévoit que si le père ou la mère se trouve hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité notamment, ce parent peut être privé de l'exercice de l'autorité parentale. La perte de l'exercice de l'autorité parentale repose essentiellement sur la gestion des biens de l'enfant ; les prérogatives personnelles doivent demeurer en l'état, comme l'a décidé le tribunal d'instance de St Omer[1417].

[1416] C. civ. art. 458, al. 2. Ces actes qui interdisent toute intervention du tuteur ou du curateur sont la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement de nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. Pour ces actes, v. en ce sens *supra* n. n° 1398, D. Guével, art. préc., § 29. L'impossibilité pour le majeur de consentir à sa propre adoption simple, puisque majeur, démontre l'atteinte à la prééminence de la volonté individuelle, puisque personne ne pourra consentir à sa place, malgré la présomption irréfragable dont il bénéficie au titre de la capacité à consentir seul. Par contre, la mesure de protection ne retire pas l'exercice de l'autorité parentale, sauf si le majeur est hors d'état d'exprimer sa volonté. Et dans ce cas, l'autonomie de la volonté individuelle s'efface clairement. Et on passera sur l'impossibilité pour le majeur de gérer les biens de l'enfant, puisqu'il sera déjà incapable de gérer les siens. À ce titre, *« Certains actes sont cependant visés comme étant toujours des actes strictement personnels : il s'agit de ceux figurant [à l'article 458 du Code civil] et concernant la condition de parent. Traditionnellement en effet, les faits et les actes entourant la procréation et les relations avec l'enfant sont le siège de ce sue l'on a appelé la capacité naturelle. Selon cette théorie, certains actes sont rebelles à toute immixtion d'un tiers, en sorte qu'il vaut mieux les laisser soit les laisser faire par le sujet concerné (au risque d'une annulation pour trouble mental), soit y renoncer, plutôt que les faire faire ou même seulement de les faire contrôler par un autre sujet, serait-il légalement mandaté ».* V. en ce sens : Th. Fossier, Ed. du Jurisclasseur, 5/2007, ét. n° 17. Et comme le rappelle la circulaire de la DACS n° CIV01/09/C1 en date du 9 février 2009 (p. 25) qui dit ainsi : *« le consentement de la personne protégée est un élément constitutif de l'acte. Conformément à la jurisprudence antérieure, si l'état de la personne ne lui permet pas de consentir, ces actes ne peuvent pas être accomplis, sauf ceux pouvant faire l'objet d'une décision judiciaire, comme la déclaration de naissance (art.55 du Code civil). S'il était passé outre cette possibilité (majeur forcé à signer un tel acte alors qu'il n'a pas le discernement nécessaire ; tuteur faisant lui-même un acte strictement personnel au majeur), la nullité serait imparable ».*

[1417] TI St Omer, 3 mai 1989, JCP novembre 1990, n. Th. Fossier.

558. Si la représentation était admise dans un cadre plus général, cela reviendrait à reconnaître un droit implicite au représentant légal d'exercer des prérogatives familiales sur la personne des enfants du protégé, tout en lui permettant de consentir en lieu et place du majeur. Le retrait de l'autorité parentale étant rarement prononcé en matière pénale, le même retrait pour insanité d'esprit serait une aberration totale. Car si on choisit délibérément de commettre des crimes, on ne choisit pas d'être atteint de troubles mentaux. C'est pourquoi, ce type de décisions doit rester strictement réservé à la personne protégée. La jurisprudence a d'ailleurs anticipé cette solution pour les actes nécessitant un consentement strictement personnel.

La Cour de cassation[1418] a considéré qu'une requête en adoption, soumise au consentement strictement nécessaire de la personne protégée, ne pouvait donner lieu à aucun moment à une quelconque représentation de la part du tuteur. En l'espèce, une personne placée sous mesure de tutelle, avec l'assistance de son tuteur, a déposé une requête en adoption de sa belle-fille (étant son beau-père). Cette dernière est intervenue à l'instance de manière volontaire pour solliciter le rejet de cette requête en adoption, au motif de l'altération des facultés mentales de son beau-père et du trouble à la vie familiale que cette adoption aurait été susceptible d'engendrer. Le jugement rendu en date du 27 janvier 2004 aura finalement débouté la belle-fille de sa demande qui tendait à constater l'absence de consentement de son beau-père. La demanderesse présente un pourvoi en cassation dont la seconde branche présente l'intérêt suivant. La présentation d'une requête en adoption est une action dont la nature implique un consentement strictement personnel qui ne peut donner lieu à représentation de l'adoptant placé sous tutelle. Toutefois, le juge des tutelles, sur avis du médecin traitant, peut autoriser le majeur protégé à présenter, seul ou avec l'assistance du tuteur ou de la personne qui en tient lieu, une requête en adoption. Afin de recevoir la requête en adoption, le tribunal de grande instance, puis la Cour d'appel de Toulouse, dans son arrêt du 7 décembre 2004, ont considéré que les consentements avaient été donnés sans être rétractés, quand bien même le tutélaire était représenté par son tuteur. La Cour de cassation retient, afin d'accueillir favorablement le moyen au pourvoi, que *« les juges du fond, dans les conditions de l'article 501 [du Code civil], en ce qu'il dispose dans sa rédaction antérieure à la loi du 5 mars 2007, n'ont pas constaté que le juge des tutelles a autorisé ou non le tutélaire à présenter la requête en adoption »*. Dès lors, en cassant l'arrêt d'appel, la Cour de cassation reconnaît que le tutélaire doit être seul à pouvoir donner son consentement pour un acte strictement personnel, mais que l'engagement de l'acte que le consentement suppose doit être autorisé par le juge, l'action étant du seul ressort du tutélaire, ou avec l'assistance de son tuteur.

559. Dans une solution comparable[1419], la Cour de cassation a rendu le même type de décision quant à l'adoption du protégé par la manifestation de son propre consentement. La majeure protégée, en l'espèce, a été placée sous la tutelle de son père. Ce dernier a déposé une requête en désignation d'un administrateur *ad hoc* aux fins de consentir à l'adoption de sa fille par sa nouvelle épouse. Le tribunal de grande instance de Bourg en Bresse, dans une

---

[1418] Civ. 1ère, 4 juin 2007, n° 05-20.243, Bull. Civ. I, n° 218, JCP N 2007, 1313, obs. Plazy, *D*. 2008, somm. 320, obs. Lemouland, RTD Civ. 2007, 547, obs. Hauser, Dr. fam. 2007, 153, n. Fossier, 193, n. Murat, AJ Fam . 2007, 355, obs. Pécaut-Rivolier, Defrénois 2007, 1323, obs. Massip.

[1419] Civ. 1ère, 8 octobre 2008, n° 07-16.194, Bull. Civ. I, n° 223, *D*. 2008, 2663, obs. Egéa, 2832, obs. Norguin, *D*. 2009, 2190, obs. Plazy ; JCP 2009, II, 10012, n. Favier ; Dr. fam. 2008, 173, n. Murat ; Gaz. Pal. 11 juin 2009, n° 162, p. 28, n. J. Casey ; jurisdata n° 2008-357639 ; AJ Fam. 2008, p. 435, n. L. Pécault-Rivolier ; RTD Civ. 2008, 655, obs. Hauser ; Defrénois 2008, 2431, obs. Massip. *Cf* également S. Moracchini-Zeidenberg, « L'acte personnel de la personne vulnérable », RTD Civ., 16 avril 2012, n° 1, pp. 21 et sui., ou encore C. Neirinck, « L'adoption de la personne handicapée mentale », RD Sanit. Soc., 2009, 176.

décision du 16 avril 2007, a rejeté la demande du père. Ce dernier, selon les deux moyens au pourvoi, estimait, dans un premier moyen, que si l'enfant, sain d'esprit et âgé de plus de quinze ans, devait pouvoir consentir personnellement à son adoption, il n'en allait pas de même de l'enfant placé sous tutelle. En effet, le tuteur doit pouvoir demander la désignation d'un administrateur spécial avec pouvoir de lui confier mandat aux fins de donner, au nom du majeur protégé, le consentement nécessaire. Puis dans un second moyen, le tuteur estimait que le juge des tutelles pouvait, sur avis du médecin traitant, autoriser le majeur protégé à consentir, seul ou avec l'assistance du tuteur ou de la personne qui en tenait lieu, à son adoption. Le demandeur souhaitait la désignation de sa nouvelle épouse en tant qu'administrateur spécial aux fins de consentir au nom de la personne protégée pour l'adoption de cette dernière, dans la mesure où les qualités de conjoint et d'administrateur peuvent se combiner. En outre, le demandeur soulignait que des liens étroits s'étaient tissés entre sa seconde épouse et sa fille, et que la première nommée souhaitait adopter sa belle-fille.

La Cour de cassation retient, pour censurer dans un premier temps les juges du fond, que *« la requête a fait l'objet d'un rejet selon qu'aucun texte ne prévoit la désignation par le juge d'un tiers pour suppléer à l'absence de consentement du majeur protégé à une demande d'adoption »* ; puis elle retient que *« le rejet de la requête se fonde sur, non pas l'avis du médecin traitant, mais sur une expertise établie trois ans plus tôt ».* Si l'on suit le raisonnement de la Cour de cassation, la suppléance à l'absence de consentement par le majeur peut être compensée par l'intervention d'un tiers afin de consentir à la place de la personne protégée. Raisonner ainsi revient à dire que le consentement à adoption ne rentre pas dans le cadre des actes strictement personnels. Pourtant, pour confirmer la décision rendue par les juges du fond, la Cour de cassation considère que le consentement d'un majeur protégé à sa propre adoption est un acte strictement personnel, et qu'il ne peut être donné en lieu et place par le tuteur ou un quelconque administrateur, mais que le consentement peut être donné par le majeur avec l'assistance de son tuteur, suivant avis médical du médecin traitant. Or, en l'occurrence, l'expertise psychiatrique a révélé que l'enfant majeur n'était pas en capacité d'organiser un raisonnement, un jugement ou d'exprimer une volonté élaborée. D'où il résulte que l'enfant majeur ne pouvait consentir à l'adoption projetée et que la désignation d'un administrateur était de nature à interférer dans la sphère relative aux actes strictement personnels. La Cour de cassation vient confirmer ici que les actes à caractère strictement personnel ne pouvaient donner lieu à une quelconque substitution de la part d'un tiers dans l'expression du consentement à adoption[1420].

Ce dernier arrêt est révélateur du rejet de toute assistance dont la solution consiste à dire que si le majeur ne peut exprimer sa volonté, l'acte est irréalisable. Si l'autonomie est

[1420] Ainsi, le consentement à l'adoption du majeur ou à sa propre adoption par le majeur lui-même relève de la catégorie des actes strictement personnels pour lesquels le consentement de la personne est nécessaire. Toutefois, si la représentation est impossible, le juge des tutelles devait mettre en jeu les dispositions de l'article 501 ancien du Code civil, par lequel il aurait autorisé le majeur à agir seul ou avec l'assistance seulement du représentant légal, à condition toutefois que le majeur pût exprimer sa volonté ou son consentement. Avec la loi du 5 mars 2007, désormais, il n'y a plus à solliciter l'autorisation d'assistance. Le majeur peut agir seul, mais en plus, la sollicitation de l'assistance est prohibée. Le majeur consentira seul aux fins de réaliser l'acte. Si ce dernier est entaché d'une irrégularité, il sera en conséquence remis en cause. C'est pourquoi, il est possible de voir l'acte ne jamais se réaliser si le majeur n'est pas en capacité de consentir. Et ce défaut ne pourra être compensé par l'assistance qui demeure exclue en la matière. Toutefois, la loi du 3 janvier 1968 consacrait l'autorisation du juge des tutelles aux fins de consentir en lieu et place du majeur : *cf* TI Quimperlé, 16 octobre 1999, RTD Civ. 2000.85, obs. Hauser, JCP 2000, II, 10252, n. Garé, ce que tendrait à réinstaurer la CEDH : *cf* CEDH, 21 juin 2011, Kruskovic c/ Croatie, n° 46185/0, Dr. fam. septembre 2011, Alertes 71, RTD Civ. 2011.745, obs. Hauser. *Cf supra* n. n° 1414, Fr. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.,* n° 645, p. 686, ss n. n° 5.

absolue, il est possible de voir grandir une incapacité de jouissance du fait de l'impossibilité d'assistance[1421], et donc, la fameuse capacité naturelle n'est en réalité qu'une *« incapacité naturelle »*[1422]. Où est donc l'intérêt d'accorder une capacité naturelle au majeur si ce dernier ne peut pratiquement pas la mettre en œuvre, et si, qui plus est, toute assistance est proscrite en la matière ? C'est comme si on accordait un droit dont la mise en œuvre ne débouchait sur aucun effet juridique. La loi du 5 mars 2007 vient ici renforcer l'impossibilité de consentir à la place du majeur. Si une partie de la doctrine se félicite de cette impossibilité de mise en œuvre[1423], ce que l'on approuvera dans un souci de protection, on peut toutefois ne pas se satisfaire de la disparité qui existe entre les dispositions légales et la réalité juridique. Soit le texte s'applique tel qu'il est posé, soit il faut le modifier et conférer une légitimité au rejet de toute demande d'adoption ne manifestant pas un consentement éclairé. Si avec la loi ancienne, on pouvait assister le majeur dans son consentement, la loi nouvelle le proscrit formellement. La loi de 1968 admettait au moins que le consentement fût assisté et que la réalité juridique pût être mise en œuvre, alors que la loi de 2007 crée une sphère d'autonomie qui ne trouve pas d'application concrète. En ce sens, l'autonomie en matière personnelle s'apparente à une chimère.

560. Voilà peut être une future source de conflits, ou tout du moins, de difficultés quant à l'exercice des droits ayant des conséquences personnelles, mais il est certain que la sphère de capacité naturelle du majeur ne risque pas d'être réellement mise en œuvre par le majeur seul. Pour autant, il semble qu'une représentation n'aurait pas été vaine en ce que la volonté de consentir à l'adoption propre à la personne majeure existât, mais quand bien même elle ne pouvait exprimer cette volonté. La représentation dans la volonté aurait été une solution qui aurait manifesté celle de la majeure, mais l'adoption supposait en parallèle la gestion de ses intérêts, ce qui aurait été à l'origine d'un conflit d'intérêts. On ne peut donc pas représenter le majeur dans le consentement à l'adoption, même si le mandat de protection future et le mandat à effet posthume admettent une représentation dans les intérêts du majeur[1424], car l'intérêt prédomine en ce cas. Pour l'adoption, la solution serait la même. Pourquoi ne pas avoir recours au juge des tutelles, comme en matière de mariage ou de PACS, pour autoriser le majeur à consentir à son adoption, afin de vérifier que ses intérêts ne soient pas en décalage avec ceux de l'adoptant ? Enfin, la collégialité n'a-t-elle pas son mot à dire, puisque la famille est devenue l'organe de prédilection de la loi nouvelle[1425] ? Bien que le conseil de famille n'ait plus l'envergure de son prédécesseur de la loi de 1968, force est de constater qu'il constituerait une solution adaptée à la représentation du consentement du majeur, à la condition que le conseil de famille reste dans les limites de sa mission et de l'intérêt du majeur. Toujours est-il que l'article 458 du Code civil ne propose pas deux

---

[1421] V. *supra* n. n° 1406, M. Azavant, art. préc.

[1422] V. *supra* n. n° 1419, S. Moracchini-Zeidenberg, art. préc.

[1423] Car cela renforce la protection du majeur qui pourrait se mettre en difficulté, notamment pour des raisons patrimoniales : *cf* P. Murat, « L'inadoptabilité de l'autiste majeur, inapte à consentir à son adoption », Dr. Fam., 2008, comm. 173, ou encore Y. Favier, « Pas d'adoption simple pour le majeur sous tutelle inapte à consentir à sa propre adoption », JCP G 2009. II. 10012.

[1424] A.-C. Chiariny-Daudet, « Les nouvelles représentations de la volonté en droit de la famille », LPA, 28 novembre 2007, n° 238, pp. 6 et sui.

[1425] S. Moracchini-Zeidenberg, « L'abus dans les relations de droit privé », PUAM, 2002, n°748 et sui. Le conseil de famille fonctionnerait en ce sens comme le principe de la collégialité en matière médicale. Une solution à l'adoption du majeur serait trouvée éventuellement après concertation et échanges d'opinions, comme le cas se présente dans la prise de décision à caractère médical : le médecin traitant, dans le cadre de l'arrêt d'un traitement médical, doit respecter la procédure collégiale prévue par le Code de la déontologie médicale, après avoir aussi consulter les proches (procédure visée à l'article L. 1111-13 du CSP).

interprétations possibles : le défaut de consentement du majeur interdit la réalisation de l'acte, même si le tuteur se propose d'assister ou de représenter le majeur. L'intervention de ce dernier n'étant pas prévue par les textes, la solution veut que le majeur ne dispose même plus d'une capacité de jouissance de ses droits.

561. Il n'est donc en aucun cas possible pour un curateur ou un tuteur d'assister ou de représenter le majeur protégé dans un des actes visés à l'alinéa 2 de l'article 458 du Code civil. Dès que le majeur protégé est partie à un acte relatif à la reconnaissance d'un enfant ou à l'adoption de ce dernier, lui seul doit pouvoir consentir à l'acte, indépendamment d'un représentant légal. Puisque le consentement de la personne protégée est un élément constitutif de l'acte, la moindre assistance n'a pas lieu d'être. Le curateur ou le tuteur qui aura obtenu le consentement éclairé de la personne protégée pourra par la suite accomplir l'acte déterminé. La restriction de l'assistance ou de la représentation vient seulement se limiter au seul consentement[1426]. La personne protégée doit consentir d'elle-même, et si son état ne le lui permet pas, il ne sera pas possible de consentir à sa place, l'acte en cause ne pouvant pas être accompli. Il existe toutefois une exception à ce principe qui veut que les actes soumis à décision judiciaire puissent être accomplis malgré l'impossibilité de consentir à l'acte. C'est le cas par exemple de la déclaration de naissance[1427]. Mais *a contrario*, l'assistance ou la représentation pour les actes seulement personnels vient troubler la quiétude autonome.

[1426] La Cour Européenne des Droits de l'Homme reconnaît ainsi la violation de l'article 8 de la Convention EDH, dès lors qu'une mère de famille, juridiquement incapable, a été tenue à l'écart de la procédure d'adoption de sa fille, et ce, en totalité, alors qu'elle avait maintenu des liens avec elles. L'attendu principal vient confirmer que dans la mesure où il est nécessaire d'obtenir de la personne protégée son consentement à un acte strictement personnel, il n'est pas possible de pouvoir écarter cette personne de la procédure en se substituant à elle pour consentir à un acte de cette nature : v. ainsi CEDH, sect. I, 17 juillet 2008, X/Croatie, req. n° 12233 / 2004. La CEDH confirme la nécessité de la présence de la personne protégée dans la procédure dès lors qu'elle doit donner son consentement à des actes strictement personnels. Ensuite, si le consentement est donné, la présence de cette personne aux fins d'accomplissement des actes relatifs au consentement n'est plus nécessaire. Sauf que sa présence dans toute procédure demeure obligatoire tant que le consentement n'est pas obtenu.

[1427] C. civ., art. 55. Dans cette hypothèse, l'acte sera accompli au regard des dispositions dérogatoires de l'article 55 qui permettent de se dégager de l'obligation d'assistance ou de représentation comme voulue par les articles 467 et 473 du Code civil. À propos de ces actes, la circulaire de la DACS n° CIV01/09/C1 en date du 9 février 2009 (p.25) dit ainsi : *« le consentement de la personne protégée est un élément constitutif de l'acte. Conformément à la jurisprudence antérieure, si l'état de la personne ne lui permet pas de consentir, ces actes ne peuvent pas être accomplis, sauf ceux pouvant faire l'objet d'une décision judiciaire, comme la déclaration de naissance (art. 55 du Code civil). S'il était passé outre cette possibilité (majeur forcé à signer un tel acte alors qu'il n'a pas le discernement nécessaire ; tuteur faisant lui-même un acte strictement personnel au majeur), la nullité serait imparable ».*

Section 2 - D'un principe d'autonomie relatif pour les actes personnels, ou de la suppléance résiduelle de la volonté individuelle.

562. Le majeur protégé peut aussi exprimer son consentement pour des actes touchant à sa personne, mais n'étant pas considérés comme strictement personnels. Le Code civil vise une série d'actes pour lesquels le majeur peut décider seul[1428], mais dont on peut autoriser le représentant légal à prêter assistance ou à représenter le majeur si l'état de ce dernier ne lui permet pas de prendre une décision éclairée[1429]. Cette assistance est une assistance de principe et non une dérogation au principe de l'autonomie du majeur, puisque le majeur sera nécessairement consulté aux fins d'engager l'acte qui le vise.

563. Le principe du consentement pour les actes à caractère personnel suppose que la personne protégée puisse prendre les décisions touchant à sa personne elle-même. Qu'elle soit en curatelle ou en tutelle, la personne pourra prendre la décision qui s'impose. Toutefois, il ne faut pas oublier que le majeur se trouve dans le cadre d'une mesure de protection, et que l'altération des facultés physiques ou mentales d'un sujet ne sera pas la même pour un autre. C'est pourquoi, une nuance est apportée par les dispositions de l'alinéa 1er de l'article 459 du Code civil. En effet, ce dernier prévoit que la décision puisse être prise dans la mesure où l'état de la personne le lui permet. On retrouve ici l'obligation du recueil du consentement *a priori* de la personne protégée par la personne chargée de la mesure. Dans la mesure où la personne protégée est censée prendre seule une décision qui touche à sa personne, il serait mal venu de prévoir une forme d'assistance ou de représentation. Et pourtant, la loi du 5 mars 2007 a prévu que même pour les actes qui touchent à la personne même du protégé, l'assistance ou la représentation peuvent être mises en place si le majeur ne peut prendre, *a fortiori,* une décision éclairée, selon son degré d'altération des facultés mentales ou physiques.

Et c'est là une contradiction évidente[1430] : si l'assistance et la représentation sont exclues par principe de la prise de décision relative à un acte touchant à la personne du protégé, c'est reconnaître que la personne protégée est en capacité de pouvoir décider dans des domaines qui touchent seulement à sa personne. Mais la mise en place d'une assistance ou d'une représentation tend à confirmer que si la personne n'est pas en état de prendre une décision conforme à son état de santé, l'assistance ou la représentation permettent de contrôler la conformité de la décision au regard des intérêts de la personne suivant son état de santé. Il semble dès lors difficile de pouvoir admettre que la personne protégée puisse se dégager de toute assistance ou de toute représentation quant à la prise de décision à des fins personnelles. Dès lors, il y a une contradiction entre l'article 458 et l'article 459, alinéa 1er, du Code civil[1431]. Si l'assistance est écartée expressément dans le premier, elle est admise dans le second, alors que les actes visés dans le premier ont bien d'autres conséquences sur le majeur

---

[1428] C. civ., art. 459, al. 1er : *« hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le lui permet ».* V. *supra* n. n°1414, Fr. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 644, pp. 683 et 684 ; Th. Fossier, « Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux », JCP N 2008, 1277 ; J. Massip, « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », Dr. fam. 2010, ét. 18.

[1429] C. civ., art. 459, al. 2.

[1430] M.-H. Isern-Réal, « La loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique du majeur », Gaz. Pal., mars-avril 2009, pp. 1014 et sui. ; v. *supra* n. n° 1413, R. Dijoux, art. préc.

[1431] Ce qui risque fortement de contraindre le juge à interdire le majeur à pouvoir consentir à un acte strictement personnel s'il n'est pas en état d'exprimer un consentement éclairé.

et ses obligations personnelles et familiales, nonobstant, par conséquent, celles impactant son patrimoine.

564. Toutefois, le consentement peut être donné librement par le majeur pour des actes bien déterminés.

565. Le majeur peut ainsi donner son consentement au mariage. Lorsqu'il est placé sous sauvegarde de justice, le mariage du majeur protégé reste possible selon les règles du droit commun du mariage. L'article 435 du Code civil prévoit que le majeur protégé conserve l'exercice de ses droits ; la restriction que pose le même article réside dans l'hypothèse où un mandataire spécial serait désigné pour certains actes relatifs au mariage, mais non pour le consentement lui-même. Comme la désignation de ce mandataire peut être circonscrite aux actes relevant de la gestion patrimoniale, la personne protégée pourra exercer son droit à contracter mariage sans que quiconque ne puisse s'y opposer.

Dans le cadre de la curatelle, l'autorisation du curateur ou celle du juge des tutelles en dernier ressort est requise seulement[1432]. Le majeur ne peut prendre seul la décision de contracter mariage, et un refus du curateur et du juge équivaut à une fin de non-recevoir à mariage, comme l'a confirmé la Cour d'appel de Lyon[1433]. Dès lors que l'autorisation est donnée, l'assistance du curateur est requise pour passer les conventions matrimoniales de l'article 1399 du Code civil, et encore faut-il que le majeur puisse donner son consentement éclairé[1434].

[1432] C. civ., art. 460, al. 1er ; Civ. 1ère, 12 avril 2012, n° 11-25.158, *D.* 2012. 2706, obs. D. Noguéro ; RTD Civ., 2012. 293, obs. J. Hauser ; Dr. Fam., 2012. Comm. 102, n. I. Maria. Le Conseil constitutionnel considère que l'autorisation donnée par le curateur ou le juge des tutelles ne porte pas atteinte à la liberté du mariage, dans le sens où les obligations personnelles et patrimoniales résultant du mariage constituent *« un acte important de la vie civile »,* de par sa dimension sociale. *Cf* en ce sens C. const., 29 juin 2012, QPC n° 2012-260, *D.* 2012. 1675, 1899, point de vue G. Raoul-Cormeil, et 2706, obs. D. Noguéro ; AJ Fam. 2012. 463, obs. Th. Verheyde ; RTD Civ. 2012. 510, obs. J. Hauser ; Dr. Fam. 2012. Comm. 136, n. M. Bruggeman, et Comm. 148, n. I. Maria. En outre, la doctrine considérant le mariage comme un acte strictement personnel (not. J. Hauser), le tuteur n'avait pas à solliciter l'autorisation du juge des tutelles, le majeur seul pouvant la solliciter. Cependant, l'article 460 du Code civil préconise l'assistance du tuteur pour la demande de mariage au juge des tutelles. Ainsi, la décision de la Cour de cassation en date du 2 décembre 2015 peut paraître alambiquée au regard du texte même dudit article 460, puisqu'elle a cassé l'arrêt d'appel qui faisait droit à la demande présentée par le tuteur : *cf* Civ. 1ère, 2 décembre 2015, n° 14-25.777, à paraître, *D.* 2015.2560, AJ Fam. 2016.107, obs. Th. Verheyde, RTD Civ. 2016.83, obs. J. Hauser.

[1433] Lyon (CA), 4 juin 2009, Dr. fam. 2009, n° 161.

[1434] Si le protégé venait à passer une convention matrimoniale en dehors de toute assistance de son curateur, la convention pourrait être annulée dans l'année du mariage. Le curateur peut engager une action en nullité, ainsi que les personnes dont le consentement était requis. Le protégé lui-même peut également demander la nullité des conventions qu'il aurait passées. Sur le consentement éclairé et la question de la constitutionnalité de l'article 460 du Code civil, *cf* Civ. 1ère, 5 décembre 2012, n° 11-25.158, Bull. Civ. I, n° 1403, *D.* 2012.2964 ; AJ Fam. 2013.61, obs. Th. Verheyde ; « Mariage du curatélaire : application de la décision du Conseil constitutionnel du 29 juin 2012, QPC n° 2012-260 », RTD Civ., 8 avril 2013, n° 1, p. 93, n. J. Hauser ; J.-J. Lemouland et D. Vigneau, « Droit des couples », Rec. D., 2 mai 2013, n° 16, pp. 1089 et sui. ; Dr fam., 15 février 2013, n° 2, p. 3, obs. G. Raoul-Cormeil. Le Conseil constitutionnel, dans la décision préciste, a été saisi d'une QPC afin de savoir si l'article 460 du Code civil était conforme ou non à la Constitutionnalité. Sa décision confirmant sa constitutionnalité, les juges de la Cour de cassation ont repris l'examen du pourvoi afin de dire que l'autorisation au consentement à mariage ne pouvait être donnée par le juge, rejet du pourvoi justifié selon la chose jugée de la QPC, alors que la Cour d'appel avait considéré que le mariage du majeur sous curatelle n'était pas possible *« en raison de troubles présentés par l'intéressé et de sa perte de maîtrise des réalités financières, que celui-ci n'était pas en mesure de donner un consentement éclairé au mariage »*.

Dans le cadre de la tutelle, le mariage doit consister en une protection du majeur dont il pourrait résulter *« de graves conséquences matérielles et morales »*[1435]. L'autorisation du juge est obligatoire, ou celle du conseil de famille s'il a été constitué. Le juge des tutelles doit entendre au préalable les futurs époux. Il doit en outre recueillir l'avis des parents ou de la famille dans son ensemble, ou des deux personnes protégées si tel est le cas[1436]. Le tuteur doit assister la personne protégée dans l'établissement des conventions, et seulement l'assister. Il ne peut en aucun cas la représenter, son rôle se limitant justement à l'assistance à la l'établissement des conventions matrimoniales[1437]. On peut rajouter que l'avis du médecin traitant n'a plus lieu d'être et que l'audition du protégé par l'officier d'état civil se fait hors la présence du tuteur[1438] afin que le majeur donne son consentement librement.

566. De là, s'en suit l'établissement des conventions matrimoniales dont le majeur peut en modifier le contenu ou changer tout simplement de régime matrimonial. Les règles y étant relatives valent de la même manière pour la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle. C'est l'article 1397 du Code civil qui oriente le changement de régime matrimonial dès lors que l'un des époux est placé sous régime de protection[1439]. Afin de procéder à ce changement de régime matrimonial, l'autorisation du juge des tutelles est obligatoire[1440]. Dès lors que l'autorisation est donnée, le changement s'opère mais l'obligation d'homologation de la convention n'est pas imposée. Toutefois, l'obligation d'homologation sera imposée en cas d'opposition, ou si le couple est parent d'un enfant mineur, le but étant de protéger les intérêts successoraux de ce dernier. *A fortiori*, si le couple est parent d'un enfant majeur protégé, la loi n'impose pas l'obligation d'homologuer la convention, par contre, le tuteur ou le curateur de l'enfant majeur doit informer ce dernier de la modification du régime matrimonial. La difficulté se posera si le père ou la mère est en même temps le tuteur ou le curateur de l'enfant. Le risque de conflit d'intérêts est flagrant, et que faut-il envisager ? faut-il homologuer la convention, ou bien désigner un administrateur *ad hoc* ? La loi prévoit que pour l'enfant majeur protégé ou lorsque l'un des deux parents est placé sous protection, la solution envisagée est celle de l'homologation[1441].

567. Le divorce apparaît comme la conséquence logique du mariage et du changement de régime matrimonial[1442]. Avec la loi du 26 mai 2004[1443], le majeur protégé prend une place

---

[1435] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 214.

[1436] C. civ., art. 460, al. 2 ; v. *supra* n. n° 1402, J. Hauser, art. préc. ; Th. Fossier et Th. Verheyde, « La protection de la personne », *in* Dossier La réforme des tutelles, AJ Fam., 12 avril 2007, n° 4, pp.160 et sui.

[1437] L'annulation de la convention réalisée hors assistance se fait dans les mêmes conditions que la curatelle.

[1438] C. civ., art. 63.

[1439] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 215. Pour faire une comparaison avec l'article 1399 du Code civil : v. en ce sens G. Raoul-Cormeil, « Le conjoint de la personne vulnérable (l'articulation du système matrimonial et du système tutélaire) », Defrénois, 30 juin 2008, art. n° 38791, n° 12, pp. 1303 et sui, § 18.

[1440] L'article 1399 du Code civil impose l'assistance obligatoire du tuteur ou du curateur pour passer une convention matrimoniale, à peine de nullité de la convention. L'assistance s'entend de l'autorisation, non de la simple présence du représentant légal, comme le prévoit l'article 1398 du même code.

[1441] J. Hauser et J.-M. Plazy, « Le changement de régime matrimonial et l'enfant majeur hors d'état de manifester sa volonté », Defrénois, 30 mai 2007, n°10/07, pp. 733 et sui.

[1442] Moureau, « Le divorce des majeurs protégés ou la désunion sous haute protection », *in* Dossier, Vie familiale et majeur protégé, AJ Fam., 2012, 259.

[1443] L. n° 2004-439, 26 mai 2004 portant réforme du divorce JO, n° 0122, 27 mai 2004, p.9319, texte n° 1 ; J.-J. Lemouland, « La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce », Rec.

prépondérante dans la procédure de divorce. En effet, afin de rendre objective la procédure[1444], le majeur ne peut plus se faire assigner dans le cadre d'un divorce pour altération des facultés mentales, l'altération en elle-même ne constituant plus une cause de divorce. Cependant, cette place est limitée en raison de l'interdiction d'engager certaines procédures de divorce, ce que la loi du 5 mars 2007 ne bouleverse pas en l'état[1445].

Dans le cadre de la sauvegarde de justice[1446], les divorces par consentement mutuel ou sur acceptation du principe de la rupture sont interdits[1447]. La demande de divorce ne peut être examinée tant que la mesure de tutelle ou de curatelle n'est pas organisée[1448]. Toutefois, le juge aux affaires familiales peut prononcer des mesures provisoires[1449]. Les mêmes règles valent aussi pour la séparation de corps[1450].

Dans le cadre de la curatelle, les mêmes modes de divorce sont interdits. Pour les autres cas de divorce, le divorce pour faute et le divorce pour altération définitive du lien conjugal, la demande doit être faite par le majeur avec l'assistance de son curateur[1451]. Selon les mêmes dispositions, l'action en défense se fait dans les mêmes conditions. Par contre, si le conjoint est le curateur, le juge des tutelles doit désigner un curateur *ad hoc* aux fins d'exercice de l'action.

Dans le cadre de la tutelle, les mêmes interdictions sur les modes de divorce s'imposent[1452]. Pour les divorces autorisés, la demande en divorce doit être présentée par le tuteur. Ce dernier doit avoir reçu au préalable l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille. Pour introduire la demande, le tuteur doit solliciter du médecin traitant un avis[1453] confirmant la nécessité d'engager la procédure de divorce.

568. Enfin, pour les majeurs qui ne souhaitent pas s'engager et préférant sans doute les ruptures rapides et faciles, le PACS fait également partie des actes personnels auquel tout majeur peut consentir.

Dans le cadre de la sauvegarde de justice, le majeur protégé peut à tout moment conclure un PACS. La conclusion se fait dans les conditions du droit commun du PACS, comme s'il n'était pas sous sauvegarde de justice.

D., 8 juillet 2004, n° 26, pp. 1825 et sui. ; S. Sire, « La protection de l'incapable majeur face au divorce », LPA, 20 février 2003, n° 37, p. 7.

[1444] G. Casey, « Le divorce du majeur protégé », Gaz. Pal., 22 novembre 2008, n° 327, pp. 20 et sui.

[1445] V. *supra* n. n° 1436, Th. Fossier et Th. Verheyde, art. préc.

[1446] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, pp. 156 et 214.

[1447] C. civ., art. 249-4.

[1448] C. civ., art. 249-3, al. 1er.

[1449] C. civ., art. 249-3, al. 2.

[1450] C. civ., art. 296.

[1451] C. civ., art. 249. L'assistance du majeur à la procédure de divorce dirigée contre lui est obligatoire, ce qu'a confirmé la Cour de cassation : Civ. 1ère, 17 décembre 1991, n° 90-15.687, Bull. Civ. I, n° 356, p. 233, Rec. D., 17 septembre 1992, n° 31, p. 373, obs. J. Massip.

[1452] Pour une exception au principe, *cf* TI St Girons, 23 février 1995, Defrénois, 15 juin 1996, n° 11, p. 739, obs. J. Massip ; Rec. D., 6 juin 1996, n° 21, p. 299, à propos d'une ordonnance rendue par le juge des tutelles dudit tribunal d'instance par laquelle autorisation a été donnée au tuteur de la personne protégée d'engager une procédure de divorce pour rupture de la vie commune.

[1453] Civ. 1ère, 4 juillet 2012, n° 10-28.370, inédit, Dr. Fam., 20 septembre 2012, n° 8, p. 4, n. G. Raoul-Cormeil. Le majeur protégé doit être entendu par le juge ou le conseil de famille. Par contre, l'action en défense se fait dans le cadre de la représentation assurée par le tuteur et contre ce dernier. La procédure prévoit, au même titre que la curatelle, la désignation d'un tuteur *ad hoc* si le conjoint a été nommé tuteur de la personne protégée. Il est aussi possible pour le tuteur de présenter une demande reconventionnelle de divorce. Bien entendu, le majeur doit pouvoir consentir au divorce.

Les choses sont différentes dans le cadre de la curatelle[1454]. Si aucune assistance n'est requise de la part du curateur, tant dans la déclaration conjointe au greffe que dans la rupture unilatérale ou conjointe, cette assistance est nécessaire dès lors qu'il est prévu de procéder à la modification de la convention, de même que pour sa signature. Si le partenaire de PACS est désigné curateur, il y aura opposition d'intérêts, le juge des tutelles devra désigner un curateur *ad hoc*.

Dans le cadre de la tutelle[1455], les mesures d'assistance ou de représentation sont beaucoup plus contraignantes, même si le majeur est désormais autorisé à conclure un PACS[1456]. En effet, le juge des tutelles ou le conseil de famille doivent donner leur autorisation, après audition des futurs partenaires et après avoir recueilli l'avis des parents du ou des partenaires. Le tuteur doit assister obligatoirement le majeur dans la conclusion de la convention ou sa modification. Mais la déclaration conjointe au greffe doit se faire en dehors de toute assistance ou représentation. La rupture unilatérale ou conjointe du PACS doit être faite par le tuteur lui-même, au même titre que les modalités de signification, laissées à son initiative. Par contre, si la rupture est causée par le partenaire, le tuteur fera signifier l'acte de rupture. À l'initiative du tuteur, la rupture unilatérale peut être établie, à la condition qu'il ait reçu l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles. La rupture ne sera possible qu'à l'autre condition selon laquelle le majeur est préalablement entendu sur la rupture, avec recueil de l'avis des parents et de l'entourage du protégé. Concernant les modalités d'accomplissement des formalités relatives à la rupture par déclaration conjointe, l'assistance ou la représentation ne sont pas requises. Par contre, la représentation du majeur est obligatoire en ce qui concerne les opérations de liquidation des droits et obligations découlant de la conclusion du PACS. Enfin, si le partenaire est désigné tuteur, il existe un risque d'opposition à intérêts. Pareillement pour le curateur, le juge des tutelles désignera un tuteur *ad hoc* pour accomplir toutes les formalités dès lors que l'assistance ou la représentation sont nécessaires.

569. D'autres actes à caractère personnel, même s'ils ont des conséquences sur le plan patrimonial, relèvent d'une intention libérale qui démontre la volonté purement personnelle du majeur. Ce dernier peut décider de réaliser ces actes mais l'assistance, voire la représentation, ne sont pas non plus interdites.

570. Ainsi, quant aux actes de donation, la mise en place d'un mandat spécial ne permettra pas au majeur sous sauvegarde de justice de consentir à un acte de donation, surtout si ce mandat est passé à cette fin. Par contre, l'absence de mandat spécial lui permettra de réaliser les actes de donation dans les conditions du droit commun de la matière.

En curatelle, l'acte de donation ne peut être accompli qu'avec l'assistance du curateur, car l'intention libérale est sans doute altérée en substance[1457].

Dans le cadre de la tutelle, la réalisation d'un acte de donation ne se fera qu'avec l'autorisation du juge des tutelles, avec assistance du tuteur ou représentation de ce dernier[1458]. On voit donc la limite de l'autonomie lorsque le majeur est placé sous tutelle, puisque non seulement, l'autorisation du juge est requise, mais en outre, le tuteur assiste au moins le tutélaire.

[1454] C. civ., art. 461.

[1455] C. civ., art. 462.

[1456] V. *supra* n. n° 1436, Th. Fossier et Th. Verheyde, art. préc.

[1457] Si ce dernier est donataire du protégé, il est réputé être en opposition d'intérêts et le juge devra nommer un curateur *ad hoc* aux fins d'assistance à l'acte de donation.

[1458] N. Péterka, « Bref aperçu de la transmission volontaire de patrimoine à l'aune de la réforme de la protection juridique des majeurs », Gaz. Pal., 18 décembre 2007, n° 352, pp. 5 et sui. §7 ; v. *supra* n. n° 1391, Th. Fossier et L. Pécaut-Rivolier, art. préc. ; Fr. Sauvage, « Fiche pratique : donation », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 72.

571. La modification d'une clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie ou la souscription d'un tel contrat[1459] réclament également un aménagement particulier.

Les règles du mandat spécial, s'il est mis en place ou non, valent également pour cet acte dans le cadre de la sauvegarde de justice. Tout dépend donc de son instauration.

En curatelle, l'assistance seule prévaut dans l'hypothèse de la souscription, du rachat du contrat et pour la désignation ou la substitution du bénéficiaire. L'autorisation du juge des tutelles, par contre, est obligatoire pour procéder à la révocation de la clause bénéficiaire. Si l'acceptation du bénéficiaire n'est pas intervenue, c'est-à-dire tant que l'avenant n'est pas signé par le bénéficiaire et le stipulant, le droit de révocation de la stipulation ne se fera pas tant que le juge des tutelles n'aura pas donné son autorisation. En cas de désignation du curateur comme bénéficiaire, il y aura opposition d'intérêts.

Dans le cadre de la tutelle, l'autorisation du juge des tutelles est nécessaire pour souscrire ou racheter un tel contrat[1460]. L'autorisation sera également requise en ce qui concerne la désignation ou la substitution, ainsi que la révocation du bénéficiaire. La révocation de la stipulation ne peut intervenir qu'avec l'autorisation du juge des tutelles tant que l'acceptation du bénéficiaire n'a pas eu lieu. On voit donc que le majeur, même s'il peut prendre seul la décision de s'engager dans le cadre de l'assurance-vie, et même si son état lui permet de prendre seul la décision, reste soumis au contrôle du juge. L'autonomie n'est pas totale puisque l'assistance et l'autorisation du juge prévalent dans de nombreux cas.

572. Les testaments et le mandat à effet posthume[1461] offrent une vision différente de l'autonomie du majeur.

Ainsi, en matière de sauvegarde de justice, le sauvegardé est libre de rédiger son testament dans les conditions du droit commun de la matière. Il en est de même en ce qui concerne la mandat à effet posthume, puisque, au regard de la définition posée à l'article 812 du Code civil, il faut en déduire que toute personne, juridiquement capable ou non, peut passer un tel mandat. Par contre, lorsque le juge des tutelles a désigné un mandataire spécial dans le cadre de la sauvegarde de justice, ou bien si le majeur protégé a donné mandat conventionnel à un tiers dans la succession, les pouvoirs des mandataires judiciaire et conventionnel tombent au bénéfice du mandataire posthume. Le mandataire conventionnel ne peut accomplir aucun acte d'administration ou de disposition, alors que le mandataire judiciaire pourra accomplir tous les actes pour lesquels il a reçu pouvoir du juge en dehors du domaine successoral.

En curatelle, la liberté de tester prévaut. Toutefois, si la personne présente une insanité d'esprit telle, ou que son consentement a été vicié, l'article 901 du Code civil écarte la possibilité pour la personne protégée de rédiger son testament. Passer un mandat à titre posthume reste également possible pour le curatélaire[1462]. Si un mandataire posthume autre

---

[1459] Sur la qualification de l'assurance-vie en une libéralité, ou du moins le rejet de cette qualification par la Cour de cassation, v. en ce sens : Civ. 1ère, 17 mars 2010, n° 08-15.658, Bull. Civ. I, n° 66 ; «Assurance-vie : défaut d'assistance du curateur et refus de qualification en donation», Defrénois, 15 juillet 2010, art. n° 39135, n° 13, pp.1440 et sui., obs. D. Noguéro. La question qui se posait portait pareillement sur la possibilité d'annuler la modification de la clause bénéficiaire alors même que le majeur ne peut y remédier sans l'assistance de son curateur *ad hoc* ; v. *supra* n. n° 1402, J. Hauser, art. préc. ; v. *supra* n. n° 1391, Th. Fossier et L. Pécaut-Rivolier, art. préc.

[1460] V. *supra* n. n° 1458, N. Péterka, art. préc., § 7.

[1461] Fl. Fresnel, « La personne protégée et le mandant à effet posthume », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 54 et sui. ; Fr. Sauvage, « Fiche pratique : Rédiger et révoquer son testament », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 72.

[1462] Ce dernier pourra même être désigné en qualité de mandataire par le mandant à titre posthume si le juge des tutelles a décidé de lever la mesure de curatelle. Par contre, l'inverse n'est pas

que le majeur protégé est désigné, ce mandataire conserve la gestion complète de la succession en accomplissant les actes d'administration et de disposition relevant de la succession. Ce qui signifie que le curateur est dessaisi de l'accomplissement de ces actes en ce qui concerne la gestion de la succession. Cette disposition ne vaut que pour la curatelle renforcée[1463].

Enfin, dans le cadre de la tutelle, si le protégé a établi son testament antérieurement à l'ouverture de la tutelle, le testament reste valable. Toutefois, il pourra être remis en question si la cause qui a déterminé le testateur a disparu dans le cadre de la mesure de protection. Pour toute rédaction postérieure à l'ouverture de la tutelle, le juge des tutelles doit autoriser le protégé à établir son testament[1464]. La rédaction se fait en dehors de toute assistance ou représentation, afin de préserver l'intention libérale. Le protégé peut seul révoquer son testament[1465]. Et pour le mandat à effet posthume, la désignation du tutélaire en qualité de mandataire ou en qualité de mandant n'est pas admise, sauf autorisation du juge des tutelles, suivant que le mandat constitue un acte d'administration ou de disposition. Si le mandataire est un tiers, le tuteur dispose de deux possibilités pour écarter le mandataire posthume[1466]. Dans le premier cas, le tuteur peut demander au juge de mettre un terme à la convention. De la sorte, le tuteur pourra recouvrer ses droits en termes de gestion et d'administration de la succession. D'une autre manière, le tuteur peut conclure un mandat conventionnel avec le mandataire posthume, analysé comme un acte de disposition[1467]. Le juge des tutelles aura du au préalable avoir donné son autorisation à cette fin.

Quel que soit le mandataire posthume désigné et selon la mesure prononcée, la reddition des comptes est obligatoire.[1468] Reste toutefois à trouver un cas concret pour dire applicables ces différents cas de figures. La difficulté pratique s'avère d'office complexe pour gérer les intérêts et la volonté du majeur. Mais pour autant, le testament admet une plus grande liberté, et donc, une autonomie supérieure que dans le cas des donations. Quant au mandat à effet posthume, une autonomie de principe est également accordée.

573. Les actions en justice ressortissent pareillement aux actes personnels admettant une assistance presque obligatoire, voire même la représentation si nécessaire.

Dans le cadre de la sauvegarde de justice, les actions en justice ne peuvent être exercées par le sauvegardé si, aux termes de l'article 433, alinéa 1er, du Code civil, un mandat spécial a été mis en œuvre aux fins d'agir en justice. Seul le mandataire peut agir dans ces conditions. Par contre, si aucun mandat spécial n'a été prévu, le sauvegardé peut exercer les actions en justice seul.

---

possible. Si le mandataire se trouve par la suite placé sous protection, le mandat à effet posthume ne pourra trouver application.

[1463] Les articles 469 et 472 du Code civil donnent pouvoir au curateur de passer les actes d'administration et de disposition avec le curatélaire pour le premier de ces articles, seul avec l'autorisation du juge pour le second. Dans tous les cas, ces pouvoirs sont bloqués en présence d'un mandat à titre posthume.

[1464] V. *supra* n. n° 1458, N. Péterka, art. préc., § 6 ; v. *supra* n. n° 1391, Th. Fossier et L. Pécaut-Rivolier, art. préc. Si le protégé agit en dehors de cette autorisation, son testament sera soumis à nullité.

[1465] *Ibid.*

[1466] V. *supra* n. n° 1461, Fl. Fresnel, art. préc.

[1467] C. civ., art. 813.

[1468] Dans tous les cas, curatelle, tutelle ou sauvegarde de justice, le mandat à effet posthume impose l'obligation pour le mandataire posthume d'établir des comptes de gestion, obligation qui pourra passer dans la succession des héritiers en cas de décès du mandataire. La reddition des comptes se fait au profit du représentant légal, du protégé et du juge en matière de sauvegarde de justice et de curatelle, au profit du représentant légal seul et du juge pour la tutelle.

Dans le cadre de la curatelle, les actions en demande et en défense se font obligatoirement avec l'assistance du curateur[1469]. Ce dernier ne peut se substituer au nom du majeur, l'action est introduite par ce dernier en son nom, le curateur n'étant là que pour l'assister. Concernant les significations de décisions de justice, la nullité est encourue si la signification a été faite seulement au protégé. Mais un revirement de jurisprudence s'est opéré (provisoirement) en ce qui concerne la nature de la nullité. Si la nullité encourue était fondée sur la substance même[1470], la nullité ne porte désormais que sur la forme[1471] et n'entraîne l'annulation d'une décision que dans le seul cas où un préjudice causé au majeur est relevé. En dehors de tout préjudice causé au majeur, la nullité de forme sera écartée et la décision faisant grief, du moins en apparence, pourra être confirmée. On peut légitimement se poser des questions quant à la motivation de la Cour de cassation à procéder à ce revirement de jurisprudence, dans la mesure où le défaut de signification d'une décision de justice à un curateur ne permet pas à ce dernier d'exercer normalement sa mission d'assistance dans tous les actes de procédure, et notamment l'exercice d'un droit de recours. L'assistance du curateur étant la substance même de sa mission, transformer la nullité de fond en nullité de forme peut s'avérer dangereux quant à la protection réelle des intérêts procéduraux d'un majeur. Cette position nouvelle de la Première chambre civile balance énormément au regard de celle de la Deuxième chambre qui s'efforce de maintenir la nullité en tant que vice portant sur la substance[1472]. Avec la réforme de 2007, la nullité encourue en raison du défaut de signification considérée comme un vice de forme ne pouvait pas se maintenir en l'état, notamment parce que la protection projetée se veut plus proche du majeur. C'est pourquoi, la Première chambre civile est revenue à une position davantage conforme à sa jurisprudence

---

[1469] Ce que confirme la Cour de cassation, puisque la capacité, ou plutôt l'incapacité du majeur à agir seul, s'apprécie au moment où ce dernier exerce son droit de recours : *cf* Civ. 1ère, 4 juillet 2012, n° 11-18.475, D. 2012. 1886 ; *ibid*. 2699, obs. D. Noguéro et J.-M. Plazy ; AJ Fam. 2012. 506, obs. Th. Verheyde ; RTD Civ., 28 décembre 2012, n° 4, p. 712, n. J. Hauser. Sur l'obligation de signification d'une sommation d'un cahier des charges au curateur, *cf* Civ. 2ème, 27 juin 2013, n° 12-20.880, inédit, source Légifrance. V. également Soc., 18 décembre 2013, n° 12-17.874, à publier, AJ fam., 21 mars 2014, n° 3, p. 190, obs. V. Montourcy, arrêt dans lequel la représentation du curateur n'est pas admise, puisqu'il devait être simplement assisté par le curateur. Par contre, l'appel d'une décision du juge des enfants doit être qualifié comme un acte strictement personnel, la décision du juge portant sur les actes de l'autorité parentale, eux-mêmes étant des actes strictement personnel sur le fond : *cf* Civ. 1ère, 6 novembre 2013, n° 12-23.766, Bull. Civ. I, n° 1233, Dr fam., 15 décembre 2013, n° 11, p. 2, obs. G. Raoul-Cormeil ; Rec. D. n° 7, 20 février 2014, p. 467. Ni l'assistance ni la représentation dans ce type d'action en justice ne sont admises, seul le majeur pouvant interjeter appel.

[1470] Avant revirement de jurisprudence, *cf* notamment, en ce qui concerne la nullité à défaut de signification : Civ. 1ère, 11 octobre 1995, n° 93-20.583, inédit, source Légifrance, ou encore Civ. 1ère, 17 décembre 1996, n° 94-22.086, inédit, source Légifrance, et Civ. 1ère, 20 décembre 2001, n° 00-17.173, inédit, RTD civ. 2002. 272, obs. Hauser ; Defrénois 2002. 696, obs. Massip.

[1471] Civ. 1ère, 8 juillet 2009, n° 07-19.465, Bull. Civ. I, n° 857, « L'absence de signification des actes au curateur n'est qu'un vice de forme », AJ Fam., 14 septembre 2009, n° 9, p. 351, obs. L. Pécaut-Rivolier ; D. 2009. 1970, obs. V. Egéa ; *ibid*. 2010. 2115, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; RTD Civ. 2009, 14 décembre 2009, n° 4, p. 700, obs. J. Hauser ; JCP 2009. 391, n° 19, obs. Tisserand-Martin ; Dr. fam. 2009, n° 115, n. Maria. Les faits de l'espèce montraient que l'assignation dans une procédure de divorce n'avait pas été notifiée au curateur. Bien que la nullité de forme ait été relevée, les juges ont considéré qu'elle n'a causé aucun préjudice au majeur, ce qui tend à confirmer la décision de liquider la communauté. La Cour de cassation avait déjà tenté de faire valoir la nullité de forme en lieu et place de la nullité de fond au motif que le défaut de signification d'un jugement avait été soulevé pour la première fois devant elle-même. Elle avait écarté la nullité du jugement parce que ce dernier n'était pas opposable à l'autre partie (jugement ouvrant une curatelle) : *cf* Civ. 1ère, 27 avril 2000, n° 98-11.739, inédit, source Légifrance.

[1472] Civ. 2ème, 25 février 2010, n° 08-20.345, inédit, source Légifrance.

traditionnelle, comme celle d'ailleurs de la Deuxième chambre. Désormais, le « revirement du revirement » tend à reconnaître la nullité pour défaut de signification comme une nullité de fond, et non plus de forme. Dans tous les cas, la signification doit être faite tant au protégé qu'au curateur[1473], à défaut, la non signification constitue une irrégularité de fond de l'acte.

Dans l'hypothèse de la tutelle, le majeur doit se faire représenter[1474]. Le tuteur ne pourra agir en demande ou en défense, en ce qui concerne les droits extrapatrimoniaux, qu'après autorisation du juge des tutelles, ou sur injonction de ce dernier. Le juge des tutelles peut aussi enjoindre au tuteur de se désister de l'instance ou de l'action. Le tuteur peut également être amené à transiger si nécessaire. L'assistance[1475] du majeur est également prévue dans le cadre d'une tutelle allégée à des fins particulières. Une capacité résiduelle semble exister dans ce type de tutelle qui démontre une autonomie rétablie dans certains actes.

574. En matière pénale, le majeur poursuivi dans le cadre d'une procédure correctionnelle ou criminelle bénéficie d'une assistance particulière de la part de son curateur ou de son tuteur[1476]. Dans un arrêt du 27 novembre 2012[1477], la Cour de cassation vient casser

---

[1473] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., p. 301. Sur l'obligation de signifier au curateur une ordonnance portant injonction de payer dirigée à l'encontre d'un majeur placé sous curatelle renforcée, *cf* Civ. 2ème, 31 janvier 2013, n° 12-10.224, inédit, source Légifrance. Sur l'omission de la signification de l'assignation au curateur, malgré l'intervention volontaire de ce dernier à l'instance (nullité confirmée par la Cour de cassation) : Civ. 1ère, 23 février 2011, n° 09-13.867, Bull. Civ. I, n° 187, AJ Fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 215, obs. Th. Verheyde ; Civ. 2ème, 7 mars 1984, n° 82-12.804, Bull. Civ. II, n° 45 ; Civ. 1ère, 6 février 1996, n° 93-21.053, Bull. Civ. I, n° 65. Pour une confirmation de l'obligation de signifier l'assignation au curateur et la cassation de la décision dans laquelle le curateur n'a pas été assigné, *cf* Civ. 1ère, 23 février 2011, n° 10-11.968, Bull. Civ. I, n° 184, AJ Fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 215, obs. Th. Verheyde, l'espèce portant sur la condamnation du majeur à payer des dommages-intérêts pour diffamation. L'action ayant un caractère extrapatrimonial, le curateur aurait du être cité, ce qui n'a pas été le cas. La nullité pour vice de fond a donc été retenue.

[1474] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*, pp. 169 et 300 ; C. civ., art. 473, al. 1er.

[1475] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*, p. 170 ; C. civ. art.473, al. 2.

[1476] L'article 706-113 du Code de procédure pénale prévoit notamment que *« le procureur de la République ou le juge d'instruction avise le curateur ou le tuteur […] des poursuites dont la personne fait l'objet, […] des décisions de non-lieu, relaxe, d'acquittement, d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ou de condamnation dont la personne fait l'objet »*. Sur ce point, v. S. Jacopin, « Santé mentale et droit pénal : les incapables du droit civil et les incapables du droit pénal », *in* Dossier La réforme des tutelles, RD Sanit. Soc., 15 septembre 2008, n° 5, pp. 835 et sui. On peut remarquer le statut bien particulier du représentant légal dans le cadre d'une procédure pénale. Le CPP lui donne le statut de témoin, ce qui paraît pour le moins ambiguë. En effet, le représentant légal sera à la fois l'assistant du majeur dans la procédure et à la fois une partie neutre en cette qualité de témoin. Quelle est donc la véritable place du tuteur ou du curateur lorsqu'il doit assister son protégé dans la défense de ses intérêts en même temps qu'il doit témoigner des faits commis par ce dernier ? Pour l'assistance du majeur, *cf* CPP, art. D. 47-17 ; pour la qualité de témoin du représentant légal, *cf* CPP, art. D. 47-15, au stade de l'enquête et de l'information, art. D. 47-20 et 706-113 au stade du jugement. La notion d'assistance du majeur n'est en conséquence que peu explicite. Son contenu n'est pas réellement déterminé, d'autant plus que sur le plan civil, l'article 469 du Code civil précise que le curateur ne peut se substituer au majeur pour agir en son nom, alors que le tuteur doit le représenter. L'intervention du représentant légal est admise dans les droits extrapatrimoniaux si le juge des tutelles a autorisé le tuteur ou le curateur à assister le majeur. Alors que sous l'empire de la jurisprudence antérieure à la loi du 5 mars 2007, le majeur peut se pourvoir seul en cassation lorsqu'il est traduit devant une juridiction pénale (Crim., 19 mai 1998, n° 97-81.018, Bull. Crim. n° 170, p. 466, JCP 1998, IV, 3130), alors qu'il doit être assisté de son représentant légal dans le cadre d'une audience

pénale à l'occasion de laquelle le juge statue sur intérêts civil (Crim., 28 octobre 1997, n° 91-80.051, Bull. Crim., n° 354). L'arrêt Vaudelle rend désormais obligatoire l'assistance du majeur à tous les stades de la procédure pénale : *cf* n. sui. concernant l'arrêt Vaudelle. Sur l'illustration de la qualité de témoin du curateur de la personne protégée condamnée pour des faits d'agression sexuelle et d'importation d'images de mineurs à caractère pornographiques, *cf* Crim., 6 mars 2013, n° 12-82.735, inédit, source Légifrance.

[1477] Crim., 27 novembre 2012, n° 11-88.678, Bull. Crim., n° 6839, « Le curateur du prévenu doit être informé des poursuites et du jugement de condamnation prononcé à l'encontre du majeur protégé », AJ. Fam. 19 janvier 2013, n° 1, p. 62. On peut rajouter que dans l'espèce en cause, le majeur n'était pas assisté à l'audience de son curateur, lequel n'était pas avisé de la tenue du procès. *Cf* aussi dans le même sens, Crim., 14 avril 2010, n° 09-83.503, Bull. Crim., n° 2454, AJ. Fam. 2012.409, comm. Th. Verheyde ; *D*. 2010, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; AJ Fam. 2010. 282, obs. L. Pécaut-Rivolier ; AJ. Pén. 2010. 409, Bull. Crim. n° 74 ; RTD Civ. 30 décembre 2010, n° 4, p. 763, n. J. Hauser ; Th. Fossier et D. Guihal, « Le régime des poursuites pénales engagées contre un majeur protégé », JCP 2007. I. 146 ; Crim. 16 janvier 2008, n° 07-81.611, inédit, RSC 2008. 366, obs. Finielz ; Civ. 1ère, 8 juillet 2009, n° 07-19.465, Bull. Civ. I, n° 857, « L'absence de signification des actes au curateur n'est qu'un vice de forme », AJ Fam., 14 septembre 2009, n° 9, p. 351, obs. L. Pécaut-Rivolier ; *D*. 2009. 1970, obs. V. Egéa ; *ibid*. 2010. 2115, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ;RTD Civ. 2009, 14 décembre 2009, n° 4, p. 700, obs. J. Hauser ; JCP 2009. 391, n° 19, obs. Tisserand-Martin ; Dr. fam. 2009, n° 115, n. Maria ; Crim., 4 avril 2012, n°11-88.725, inédit, AJ. Fam. 2012.409, comm. Th. Verheyde ; Crim., 3 mai 2012, n° 11-88.725, Bull. Crim., n° 105 ; AJ. Fam. 2012.409, comm. Th. Verheyde, ou encore Crim., 29 janvier 2013, n° 12-82.100, Bull. Crim., n° 32, et Crim., 29 janvier 2013, n° 12-82.101, inédit, source Légifrance. V. également D. n° 2007-1658 du 23 novembre 2007 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à la poursuite, à l'instruction et au jugement des infractions commises par des majeurs protégés, JO n° 274, 25 novembre 2007, p. 19251, texte n° 8. Le majeur doit donc bénéficier d'une assistance de son curateur, comme l'arrêt Vaudelle de la Cour EDH le prévoit : CEDH, 30 janvier 2001, Vaudelle c/France, n° 35683/97, Rec. CEDH, 2001, I ; RTD Civ., 15 juin 2001, n° 2, p.439, obs. J.-P. Marguénaud ; *D*. 2002, Jur. 353, n. A. Gouttenoie-Cornut et E. Rubi-Cavagna, et somm. 2164, obs. J.-J. Lemouland ; v. *supra* n. n° 1436, Th. Fossier et Th. Verheyde, art. préc. Le curateur doit également être tenu informé d'une décision de justice afin qu'il assiste le majeur protégé dans l'exercice d'une voir de recours : dans un arrêt du 21 octobre 2014, la Cour de cassation confirme que pour éviter que l'appel du majeur protégé ne soit pas jugé comme *« tardif »,* il est nécessaire que le curateur soit avisé de la décision de justice condamnant le majeur. L'intérêt est d'éviter que le recours ne soit déclaré irrecevable, du fait de l'inobservation par le majeur du délai de recours (et ayant agi seul de surcroît). L'information du curateur assure donc l'exercice d'un recours dans les délais impartis par le code de procédure pénale : Crim., 21 octobre 2014, n° 13-85.481, à publier, AJ fam. 19 décembre 2014, n° 12, p. 701, obs. Th. Verheyde, RTD Civ. 31 mars 2015, n° 1, p. 105, obs. J. Hauser. Rappr. de : Crim., 15 octobre 2014, n° 13-86.655, inédit, AJ fam. 19 décembre 2014, n° 12, p. 702, obs. Th. Verheyde (vérification non systématique par les autorités de poursuites du placement d'un majeur sous protection, et ce, en fonction des éléments du dossiers et en cas de doute de la part de ces mêmes autorités), ou encore Crim., 24 juin 2014, n° 13-84.364, à publier, *D.* 2014.1452 ; *Ibid*. 2259, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; AJ fam. 18 octobre 2014, n° 10, p. 561 (l'assistance du curateur s'étend au-delà même de la simple décision de condamnation du majeur, puisqu'elle s'applique également à son exécution ; le Parquet doit aviser le curateur d'une réquisition aux fins de relèvement d'astreinte). Dernière décision à rappr. de : Crim., 21 janvier 2014, n° 13-84.364, QPC, inédit, RSC 2014.788, obs. J.-H. Robert (la Cour de cassation précisant que *« le relèvement d'astreinte participe de l'exécution du jugement qui en a prescrit le principe »*), décision se rapportant aux décisions rendues par le Tribunal conflit : T. confl., 10 juillet 1990, Dr. pén. 1991, comm. 62, ou encore T. confl., 25 avril 1991, LPA, 9 novembre 1994, n. J. Morand-Devillier et D. Moréno. Et comme tout prévenu ou accusé, le majeur protégé doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat, choisi ou commis d'office : *cf* F. Moureau, « La place de l'avocat dans la nouvelle législation sur la protection des majeurs », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n°1, p. 12. V. également en ce qui concerne le traitement par la Cour de cassation du

un arrêt de condamnation à une peine de dix-huit ans de réclusion criminelle prononcée à l'encontre d'un majeur protégé placé sous curatelle, aux motifs que le curateur de ce dernier n'avait pas été avisé des poursuites engagées contre le majeur et de l'arrêt de condamnation. Il s'en suit que les juges d'appel ont violé les dispositions de l'article précité, justifiant la cassation de l'arrêt de condamnation. La raison de cette conception de la Cour de cassation se justifie dans le sens où la loi du 5 mars 2007 a instauré un régime caractéristique de l'information due au représentant légal, dès lors que le majeur protégé est poursuivi en qualité de prévenu ou d'accusé. En dehors de l'information qui lui est due, le majeur ne peut bénéficier du conseil de son représentant légal quant au choix d'un avocat ou sur les explications propres à aider le majeur à comprendre la procédure pénale et ses suites, jusqu'au prononcé d'une décision, ses conséquences ou encore la possibilité de faire appel de la décision, sans parler des conséquences sur l'action civile (avec ce que cela induit sur la gestion patrimoniale des biens et ressources du majeur).

Cet aménagement de l'assistance en matière pénale ne ressort que de la condamnation de la France par la CEDH pour violation des droits de la défense[1478]. La Convention EDH impose aux États signataires le respect effectif des droits garantis par son article 6[1479]. Le litige était double. La première contradiction concerne les droits de la défense en matière civile et en matière pénale. En matière civile, un majeur incapable peut bénéficier d'une assistance aux fins de défendre ses intérêts. Mais à l'opposé, le majeur incapable, en matière pénale, ne pouvait bénéficier d'une telle assistance. La Cour EDH a donc considéré que la non assistance du majeur protégé dans le cadre d'un procès pénal portait atteinte aux droits de la défense, alors que la même assistance était donnée lors d'une audience civile. La seconde contradiction repose toujours en matière pénale. Condamné pénalement, le majeur incapable peut aussi être condamné à verser des dommages-intérêts à la partie civile. Les conséquences de cette condamnation civile au pénal portent sur le patrimoine du majeur protégé. Le représentant légal ne pouvait en l'espèce participer aux actes de la procédure, le majeur restant livré à lui-même, devant assurer seul le versement des dommages-intérêts à la partie civile. La France a donc corrigé cette double contradiction. La correction s'est faite sur la base des dispositions de l'arrêt Winterwerp c/ Pays-Bas[1480] qui impose la nécessité de garanties spéciales de procédure en faveur des majeurs incapables.

575. Enfin, le droit de vote peut paraître une exception dans le paysage des actes personnels. Bien que l'assistance ou la représentation ne soient pas possibles dans la mesure où seul le majeur peut s'exprimer en la circonstance, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas un acte à caractère strictement personnel, puisque procuration peut être donnée à un tiers. Il constitue une sorte de catégorie hybride, tel un droit entièrement attaché à la personne qui ne réclame ni assistance ni représentation mais dont la procuration donnée peut s'apparenter à une sorte de délégation d'expression de la volonté.

Autant en matière de sauvegarde de justice que de curatelle, le droit de vote reste librement exercé par la personne protégée[1481]. Puisque les mesures de protection en cause ne reflètent pas une altération des facultés mentales telles que la personne protégée n'est pas en état d'exprimer un avis, elle reste libre d'exercer ou non son droit de vote.

---

mandat d'arrêt européen concernant un majeur protégé ne pouvant donner son consentement à sa remise aux autorités judiciaires étrangères, notamment l'arrêt de principe Crim., 17 février 2016, n°16-80.653, à paraître, AJ Fam. 2016.216, obs. V. Montourcy.

[1478] CEDH, 30 janvier 2001, *Vaudelle c/France*, préc. *supra* n. n° 1477.

[1479] CEDH, 13 mai 1980, série A, n°37, Artico c/ Italie, p. 18 § 36.

[1480] CEDH, 24 octobre 1979, série A n°33, Winterwerp c/ Pays-Bas, p. 24.

[1481] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., p. 213.

Mais dans l'hypothèse où le juge des tutelles ouvrirait une tutelle ou la renouvellerait, il doit se prononcer sur le maintien ou la suppression du droit de vote[1482], voire même son rétablissement, en fonction de la capacité de la personne à pouvoir ou non exprimer un avis. Sauf qu'en cas de suppression, le tuteur ne peut nullement exprimer le choix d'un vote à la place du majeur comme il pourrait le faire pour n'importe quel autre acte personnel. Le droit de vote est tout simplement retiré et ne peut plus être exercé. Dans ces conditions, il ressemble à un acte strictement personnel tout en n'étant qu'un acte personnel. En tout cas, l'autonomie du majeur en la matière doit être préservée dans la mesure du possible.

576. Quels que soient les actes personnels, l'autonomie n'est pas totale, même si le majeur doit consentir pour se marier ou divorcer. L'assistance ou la représentation que la loi préconise ne sont pas une exception au principe d'autonomie puisque le majeur pourra toujours donner son avis. Il s'agit simplement d'une présence obligatoire du représentant légal, ce dernier ne pouvant pas décider hors l'avis du majeur.

577. Le législateur a donc consacré une autonomie réduite ou relative, bien qu'elle ne concerne pas les actes strictement personnels[1483] relevant des droits « parentaux », ainsi que ceux relevant des dispositions spéciales. Il s'agit d'actes relevant davantage de choix personnels[1484] touchant à la personne même du majeur ou à des pratiques personnelles, plus que sur des décisions ayant des conséquences sur la personne même.

D'une manière générale, ce sont des actes relatifs à la vie quotidienne, tels les loisirs, le mode de vie, la pratique d'une religion, ou toute forme d'activité[1485]. Alors, pourquoi ces choix qui n'ont pas spécialement de grande influence sur l'état de la personne ne rentreraient pas dans le cadre de l'autonomie absolue, faisant partie d'une catégorie hybride des actes strictement personnels ? En excluant ces actes de l'autonomie absolue, le législateur prend pour base de référence l'état de la personne. En effet, l'état physique ou mental de la personne protégée peut la conduire à faire de mauvais choix quant à l'exercice de telles pratiques. Cependant, ces actes n'ont pas les mêmes conséquences que sont celles du mariage ou du divorce.

C'est pourquoi, l'autonomie absolue sur ces actes aurait du être consacrée afin d'éviter toute assistance ou représentation. Cela aurait été l'occasion de réellement donner au majeur une autonomie indéniable lui permettant de faire prévaloir la prééminence de sa volonté. Mais pour les actes visés à l'article 459 du Code civil, l'alinéa 2 suppose une forme d'assistance ou de représentation dès lors que le majeur n'est plus suffisamment en état de donner un avis éclairé, malgré l'autonomie prônée par la loi. C'est pourquoi, l'autonomie que le législateur recherche est aussitôt contrecarrée par de possibles aménagements contraires à une autonomie pernicieuse. L'autonomie est certes absolue dans certaines matières, mais elle est contrainte dans d'autres. Ce qui permet d'affirmer qu'il est difficile de concilier la notion d'autonomie elle-même avec le principe en tant que tel. Si cette difficulté est celle-ci, la difficulté touchant à sa mise en œuvre est telle que dans quasiment tous les cas, le juge des tutelles procédera à un contrôle de tous les actes, autant matériels que personnels. D'où l'exception que met en place la loi au titre de l'assistance et de la représentation, en lieu et place de l'autonomie, le majeur ne pouvant plus décider. L'assistance, voire même la représentation dans certains cas, écartent totalement le principe d'autonomie.

[1482] Conformément aux dispositions de l'article L.5 du Code électoral

[1483] Civ. 1ère, 8 octobre 2008, n° 07-16.194 préc. *supra* n. n° 1419, sur la question relative à l'impossibilité pour le majeur de consentir à sa propre adoption, en raison de troubles liés à l'autisme et empêchant toute expression de la volonté.

[1484] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 177 ; V. Avena-Robardet, « La simplification du droit de la famille », AJ Fam., 18 mai 2009, n° 5, p. 190.

[1485] Dans le même ordre d'idée, v. en ce sens *supra* n. n° 1395, Th. Fossier, art. préc.

578. Si les mesures de curatelle et de tutelle sont respectivement des mesures d'assistance[1486] et de représentation[1487], la tutelle admet aussi une simple assistance, comme cela est le cas pour les actes personnels. Si ces notions, au sens littéral du terme, ne présentent pas de difficultés sur le plan de l'interprétation, malheureusement, une définition précise n'est pas donnée par la loi nouvelle[1488]. Pourtant, elle s'est efforcée de redéfinir la théorie de la représentation légale[1489], en reprenant l'idée de manière éclatée[1490]. Si l'assistance consiste en un simple soutien qui ne crée pas de difficultés notoires, la représentation est autrement plus problématique. Ainsi, le représentant légal a le pouvoir de représenter le majeur dans tous les actes de la vie civile[1491], à savoir tant dans la gestion de ses biens que dans sa personne. Une sorte de hiérarchie s'instaure. Le juge des tutelles désigne un tuteur ayant pouvoir de représenter le majeur. De cette disposition, il ressort que les tiers n'ont pas pouvoir d'agir avec le majeur protégé seul. Les tiers ont obligation de traiter avec le tuteur seulement, lequel agit pour le compte du majeur protégé, tout en engageant ce dernier.

Tel est l'un des aspects du mécanisme de la représentation[1492]. Le tuteur, dès lors qu'il a un caractère familial, lui conférant une sorte de *« légitimité supérieure »*[1493], est donc le seul maître à bord (nonobstant le pouvoir de surveillance du juge des tutelles). Aucun tiers n'est en droit d'intervenir en lieu et place du tuteur[1494], à moins que celui-ci ne s'adjoigne un tiers[1495]. Au même titre que le droit des obligations qui instaure le mécanisme de la représentation dite « parfaite », la fiction de la représentation tutélaire sera pareillement « parfaite » dès lors que le majeur sera engagé auprès des tiers par l'entremise du tuteur[1496] : *« La représentation efface la volonté du représentant, conçu comme un simple exécutant, et magnifie la volonté, réelle ou supposée, du représenté, seul sujet de droits subjectifs et seul personnage conçu dans la permanence par le droit privé français classique »*[1497]. Ce dernier agissant non dans

---

[1486] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 180.

[1487] La représentation prend effet à compter de la mise en place de la mesure de tutelle. L'incapacité qui en résulte est générale et est effective deux mois après inscription de la mesure en marge des actes de l'état civil, sauf pour les tiers qui en auraient eu connaissance avant : voir en ce sens l'article 444 du Code civil. La même considération vaut pour l'assistance.

[1488] Th. Fossier, « La représentation légale de l'incapable, une théorie à construire », Dr. Fam., 2004, ét. n° 10 ; du même auteur, « Patrimoine et intérêts juridiques, traditions et nouveautés », *in* Dossier, Réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 52.

[1489] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 197.

[1490] C. civ., art. 408, 452, 467, 468 al. 3, 469, 471 à 475, 496 et 499. Le pouvoir de représentation générale se trouve quant à lui aux articles 408, 475 et 506 du Code civil.

[1491] C. civ., art. 473, al. 1er.

[1492] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 198.

[1493] *Ibid*.

[1494] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 199.

[1495] Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 donne la liste des actes pour lesquels le tuteur peut désigner un tiers aux fins de réalisation desdits. Il est à noter que le tuteur agit ainsi sous sa propre responsabilité et qu'il devra répondre devant le juge des fautes commises par ce tiers.

[1496] F. Rigaux, *Le statut de la représentation. Etude de droit international privé comparé*, Leiden, Bibliotheca Visseriana, 1963, p. 1 ; J. Schmidt-Szalewski, « Les fictions en droit privé », *in* Réformes du droit de la famille, Archives de philosophie du droit, 1975, t. 20, pp. 273 et 291 ; G. Wickler, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, t. 253, 1997, p. 55.

[1497] E. Gaillard, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *in* La représentation, Droits, n° 6, 1987, pp. 91 et 92 ; M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, 1982, p. 82, n° 110. Selon la doctrine, la représentation est une fiction artificielle. Sur cet aspect, v. en ce sens : J. Ellul, *Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception, in Le dépassement du droit, Archives de philosophie du droit*, vol. 8, 1963, p. 24, dès lors que la volonté du représenté est inventée et façonnée.

son intérêt personnel, mais dans l'intérêt de majeur, les effets d'une telle action bénéficient au majeur. Cette conséquence aboutit à une autre : la représentation est exclusive[1498] : si le tuteur dispose de tout pouvoir pour agir en lieu et place du majeur, *a contrario*, le majeur ne dispose plus d'aucun pouvoir[1499]. Et les tiers n'ont pas plus de pouvoir : seule leur est admise la tierce-opposition, et encore, dans des cas limités et aux créanciers du majeur protégé exclusivement[1500]. La représentation offre en conséquence au tuteur un pouvoir non négligeable qu'il convient de contrôler étroitement, puisque toute volonté individuelle est dans sa quasi-totalité évanouie.

579. C'est pourquoi, le caractère exceptionnel de ces mesures, restreignant le principe d'autonomie, visé d'ailleurs aux alinéas 2 et suivants de l'article 459 du Code civil, rentre dans le cadre bien précis de la tutelle à la personne, dès lors que la personne n'est pas en capacité physique ou mentale de prendre une décision personnelle éclairée.

En autorisant un régime d'assistance ou de représentation dans des décisions personnelles, le législateur vient contraindre davantage la liberté restreinte de la personne protégée. Soit on restreint sa liberté de décision tout en la protégeant, soit on lui accorde une liberté totale de décision en la matière, avec acceptation du risque qu'elle prenne une décision contraire à ses intérêts. Le législateur n'a pas eu d'autre choix que celui-ci : l'atteinte à l'autonomie doit être *« strictement nécessaire et indispensable »*[1501] : le représentant légal , en lieu et place du majeur, pourra exprimer, par la voie de la délégation, l'expression de sa volonté. Car l'autonomie ne doit pas éclipser la protection même de la personne. L'alinéa 2 de l'article 459 du Code civil va dans ce sens : si la personne ne peut prendre une décision suffisamment éclairée, le juge des tutelles peut autoriser la représentant légal à assister le majeur protégé, voire même à le représenter. Assistance dans un premier temps, représentation dans un second temps, en raison de l'impossibilité pour la personne de prendre une décision dans le cadre de l'assistance, voilà mis en pratique le principe de proportionnalité. La difficulté est à ce titre réduite, puisque si la personne ne peut pas prendre une décision personnelle seule, le juge des tutelles autorisera le représentant légal à l'assister, voire la représenter. Si la mesure d'assistance ou de représentation s'adapte au majeur, elle s'adapte également aux actes visés. Le juge peut restreindre cette intervention pour tous les actes ou une série définie d'actes.

580. L'assistance et la représentation peuvent également être décidées lorsque l'autonomie de la personne, en matière d'actes à caractère personnel, conduira cette dernière à se mettre en danger, du seul fait de son comportement. Ces actes sont systématiquement encadrés, et par l'autorisation du juge des tutelles, et par l'assistance de représentant légal, dès lors qu'il existe un danger pour le majeur[1502]. Le Code de la santé publique, ainsi que le code

---

[1498] V. *supra* n. n° 1494, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., p. 199.

[1499] Exception faite des actes à caractère strictement personnel qui réclament le consentement du majeur.

[1500] Selon l'article 499 du Code civil, *« les tiers peuvent informer le juge des actes ou omissions du tuteur qui leur paraissent de nature à porter préjudice aux intérêts de la personne protégée. Ils ne sont pas garants de l'emploi des capitaux. Toutefois, si à l'occasion de cet emploi, ils ont connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement l'intérêt de la personne protégée, ils en avisent le juge. La tierce-opposition contre les autorisations du juge des tutelles ou du conseil de famille ne peuvent être exercées que par les créanciers de la personne protégée et en cas de fraude à leurs droits ».*

[1501] V. *supra* n. n° 1406, M. Azavant, art. préc. ; d'autant plus si le majeur protégé se trouve dans le coma : v. en ce sens L. Ravillon, « Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique », RD. Sanit. Soc., n° 1, 15 mars 1999, pp. 191.

[1502] V. *supra* n. n° 1401, Th. Fossier, art. préc. ; comme le prévoit la circulaire n°CIV/01/09/C1 de la DACS en date du 9 février 2009 (pp. 25 et 26), *« cette disposition couvre de nombreux actes touchant à la santé de la personne, comme les interventions chirurgicales, ainsi que ceux impliquant*

de l'action sociale et des familles, prévoient en parallèle du Code civil une assistance, voire une représentation du majeur dès lors que ce dernier se met en danger[1503]. Il faut comprendre que la pratique en réserve le contenu aux personnes devant être hospitalisées à la demande des tiers ou d'office, notamment les personnes toxicomanes, premières concernées, voire les marginaux. Exception à la règle de l'alinéa 1er de l'article 459 du Code civil qui prévoit que la personne décide seule dès lors que l'acte touche sa propre personne, l'alinéa 4 du même article pose la règle selon laquelle la personne chargée de la mesure peut prendre toutes les mesures de protection nécessaires. Il faut toutefois la double condition que le comportement de la personne lui fasse courir un danger[1504] et que la mesure de protection soit strictement nécessaire. D'abord, comment peut-on définir le danger auquel la personne protégée serait exposée du fait de son comportement ? Quel serait alors ce type de comportement ? Puis dans quelle mesure apprécier le caractère strictement nécessaire de la mesure, et quelles seraient alors les mesures de protection strictement nécessaires à proprement parler ? C'est au seul représentant légal d'en apprécier la portée dans l'immédiat et d'en informer le juge ultérieurement.

Quitte à contraindre davantage la liberté du majeur, limiter le risque qu'il encourt par tout moyen ne saurait présager d'une intrusion néfaste dans sa vie privée. Quand bien même la volonté du majeur est de courir un risque potentiellement dangereux pour sa personne et ses intérêts, le représentant légal doit savoir user de son pouvoir pour écarter tout risque. La seule difficulté est d'apprécier les notions de « danger » et de « mesures strictement nécessaires ». Le représentant légal ne doit pas non plus user d'un pouvoir de police, mais justement, il ne saurait lui être reproché d'avoir recours aux secours ou aux services de police pour sortir le majeur d'une situation potentiellement dangereuse. Le juge, averti en aval de la prise de décision du représentant légal, pourrait connaître le motif ayant conduit le représentant légal à mettre fin au danger encouru par le majeur et apprécier justement la mesure ayant mis un terme au danger.

Toutefois, la notion de danger est vaste, et la jurisprudence commence à en apprécier la teneur. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'apprécier cette notion dans un tout autre contexte[1505], ce qui laisse justement penser que la notion n'est pas limitée. Dans l'hypothèse

---

une immixtion du curateur ou du tuteur dans la vie affective de la personne protégée ou concernant le droit à l'image de la personne protégée : il convient de préciser, que cette autorisation du juge ne sera requise que si la personne ne peut elle-même consentir à l'acte ; en conséquence, si le juge n'a pas indiqué, dans le jugement d'ouverture ou dans une décision ultérieure, que la personne, conformément aux dispositions prévues à l'article 459 alinéa 2 du Code civil, devait être assistée, voire représentée, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou pour certains d'entre eux, le tuteur ou le curateur n'aura pas à solliciter l'autorisation du juge, la personne prenant seule les décisions la concernant, en application de l'alinéa 1er de l'article 459 du Code civil ».

[1503] L'alinéa 4 de l'article 459 du Code civil dispose ainsi en ce sens : *« la personne chargée de la protection à l'égard du majeur peut prendre à l'égard de celui-ci les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement ferait courir à l'intéressé. Elle en informe sans délai le juge »*. Cette information délivrée au juge rentre dans le cadre des dispositions de l'article 463 du Code civil qui impose au représentant légal l'obligation de délivrance annuelle d'un compte rendu des diligences accomplies dans le cadre de la représentation de la personne même du majeur.

[1504] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 210 ; v. *supra* n. n° 1401, Th. Fossier, art. préc.

[1505] Civ. 1ère, 27 février 2013, n° 11-28.307, Bull. Civ. I, n° 25 ; « L'intérêt du majeur protégé et l'appréciation souveraine des juges du fond », Gaz. Pal, n° 121r5, 14 mars 2013, n° 73, p. 21 ; AJ Fam., 2013.304, obs. Th. Verheyde ; Dr. Fam., 2013, comm. 58, n. Maria ; RTD Civ., ss « le curatélaire et sa petite voiture : des biens et de la personne… », 15 juillet 2013, n° 2, p. 350, n. J. Hauser.

de l'achat d'un véhicule sans permis, la notion de danger s'affiche parfaitement. La Cour de cassation a retenu que l'état de santé du majeur protégé ne lui permettait pas de recevoir du juge des tutelles son autorisation aux fins d'acquisition d'un véhicule sans permis. La difficulté ne porte pas sur l'achat du véhicule en tant que tel, mais sur les conditions dans lesquelles ce véhicule aurait été utilisé. Car les faits ne permettaient pas au majeur d'obtenir une réponse favorable : les juges ont retenu que « *selon les dispositions de l'article 415 du Code civil, la protection des majeurs de leur personne et de leurs biens, que leur état ou leur situation rend nécessaire, a pour finalité l'intérêt de la personne protégée et c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de l'intérêt de la personne protégée que la cour d'appel, après avoir analysé les avis médicaux produits, estime que, eu égard à l'acuité visuelle du majeur protégé, définitivement incompatible avec les impératifs de la sécurité routière, celui-ci ne peut être autorisé à acquérir un véhicule* ». L'achat d'un véhicule ne pose pas de difficulté, mais la perspective de voir un majeur protégé déficient visuel prendre le volant aurait sans doute constitué une gageure pour la sécurité routière.

En ces termes, on voit donc que la notion de danger peut se trouver dans n'importe quel domaine. Si la doctrine tend à rapprocher la notion de danger dans les actes de la vie quotidienne aux cas de toxicomanes, on dispose d'un faisceau d'indices pour apprécier la notion de danger. En tout cas, en fonction des litiges que la jurisprudence aura à solutionner, la notion de danger sera bien plus précise. Il convient dans l'immédiat de retenir *stricto sensu* la notion de comportement dangereux ; puisqu'il est nécessaire de protéger la personne de son propre comportement, au même titre des actes qu'elle réalise, l'essentiel est sans doute préservé, avec toutefois l'obligation pour le juge des tutelles d'entendre cette personne[1506]. Alors, on peut toutefois se cacher derrière le manque de notion pratique de ces dispositions, il n'en demeure pas moins qu'il faudra déterminer exactement les cas dans lesquels ces dispositions auront matière à s'appliquer.

581. Le législateur a donc créé une sorte de représentation de droit ou d'office de la part du représentant légal[1507], par laquelle le juge des tutelles autorise ce dernier à décider en lieu et place de la personne protégée. Toutefois, afin d'éviter toute forme de dérive quant à l'autorisation particulière de représenter le majeur en danger, la loi du 5 mars 2007 a entouré cette représentation d'une garantie double : l'autorisation à représentation ne vaudra que pour les actes strictement nécessaires ; mais la loi subordonne cette autorisation à l'information du juge des tutelles par le représentant légal qui devra lui signaler un comportement à risque de la part du protégé. Toutefois, à raisonner logiquement, il paraît difficile d'empêcher le représentant légal de prendre une décision dans ce contexte, alors que le juge des tutelles n'aura sans doute pas donné son autorisation. L'information risque d'être donnée *a posteriori*, et il est à craindre que la personne protégée agisse mal aisément avant que le représentant légal ne puisse agir à sa place, à moins d'anticiper lorsque le majeur projette de créer le risque. Le représentant légal n'aurait-il pas intérêt à signaler les faits au procureur de la République, pour être sûr que ce dernier anticipera tout comportement tangent du protégé, en saisissant les autorités compétentes, en envisageant une hospitalisation d'office ? la loi ne l'a pas expressément prévu. Mais à moins d'en prendre l'initiative, peut être que la pratique conduira à une sorte de conflits de masse. L'autonomie du majeur est donc volontairement écartée afin de ne pas exposer ce dernier au danger qu'il crée lui-même. On ne peut donc pas critiquer négativement cette disposition qui, au contraire de supprimer de manière mal intentionnée la sphère autonome du majeur, préserve sa personne. La véritable autonomie du majeur, celle qui participe d'une prise de décision éclairée et lucide, est donc préservée si le majeur est hors d'état de nuire lui-même à ses intérêts.

[1506] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 191.

[1507] V. *supra* n. n° 1406, M. Azavant, art. préc.

582. Le juge des tutelles peut aussi intervenir dans les actes les plus graves pouvant porter atteinte à l'intégrité de la personne protégée ou à sa vie privée. Le représentant légal doit recevoir du juge des tutelles l'autorisation pour assister ou représenter la personne protégée pour lesdits actes[1508]. Ainsi, les actes médicaux non caractérisés par la notion d'urgence autorisent la représentation du majeur. Tout ce qui a trait aux amputations ou ablations, voire aux actes de stérilisation, sont soumis à l'autorisation du juge des tutelles, à moins que l'urgence soit caractérisée. La nécessité pour les secours d'amputer le majeur après un accident de la circulation ne permettra pas d'obtenir l'autorisation du juge. La nécessité et l'urgence entraîneront obligatoirement la réalisation de l'acte. Le tuteur doit donc décider seul, en dehors de toute autorisation du juge et en dehors de tout consentement du majeur.

Dans un autre registre, si l'acte ne porte pas gravement atteinte à l'intégrité du majeur[1509], le représentant légal pourra le représenter sans avoir recours au juge des tutelles, comme les actes de médecine courante le permettent. L'autorisation du juge des tutelles sera donnée dès lors que l'opération chirurgicale a pour conséquence de porter gravement atteinte à l'intégrité physique de la personne, hors urgence. Si l'urgence n'est pas constatée et que le risque d'atteinte grave n'est pas caractérisé, le médecin peut agir sur la simple représentation du majeur. Le représentant légal agira donc hors consentement, que l'acte médical soit grave ou courant. Si le majeur peut donner son consentement, le représentant légal agira avec le majeur sans autorisation. Par contre, si le majeur ne peut plus donner d'avis sensé, le représentant légal agira seul, sans autorisation, ou avec si nécessaire. La sphère d'autonomie pour les actes médicaux ou touchant à la vie privée du majeur est donc assortie de garanties puisque seuls les actes les plus graves admettent le recours à l'autorisation du juge.

583. Pour les actes à caractère strictement thérapeutique, l'assistance du majeur reste obligatoire[1510] dès lors qu'il ne peut être dérogé aux dispositions du Code de la santé publique et du code de l'action sociale et des familles et si ces dispositions prévoient la désignation d'un représentant légal familial ou associatif. Le représentant légal devra ainsi requérir l'autorisation du juge des tutelles dès lors que celle-ci sera obligatoire, mais cette autorisation reste obligatoire dans tous les cas, puisque les actes visés touchent à l'intégrité de la personne et doivent être contrôlés par le juge avant leur réalisation. Pour autant, ces actes ne permettent pas de dire qu'un conflit d'intérêts pourrait exister entre le tuteur et son majeur, puisque le tuteur ne ferait qu'agir dans l'intérêt personnel du majeur. Lorsque le tuteur n'est autre que le préposé d'établissement, la donne est différente, car le conflit d'intérêts peut apparaître. L'intervention du juge dans la sphère d'autonomie du majeur se veut donc protectrice des intérêts de ce dernier, car s'il peut encore consentir, il peut ne pas appréhender les conséquences de son aval, notamment sur le plan éthique[1511]. En effet, dès lors que le préposé

[1508] C. civ., art. 459, al. 3 : *« Toutefois, sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur, ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée ».*

[1509] L. n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures, JO n° 0110, 13 mai 2009, p. 7920, texte n° 1 ; Fl. Fresnel, « La notion d'urgence en droit de la protection des incapables, des majeurs protégés et des mineurs », Gaz. Pal., 30 janvier 2010, n° 30, pp. 21 et sui. *Cf* aussi la jurisprudence relative à l'acte médical de coloscopie qui n'admet pas la notion d'urgence : TI Nice, 4 février 2009, D. 2009, obs. Th. Verheyde ; Defrénois 2010, p. 870, obs. J. Massip. ; L. Talarico *in* Dr. fam., comm. 147, p. 67. La personne protégée peut même prendre seule une décision relative à un acte médical, le juge des tutelles n'ayant rendu aucune décision spéciale quant à une mesure d'assistance ou de représentation.

[1510] C. civ., art. 459, al. 1er.

[1511] C. civ., art. 459, al. 2.

d'établissement[1512] doit prendre une décision qui nécessite l'autorisation du juge des tutelles[1513] ou bien accomplir un acte au bénéfice de la personne protégée nécessitant également l'autorisation du juge des tutelles[1514], il peut être remplacé par un tuteur ou un curateur *ad hoc*[1515], dès lors que l'acte ou la décision présenterait un conflit d'intérêts[1516]. L'appréciation est particulièrement délicate à saisir, et aussi difficile à mettre en application. Un subrogé tuteur ou curateur peut être désigné en parallèle de la nomination du préposé d'établissement aux fins de veiller à l'exécution conforme de la mesure de protection et des actes thérapeutiques. L'intérêt est que le préposé de l'établissement de soins agisse dans le seul intérêt du majeur et en toute indépendance de l'établissement auquel il est rattaché, non en fonction des intérêts de l'établissement.

S'il est nécessaire de procéder au prélèvement d'un organe ou à l'amputation d'un membre[1517], le juge donnera son autorisation, sauf urgence. Par contre, si le besoin de passer un examen médical dans un cadre thérapeutique nécessitant des actes lourds peut être compensé par des mesures médicales moins contraignantes, le préposé pourra agir en dehors

---

[1512] Désigné dans les conditions de l'article 451 du Code civil.

[1513] Dans les conditions de l'article 459, alinéa 4, du Code civil.

[1514] Dans les conditions posées par le Code de la santé publique et du code de l'action sociale et des familles.

[1515] V. *supra* n. n° 1391, Th. Fossier et L. Pécaut-Rivolier, art. préc.

[1516] Le juge sera d'abord saisi par requête afin de donner son autorisation à la réalisation de l'acte ou à la prise de la décision. En examinant la requête, le juge doit veiller à ce que la décision pour laquelle il doit donner son autorisation est prise en dehors de toute concertation entre le préposé et l'établissement.

[1517] La nécessité visée à l'article 16-3 du Code civil est obligatoire afin de respecter la volonté du majeur, et dont un acte médical porte atteinte à son intégrité corporelle. Le consentement du majeur, sauf impossibilité, doit être recueilli obligatoirement. Ce consentement doit être recueilli de toute façon, soit par audition, expertise, écrit ou consentement oral. Le Code de procédure civile ne précise rien en ce sens, sauf la nécessité d'avoir le consentement du majeur. Le Code de la santé publique est plus formaliste en la matière puisqu'il impose un écrit obligatoirement, notamment en matière de recherches biomédicales (art. L. 1121-8 et L. 1122-2). Ces recherches doivent présenter un caractère bénéfique à titre collectif ou individuel (bénéfice « renforcé » comme le dit le Code de la santé publique). Les dons de moelle sont possibles pour un majeur placé sous curatelle ou sauvegarde de justice (CSP, art. R. 1241-5), alors qu'un comité d'experts est requis lorsque le majeur est placé sous tutelle (CSP, art. R. 1241-14). Par contre, les dons d'organes ou les prélèvements de produit du corps humain, comme le sang ou le plasma, sont interdits (CSP, art. L. 1231-1 et L. 1231-2, pour les premiers, art. L. 1241-2 et L. 1221-5 du même code pour les seconds). Quant aux tissus ou produits retirés à l'occasion d'une intervention chirurgicale, ils sont d'utilisation libre sauf si le tuteur ou le curateur s'y opposent (CSP, art. L. 1245-2). Quant à la question ayant trait à la stérilisation du majeur, elle doit constituer un dernier recours dans le cas où la contraception, féminine notamment (stérilet, implant, pilule, diaphragme, préservatif féminin), s'avère être absolument impossible, et après que soit constatée la contre-indication médicale de ne pouvoir recourir à l'un de ces procédés. C'est alors dans ces conditions que le juge des tutelles pourra autoriser la stérilisation de la majeure. Toutefois, la procédure est lourde et très pointilleuse. Le juge des tutelles doit entendre la majeure et obtenir son consentement, bien qu'il puisse passer outre un éventuel refus de la majeure. Dès lors, les parents de la majeure doivent être auditionnés par le juge des tutelles, ce dernier sollicitant l'avis d'un comité d'experts qui se prononcera selon la nécessité de procéder à la stérilisation de la majeure. V. alors en ce sens : Civ. 1ère, 6 février 2001, Bull. Civ. I, n° 23 ; *D.* 2001. 2440, n. F. Boulanger ; Defrénois, 2001. 1013, obs. Massip ; RTD Civ. 14 décembre 2001, n° 4, p. 853, obs. J. Hauser. *Cf* en faveur d'un gouvernement de la personne et l'instauration d'un protocole consistant à préserver non seulement la personne du majeur, mais aussi sa mise en valeur à travers le respect de sa personne : J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, th. Bordeaux, 1998. La stérilisation d'une personne placée sous régime de protection est visée aux articles L. 2123-1 et L. 2123-2 du Code de la santé publique.

de toute autorisation s'il peut être remplacé par un examen moins lourd. Mais le médecin doit recueillir le consentement du majeur et celui de son représentant légal[1518]. Quant aux actes d'interruption volontaire de la grossesse, le juge devra rechercher l'intention de la femme protégée pour autoriser ou non sa mise en œuvre[1519]. En effet, aucune disposition n'a été prévue pour la femme placée sous régime de protection, nonobstant le cas de la femme mineure exclusivement[1520]. Le juge doit entendre la majeure sur ce point spécifique. Le médecin gynécologue donnera par ailleurs un avis sur la nécessité de remédier à l'acte. Dans le cas de la stérilisation à des fins contraceptives, le juge des tutelles décide seul après avoir entendu le majeur et avoir reçu son consentement[1521].

Le besoin de rentabiliser les investissements réalisés dans les établissements de soins ne doit pas passer au premier plan. Le majeur doit toujours consentir à la réalisation de l'acte, mais l'intervention du juge dans la sphère d'autonomie laisse entendre que le consentement peut être tronqué, soit par un avis peu éclairé, soit par la nécessité pour certains établissements de défendre des intérêts pécuniaires. Il n'en demeure pas moins que le majeur ne dispose pas d'une autonomie illimitée, puisqu'il n'est nullement possible de déroger aux dispositions spéciales du Code de la santé publique et du code de l'action sociale et des familles. Aujourd'hui, le droit commun de la protection personnelle du Code civil s'applique lorsque l'intervention de la personne de confiance n'est pas imposée par ces deux derniers codes. Ces deux dispositifs, qui autrefois, vivaient en parfaite ignorance l'un de l'autre, doivent désormais se combiner : le droit commun du droit civil s'applique lorsque la personne de confiance n'a pas à intervenir et s'éclipse lorsque celle-ci intervient[1522]. Pour le dire plus simplement, le droit commun de la protection doit jouer à chaque fois que les dispositions spéciales n'ont pas matière à produire leurs effets. C'est notamment le cas des majeurs placés sous curatelle ou sous sauvegarde de justice autonome, oubliés du Code de la santé publique, lequel ne vise, qu'au profit des personnes placées sous tutelle, les actes à caractère thérapeutique[1523]. Ainsi, en l'absence d'intervention du curateur ou du mandataire spécial dans ce type d'actes, ce sont les règles du Code civil qui jouent, et donc le droit commun de la protection qui est mis en œuvre. Mais le problème ne se pose-t-il pas non plus pour les curatélaires qui peuvent ne pas avoir un avis éclairé sur les actes thérapeutiques, à plus forte raison pour les majeurs « sauvegardés » ?

C'est là que réside la difficulté. Savoir combiner les dispositions spéciales et leurs insuffisances au profit du droit commun et de sa dépendance ou non aux dispositions spéciales. Il existe un flou évident dans l'articulation des deux dispositifs, mais l'instauration

---

[1518] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 212. En droit anglais, pour les actes les plus graves, le majeur protégé doit consentir, sauf urgence. Son consentement s'accompagne d'un avis médical favorable au traitement. Le certificat médical doit justifier que le majeur a saisi la portée de son consentement, l'acte visé et les conséquences de ce dernier. Le droit allemand considère enfin que le majeur doit pouvoir exprimer son avis, quand bien même le représentant légal aurait des pouvoirs plus étendus en la matière : v. en ce sens M. Roccati, « La protection des majeurs incapables sous l'influence du droit européen », Gaz. Pal., Recueil Mars-Avril 2009, n° 2, p. 732 et sui.

[1519] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 213 ; v. *supra* n. n° 1419, S. Moracchini-Zeidenberg, art. préc.

[1520] L'article L. 2212-7 du Code de la santé publique qui s'applique pour le cas des mineures n'a pas été étendu aux cas des femmes majeures protégées.

[1521] CSP, art. L. 2123-2, après consultation obligatoire d'un comité d'experts qui aura entendu le majeur, selon l'article R. 2123-6 du même code.

[1522] V. *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., p. 211 ; L. Talarico, *La personne du majeur protégé,* Th. Lyon, 2008, § 733 et sui. ; Cl. Esper, « La personne de confiance », Gaz. Pal., 17 décembre 2002, n° 351, pp. 13 et sui.

[1523] V. *supra* n. n° 1406, M. Azavant, art. préc.

de ce droit commun risque d'être le salut de l'âme des protégés, dès lors que pour certains d'entre eux, il seront purement et simplement mis à l'index par les dispositions spéciales du Code de la santé publique.

584. L'intervention du juge des tutelles peut être appréciée de la même manière pour tout ce qui concerne le risque d'atteinte à *« l'intimité de sa vie privée »*. Tout ce qui touche à l'intimité de la vie privée est relatif à la vie affective de la personne protégée, ou encore à son droit à l'image, dans laquelle le tuteur pourrait s'immiscer. Le représentant légal agira hors autorisation du juge des tutelles si l'urgence commande que l'on protège la vie privée du majeur. Avec le développement des réseaux sociaux, il n'est pas impossible de trouver des photos de majeurs, publiées à leur insu ou de leur propre chef, en libre circulation et pouvant être partagées. Le représentant légal devra, dans la mesure du possible, faire cesser la parution des photos, ou en informer les autorités.

Le juge des tutelles peut intervenir en tant qu'arbitre dans le choix de la résidence, puisque la notion de « lieu de vie » concourt à préserver l'intimité de la vie privée du majeur. La notion de résidence présente toutefois la particularité de faire partie des effets personnels de la mesure, tout en rentrant dans l'aspect patrimonial[1524]. Si tout ce qui est relatif à la gestion de l'immeuble, comme le bail sur le logement ou la vente, ou encore l'entretien, ressort du patrimoine, le choix de la résidence en lui-même se trouve dans le giron des effets personnels.

585. Car le juge des tutelles peut ouvrir une mesure de protection limitée aux effets patrimoniaux, ce qui, par voie de conséquent, permettrait au majeur de décider seul, sans assistance et hors autorisation du juge, quant au choix de son lieu de vie. Mais lorsque le juge ouvre une mesure de protection portant tant sur les effets personnels que patrimoniaux, la liberté du choix du lieu de vie n'est plus totale, elle reste encadrée et limitée quant à un lieu de vie propice à garantir l'autonomie du majeur[1525]. Le choix pouvant entraîner des difficultés sur l'exécution de la mesure, le juge interviendra dans le choix du domicile entrant dans le cadre des effets personnels[1526]. Les droits de la personne protégée sont mis en exergue, puisqu'elle demeure libre de choisir son lieu de résidence et les personnes avec lesquelles elle veut entretenir des relations (et à ce titre, sa liberté de choix est totale). Par conflits, il faut entendre le choix de la résidence qui rendrait difficile la gestion de la mesure pour le représentant légal, ou qui rendrait les conditions de vie de la personne protégée inadaptées à sa situation, ou encore le choix d'entretenir certaines relations qui pourraient porter atteinte aux intérêts de la personne protégée. La Première chambre civile[1527] considère que le choix de la personne quant à la fixation de son lieu de résidence doit être respecté, dans la mesure où le majeur n'est pas dépourvu de volonté propre, et tant qu'il demeure en état d'émettre certains souhaits, l'espèce laissant voir que la personne protégée voulait fixer sa résidence chez ses parents, choix devant être respecté, sauf opposition. Quant aux relations avec les tiers ou la famille, le juge des tutelles peut suspendre toute visite familiale si les relations avec le protégé

[1524] Th. Verheyde, « Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales ? », Rec. D., 28 octobre 2010, n° 37, pp. 2460 et sui.

[1525] Ce qui exclut les lieux de vie pouvant porter atteinte aux intérêts du majeur ou à sa santé et sa sécurité.

[1526] Th. Verheyde, « Le logement dans la réforme de la protection juridique des majeurs », AJ Fam., 16 novembre 2009, n° 11, p. 448. Ces deux aspects font partie des droits visés à l'article 459, alinéa 1er, du Code civil pour lesquels le consentement de la personne protégée est requis nécessairement. À ce titre, l'article 459-2 du Code civil détermine les conditions dans lesquelles la personne protégée choisit son lieu de résidence, entretient les relations qu'elle souhaite avec les membres de sa famille ou des tiers à la famille, ainsi que le droit pour elle de les recevoir ou de se faire héberger par ces mêmes personnes.

[1527] Civ. 1ère, 25 mars 1997, n° 96-12.028 préc. *supra* n. n° 1392.

peuvent porter atteinte à ses intérêts[1528]. Dans la limite de l'intervention du juge, le majeur reste donc autonome quant au choix de fréquenter les personnes qu'il souhaite rencontrer ou de résider où bon lui semble. Mais tout conflit dans ces choix entraînera l'arbitrage du juge et donc une perte partielle de l'autonomie de résidence du majeur.

586. La Cour Européenne des Droits de l'Homme tient particulièrement au respect des dispositions relatives aux relations qu'entretient le majeur avec les tiers, car la conjugaison de ces dispositions avec la vie de tous les jours doit garantir au majeur protégé la possibilité de rester en contact avec le monde extérieur, tout en nouant des relations sociales à même de maintenir sa socialisation[1529]. De la sorte, le majeur protégé ne reste pas dans sa sphère protectrice et développe pour l'occasion l'autonomie sociale et relationnelle qui doit le mener à recouvrer une plus grande liberté d'action. La CEDH a même considéré[1530] que l'autonomie personnelle laisse transparaître un principe important dont on peut déduire l'interprétation de l'ensemble de ses garanties.

L'adoption intrafamiliale pose ce type de problème[1531]. Lorsque le majeur handicapé vit en famille d'accueil depuis longtemps, la famille qui l'héberge peut être amenée à considérer ce majeur comme un enfant propre, au point de vouloir l'adopter. De la même façon, la famille peut vouloir mettre en place un mandat de protection pour autrui en faveur de ce majeur handicapé. En instaurant un mandat de protection future, la famille pourra désigner un mandataire qui s'occupera des intérêts de l'enfant handicapé pour le temps où elle ne pourra plus s'occuper de lui. Sauf que le problème est relatif au consentement du majeur handicapé, car ce dernier devra consentir à sa propre adoption. Si son état mental ne lui permet en aucun cas d'y consentir, la famille ne pourra pas consentir à sa place et l'adoption n'aura jamais lieu. Pourtant, il semble évident que si la famille est prête à adopter le majeur handicapé, c'est qu'elle agit dans l'intérêt de ce dernier et que la limite posée par l'article 458 du Code civil devrait pouvoir être levée. Il n'en est rien, l'application des dispositions de cet article reste stricte. Dès lors, il est difficile dans ce cas de pérenniser les relations de la famille d'accueil avec son majeur.

587. La notion d'atteinte grave reste à définir par la jurisprudence, et les règles relatives au consentement semblent suffisamment définies par le Code de la santé publique. Le risque est de créer une confusion entre ces règles-ci et celles définies par le Code civil ; en ce qui concerne l'urgence, les médecins sont largement compétents pour déterminer le moment à partir duquel l'intervention chirurgicale ou la prise en charge psychiatrique la

---

[1528] Civ. 1ère, 28 janvier 2003, n° 00-19.583, inédit, Dr. Fam. 2003, n° 33, n. Th. Fossier. Le conflit qui surgirait doit être soulevé par la personne protégée ou par son représentant légal. L'article 1213 du Code de procédure civile donne une nouvelle compétence au juge des tutelles et prévoit que *« si un membre de la famille ou un tiers est exclu des relations avec le majeur, ou qu'un membre de la famille s'oppose à ce que la majeur aille vivre chez un autre membre de la famille, la personne protégée peut, sur demande de ce membre de la famille qui a intérêt avec elle, ou d'office, demander un débat contradictoire ».* Ce débat se tient lors d'une audience qui se déroule en chambre du conseil. Le juge des tutelles doit réunir le majeur protégé ainsi que les personnes concernées. Il entend chaque partie et doit ensuite prendre sa décision en fonction de l'intérêt de la personne. La décision qu'il prend sera notifiée aux parties en cause, et un recours pourra être interjeté par la voie de l'appel dans les conditions définies aux articles 1239 et 1239-3 du Code de procédure civile. Comme on peut le constater, le juge des tutelles n'exerce pas un contrôle du choix de la résidence et des relations avec les tiers *stricto sensu*. Il s'agit plutôt d'un rôle d'arbitre. Il ne se pose pas en censeur, dans la mesure où il sait que la personne protégée est libre d'agir dans ces deux domaines. Il faudra davantage apprécier le rôle du juge comme tel plus que dans son rôle classique consistant à contrôler la régularité d'un acte dans l'intérêt de la personne protégée.

[1529] CEDH, 6 février 2001, Bensaïd c/ RU, rec. CEDH 2001.

[1530] CEDH, 29 avril 2002, Pretty c/ RU, RTD Civ. 2002, p. 860, obs. J-P Marguénaud.

[1531] V. *supra* n. n° 1419, Civ. 1ère, 8 octobre 2008, n° 07-16.194 préc.

caractérisent[1532]. Certes, on renforce le principe du consentement ou de l'assistance, mais on risque de créer des confusions et des amalgames impropres aux règles de l'assistance et de la représentation. D'autant que le Code de la santé publique prévoit que pour chaque mesure, un représentant légal doit être désigné ; le Code civil, quant à lui, prévoit à l'article 459, alinéa 1er, que la personne protégée peut prendre des décisions personnelles (dont il faut recueillir au préalable son consentement)[1533], hors cas nécessaires de l'assistance ou de la représentation, et dans la limite de ses capacités. Mais l'article 459-1 du même code mentionne que les dispositions relatives à cette sous-section ne sauraient déroger aux dispositions du Code de la santé publique et du code de l'action sociale et des familles[1534]. Faut-il appliquer les dispositions générales du Code de la santé publique, ou bien les dispositions particulières du Code civil, bien que non dérogatoires, doivent-elles malgré tout déroger ? Le représentant

[1532] V. *supra* n. n° 1430, M.-H. Isern-Réal, art. préc. Il faut noter toutefois que certains actes, médicaux notamment, fixés par décret en Conseil d'État, nécessitant une autorisation spéciale du juge, peuvent créer une opposition d'intérêts entre le majeur protégé et le MJPM travaillant au sein d'une structure médicale (MJPM de l'article 451 du Code civil). Si tel est le cas, le juge des tutelles pourra désigner un tuteur ou curateur *ad hoc*, comme dans toute opposition d'intérêts entre un tuteur familial et son protégé. Cet aspect a été confirmé par la circulaire n° CIV/01/09/C1 de la DACS en date du 9 février 2009 (p.27) : *« le juge, lorsqu'il est saisi d'une requête tendant à obtenir une telle autorisation, doit vérifier que le préposé concerné agit en toute indépendance vis-à-vis de son employeur et qu'il n'existe pas de conflit entre les intérêts du majeur que le préposé a mission de protéger, et ceux de l'employeur auquel le préposé est subordonné. Cette vérification existe déjà dans la pratique, les magistrats veillant à ce que la nécessité invoquée par un tuteur d'accomplir un acte médical soit exclusivement justifiée par l'état de santé du majeur protégé et ne vise pas à répondre aux besoins de la rentabilité de l'établissement où réside le majeur et pour lequel travaille le préposé »* : v. en ce sens *supra* n. n° 1392, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., pp. 207 et 208. Dans un autre registre, lorsque le tuteur, de par son refus d'apporter les soins nécessaires au majeur protégé, v. Toulouse (CA), 24 novembre 2010, n° 110, inédit, RTD Civ., 15 avril 2011, n° 1, p. 104, obs. J. Hauser. Dans cette espèce, le tuteur a été destitué de ses fonctions aux motifs qu'il n'avait pas donné son autorisation aux fins de transfuser son fils, en raison de convictions religieuses interdisant une telle pratique médicale. Le risque pour le majeur de ne pas bénéficier de cette transfusion sanguine lui faisait courir un risque de décès en raison de l'urgence et la nécessité de l'intervention médicale. La Cour d'appel, au lieu de désigner un tuteur *ad hoc* aux fins de procéder à la transfusion, a simplement destitué le tuteur et autorisé le médecin à y procéder, d'autant plus que le majeur ne pouvait en aucun cas exprimer sa volonté dans cette intervention. La décision semble donc justifiée en raison du risque de mort qui se déduisait de l'absence de consentement du tuteur à la réalisation de la transfusion sanguine.

[1533] Toutefois, si la personne protégée ne peut plus prendre de décisions à caractère personnel, le juge des tutelles peut autoriser son conjoint à prendre ce type de décision en lieu et place du majeur protégé (en le désignant tuteur il s'entend ; à noter aussi que la prise de décision par le tuteur ne vaut que pour les actes personnels, notamment les actes à caractère médical, et non les actes strictement personnels qui sont purement exclus du régime d'autorisation). V. en ce sens : Douai (CA), 2 février 2012, n° RG 11/5594, Gaz. Pal., 2 août 2012, n° 215, pp. 7 et sui., comm. G. Raoul-Cormeil. V. *supra* n. n° 1397, Th. Fossier et M. Harichaux, art. préc., en ce qui concerne les actes médicaux dès lors que le majeur a reçu une information claire et que son consentement apparaît donc intègre. L'acte médical doit toutefois avoir un but thérapeutique et doit être caractérisé par la nécessité de l'intervention. La stérilisation doit pareillement faire l'objet d'un consentement éclairé de la part du majeur : V. en ce sens Civ. 1ère, 11 octobre 1988, n° 86-12.832, Bull. Civ. I, n° 280, p. 192, JCP 1989, II, 21358, n. Dorsner-Dollivet. Le majeur doit être auditionné dans ce but. Quant aux actes n'ayant pas un caractère thérapeutique et non nécessaires, telles que les interventions à caractère esthétique, le juge doit donner son autorisation. Le consentement doit être donné quel que soit le régime de protection, le représentant pouvant donner son consentement lui-même si le majeur ne peut plus exprimer un avis quelconque. Enfin, l'urgence permet de passer outre tout consentement.

[1534] V. *supra* n. n° 1401, Th. Fossier, art. préc.

légal doit intervenir dans chaque mesure, il est à la fois obligatoire et facultatif si l'on combine toutes les dispositions. Mais autant préférer la présence du représentant légal même imposée, plutôt qu'une présence facultative, l'autonomie du majeur restant fragile.

588. Si assistance ou représentation il doit y avoir, elle n'est qu'un incident propre au principe d'autonomie. C'est en effet l'autonomie elle-même qui est visée au travers des effets personnels de la mesure. Les dispositions du Code civil qui traitent des effets personnels évoquent l'autonomie avant toute chose. Ce n'est que dans les développements supérieurs que le Code civil évoque la dérogation exceptionnelle à l'autonomie par le moyen de l'assistance et de la représentation. C'est dans cette mesure que le législateur, même s'il permet au représentant légal d'intervenir dans un domaine qui, normalement, n'est pas le sien, lui interdira toute intervention dans des actes dans lesquels seul le protégé peut décider pour lui-même. Alors bien sûr, des sécurités sont mises en place, mais en interdisant l'intervention dans des domaines personnels, c'est reconnaître que la personne protégée dispose de cette capacité naturelle à agir par elle-même, et que, si dans ces domaines, elle ne le peut pas, alors, il ne sera pas dérogé au principe de non-intervention.

Mais l'autonomie apparaît somme toute comme un paradis artificiel. En effet, elle s'oppose à la volonté individuelle, et cette dernière s'efface quelque peu grâce au jeu de l'autonomie. Pour autant, la limite relative au principe d'autonomie est bien palpable : à défaut de consentement du majeur protégé, on ne pourra consentir à sa place. C'est alors que la suppléance de la volonté individuelle n'autorise pas un exercice pratique de certains actes par le majeur. Bien sûr, il en résultera une incapacité de jouissance, mais c'est sans doute par ce moyen inopérant que l'on reconnaîtra l'autonomie (affaiblie) de la personne protégée. Si l'articulation est parfois difficile à appréhender quant à connaître les dispositions spécifiques ou les dispositions du droit commun à appliquer, elle n'en est pas moins nécessaire, au regard du droit actuel. Les effets touchant à la personne démontrent que la loi tend à considérer le majeur comme autonome dans la prise de décision.

C'est pourquoi, la suppléance de la volonté du majeur serait limitée dans sa portée. Mais la difficulté demeure quant à la mise en œuvre des effets personnels de la mesure de protection et la gestion du patrimoine ; elle tend à complexifier l'appréhension des régimes de protection. Il convient à présent d'aborder les diverses modalités de la gestion patrimoniale pour avoir un aperçu complet de l'exercice des différentes mesures de protection. Et si l'on pense que la gestion patrimoniale se limite à demander au juge des tutelles l'autorisation aux fins d'accomplissement d'un acte déterminé, on se trompe allègrement, car la gestion patrimoniale suppose, outre un régime d'autorisation spécifique, la délimitation de la sphère d'intervention du protégé et celle de son représentant légal, dans laquelle la suppléance de la volonté individuelle retrouve malheureusement toute sa force.

Chapitre Second
Du renforcement de la gestion patrimoniale, ou de la suppléance de l'autonomie du majeur.

589. Si l'émergence de la personne du majeur et de sa protection apparaît comme relativement nouvelle au regard du droit antérieur, la gestion du patrimoine s'affiche bien plus classique et doit demeurer davantage en retrait que ce qu'elle n'était sous l'égide de la loi ancienne.

Tout n'est que relatif cependant, car si la gestion patrimoniale s'éclipse quelque peu au profit de la protection de la personne et que les effets personnels, dans le Code civil, passent avant les modalités de gestion patrimoniale, cette gestion n'en reste pas moins importante, dans le sens où les contrôles inhérents s'avèrent en réalité bien plus nombreux et stricts en comparaison avec la réalisation des actes personnels. Si la personne du majeur passe avant son patrimoine, ce dernier y reste rattaché. La protection patrimoniale représente un volume considérable d'actes à réaliser et dont les conséquences ont une plus grande résonnance sur le majeur. La gestion patrimoniale n'est pas la même suivant que le majeur est placé sous tutelle ou curatelle[1535], ce qui créera au final une autonomie de gestion plus ou moins étendue. En effet, si les actes personnels ou strictement personnels admettent que le majeur prenne une décision seul en principe, l'assistance, voire la représentation instaurées dans leur réalisation ou dans le recueil du consentement, ne sont que des exceptions audit principe.

590. La sphère personnelle admet une autonomie de principe qui conduira la réalisation de l'acte personnel projeté, dans le sens où le majeur est en capacité de consentir à l'acte ; à défaut, l'acte ne pourra se réaliser s'il est strictement personnel, ou se réalisera s'il n'a pas cette caractéristique et si l'assistance du représentant légal est apportée au majeur.

Dans le cadre de la gestion patrimoniale, les choses sont totalement différentes. Si l'on peut se passer de contracter union ou exercer ses droits et devoirs découlant de l'autorité parentale, en revanche, la réalisation d'actes impactant le patrimoine ne peut être soustraite aucunement. Si le majeur souhaite qu'on réalise un acte du patrimoine à son avantage, la difficulté ne se pose pas. Par contre, le défaut de volonté, voire le refus du majeur, conduira le représentant légal à saisir le juge des tutelles : dans tous les cas, celui-ci devra se prononcer sur l'utilité de l'acte, et donc, devra l'autoriser ou non, quelle que soit la position du majeur.

Si les effets personnels laissent une grande part d'autonomie au majeur, les effets patrimoniaux de la mesure de protection ne laissent pas une grande marge d'appréciation. Cependant, cette marge d'autonomie est plus ou moins fluctuante selon le régime de protection. Mais progressivement, l'autonomie patrimoniale du majeur est évanescente plus on s'approche de la tutelle. Pire, si une autonomie de principe existe pour les actes strictement personnels dans lesquels la moindre assistance ne trouve juridiquement sa place, la même autonomie n'existe nullement en gestion patrimoniale. Il existera toujours une assistance, même la plus mince qui soit, mais elle existera toujours, comme en témoigne la gestion patrimoniale en curatelle simple, admettant une assistance pour les actes les plus graves.

Dès lors, on ne peut pas parler de réelle atténuation de la suppléance de la volonté du majeur. Si cette idée peut se retrouver dans les effets personnels, elle n'existe pas, ou du moins, apparaît comme très édulcorée dans les effets patrimoniaux.

[1535] L'article 496 du Code civil affirme ainsi *« [...] le tuteur est tenu d'apporter, dans [cette gestion], des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée »*.

591. Si la gestion patrimoniale se veut *« prévoyante »* et *« active »*[1536], elle n'en demeure pas moins lourde car le majeur ne peut décider seul[1537]. L'autonomie est limitée, parcellaire et ne garantit pas que le majeur pourra faire valoir sa volonté dans tous les actes du patrimoine. Ainsi, l'autonomie patrimoniale du majeur variera en fonction du placement sous curatelle (Section 1) ou sous tutelle (Section 2), le mode de gestion ne conduisant pas tout le temps à une autonomie en la matière. Quant aux contrôles institués dans la gestion réalisée par le représentant légal, elle dénote une présence farouche de la suspicion que l'on peut avoir à l'égard du représentant légal, mais aussi du majeur lui-même, car si les actes du premier peuvent être remis en cause dans le sens où ils seraient non conformes aux intérêts du majeur, les actes du second peuvent aussi être remis en cause, mais antérieurement à leur réalisation, dans le cadre d'une période suspecte. Le contrôle en tant que tel n'est pas à remettre en cause, puisque nécessaire, mais il ne permet pas non plus l'épanouissement du majeur dans les mesures de simple assistance. En tout cas, les contrôles institués démontrent bien une chose : la méfiance que l'on peut avoir à l'égard de la gestion patrimoniale. Si les contrôles n'existent pas pour la réalisation des actes à titre personnel, en revanche, l'existence de ces contrôles en termes de patrimoine rappellent que le majeur n'a pas tellement son mot à dire et que le patrimoine reste un élément sensible de la micro-économie. Ces contrôles s'accentuent d'autant en ce qui concerne la catégorie des actes qui sont à la fois personnels et patrimoniaux, comme le logement ou les assurances-vie et ne garantissent pas une pleine autonomie du majeur (Section 3).

Que la gestion du patrimoine se réalise en curatelle ou en tutelle, la difficulté découlant de cette gestion consiste à consacrer une autonomie de gestion. Si tant est que prendre une décision en la matière peut s'avérer être chose périlleuse pour le majeur, car il en résulte un défaut d'appréhension des conséquences ressortissant à l'acte, la sphère d'autonomie ne doit pas l'exclure de toute prise de décision. En effet, et au même titre que dans le cadre des effets personnels, le majeur doit pouvoir décider et exprimer une volonté certaine sur le fait de réaliser un acte du patrimoine. Seulement, apprécier à sa juste valeur l'acte en tant que tel et les conséquences en résultant peut s'avérer autrement plus difficile que la simple expression du consentement du majeur à son propre mariage. La simple notion de « droits de successions » ne signifie pas que le majeur s'inscrit dans une succession comprenant un actif, elle peut aussi comprendre un passif à concurrence de l'actif, voire même un seul passif. Le majeur confronté à la succession dont il est l'héritier peut donc ne pas apprécier correctement le fait que l'acceptation d'une succession grevée de dettes le conduira à rembourser ces dernières. Dès lors, les actes patrimoniaux ayant des effets bien plus pervers que ceux produits par les actes touchant à la personne du majeur, l'assistance, voire la représentation seront des préalables indispensables à toute réalisation d'un acte du patrimoine. Si l'expression de la volonté se veut donc nécessairement réduite par le contrôle minimal imposé par la présence du représentant légal, il n'en demeure pas moins qu'en

---

[1536] Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *Les tutelles, accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF Editeur, 2011, 5è éd., p. 235.

[1537] Elle sera d'autant plus difficile si le majeur résidé à l'étranger. Sur la base des articles 14 et 15 du Code civil, le juge français interviendra, tant d'un point de vue procédural qu'en substance. Pour une illustration de l'intervention du juge sur la base desdits articles, v. en ce sens : Civ. 1ère, 9 décembre 2003, n° 01-14.569, Bull. Civ. I, n° 247, p. 197, Defrénois, 30 mars 2004, art. n°37901, comm. M. Revillard. Ce recours au juge français se produit dans les cas de gestion du patrimoine. Bien que domicilié à l'étranger, le majeur français peut voir son patrimoine géré au regard des dispositions législatives françaises, et ce, aux fins de faciliter la gestion patrimoniale. Cette gestion peut se faire selon les règles propres à la loi nationale du majeur, selon l'article 3, alinéa 3, du Code civil. Si le juge français est saisi du dossier, il pourra organiser l'ouverture d'un régime de protection, malgré la présence de ce majeur français sur le territoire étranger.

fonction du régime de protection, le majeur doit pouvoir s'ancrer dans une sphère d'autonomie patrimoniale adaptée à sa pathologie. Toutefois, la sphère autonome n'est justement pas autonome, au même titre que les actes strictement personnels. Le patrimoine impose nécessairement une autonomie résiduelle en la matière et l'instauration d'un régime minimal d'assistance. Il convient d'espérer que l'assistance soit suffisamment efficace pour protéger le majeur des décisions qu'il serait susceptible de prendre.

Section 1 - La gestion patrimoniale dans le cadre de la curatelle, ou l'affirmation d'une autonomie patrimoniale participative.

592. La nécessité de réformer la gestion patrimoniale dans le cadre de la curatelle se faisait cruellement ressentir, dans la mesure où la protection du patrimoine a énormément évolué en quarante ans[1538] et que les majeurs bénéficiaires de curatelles ne sont pas non plus hors d'état de manifester leur volonté. Si la curatelle, dans sa construction, ressemble à une *« demi-incapacité »*[1539] *ou « semi-incapacité »*[1540], on peut cerner les limites d'un tel système : risqué pour les tiers car la curatelle ne propose pas de mesure de représentation, risqué aussi parce que la relation entre eux et la personne protégée passe par l'assistanat du curateur, avec les contrôles sur la co-signature[1541] des actes qui va de pair. La seule sécurité offerte aux tiers serait donc d'être opposés à un majeur sous curatelle renforcée, dans laquelle le curateur exerce une mission de quasi-représentation.

La curatelle, qui est à mi-chemin entre la sauvegarde de justice et la tutelle, devait permettre de compenser le risque d'insécurité juridique que peut représenter la sauvegarde, tout en évitant de recourir à la tutelle qui n'aurait pas parue adaptée à certaines situations, du fait une restriction drastique de l'autonomie. La curatelle devait ainsi voir un jour nouveau pour apparaître aux yeux de tous comme le régime de protection idéal. En réalité, idéel, car il semblerait que la mesure de curatelle n'ait pas apporté les résultats que l'on espérait. La réussite aurait été parfaite si on avait su combiner la technique juridique de la mesure et la notion d'assistance. En réalité, on est loin du résultat, car si le législateur a voulu faire de la curatelle la mesure centrale des régimes de protection, il a surtout fondu la mesure dans une œuvre de pragmatisme, en proposant une gestion facile du patrimoine alors même que le majeur n'est pas totalement ancré dans une sphère de décision autonome, en raison de l'assistance du curateur pour les actes les plus graves. Si la curatelle simple offre donc l'avantage d'une autonomie de décision et de gestion quasi-totale (I), la curatelle renforcée, au contraire, laisse apparaître une autonomie en perdition (II).

I) La curatelle simple, ou l'instauration d'une quasi-autonomie.

593. La mesure de curatelle suppose une assistance du curateur dans les actes patrimoniaux les plus graves, même si le majeur peut agir seul pour les actes les moins graves. Cependant, en instaurant une dichotomie entre actes les plus graves et actes les moins graves, la mesure d'assistance aux actes garantie-t-elle son efficience ou bien apparaît-elle comme une mesure insuffisante (A) ? En d'autres termes, le majeur a-t-il tout loisir de se réfugier dans sa sphère d'autonomie pour décider seul du devenir de son patrimoine, ou bien la simple assistance limite-t-elle les effets de ladite autonomie ? N'y a-t-il pas une suppléance de toute volonté sous-jacente dans l'idée que le majeur doit bénéficier d'une assistance pour les actes les plus graves en curatelle simple, alors que la prééminence de la volonté paraît sans doute dangereuse ? Si la mesure d'assistance aux actes du patrimoine tend à contrecarrer les

[1538] L'article 510 ancien du Code civil opérait un double renvoi à la tutelle des majeurs et à celle des mineurs dans la gestion proprement dite. La loi du 5 mars 2007 crée un corps de dispositions spécifiques rattachées à la gestion du patrimoine dans le cadre de la curatelle, en supprimant ce double renvoi systématique. La gestion patrimoniale est visée aux articles 467 à 472 du Code civil.

[1539] A. Karm, « La gestion patrimoniale des majeurs sous curatelle », *in* Dossier La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 86 et sui.

[1540] V. *supra* n. n° 1536, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 182.

[1541] V. *supra* n. n° 1536, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 181.

effets du principe d'autonomie, à juste titre dans une certaine mesure, elle se voit également opposer une limitation quant à l'acte du patrimoine que le majeur projette de réaliser (B).

A- Entre liberté du majeur de décider seul et danger d'une trop grande autonomie : une mesure d'assistance efficiente ou insuffisante ?

594. L'avant projet de réforme du droit des obligations remis au Garde des Sceaux, en date du 22 septembre 2005[1542], prévoyait une analyse renforcée de la capacité des parties contractantes et le pouvoir d'agir au nom d'autrui. Il est clair que la loi du 5 mars 2007 ne s'est pas inspirée de cet avant-projet afin de calquer ces dispositions sur la capacité d'agir au nom d'autrui à la mesure d'assistance dans la curatelle. Le problème est que la notion d'assistance elle-même est partagée entre la capacité du majeur à agir seul et les pouvoirs peu étendus, mais prégnants, du curateur pour les actes les plus graves.

595. En plus de sa capacité naturelle à accomplir les actes personnels, le majeur placé sous curatelle simple dispose de la faculté d'accomplir les actes de la vie courante, ainsi que ceux nécessaires à la conservation de ses droits. Le majeur peut également accomplir les actes d'administration spécifiquement déterminés par la loi. Le législateur s'en tient là en ce qui concerne la capacité du majeur placé sous curatelle simple en termes de gestion du patrimoine, en dehors de l'assistance de son curateur. Si la liste est fortement limitée, ce n'est pas tant dans la détermination des actes que les difficultés surviennent, la difficulté a trait davantage à la mise en valeur de cette capacité résiduelle[1543].

Il aurait été sans doute judicieux de placer, en tête de la section consacrée à cette capacité résiduelle, les actes que le majeur peut accomplir dans ces conditions. Au contraire, elle passe au second plan, loin derrière les attributions du curateur. La logique du législateur est à l'inverse du principe même que développe la loi. Il n'affirme pas les actes que le majeur peut faire seul, il évoque au contraire les actes que le majeur n'accomplit pas seul ou que le curateur accomplirait sans assister la personne protégée et pour lesquels le juge des tutelles peut prononcer des sanctions civiles. Il privilégie la détermination des conditions dans lesquelles le majeur protégé peut agir en étant assisté, plutôt que de consacrer une section dans le sens de l'autonomie dans la gestion patrimoniale[1544].

596. La vision du législateur va donc dans le sens d'un doute sur la véritable capacité du majeur à réaliser des actes de simple administration seul. Sa logique dévie plutôt sur la nécessité de voir si le majeur peut les accomplir avec l'assistance du curateur. C'est pourquoi, il semble que la capacité du majeur a été très partiellement abordée, en ce sens qu'elle ne développe pas le principe d'autonomie de la personne protégée dans la gestion patrimoniale, puisque cette capacité vient se heurter au régime des sanctions qui ne favorise pas la prise en compte de la personne. Au contraire, rien n'est réellement fait pour que la personne protégée soit en mesure de mettre en œuvre son autonomie. Le régime des sanctions des actes est là pour le rappeler. Comment peut-on faire de la curatelle simple une mesure efficace dans le

---

[1542] Doc. Fr. 2006 ; *adde*. « La réforme du droit des contrats », RDC 2006, num. spéc.

[1543] La curatelle simple peut apparaître comme une mesure idoine dès lors que le majeur rencontre des difficultés financières pour la gestion d'un budget réduit, difficultés qui ne trouvent pas de réponses favorables de la part du majeur. V. en ce sens : Civ. 1ère, 25 février 2009, n° 07-11.517, inédit, Gaz. Pal., 11 juin 2009, n° 162, p. 30, n. J. Casey.

[1544] Ainsi, l'article 465, alinéa 1er,1°, du Code civil mentionne que les actes qui peuvent être accomplis seuls par le majeur restent soumis, en cas d'irrégularité, à la rescision pour lésion ou à la réduction pour excès. Le même article, au 2°, mentionne que les actes que le majeur accomplirait en dehors de sa sphère de capacité, sont soumis à nullité, dès lors que le majeur aurait du être assisté ou représenté.

sens où elle donnerait une certaine autonomie à la personne protégée, alors que le Code civil observe la capacité du majeur d'un œil méfiant ?

Il est difficile en effet d'envisager que la curatelle simple y parvienne. Et pourtant, la curatelle simple semble être le régime de protection idéal, puisqu'il combine assistance et autonomie, celle-ci pour les actes les moins graves, celle-là pour les actes les plus graves. Mais la place consacrée aux actes que peut accomplir la personne protégée est aussitôt prise par la suspicion de leur remise en cause au cas où, ni le protégé, ni le curateur, n'auraient, ensemble ou séparément, accompli les actes régulièrement. Puisqu'on évoque d'abord le régime des sanctions, c'est qu'il existe un doute quant à l'efficacité de la mesure. Il semble en conséquence difficile d'admettre que la mesure de curatelle simple, au vu de son traitement par le législateur, constitue une mesure efficace dans la gestion patrimoniale. Si on préfère remettre en cause tout acte au détriment de l'autonomie, la mesure peut sans doute être inopérante. Dès lors, la sphère autonome du majeur peut paraître déjà compromise sur la simple idée de la méfiance du législateur quant à sa capacité à accomplir tout acte d'administration.

597. Quitte à instaurer une sorte de méfiance à l'égard du majeur placé sous curatelle simple, autant favoriser une possible représentation de celui-ci par le curateur. Si ce dernier dispose de prérogatives afin de contrôler les actes accomplis par le majeur, cependant, il ne peut nullement agir à sa place[1545]. Cette interdiction de représenter le majeur en cas de nécessité ne favorise en rien le pouvoir de représentation du majeur[1546]. Néanmoins, en déterminant les conditions de l'assistance du curateur, ce dernier connaît les limites à ne pas franchir, du moins à respecter[1547]. Ainsi, à chaque conclusion d'acte, le principe de la double signature s'impose[1548]. Le majeur signe l'acte que le curateur contresigne. Il s'agit bien ici de la matérialisation de l'assistance dans les actes dans lesquels le majeur ne peut conclure seul tout engagement, mais en aucun cas, il ne s'agit d'un acte de représentation. Pourtant, si la règle est posée textuellement, il n'en demeure pas moins que la pratique était déjà de rigueur avant la loi actuelle. Ce droit de *veto* reconnu au curateur ne trouve simplement qu'une justification textuelle de la pratique qui existait autrefois.

598. Droit de *veto* du curateur, qui s'apparente à un contrôle de l'acte par ce dernier, mais qui ne lui confère pas la moindre initiative. Car le notion de contreseing reste ici entendue strictement. Le curateur assiste le majeur en contresignant ses actes, mais il ne peut en aucun cas signer seul l'acte[1549]. L'acte signé seulement par le curateur encourt la nullité si l'acte doit être signé par le protégé et le curateur, ou par le majeur seulement[1550]. Visiblement,

---

[1545] C. civ., art. 469, al. 1er, disposant que *« le curateur ne peut se substituer à la personne en curatelle pour agir en son nom »*.

[1546] V. *supra* n. n° 1539, A. Karm, art. préc.

[1547] V. *supra* n. n° 1536, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 184.

[1548] C. civ., art. 467, al. 2.

[1549] Par exemple, lorsque le majeur protégé est gérant d'une société immobilière, le curateur ou le tuteur ne peut agir en lieu et place du gérant protégé que dans les limites des pouvoirs que le majeur détient dans la société, en cette qualité. Le tuteur ne peut pas exercer à la place du gérant ses pouvoirs personnels. Dans un arrêt du 12 juillet 2012, la Cour de cassation a refusé que le tuteur exerce à la fois les pouvoirs personnels du gérant protégé, ainsi que ses pouvoirs résultants de ses fonctions au sein de la société immobilière, car représentation sur représentation ne vaut. V. en ce sens : Civ. 1ère, 12 juillet 2012, n° 11-13.161, Bull. Civ. I, n° 163, *D.* 2012. 1958, AJ Fam. 2012. 505, obs. Th. Verheyde ; Civ. 1ère, 12 septembre 2012, n° 11-17.246, inédit, RTD Civ., 28 décembre 2012, n° 4, p. 712, n. J. Hauser, Dr. Fam., 15 novembre 2012, n° 10, p. 5, obs. G. Raoul-Cormeil. V. aussi l'ouvrage de G. Wickler, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, t. 253, 1997, spéc. n° 62.

[1550] C. civ., art. 465, al. 1er, 4°. Le même article, au 3°, prévoit que la nullité est de plein droit, ce qui démontre l'absolue nécessité de faire contresigner chaque partie.

la nullité de l'acte ne peut être obtenue que si la personne qui subit un préjudice agit en justice, sans pour autant établir l'existence du préjudice.

Dans le même esprit que l'apposition de la double signature, les actes doivent être signifiés à la personne protégée et au curateur, le tout à peine de nullité[1551]. C'est là la portée d'une mesure qui associe la liberté du majeur à accomplir des actes peu complexes en apparence et la simple assistance du curateur dont on rejette toute représentation. Le rôle du curateur démontre ainsi que la mesure de curatelle n'est pas réellement accomplie, le curateur n'ayant pas une initiative propre dans la réalisation des actes. Le majeur décide de l'acte qu'il souhaite réaliser mais le curateur ne peut que s'opposer, ce qui laisse au juge des tutelles une marge d'appréciation très large. Or, la curatelle simple est censée pouvoir se passer des services du juge, puisque le curateur doit simplement valider les choix du majeur. L'insuffisance de l'assistance ainsi constatée est d'autant plus accentuée par la limitation renouvelée des actes soumis à assistance. Le majeur dispose ainsi d'une sphère autonome quasi-totale, puisque le curateur ne peut nullement agir seul à sa place, ne faisant que contresigner les actes pris par le majeur. La liberté est donc grande mais aussi dangereuse : en effet, le curateur ne pourra pas agir seul dans l'hypothèse où le majeur fait des choix inopportuns. Sauf à refuser de signer l'acte et d'avertir le juge, le majeur protégé verra l'acte contresigné, et donc, mis à exécution.

599. Cependant, la curatelle simple donne l'illusion d'une mesure garantissant une très grande autonomie pour le majeur, sous couvert de la méfiance du législateur pour tous les actes que le majeur réalise. Malheureusement, cette méfiance n'a pas lieu d'être puisque le curateur n'a pas de pouvoir de représentation, son assistance le limitant à aller dans le sens voulu par le majeur. Il en ressort que l'autonomie consacrée par la curatelle simple permet une grande marge d'action pour le majeur tout en risquant de le mettre en danger sur le plan du patrimoine. Puisque l'assistance se voit limitée quant aux actes projetés, c'est risquer de compromettre la protection du patrimoine.

B- La limitation de l'assistance selon l'acte patrimonial projeté par le majeur.

600. Le principe de l'assistance aux actes en curatelle simple véhicule l'idée suivante : le curateur et le curatélaire pourront faire ensemble, ou le majeur seul, des actes du patrimoine en fonction de leur gravité. Si l'idée se veut intéressante dans l'esprit, elle n'apparaît pas nécessairement proche de la réalité de la protection patrimoniale, car l'assistance demeure étroite[1552]. Si les actes d'administration et de conservation ont une gravité relative, puisque permettant le maintien en l'état du patrimoine, les actes de disposition ont une tout autre envergure, leur réalisation risquant de transformer le patrimoine du majeur, souvent en bien, parfois en mal. La catégorie des actes de disposition relève en conséquence de cette assistance étroite. En effet, le curateur doit toujours assister le protégé dans leur réalisation. À l'inverse, les actes d'administration ou de conservation peuvent être faits en dehors de toute assistance, bien que l'acte conservatoire laisse certaines interrogations en suspens. Dans ce cas, le majeur

[1551] Conformément à l'article 467, alinéa 3, du Code civil ; v. *supra* n. n° 1536, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 186. D'ailleurs, une difficulté surgit suivant que le majeur est à l'initiative de l'action en justice. Si ce dernier est le demandeur à une action en justice, la signification ne doit pas être nécessairement faite au curateur, puisque, dans cette hypothèse, ce dernier n'a pas à être nécessairement informé. Par contre, si l'initiative de l'action relève du curateur, la double signification est obligatoire.

[1552] Aux termes de l'article 467, alinéa 1er, du Code civil, *« la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ».*

peut accomplir seul l'acte[1553], les régimes de nullité n'ayant pas matière à s'appliquer et n'entravant pas l'autonomie du majeur. L'autonomie en matière de gestion patrimoniale s'apprécie ainsi : assistance pour les actes de disposition, liberté d'action pour les actes d'administration et de conservation[1554]. On voit clairement dans quel cadre et pour quel type d'actes chaque partie agit seule ou selon assistance.

601. Cependant, l'assistance à la réalisation des actes de disposition se fait comme si le juge des tutelles devait donner son autorisation dans le cadre de la tutelle. Voilà une limite qui vient d'être franchie dans la détermination du champ de compétence matérielle de chaque mesure de protection. La curatelle dans son ensemble fonctionne à certains égards comme si on intervenait dans le cadre de la tutelle. C'est le cas notamment pour la vente ou la mise en location d'un immeuble à usage d'habitation principale ou secondaire, ou encore la gestion des comptes, à savoir l'ouverture ou la clôture d'un compte bancaire. Car dans le régime de tutelle, la classification des actes selon leur gravité ne tient pas compte de la nature et de la consistance du patrimoine. Il suffit de soumettre l'acte à autorisation ou non, suivant sa gravité. Et le régime de la curatelle, par analogie à la tutelle, présente les mêmes limites. Si l'acte nécessite l'autorisation du juge des tutelles dans le cadre de la tutelle, l'assistance du curateur est requise dans le cadre de la curatelle. Ce n'est pas que l'acte sera soumis à autorisation dans la curatelle, c'est que l'assistance du curateur sera déterminée en fonction de l'autorisation du juge des tutelles dans le cadre de la tutelle. Il est difficile de dire que la curatelle simple constitue un régime de protection idoine, dans la mesure où elle reste soumise à certaines règles de la tutelle. C'est pourquoi, il paraît évident que l'assistance dans la curatelle simple connaît des limites quant à l'autonomie et que son régime reste en partie conditionné par le régime de la tutelle sur le principe de réalisation des actes de disposition.

602. Il existe un autre débat sur la détermination des actes. Le décret du 22 décembre 2008[1555] établit la liste[1556] des actes d'administration[1557], que le majeur en curatelle simple

---

[1553] V. *supra* n. n° 1536, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op.cit*., p. 183. Ces actes sont les actes conservatoires, la vente de meubles d'usage courant ou de faible valeur, l'acceptation d'une succession à concurrence de l'actif net (C. civ., art. 507-1) ou un legs universel ou à titre universel à concurrence de l'actif net (C. civ., art. 507-1 et 724-1) ou encore un legs à titre particulier et de donation non grevés de charges, parmi d'autres.

[1554] Une exception peut toutefois être apportée sur des actes au caractère spécifique. Le curateur assistera toujours la personne protégée dans le cadre de compromis, de transactions, de partages amiables, de conclusion d'un mandat de protection future et d'acceptation pure et simple d'une succession ou de renonciation à ladite.

[1555] D. n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil ; N. Péterka, « La gestion du patrimoine de la personne protégée à l'épreuve de l'urgence ; Approche critique de l'acte conservatoire dans la loi du 5 mars 2007 et du décret du 22 décembre 2008 », Gaz. Pal., 30 janvier 2010, n° 30, pp. 25 et sui. ; du même auteur, « Le sort des actes de gestion du patrimoine du majeur vulnérable », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 18 et sui., § 14 à 17.

[1556] L'article 496, alinéa 3, du Code civil dispose que *« la liste des actes qui sont regardés, pour l'application du présent titre, comme des actes d'administration relatifs à la gestion courante du patrimoine et comme des actes de disposition qui engagent celui-ci de manière durable et substantielle est fixée par décret en Conseil d'État ». « Pour la Chancellerie et le Conseil d'État, il s'agit ici d'assouplir la gestion des patrimoines de grosse importance, de faciliter la fluidité des actifs lorsqu'ils sont banals, ou lorsque le protégé a des habitudes dans certains domaines, d'encadrer au maximum le devenir des actifs lorsqu'ils sont rares ou cruciaux pour tel ou tel moment de la vie »* : v. en ce sens : Th. Fossier, JCP G, 14 janvier 2009, aperçu rapide n° 20, ou encore, Th. Fossier, « Patrimoine et intérêts juridiques, traditions et nouveautés », *in* Dossier, Réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 52

peut faire seul au même titre que le tuteur peut faire seul dans le régime de la tutelle[1558], et de disposition[1559]. Qu'en est-il des actes de conservation ? Que fait de cette catégorie la loi de réforme ? La loi du 23 juin 2006[1560] a pris en compte l'existence de la catégorie des actes conservatoires. Dans ces actes, elle retenait les actes purement conservatoires pouvant être accomplis par un héritier, ainsi que les actes ouverts aux indivisaires[1561]. Ces actes, au contraire, ne sont pas évoqués dans le cadre de la loi du 5 mars 2007[1562]. *« L'acte conservatoire ne recoupe donc pas une catégorie en soi ; autrement dit, il ne revêt aucune indépendance eu égard aux autres types d'actes. Ainsi, tant un acte d'administration qu'un acte de disposition peut être qualifié de conservatoire en raison des circonstances »*[1563]. Ledit décret propose d'aborder de façon minimaliste les actes conservatoires, en indiquant qu'il s'agit des *«[...] actes pour l'accomplissement desquels le curateur et le tuteur peuvent s'adjoindre le concours de tiers »*[1564]. Il va sans dire que si la loi du 5 mars 2007 n'aborde pas

---

[1557] Selon le même décret, pris en son article 1er, *« constituent des actes d'administration les actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal. Le décret fait figurer dans la colonne 1 du tableau constituant l'annexe 1 du décret une liste des actes qui sont regardés comme des actes d'administration. Il fait figurer dans la colonne 1 du tableau constituant l'annexe 2 une liste non exhaustive d'actes qui sont regardés comme des actes d'administration, à moins que les circonstances d'espèce ne permettent pas au tuteur de considérer qu'ils répondent aux critères de l'alinéa 1er en raison de leurs conséquences importantes sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou sur son mode de vie ».*

[1558] C. civ., art. 504.

[1559] Et de la même façon : *« constituent des actes de disposition les actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire. Figure dans la colonne 2 du tableau constituant l'annexe 1 du présent décret une liste des actes qui sont regardés comme des actes de disposition. Figure dans la colonne 2 du tableau constituant l'annexe 2 du présent décret une liste non exhaustive d'actes qui sont regardés comme des actes de disposition, à moins que les circonstances d'espèce ne permettent pas au tuteur de considérer qu'ils répondent aux critère de l'alinéa 1er en raison de leurs faibles conséquences sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou sur son mode de vie ».*

[1560] L. no 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JO n°0145, 24 juin 2006, p. 9513, texte n° 1.

[1561] Cl. Brenner, *L'acte conservatoire*, préf. de Pierre Catala, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit privé », t. 323, n° 166 et sui.

[1562] V. *supra* n. n° 1536, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* pp. 222 et 223. À ce titre, la pratique considère qu'en droit de la protection des majeurs, l'acte conservatoire peut être assimilé soit à un acte d'administration, soit à un acte de disposition, l'acte conservatoire n'étant pas consacré en tant que tel. S'il était considéré comme un acte nécessaire à la conservation du patrimoine en cas de risque de perte ou de dépréciation, l'article 3 du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 le définit comme l'acte pouvant être délégué par la personne en charge de la protection. L'acte permet donc de sauvegarder le patrimoine ou de soustraire un bien à un péril imminent ou à une dépréciation inévitable. V. en ce sens *supra* n. n° 1555, N. Péterka, art. préc., Gaz. Pal., 30 janvier 2010, n° 30, pp.25 et sui.

[1563] I. Maria, « Droit de la famille », Éd. JCP 10/2009, ét. n° 31.

[1564] C. civ. art. 504, al. 1er : le tuteur ou le curateur les accomplit seul ou avec le concours de ces tiers, mais les textes ne définissent pas les conditions dans lesquelles les tiers peuvent intervenir, ni même les sanctions qui pourraient être prononcées en cas de faute. Les représentants légaux peuvent-ils être sanctionnés seuls ou conjointement avec les tiers ? Rien à ce sujet. On peut donc douter de la réelle protection du patrimoine du majeur. La substitution du représentant légal par un tiers reste par contre interdite, sauf si elle intervient à « titre spécial », selon l'article 482, al. 1er du Code civil (le régime de responsabilité, dans ce cas, est prévu et reprend les dispositions de l'article 1994 du même

la notion même d'actes conservatoires, il sera très difficile de définir la sphère de capacité résiduelle du majeur[1565]. Si cette sphère n'est pas définie en l'état, on retiendra que le majeur est assisté pour les actes les plus graves, sans vraiment donner de véritable champ d'action à l'autonomie que la mesure de protection doit lui conférer. Cependant, les actes conservatoires peuvent être accomplis en dehors de toute assistance, ce qui pose bien une difficulté évidente : si les parties n'apprécient pas l'acte conservatoire en tant qu'acte de disposition alors que cette caractéristique s'impose au vu de la finalité de l'acte, il y a fort à parier que le majeur risque de compromettre la protection de son patrimoine. Le curateur doit donc apprécier à sa juste valeur l'acte conservatoire, savoir s'opposer au majeur si ce dernier souhaite réaliser l'acte, alors même que l'acte imposerait l'assistance obligatoire. La difficulté, si elle ne trouve pas de solution adéquate, doit être soulevée devant le juge des tutelles qui procédera à un recadrage. Sinon, le majeur, se jouant d'une autonomie patrimoniale trop large et d'un pouvoir d'appréciation qu'il n'a pas, risque de compromettre ses intérêts.

603. La limitation de l'assistance quant aux actes de disposition n'est donc, *a priori*, pas la bonne méthode de gestion du patrimoine, puisqu'elle accorde une trop grande autonomie que le majeur ne peut contrôler, ou à l'inverse, une assistance trop étendue. D'abord, la règle relative à l'autorisation du juge des tutelles en matière de tutelle s'impose dès lors pour les actes que le curatélaire doit faire avec l'assistance du curateur, puis la loi du 5 mars 2007 élude le problème des actes conservatoires. L'uniformité n'est donc pas le credo de la loi sur ce point. C'est pourquoi, il a semblé sans doute opportun de proposer une classification des actes soumis à assistance selon l'objet, afin d'adapter la protection patrimoniale à l'acte en tant que tel.

604. En déterminant la protection du patrimoine selon le patrimoine lui-même et en fonction de l'acte qui s'y rattache, le principe voulait une gestion rendue plus aisée, tout en assurant au maximum la sécurité de la personne protégée. En adaptant la protection au regard de l'objet même de l'acte, il semblerait que la gestion soit plus pragmatique. En témoigne l'article 470 du Code civil qui, en matière de donation ou de testament, reconduit les dispositions antérieures : la personne protégée peut librement tester, et, avec l'assistance de son curateur, faire acte de donation. L'opposition d'intérêts fait son apparition, dès lors que le donataire est à la fois le curateur. Pour autant, cette adaptation de la protection patrimoniale selon l'objet de l'acte reste quelque peu classique et ne semble pas aller dans le sens de la nouveauté, dans la mesure où la reprise des dispositions anciennes n'améliore pas la protection patrimoniale.

605. La nouveauté dans la protection judiciaire patrimoniale vise davantage l'exemple suivant. C'est en matière de reversement des revenus et des capitaux que la protection patrimoniale trouve un nouvel essor, et qu'*a priori*, l'assistance du majeur se réalise dans un cadre garantissant l'autonomie[1566]. En imposant un versement direct desdits capitaux, le législateur crée un principe de sécurité juridique. En effet, le curateur est soumis à l'obligation de ne plus détenir lui-même les fonds devant revenir au protégé. Si l'ancien système le permettait, la loi actuelle l'interdit. Le compte du majeur est individualisé ; les fonds lui revenant sont directement déposés sur ce compte[1567]. Le compte en banque doit mentionner que la personne protégée est placée sous régime de protection. Le législateur a mis en place

---

code en ce qui concerne le mandat de droit commun. Le mandataire répond en conséquence des fautes commises par le tiers qu'il s'est substitué). V. en ce sens *supra* n. n° 1555, N. Péterka, art. préc. Gaz. Pal., 30 janvier 2010, n° 30, pp. 25 et sui.

[1565] V. *supra* n. n° 1539, A. Karm, art. préc.

[1566] L'article 468, alinéa 1er, du Code civil dispose en ce sens que *« les capitaux revenant à la personne en curatelle sont reversés directement sur un compte ouvert à son seul nom et mentionnant son régime de protection, auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public »*.

[1567] V. *supra* n. n° 1536, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 189.

un système juridique très protecteur, dans la mesure où l'établissement qui accueille le compte de la personne connaît la marge de manœuvre qu'il doit avoir avec le protégé et le curateur ; le majeur ne peut plus voir ses fonds détournés par le curateur ; ce dernier devra justifier auprès du juge des tutelles l'ouverture du compte au nom du protégé. La loi tend donc à respecter le principe de la volonté de la personne protégée quant à son choix de disposer ou non d'un compte bancaire.

Bien que la pratique impose l'ouverture d'un compte, la volonté réside dans le choix du compte et le choix de la banque, même si l'intérêt du majeur commande qu'il conserve son compte d'origine[1568]. En effet, même si la pratique prévoit qu'un excédent puisse être remis entre les mains du protégé, on voit mal ce dernier en disposer tel quel suivant la valeur de l'excédent et sa capacité à disposer de cette somme. C'est pourquoi, l'ouverture du compte bancaire est une obligation pratique. En imposant l'ouverture du compte bancaire au nom de la personne protégée, il est évident que le législateur a voulu maintenir et renforcer les repères familiers de la personne protégée. Si le compte est ouvert au nom du curateur, le protégé peut certainement se sentir exclu de l'exercice de la mesure, et *de facto*, la garantie du principe d'autonomie demeurerait vaine. L'ouverture d'un compte au nom du majeur participe donc de son retour à l'autonomie.

D'une façon générale, l'individualisation du compte permet de garantir la sécurité juridique des versements de capitaux, et ce, d'autant plus si le curateur est un MJPM. Les MJPM ne peuvent plus mettre en place les comptes pivots[1569]. La loi impose donc une ouverture de compte individuelle, au nom du majeur[1570]. En outre, l'assistance du curateur est requise pour la conclusion d'un contrat de fiducie et l'utilisation des capitaux[1571]. L'assistance joue pleinement dans l'usage des fonds ; quant à l'ouverture du compte, il n'y a pas

---

[1568] Ce qui suppose aussi le transfert des comptes du majeur dans une autre banque : le transfert doit être motivé et justifié au regard de l'intérêt du majeur. Un simple transfert sans intérêt autre que celui de changer de banque ne sera pas accueilli favorablement par le juge : *cf* Civ. 1ère, 28 janvier 2015, n°13-26.363, inédit, AJ fam. 21 avril 2015, n° 4, p. 231, obs. V. Montourcy, RTD Civ. 2015 p. 357, obs. J. Hauser, Dr. fam., 2015. 58, obs. I. Maria, JCP 2015 E et A 2015, 1168, n. G. Raoul-Cormeil.

[1569] S. Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », Defrénois, 30 janvier 2009, art. n°38884, n° 2, pp. 185 et sui. ; v. *supra* n. n° 1555, N. Péterka, art. préc., Gaz. Pal., 30 janvier 2010, n°30, pp. 25 et sui. § 2 ; Th. Fossier et L. Pécaut-Rivolier, « La protection des intérêts patrimoniaux », *in* Dossier La réforme des tutelles, AJ Fam., 12 avril 2007, n° 4, pp. 167 et sui. Le compte pivot ainsi ouvert était crédité des revenus courants du majeur, puis débité des dépenses usuelles de ce dernier. L'idée était de regrouper toutes les ressources des majeurs dépendants d'une seule association sur un seul compte. En procédant ainsi, les associations de tutelle procédaient à une gestion collective des comptes, ce qui avait pour effet de faciliter la gestion des comptes en faisant l'économie des coûts qu'engendrait la gestion individuelle des comptes. L'argent était alors un motif aux fins de facilitation de la gestion des comptes. Le fonctionnement de ces comptes était le suivant : le compte pivot est adossé au compte de placement, ce dernier étant alimenté par les excédents du compte pivot. Ainsi, l'excédent n'était pas versé directement au protégé, mais utilisé par l'association pour couvrir les charges de gestion. C'est pourquoi, la légalité du dispositif étant remise en cause, le législateur ayant prévu la suppression des comptes pivots. Car cette pratique portait atteinte aux intérêts de la personne protégée ; sa volonté dans le choix de l'utilisation des fonds qui devaient lui revenir n'était plus respectée. En conséquence, la suppression des comptes pivots garantit le plein effet de l'autonomie quant au choix de l'utilisation des fonds.

[1570] Comme le prévoit l'article 427, alinéa 1er, du Code civil.

[1571] Comme le prévoit cette fois l'alinéa 2 de l'article 468 du Code civil ; v. *supra* n. n° 1536, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., pp. 183 et 253.

réellement d'assistance, puisque le curateur agira seul, mais au nom du majeur protégé avec l'autorisation du juge des tutelles. La sécurité est ainsi posée.

Toutefois, si le principe se veut vertueux, la conservation des fonds et du patrimoine en valeur n'est pas définie de manière uniforme. Seules les opérations d'encaissement sont visées, alors que les opérations de retrait ne sont pas concernées. Si le curateur doit percevoir sur le compte du majeur les fonds lui revenant, le protégé pourra sortir les mêmes fonds après contrôle du curateur, du moins si les fonds proviennent du compte courant. La difficulté ici repose sur la fréquence des opérations bancaires. Par contre, les sorties d'argent sur les comptes rémunérés se font obligatoirement avec l'assistance du curateur et l'autorisation du juge des tutelles.

606. Afin de faciliter la gestion patrimoniale, il a été imaginé de consacrer la technique de la fiducie[1572]. Présentée lors des travaux préparatoires de la loi du 5 mars 2007, elle devait être un instrument servant à compléter les dispositions relatives au mandat de protection future, afin de protéger au mieux le patrimoine, tout en garantissant sa stabilité. Cette solution n'a pas été retenue par la Commission mixte paritaire, au motif selon lequel la fiducie n'était réservée qu'aux personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés. Si la fiducie était à l'origine construite sur un dispositif favorisant les personnes morales tout en garantissant la protection de leur patrimoine et sa transmission, l'ouverture aux personnes physiques a été consacrée selon la loi du 4 juin 2008[1573], dite loi de « modernisation de l'économie ». Elle l'a consacrée au point de pouvoir l'établir au patrimoine des personnes protégées, mais seulement dans le cadre de la curatelle[1574]. Si l'article 468, alinéa 2, du Code civil le permet désormais, elle demeure strictement interdite dans le cadre de la tutelle[1575], à en croire l'article 509 du même code, lequel indique que le tuteur ne peut transmettre dans un patrimoine fiduciaire des biens appartenant au majeur protégé.

Toutefois, il semblerait que la sécurité du patrimoine du protégé ne soit pas garantie. En effet, la fiducie opère un transfert de propriété[1576]. La loi admet désormais que le transfert de propriété soit autorisé pour tous les patrimoines, sans distinction de valeur. Dès lors, n'aurait-il pas fallu limiter la mise en place de la fiducie au profit des patrimoines importants, à la condition que la personne protégée soit désignée bénéficiaire du patrimoine fiduciaire ? En conséquence, si la solution avait été proposée, la seule fiducie-gestion se serait imposée, alors que la fiducie-sûreté aurait été exclue. Le contrôle de la fiducie aurait alors été facilité, dans la mesure où le fiduciaire aurait du rendre compte de sa gestion comme dans les régimes de protection. Mais tel n'est pas le cas : la fiducie peut s'appliquer à tous les patrimoines. En outre, puisque la solution n'est pas établie, rien n'oblige le fiduciaire professionnel à se couvrir civilement. Il peut ne pas prendre d'assurance professionnelle, couvrant le risque d'une perte de valeur du patrimoine. Autre aspect négatif de la mesure, la révocation des clauses du contrat de fiducie n'a pas été prévue, au même titre que sa modification. C'est pourquoi, si la sécurité juridique n'est pas garantie, il semble cavalier de prendre le risque de vouloir garantir la protection d'un patrimoine selon le mécanisme de la fiducie.

607. Cette classification des actes selon l'objet aurait pu être tout à fait convenable pour un régime tel que la curatelle simple. Si on a vu les défauts de la classification des actes

---

[1572] L. n° 2007-211, 19 février 2007 instituant la fiducie, JO 21 février 2007, p. 3052, texte n°3.

[1573] L. n° 2008-776, 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JO n° 0232, 4 octobre 2008, p. 15306, texte n° 1.

[1574] Aussi bien en curatelle simple qu'en curatelle renforcée.

[1575] Sauf si le contrat de fiducie a été établi avant la mise en place de la tutelle, ce qui laisse un doute quant à la capacité juridique du majeur à conclure un tel contrat.

[1576] Pour une étude plus complète, v. en ce sens : J. Massip, « Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés », Defrénois, 15 septembre 2009, art. n° 38982, n° 15, pp. 1549 et sui.

selon la gravité, il n'en demeure pas moins que la classification selon l'objet ne présente pas plus de garanties, bien que le principe d'individualisation des comptes bancaires ne manque pas d'intérêt significatif. Mais la gestion du patrimoine dans le cadre de la curatelle simple ne constitue pas le modèle approprié de gestion tel que la loi du 5 mars 2007 semblait préconiser.

II) La curatelle renforcée, ou l'affaiblissement de l'autonomie patrimoniale par le glissement de l'assistance en une forme de « représentation assistée ».

608. Comme son nom le laisse entendre, la curatelle renforcée, par redondance, procède au renforcement de la gestion du patrimoine dans le sens de l'assistance permanente du curateur. Dans un ordre d'idée, le curatélaire perd une partie de son autonomie en la matière. Si l'assistance donnée au majeur dans le cadre de la curatelle simple doit se limiter aux actes de disposition, en revanche, l'assistance donnée dans la curatelle renforcée s'étend ailleurs, et pas seulement aux simples actes de disposition. Le budget notamment échappe à la sphère d'autonomie du majeur. De ce chef, l'assistance du curateur vient prendre la forme d'une représentation, au même titre que la tutelle (A) et dont la conséquence est de mettre en échec la capacité juridique du majeur (B). La conséquence est grave : il n'y a aucune alternative à l'autonomie. La volonté individuelle s'en retrouve quasi-suppléée malgré l'autonomie que doit conférer la curatelle renforcée.

A- La conversion de la mesure d'assistance en une forme particulière de représentation du majeur.

609. La curatelle renforcée donne au curateur des prérogatives supérieures à celles dont il dispose en curatelle simple. Il est donc à craindre le développement des règles de la représentation à l'intérieur même du dispositif de la curatelle renforcée. Conséquence dont la gravité est à souligner : le curateur devient le seul à exercer la gestion du patrimoine bancaire du majeur[1577], et comme dans le cadre de la tutelle, le curateur accomplira ces actes avec l'autorisation du juge des tutelles dès lors que celle-ci est requise.

610. Si le juge des tutelles peut ordonner, *« à tout moment »,* la mise en place d'une curatelle renforcée, c'est qu'il existe une suspicion de défaut d'autonomie du majeur. Affirmer ainsi que le juge peut l'ordonner dans ces conditions démontre la fragilité de la sphère autonome. Les juges des tutelles s'attachent de plus en plus à prononcer la mise en place de curatelles renforcées, car le curateur pourra payer directement certaines dépenses auprès des tiers par la perception des ressources du majeur. Ce paiement direct ne fait que démontrer une fois de plus la vulnérabilité de la personne protégée[1578], puisqu'on préfère voir le curateur s'ingénier à payer les tiers en lieu et place du protégé. Certes, il est toujours question d'ouvrir un compte individualisé et de reverser l'excédent, mais le principe ici-même tend à ce que le curateur perçoive seul les revenus de la personne protégée, celle-ci n'ayant plus aucune marge de manœuvre en la matière. En ce sens, il semble évident que le mesure d'assistance subit une forme de mutation : d'assistance *stricto sensu*, on passe à une forme de représentation curatélaire.

[1577] C. civ., art. 472, al. 1er : *« Le juge peut […] à tout moment, ordonner une curatelle renforcée. Dans ce cas, le curateur perçoit seul les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de cette dernière. Il assure lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers et dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains ».*

[1578] V. *supra* n. n° 1539, A. Karm, art. préc.

611. Mais la mutation en question n'est pas complète, puisque le curateur reste soumis à l'obligation d'ouvrir un compte individualisé au nom du majeur protégé. De cette façon, la loi permet de préserver le principe d'autonomie, du moins en partie, ce qui permet de maintenir le majeur dans un contexte garantissant son implication dans la connaissance de ses comptes. Le juge des tutelles doit rechercher la cause qui empêcherait le majeur protégé de gérer lui-même ses ressources[1579] ou d'en faire une utilisation normale[1580]. Si cette cause est justifiée, alors le curateur aura pouvoir de gérer les ressources et les comptes du majeur. Quand bien même le paiement des dettes reste du domaine du curateur seul, ce dernier doit verser l'excédent sur le compte du majeur ouvert à cet effet, ou bien même le remettre entre les mains du protégé. Cependant, la limite est tout de même atteinte, car le majeur ne peut percevoir seul ses revenus, le curateur les percevant à sa place. Une limite qui se veut générale : le curatélaire ne peut plus décider lui-même de l'affectation des fonds ; l'excédent remis entre les mains du protégé entre en concurrence avec le reversement de ce dernier sur un compte sécurisé dont l'accès est limité par une carte de retrait plafonnée ; le curateur agira directement auprès des tiers, tels les créanciers ou les établissements de crédit. Dès lors, la capacité du majeur se réduit corrélativement à l'accroissement du pouvoir de représentation imparfaite du curateur. C'est à se demander si la curatelle renforcée ne constitue pas une catégorie hybride de tutelle qui associe représentation dans certains cas, assistance dans d'autres.

En outre, le problème de l'épargne se pose. En aucun cas, le curateur ne peut décider d'affecter des fonds dans un but d'épargne[1581]. Si affectation à une économie d'épargne il doit y avoir, c'est le curatélaire qui doit le décider, du moins le vouloir. Si toutefois ce dernier n'a pas une vision à long terme de sa situation financière et que seuls des placements rémunérés constituent une source de revenus, le curateur sera confronté à l'impossibilité de procéder à cette solution si le curatélaire n'exprime le souhait de procéder à des placements. Ne faudrait-il pas permettre au curateur d'y procéder ? ou bien le juge ne pourrait-il pas autoriser les placements ? La logique de la mesure devrait le permettre, mais il ne s'agit pas d'une tutelle. L'autoriser au curateur pose donc le problème de l'interprétation de la mesure en tant que telle. Si le curateur a tout pouvoir pour gérer le budget, pourquoi ne procéderait-il pas aux placements envisagés ?

612. La représentation dans la curatelle renforcée risque fort de devenir une représentation générale dans un grand ensemble. Le curateur peut conclure seul un bail d'habitation ou une convention de logement[1582], ou même engager une action en justice lorsque le majeur compromet ses intérêts boursiers[1583]. Ici, la dérive est proche de la représentation en tutelle. Puisque la conclusion d'un bail relève de la catégorie des actes d'administration et que les actes d'administration relèvent des actes autorisés au curatélaire pouvant relever de sa sphère de compétence, l'ablation que subit sa sphère de capacité tend à réduire considérablement le champ d'action du majeur protégé. Une boutade se révèle même au grand jour : la curatelle renforcée est soumise aux articles 503 et 510 à 515 du Code

---

[1579] Civ. 1ère, 28 mai 2008, n° 07-10.432, inédit, Gaz. Pal., 11 juin 2009, n° 162, p. 29, n. J. Casey.

[1580] Civ. 1ère, 28 mai 2008, n° 07-11.420, inédit, Gaz. Pal., 11 juin 2009, n° 162, p. 29, n. J. Casey.

[1581] Et ce pour ne pas se poser en gestionnaire de la succession de la personne protégée.

[1582] C. civ., art. 472, al. 2 ; v. *supra* n. n° 1536, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.*, p. 190.

[1583] Com., 12 juillet 2011, n° 10-16.873, Bull. Civ. IV, n° 114 ; *D.* 2011. 2109, obs. X. Delpech ; *ibid*. 2501, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; AJ fam. 2011. 434, obs. Th. Verheyde ; RTD Civ. 16 avril 2012, n° 1, p. 93, obs. J. Hauser.

civil[1584]. Ces derniers précisent que la curatelle renforcée sera soumise aux règles de contrôle de la gestion des comptes dans le cadre de la tutelle. La curatelle renforcée est-elle donc un régime de curatelle *stricto sensu* ? Ou bien participe-t-elle de l'instauration d'une tutelle déguisée dans laquelle l'autonomie est aussi opaque qu'un écran de fumée ? Il est certain que dans la logique de la curatelle renforcée, le curateur sera amené à agir seul pour tout ce qui touche au budget.

613. Le curateur, *ab initio*, n'était pas autorisé à pouvoir représenter le majeur dans la réalisation d'un acte de disposition. Si ce dernier ne consentait pas expressément à sa réalisation, l'acte ne pouvait être réalisé qu'après conversion de la curatelle en tutelle. Car si le curateur venait à exécuter cet acte, il aurait excédé son domaine de compétence. Finalement, la permission de représenter le majeur dans un acte de disposition, lorsque le majeur ne consent pas à cet acte, a été validée[1585]. S'il compromet gravement ses intérêts, la représentation admise dans certains actes risque de conduire à d'inextricables conflits d'appréciation et d'interprétation du texte : le législateur n'a pas donné de support concret à la compromission grave des intérêts du majeur. Dans quelle mesure peut s'apprécier cette notion ? Est-elle laissée à l'appréciation libre du curateur ou le juge des tutelles doit-il seul en apprécier la portée ? Il est certain que dans tous les cas, le juge des tutelles posera les limites requises et déterminera les atteintes graves en cause. Toutefois, le juge devra être pragmatique là où le législateur a fait une œuvre de l'esprit.

614. L'appréciation des uns et des autres ne risque pas de simplifier la donne. D'autant que le législateur n'a pas prévu le risque d'inaction du majeur[1586], comme il n'a pas prévu le risque de compromission à plus ou moins long terme. En l'état des choses, le curateur n'a pas la possibilité d'agir seul dès qu'il constate cette présumée compromission. Tout au plus, doit-il informer le juge des tutelles des atteintes aux intérêts de la personne protégée. Si l'obligation du curateur n'est pas d'agir instantanément, puisque soumis à l'autorisation du juge, le curateur ne pourra voir sa responsabilité engagée du seul fait de son inaction pour sauvegarder les intérêts de la personne protégée. Sa responsabilité serait celle au contraire de ne pas aviser le juge du possible risque de compromission. Cela revient à dire que la représentation dans la curatelle ne peut être totalement assimilée à la représentation de la tutelle, car dans cette dernière, les tiers peuvent intervenir en avisant le juge. Dans la curatelle, seul le curateur pourra intervenir et agir après autorisation du juge. La personne protégée ne sera dès lors plus en mesure d'agir seule, puisque la représentation l'écartera des actes au profit du curateur. Mais pour autant, cette représentation reste fort attentatoire au principe d'autonomie. Car l'autorisation portera sur un acte déterminé, sans restriction aucune quant à son accomplissement. Le risque est de transférer les compétences du tuteur dans le domaine de la curatelle au seul curateur. Tout cela amène en conséquence à la mise en échec de la capacité juridique du majeur.

[1584] C. civ., art. 472, al. 3.

[1585] par l'article 469, alinéa 2, du Code civil : *« en cas de constatation par le curateur de la compromission grave par le majeur de ses intérêts, le curateur peut demander l'autorisation du juge des tutelles afin d'accomplir seul un acte déterminé ou de provoquer l'ouverture de la tutelle ».*

[1586] V. *supra* n. n° 1539, A. Karm, art. préc.

B- La mise en échec de la capacité juridique du majeur protégé, ou la perte d'autonomie patrimoniale.

615. La suppléance de volonté prend ici tout son sens. La sphère d'action du majeur n'en sera que plus réduite selon que sa capacité sera modifiée à plus ou moins long terme, ou de manière ponctuelle. Car le juge des tutelles peut faire évoluer lui-même la curatelle[1587]. Sur long terme, il a la faculté de pouvoir déterminer une série d'actes que le protégé pourra accomplir seul, selon une curatelle aménagée. Il s'agit toujours d'une curatelle renforcée mais dont on réduit l'assistance à certains actes. Au contraire, le juge pourra modifier la curatelle en mettant en place une curatelle élargie dans laquelle il indiquera les actes restant soumis à l'assistance du curateur. Les conséquences n'en sont que plus évidentes : dans le premier cas, la protection reste somme toute relative et il est à craindre une atteinte aux droits des tiers qui auront conclu tels actes avec le majeur, en dehors de toute assistance du curateur. Dans l'autre cas, le majeur protégé se retrouve dans une tutelle hybride, puisque le juge des tutelles étendra le champ d'action du curateur au détriment du curatélaire.

616. Si la protection se veut trop ou pas assez influente, où se trouve l'intérêt de garantir un tel niveau de protection si celle-ci veut être d'un côté de la relation contractuelle ou de l'autre, sans garantir en même temps la protection des intérêts des tiers et de la personne protégée ? Il y a donc une variation du niveau de protection qui peut laisser perplexe quant à la sécurité juridique des opérations combinée au principe d'autonomie. Si le problème est celui-ci quant à la détermination de la sphère de capacité du majeur pour des actes spécifiques à plus ou moins long terme, la délimitation de sa capacité pour des actes plus ponctuels[1588] tend à remettre en cause des actes passés antérieurement à l'ouverture de la mesure de curatelle renforcée, d'où l'instauration d'une période suspecte. Cependant, la ponctualité d'une opération en cause doit sans doute avoir pour vertu de pouvoir autoriser la personne protégée à passer seule certains actes. La curatelle renforcée présente ainsi une sorte d'instabilité qui met à mal la capacité du majeur. L'autonomie n'en sera que plus difficile à acquérir pour ce dernier.

617. La période suspecte fait donc partie du paysage du curatélaire[1589]. Cette notion propre aux régimes de protection de la loi antérieure garde une trace de survivance dans le dispositif réformé de la curatelle. La période suspecte, visée par l'article 503 ancien du Code civil[1590], permettait de prononcer la nullité de tout acte réalisé par le futur majeur protégé, dans l'hypothèse où une procédure était engagée, et si l'insanité d'esprit était notoirement connue avant même l'ouverture de la mesure de protection[1591]. Nullité facultative, en

---

[1587] C. civ., art. 471.

[1588] V. *supra* n. n° 1539, A. Karm, art. préc.

[1589] V. *supra* n. n° 1569, Th. Fossier et L. Pécaut-Rivolier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 1556, Th. Fossier, art. préc.

[1590] Sur l'application de l'article 503 ancien du Code civil, *cf* Civ. 1ère, 12 février 1985, n° 83-14.717, Bull. Civ. I, n° 59, p. 57, *D.* 1985. 518, n. J. Massip - Civ. 1ère, 5 mai 1987, n° 85-13.837, inédit, JCP 1988. II. 21109, n. Th. Fossier - Civ. 1ère, 23 mars 1994, n° 92-17.360, inédit, Defrénois 1994. 1100, art. n° 35891, obs. J. Massip - Civ. 1ère, 24 février 1998, n° 95-21.473, Bull. Civ. I, n° 73, p. 49, JCP 1998. II. 10118, n. Th. Fossier, Defrénois, 1998. 1037, obs. J. Massip – Civ. 1ère, 1er juillet 2003, n° 01-02.700, inédit, Defrénois 2003. 1499, obs. J. Massip.

[1591] V. en ce sens Caen (CA), 1ère ch. Civ., 12 février 2008, n° RG 06 /1796, infirmant la décision rendue par le TGI de Coutances le 9 mars 2006 qui autorisait la vente d'un immeuble appartenant à un couple de propriétaires, alors que les tiers ou parties qui se prévalaient de la vente ne pouvaient ignorer le trouble mental dont était atteint le couple : la Cour d'appel de Caen a donc annulé la vente de cet immeuble aux motifs que le trouble mental ne permettait pas la vente de l'immeuble dans des conditions à même de ne pas porter atteinte aux intérêts du couple, d'autant plus que cette

l'occurrence, mas qui pouvait tout de même être demandée. Le législateur avait alors consacré une incapacité officieuse, « *virtuelle* », comme l'a évoqué Thierry Fossier, en citant Claude Geoffroy[1592]. Les tiers, en tout cas, devaient faire avec cette incapacité non officiellement reconnue par le juge des tutelles, ce qui démontrait en même temps que le degré d'altération des facultés était tel qu'il justifiait l'ouverture d'une tutelle[1593].

En d'autres termes, seules les personnes susceptibles d'être placées sous tutelle pouvaient voir leurs actes annulés s'ils paraissaient suspects d'un point de vue *ad validitatem*. Les actes réalisés par les futurs curatélaires sortaient de ce champ de nullité. Pour bien établir que la loi actuelle n'a pas réellement tenu compte de l'évolution, et pour se mettre en contradiction avec les principes qu'elle développe, le législateur n'a pas trouvé mieux que de réinstaurer cette période suspecte, non à la tutelle seulement, mais à la curatelle renforcée pareillement[1594]. Comme dans la tutelle de la loi du 3 janvier 1968, le législateur réinvente l'existence de l'insanité d'esprit antérieurement au prononcé de la mesure pour valoir la nullité d'un acte litigieux. La preuve[1595] de cette insanité d'esprit devra d'ailleurs être rapportée par le demandeur dans les conditions de l'article 414-1 du Code civil, qui reprend (étrangement) les dispositions de l'article 489 ancien du même code. Ce n'est plus une analogie, c'est un miroir ! Et le texte de l'article 464 du même code n'est que le réceptacle du rayonnement de l'article 503 ancien. Si l'on veut trouver toutefois un fait notable de la loi du

---

vente était lésionnaire en raison du prix de vente inférieur à la valeur réelle de l'immeuble et du prix du marché, et d'autant plus encore que le couple de propriétaires a été placé sous protection en urgence quelques mois après ladite vente, en raison de l'altération des facultés mentales. Les parties, en connaissance de cause, n'auraient pas du signer l'acte authentique. La Cour d'appel de Caen a donc fait prévaloir l'annulation de l'acte durant la période suspecte. Décision à rapprocher de Civ. 1ère, 20 octobre 2010, n° 09-13.365, Bull. Civ. I, n° 908, *D.* 2011. 50, n. G. Raoul-Cormeil ; AJ Fam. 2010. 496, obs. Th. Verheyde ; « Insanité d'esprit et autorisation du juge des tutelles pour vendre le logement », RTD Civ., 15 avril 2011, n° 1, p. 103, obs. J. Hauser ; LPA, 19 janvier 2011, n° 13, pp. 12 et sui, n. L. Disa. La Cour de cassation a annulé la vente du logement du majeur alors que celui-ci avait été autorisé par le juge des tutelles à vendre ledit logement, alors que ce même majeur était atteint d'une insanité d'esprit au moment de la vente, ce qui n'admettait pas la licéité de la vente et sa conformité dans l'intérêt du majeur. La Cour de cassation maintient ainsi sa jurisprudence qui tend à affirmer que tout acte peut être annulé même si le majeur a signé l'acte, alors qu'à ce moment précis, il était atteint d'une insanité d'esprit justifiant l'annulation de l'acte.

[1592] Th. Fossier, JCP, art. 488 à 514, fasc. 24, « Condition du majeur en tutelle », n° 117, citant Cl. Geoffroy, *Le statut civil du malade mental et de l'inadapté*, Litec 1974.

[1593] D'ailleurs, la mise en place de cette période suspecte avait été réalisée par le Code Napoléon au profit des personnes dites « interdits judiciaires ». Le même Code l'interdisait aux personnes seulement assistée d'un conseil juridique.

[1594] L'article 464 du Code civil en pose le principe. La nullité des actes durant la période suspecte peut être demandée pour les actes passés deux ans avant le prononcé de la décision d'ouverture de la mesure de curatelle. L'action en nullité est limitée dans un intervalle de temps de cinq ans postérieur à l'ouverture de la mesure de protection.

[1595] Sur la recherche de cette preuve, v. en ce sens : Civ. 2ème, 9 octobre 2008, n° 07-18.192, inédit, Gaz. Pal., 11 juin 2009, n° 162, p. 27, n. J. Casey. V. aussi sur l'annulation de testaments établis durant un intervalle non lucide par la personne protégée, *cf* Civ. 1ère, 30 janvier 2013, n° 11-23.318, inédit, source Légifrance, Civ. 3ème, 5 février 2013, n° 11-25.090, inédit, source Légifrance, Civ. 1ère, 6 mars 2013, n° 12-17360, inédit, source Légifrance, ainsi que Civ. 1ère, 15 mai 2013, n° 12-14.733, inédit, source Légifrance. Au contraire, si la preuve de l'insanité au moment de l'acte n'est pas rapportée, le juge confirmera l'acte réalisé par le majeur avant son placement sous protection : *cf* Civ. 1ère, 26 juin 2013, n° 12-14.877, inédit, source Légifrance, ou encore Civ. 1ère, 29 mai 2013, n° 12-14.359, inédit, source Légifrance (2ème moyen de cassation, le juge des tutelles n'ayant pas recherché la sphère d'autonomie et de capacité du majeur au moment où ce dernier avait déposé deux plaintes relatives à un abus de confiance commis dans un cadre successoral).

5 mars 2007, c'est la possibilité pour le majeur d'agir en nullité dans la période suspecte. Il est ainsi mieux protégé en l'occurrence, puisque l'action en nullité dans la curatelle, qui ne lui est pas ouverte principalement[1596], lui est tout de même ouverte. Ainsi, on constate un grand bon en arrière du législateur sur la remise en cause des actes réalisés avant ouverture de la mesure de curatelle. Renforcée, faudrait-il rajouter, car on remarque, selon cet aspect, que la curatelle renforcée ressemble à une sorte de tutelle en modèle réduit. L'insanité d'esprit est telle que la tutelle aurait sans doute eu un plus grand effet sur la protection du majeur. Il semblerait que la curatelle renforcée ne puisse aider la personne à acquérir l'autonomie nécessaire, même si l'idée est de remettre en cause les actes portant atteinte à ses intérêts. Et que fait-on des droits des tiers ? Ces derniers n'ont plus qu'à agir en justice, puisque l'article 414-1 du Code civil le leur permet. Étrange, en l'occurrence. Cependant, la loi permet-elle tout de même au curatélaire d'agir seul dans le cadre de la curatelle renforcée ?

La réponse est bien entendue favorable au majeur. La preuve en est avec cette extension du champ de compétence de ce dernier. Il peut agir seul si le juge donne son autorisation aux fins d'accomplissement d'un acte déterminé[1597]. L'autorisation donnée se fera dans des conditions strictes. Le curateur doit ainsi refuser d'assister le majeur dans un acte pour lequel cette assistance est requise. Le juge devra autoriser le majeur à agir seul. Toutefois, l'action en nullité ou en réduction pour excès est réservée aux actes accomplis par le majeur seul[1598]. Voilà une étrange articulation si l'on remet en jeu l'autorisation du juge des tutelles donnée au majeur à agir seul. Soit le majeur accomplit l'acte seul, sans nécessité d'autorisation, et l'acte est réductible pour excès ou annulable, soit le majeur agit seul avec l'autorisation du juge des tutelles, et l'autorisation constitue un rempart à toute action contre l'acte en cause.

L'accroissement de l'autonomie du majeur résulte finalement d'un désaccord avec le curateur. Certes, le curateur peut refuser l'assistance au majeur par excès de zèle ou pour des raisons bien plus pragmatiques. Il n'empêche que le juge des tutelles doit considérer l'acte comme utile ou nécessaire au majeur et qu'un refus d'assistance, et donc de réalisation, peut justement préjudicier aux intérêts du majeur. On peut au moins se satisfaire de ce que le juge des tutelles appréciera le fait que le majeur agisse seul pour les actes dont le curateur refuse l'assistance, car on est sûr que l'acte en cause sera conforme aux intérêts du majeur. Dès lors, le fait que le curatélaire agisse seul dans le cadre d'une autonomie patrimoniale élargie en ce cas est sans doute un pas en avant vers son retour à l'autonomie ; l'autorisation du juge traduit donc la conformité de l'acte que le majeur pourra réaliser seul, hors l'assistance de son curateur.

618. En conséquence, le constat sera toujours le même. La loi ne prend pas position nettement sur un choix bien déterminé de protection judiciaire du patrimoine. Elle alterne l'action conjointe du majeur protégé et du curateur dans certains actes, l'action individuelle dans d'autres, un régime d'autorisation, d'assistance ou de représentation suivant les cas. Il semble bien difficile de cerner les limites de la protection patrimoniale dans le cadre de la curatelle en général, au regard ne serait-ce que de la mise en œuvre d'une période suspecte propre antérieurement à la tutelle. La curatelle renforcée est-elle amenée à être le régime moyen parfait que voulait faire émerger la loi ? Rien n'est moins sûr, car certaines règles laissent supposer que la curatelle renforcée, à travers le régime de représentation exceptionnelle, tend à glisser lentement vers la tutelle et une suppléance totale de la volonté du majeur. En sorte, il y aurait seulement un régime de protection effectif et total, à savoir la tutelle, nonobstant la sauvegarde de justice dans son acception la plus générale. Quel est donc

[1596] Th. Fossier, JCP, n° 2005, 1110, p. 301.
[1597] C. civ., art. 469.
[1598] C. civ., art. 465, 1°.

le régime de gestion du patrimoine dans le cadre de la tutelle ? ce système est-il plus adapté, ou souffre-t-il autant que la curatelle de contradictions d'interprétation et de pratique ?

Section 2 - La gestion patrimoniale dans le cadre de la tutelle[1599], ou l'effondrement de la démarche participative du majeur à la gestion de ses biens.

619. La tutelle suit-elle les mêmes dérives que la curatelle en termes de gestion patrimoniale, ou bien a-t-elle su évoluer ? le législateur a-t-il innové dans la gestion proprement dite, ou bien s'est-il contenté de rester dans la logique du système précédent[1600] ? Afin de réformer la protection tutélaire, il a été proposé de reprendre le système des législations étrangères portant sur des choix alternatifs à la protection des majeurs. Le législateur a sans doute préféré rester dans l'optique traditionnelle.

En effet, ce dernier a repris les principes de la protection tutélaire selon le modèle de perfection qu'elle inspirait à bien des égards, notamment au regard de l'absence d'autonomie de la personne protégée. Mais avec l'émergence de la personne dans les régimes de protection, le système de représentation est devenu un système imparfait de protection, en raison de l'autonomie accordée à la personne protégée. Si autonomie il y a, la représentation absolue tend à s'évanouir. Il est à constater également que l'autonomie laissée à la personne protégée dans sa sphère de capacité tend à remettre en cause le régime de la représentation parfaite, puisque le tuteur ne peut plus agir seul dans tous les cas, comme il pouvait le faire sous l'égide de la loi ancienne. Cette faiblesse relevée dans la protection judiciaire patrimoniale est sans aucun doute palliée par la clarification des règles de gestion. Sur la forme, le législateur a traité dans un même *corpus* juridique les règles de gestion patrimoniale des majeurs et des mineurs. Quant au fond, la gestion patrimoniale est garantie par la souplesse des règles et la sécurité du fonctionnement de la gestion patrimoniale. Ce fonctionnement dénote une présence accrue du tuteur et corrélativement une absence d'autonomie du majeur (I) ; cependant la gestion patrimoniale répond à un souci de contrôle et de sécurité bien plus important qu'en curatelle, puisque si le majeur ne peut plus intervenir dans la gestion, le juge des tutelles doit pallier à cette absence par un contrôle exacerbé (II).

I) La gestion patrimoniale tutélaire, ou la suppléance de la présence du majeur dans la gestion.

620. La gestion patrimoniale[1601], qui se déroule hors la présence du majeur[1602], répond à un principe de base suivi de son exception : le tuteur pourra accomplir seul certains actes pour lesquels le juge des tutelles doit donner son autorisation ; toutefois, il est des cas dans lesquels le tuteur ne pourra nullement requérir l'autorisation du juge pour accomplir d'autres

[1599] Cette approche de la gestion du patrimoine en tutelle, reprise en partie dans les présents développements, a été évoquée lors d'un colloque organisé par l'université de Pau et des pays de l'Adour, le 19 décembre 2008, traitant le thème de la réforme des régimes de protection des majeurs. Y a notamment été abordé la question de la gestion patrimoniale du majeur dans le cadre de la tutelle. *Cf* ainsi N. Péterka, « La gestion patrimoniale des majeurs sous tutelle », *in* Dossier La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 79 et sui.

[1600] *Ibid.*

[1601] Pour une étude complète du sujet, *cf* Fr. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, Personnalité-incapacité-protection*, Précis Dalloz, 8è éd., 2012, n°s 316 à 346, pp. 296 à 321.

[1602] Sauf si avis lui est demandé.

actes, puisque ces derniers échappent à la sphère d'intervention du tuteur. Autrement, interdiction lui est faite de les accomplir.

621. Le tuteur qui gère le patrimoine du tutélaire sera soumis, ou non, à l'autorisation du juge pour accomplir un acte déterminé en fonction de la nature de celui-ci[1603]. En effet, les actes de gestion se décomposent en actes de conservation et d'administration d'un côté[1604], en actes de disposition de l'autre[1605]. Si la première catégorie d'actes permet au tuteur d'agir seul, sans aucune autorisation du juge des tutelles, en revanche, pour la seconde, il n'est pas loisible pour le tuteur d'agir en dehors de toute autorisation[1606]. Les actes de disposition répondent à un formalisme exacerbé et très contrôlé que le juge des tutelles appréciera nécessairement avant de délivrer l'autorisation[1607]. Le législateur vient ici confirmer les dispositions qui étaient celles de la loi ancienne. Il existe une sorte de continuité entre les dispositions patrimoniales de la loi ancienne et celles de la loi actuelle. Si le législateur reconduit ce dispositif, c'est pour mieux le renforcer[1608]. Ainsi, le tuteur pourra agir sans autorisation pour exercer les actions en justice dans un cadre purement patrimonial, ou pourra accepter une succession à concurrence de l'actif net. Par contre, l'autorisation sera requise pour les transactions, compromis ou partages amiables, de même que pour l'acceptation pure et simple d'une succession ou sa renonciation, ou encore l'achat ou la prise à bail des biens appartenant au majeur[1609]. Les baux à renouvellement doivent aussi être conclus avec

---

[1603] Pour un résumé de l'ensemble des actes que le tuteur peut réaliser seul, *cf* L. Pécaut-Rivolier, « Fiche pratique : Etre tuteur : gérer les biens d'un majeur sous tutelle », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 67.

[1604] A.-M. Leroyer, « Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », RTD Civ., 15 juin 2007, n° 2, pp. 394 et sui. Ces actes peuvent être réalisés par le tuteur seul, mais il est lui loisible d'établir une délégation de gestion de ces biens au bénéfice d'un tiers. Toutefois, l'article 452 du Code civil limite ces actes à ceux définis par le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 ; v. *supra* n. n° 1555, N. Péterka, art. préc. Le tuteur peut aussi engager sa responsabilité lorsqu'il n'accomplit pas les actes conservatoires ou d'administration, dès lors que son abstention est dommageable. La jurisprudence a considéré comme dommageables l'omission d'interrompre une prescription (Pau (CA), 19 août 1850, DP 1897, 1851.2.5), la négligence dans un recouvrement (Nancy (CA), 7 février 1861, DP 1861.2.200), l'omission de faire un inventaire (Montpellier (CA), 12 novembre 1924, DP 1925.2.17, n. Savatier). Pour d'autres exemples d'actes caractérisés par l'omission, v. en ce sens : Th. Fossier, « La responsabilité du tuteur et du juge des tutelles selon les décisions des trois ordres de juridiction », RD. Sanit. Soc., 15 juin 2001, pp. 364 et sui.

[1605] La tutelle et la curatelle sont d'ailleurs soumises à la même classification.

[1606] V. *supra* n. n° 1536, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., p. 230 ; Civ. 1ère, 22 octobre 2008, n° 07-19.964, Bull. Civ. I, n° 239, Gaz. Pal., 11 juin 2009, n° 162, p. 28, n. J. Casey, AJ fam. 2008. 479, n. Pécaut-Rivolier, *D*. 2009. 406, obs. Norguin, RTD civ. 2009. 94, obs. Hauser ; v. *supra* n. n° 1555, N. Péterka, art. préc., LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 18 et sui., § 13.

[1607] Pour la vente d'un immeuble, le tuteur devra indiquer dans sa requête le prix établi. Il devra justifier de deux attestations de valeur vénale, établies par notaire ou par agence immobilière, afin d'établir la consistance de l'immeuble et sa valeur au jour de la proposition du prix. En attendant d'être autorisé à organiser la vente, le tuteur peut rechercher des acquéreurs. Quand les acquéreurs se sont manifestés et que le juge a autorisé la vente, le tuteur pourra effectuer les opérations de vente. Il est à noter que l'autorisation du juge s'efface s'il existe un projet de vente amiable de l'immeuble, de même que si une décision de justice prononçant la vente forcée. Le tuteur peut demander à être assisté de tiers, sous sa responsabilité.

[1608] V. *supra* n. n° 1599, N. Péterka, art. préc.

[1609] À titre exceptionnel et dans l'intérêt de la personne protégée, sur autorisation du juge des tutelles, lorsque le tuteur n'est pas un mandataire judiciaire.

l'autorisation du juge des tutelles, en raison des droits qu'ils confèrent au preneur[1610]. Si ces actes font l'objet d'un renfort au niveau de l'autorisation pour les accomplir, le législateur a procédé à un ensemble d'innovations qui traduisent une évolution certaine.

622. Ainsi, l'innovation repose sur le formalisme nouveau des actes de vente et d'apport en société. Si une distinction était apportée quant à la nature ou l'objet de ces actes, désormais, un régime unique constitue la règle. Ils peuvent porter aussi bien sur un immeuble, un fonds de commerce ou sur des instruments financiers, leur accomplissement se fera exactement dans les mêmes conditions de formalisme[1611]. Imposer une telle rigueur sur la forme tend à considérer que le tuteur ne peut agir dans l'intérêt du majeur comme il agirait dans le sien propre. Ce formalisme est donc une garantie avant tout, afin que la gestion patrimoniale du majeur ne se fasse pas à la légère. Si le tutélaire ne peut plus exprimer sa volonté ou donner un avis sur les opérations envisagées, le formalisme est là pour garantir que le tuteur agit dans un cadre nécessaire et que la gestion qu'il opère s'adapte aux circonstances propres au majeur.

Dans un autre registre, le tuteur peut consentir une donation, avec l'autorisation du juge des tutelles, à toute personne. Le libéralisme en matière de successions-libéralités a grandement permis cette rénovation du consentement à donation. Cette pratique d'ailleurs avait déjà cours légal sous l'empire de la loi ancienne. Dans le souci de garantir l'autonomie de la personne et le respect de sa volonté, si celle-ci existe toujours, la représentation du donateur par le tuteur ne se fait pas de droit. Elle ne sera mise en œuvre qu'à la seule condition que l'assistance de la personne protégée soit rendue impossible.

Ces mêmes règles valent pour l'assurance-vie, où le tutélaire a la possibilité, avec l'autorisation du juge des tutelles, de racheter ou souscrire un contrat d'assurance-vie, d'en désigner le bénéficiaire ou d'en changer pour un autre. La question est de savoir si ces dispositions ont matière à s'appliquer dès lors que le tutélaire engage ces actes par la voie testamentaire, ce qui amènerait le tuteur à être exclu de l'exercice des actes de gestion patrimoniale.

623. Le tuteur, malgré sa qualité de représentant légal, peut également être écarté de l'exercice de deux sortes d'actes. D'une part, il s'agit des actes à caractère personnel[1612], d'autre part, les actes de l'article 509 du Code civil[1613].

[1610] D'ailleurs, sur la nature des baux, sont constitutifs d'actes d'administration les baux de neuf ans, alors que les baux commerciaux, ruraux, artisanaux, professionnels ou mixtes relèvent de la catégorie des actes de disposition.

[1611] Avant d'accomplir cet acte, le juge le soumettra à une mesure d'instruction qu'un technicien en la matière exécutera, ou par deux professionnels qui donneront leur avis. Pour les instruments financiers, en cas d'urgence, le tuteur pourra agir par requête afin que le juge autorise la vente de l'instrument financier, en lieu et place du conseil de famille, à charge pour le tuteur de justifier de son action devant le conseil de famille. Une fois l'avis donné ou la mesure d'instruction exécutée, le juge donnera son autorisation à l'acte.

[1612] *Cf supra* § 562 et sui. Cette interdiction faite au tuteur se trouve être insérée dans une sous-section du Code civil traitant davantage des effets personnels de la mesure de protection, mais cette disposition propre à la personne a matière à s'appliquer à des domaines relevant de la gestion patrimoniale. L'initiative de l'acte relève et doit relever seulement de la volonté de la personne protégée. La révocation des donations et l'opposition au changement de régime matrimonial constituent le champ de capacité strictement personnelle de la personne protégée. Au demeurant, le tuteur n'aurait matière à intervenir d'aucune sorte que ce soit, puisque la sphère de capacité de la personne protégée en matière de gestion patrimoniale doit rester vierge de toute intervention du tuteur. On ne manquera pas de se poser la question suivante : qu'en sera-t-il en cas d'impossibilité pour la personne protégée d'agir, et que pourra faire le tuteur en l'occurrence ? Il est fort à craindre que, dans pareille situation, la personne ne puisse agir en conséquence sans que le tuteur ne puisse intervenir. En d'autres termes, la situation restera en l'état, et on peut se demander si la gestion patrimoniale du

624. Si la première catégorie des actes prohibés au tuteur recouvre un aspect mi-personnel, mi-patrimonial et se trouvait déjà visée par la loi ancienne, la seconde catégorie d'actes interdits au tuteur, à caractère patrimonial, est également une reprise de la même loi[1614]. Étaient notamment prohibés, en raison de la gravité de l'acte, ou encore en raison d'un risque relatif à un conflit d'intérêts, les actes emportant l'aliénation gratuite des biens comme les remises de dettes, la renonciation gratuite à un droit acquis, la mainlevée d'hypothèque sans paiement, la constitution gratuite d'une servitude, ou le cautionnement gratuit de la dette d'un tiers. On pourrait encore rajouter l'exercice du commerce au nom du majeur ou encore l'acquisition de biens appartenant à la personne protégée[1615]. L'exercice d'une profession libérale par le tuteur au nom du majeur est interdite car le tuteur serait amené à exploiter un fonds de commerce ou un fonds d'exercice libéral au nom du majeur. Le tuteur pourrait également faire des apports dans des sociétés de personnes. Dans le cadre de la fiducie, la loi du 4 juin 2008[1616] interdit au tuteur de transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé. En agissant ainsi, le fiduciaire aurait la qualité de tuteur du constituant de la fiducie, le tuteur désigné par le juge des tutelles ne pouvant plus exercer la gestion de ces biens. L'assurance décès n'est pas en reste, puisque, à l'exception du remboursement des primes payées en exécution dudit contrat et souscrit sur la tête du majeur en tutelle, ou encore du remboursement du seul montant des primes payées relatives au même contrat, le tuteur ne peut, et cela lui est formellement interdit, souscrire un tel contrat sur la tête du majeur sous tutelle ou interné[1617]. Enfin, concernant la vente ou la location au bénéfice du majeur ou du tuteur du domicile de l'un ou l'autre, l'interdiction n'est pas absolue. Le juge devra désigner un tuteur *ad hoc* afin de réaliser l'opération[1618].

625. La liste des actes interdits au tuteur paraît confuse, dans la mesure où elle mêle des actes à titre gratuit et certains actes à titre onéreux, alors que l'article 509 du Code civil souligne l'aspect gratuit des actes interdits. En outre, on peut apporter une critique

---

majeur sera menée dans des conditions à même de garantir son intégrité. Il faut dire aussi que le législateur n'a pas nécessairement prévu de solution adaptée à ce problème. Faudrait-il dès lors que le tuteur puisse intervenir ? C'est en tout cas ce qui semble opportun. La mesure de tutelle doit évidemment conférer un pouvoir autonome à la personne protégée, mais il ne doit en aucun cas être le même pourvoyeur de patrimoines. Pour couper court à cette faiblesse, le législateur a institué l'absolue interdiction au tuteur d'intervenir dans la cadre du testament. Seuls le juge des tutelles, ou à défaut, le conseil de famille, peuvent autoriser le majeur protégé à transmettre son patrimoine à cause de mort, notamment dans le cadre du changement de régime matrimonial lorsque l'un des époux est placé sous régime de protection, sans pour autant que leur intervention ne soit nécessaire pour la révocation du testament, à moins que cette révocation intervienne par le biais d'un nouveau testament.

[1613] V. *supra* n. n° 1604, A.-M. Leroyer, art. préc. ; v. *supra* n. n° 1555, N. Péterka, art. préc., LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 18 et sui., § 8 à 11 ; v. *supra* n. n° 1569, Th. Fossier et L. Pécaut-Rivolier, art. préc. ; v. *supra* n. n° 1556, Th. Fossier, art. préc. On peut rajouter qu'ils s'appliquent pareillement au curateur.

[1614] V. *supra* n. n° 1536, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit*., pp. 236 et 237.

[1615] L'article 509 du Code civil a repris cette liste des actes interdits au tuteur en posant la prohibition des actes à titre gratuit, réserve faite des donations, des actes à titre onéreux passés par le tuteur sous certaines exceptions, ainsi que du commerce et de l'exercice du commerce et d'une profession libérale au nom du majeur.

[1616] V. *supra* n. n° 1573, L. n° 2008-776, 4 août 2008 préc.

[1617] C. Ass., art. L. 132-3. La sanction encourue est la nullité du contrat, de même que d'éventuelles sanctions pénales.

[1618] L'interdiction n'a pas lieu d'être lorsque le tuteur est un MJPM. L'interdiction de louer au majeur ou de lui acheter un immeuble s'applique à toute personne dispensant des soins psychiatriques ou travaillant dans l'établissement hébergeant le majeur, sauf autorisation du juge des tutelles. Le tout à peine de nullité, selon l'article 1125-1 du Code civil.

élémentaire sur cette liste énumérative. D'abord, elle semble mal constituée. En effet, son établissement a eu lieu durant une période où le tuteur ne pouvait faire de donations en représentation de la personne protégée dans une certaine mesure. Aujourd'hui, le tuteur peut accomplir ces mêmes donations de manière plus large, ce qui laisse apprécier le manque de pertinence de la prohibition des aliénations et des renonciations gratuites. En outre, la réserve faite aux donations risque de vider de sa substance la matière, en raison de l'interprétation que l'on pourra faire quant à l'intention libérale. En effet, pour caractériser la donation directe ou indirecte, il faudra établir que l'intention libérale procède du majeur protégé ou de son tuteur. Il ne sera pas rare, dans un avenir proche, de voir fleurir tout un contentieux sur les aliénations et renonciations gratuites.

Enfin, cette liste demeure incomplète quant au contenu des actes visés dans l'interdiction faite au tuteur d'agir en la matière. Si la condamnation de la renonciation anticipée du tuteur à l'action en réduction est faite, en revanche, l'article 509 du Code civil ne traite pas de la renonciation de l'enfant non commun à l'exercice de l'action en retranchement du vivant du conjoint de son auteur. Même appréciation pour les donations partage trans-générationnelles et les libéralités graduelles, qui peuvent faire subir un désavantage successoral aux générations non-favorisées par l'acte susvisé. L'absence de traitement par le Code civil imposera l'adjonction de ces actes dans la catégorie des actes interdits au tuteur, car son intervention pourrait avoir pour conséquences de le positionner comme un gestionnaire de la succession du majeur, sans parler du rôle qu'il pourrait s'octroyer dans le partage entre les successibles. Il n'en demeure pas moins que se pose la question de savoir quel sera le sort des actes accomplis par le tuteur. Y'aura-t-il nullité de l'acte accompli ? Ou bien pourra-t-on engager une quelconque responsabilité, au titre de la défaillance d'un organe de protection dans le contrôle de la gestion tutélaire ? Dans tous les cas, on pourra en rapporter la preuve, notamment en cas de détournement[1619], ou si le tuteur réalise seul un acte qui lui est interdit[1620]. Les contrôles menés par le juge des tutelles sont censés obvier aux difficultés.

II) Le contrôle de la gestion patrimoniale par le juge des tutelles, ou la sécurisation des opérations malgré la suppléance de volonté du majeur.

626. Lorsque le majeur se trouve en curatelle, il participe à la gestion du patrimoine à différents degrés, ce qui lui permet de voir, dans la mesure de ses capacités, que le curateur agit conformément à ses intérêts. En tutelle, point de contrôle de la part du majeur, et donc, le sentiment que celui-ci n'a même pas la faculté de se rendre compte de ce que le tuteur accomplit pour lui. C'est donc le juge des tutelles qui contrôlera la gestion du tuteur, dans une dimension double. En premier, un contrôle positif qui tend vers l'organisation de la gestion du patrimoine et la prise de décision adaptée ; en second, un contrôle négatif, davantage orienté vers la sanction d'une mauvaise gestion ou de prises de décisions à la légère. Quel que soit le contrôle opéré, le majeur ne doit pas être démuni quant à la gestion que réalise seul son tuteur.

627. La gestion tutélaire du patrimoine ne doit pas être assimilée à une gestion que réaliserait le tuteur au gré de ses envies, non au gré de celles du majeur. La gestion doit

[1619] CAA Nantes, 20 juin 1990, M. Bellanger et autres, JCP N 1991, n. D. Guihal et Th. Fossier ; *cf* également le même arrêt et les concl. de P. Cadenat, Commissaire du Gouvernement, « La responsabilité à raison des détournements opérés par un gérant de tutelle sur les fonds appartenant à des incapables majeurs hospitalisés », 14 décembre 1990, RD. Sanit. Soc., pp. 669 et sui.

[1620] TGI Vannes, 26 février 1991, JCP N, 1992, II, p. 169, n. Th. Fossier, à propos d'un cautionnement hypothécaire.

concorder aux intérêts du majeur selon l'utilité ou la nécessité d'une opération visée. Puisque le majeur ne peut plus exprimer un avis suffisamment éclairé pour décider de ce que serait la gestion de son patrimoine, le tuteur doit alors agir opportunément. En cas de faute commise par ce denier, les règles de la responsabilité civile doivent sanctionner le manque de diligence du tuteur[1621]. Dès l'instauration de la mesure de tutelle, le tuteur a pour obligation de constituer un budget et de le soumettre au juge des tutelles ou au conseil de famille[1622]. Le tuteur doit aussi procéder à l'inventaire des biens meubles et immeubles du majeur, ainsi que des instruments financiers. L'inventaire doit être communiqué au juge des tutelles et actualisé en fonction de l'évolution du patrimoine[1623].

628. La réalisation de l'inventaire, s'il permet de faire une photographie de l'ensemble du patrimoine de la personne protégée, doit être le moyen de vérifier si le tuteur a accompli ses obligations[1624]. Lorsque sa mission prendra fin, l'inventaire final établi démontrera ou non si le tuteur a exécuté sa mission conformément aux obligations y étant relatives. C'est donc au tuteur de trouver la gestion la plus adaptée aux besoins et selon l'intérêt de la personne protégée. Cependant, on peut avoir une interprétation très évasive de cette notion d'intérêt de la personne, ce que le législateur n'a pas précisé. Ainsi, la gestion doit-elle se faire selon les habitudes de vie de la personne protégée, ou bien selon d'autres critères ? Sans précision de la part du législateur, le risque est de voir une gestion propre à la vision personnelle du tuteur. La gestion doit-elle se faire comme si le tuteur eut agi pour lui-même, ou bien le tuteur devrait-il agir comme si le tutélaire l'eut fait pour lui en dehors de tout régime de protection[1625] ? le tuteur devra savoir combiner les intérêts de la personne protégée avec le respect de sa volonté (déchue) pour éviter toute difficulté à venir et de s'en justifier devant le juge[1626].

[1621] Th. Fossier, « La responsabilité du tuteur et du juge des tutelles selon les décisions des trois ordres de juridictions », RD. Sanit. Soc., 15 juin 2001, n° 2, pp. 364 et sui. Ce qui évite ainsi la malhonnêteté de certains tuteurs. Mais la vitrine n'est pas si idyllique, les tuteurs malhonnêtes existent et l'absence de contrôle fait le jeu de ces derniers.

[1622] V. *supra* n. n° 1555, N. Péterka, art. préc., LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 18 et sui., §6 ; *cf* également L. Pécaut-Rivolier, « Fiche pratique : Les comptes de gestion », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 69. La loi du 16 février 2015 prévoit qu'en cas de difficulté dans la constitution du budget, ce dernier est arrêté par le juge des tutelles ou le conseil de famille s'il a été constitué : *cf* L. n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, JORF n° 0040 du 17 février 2015, p. 2961, texte n° 1, not. Titre 1er, art. 1er, II, 7°, b), et C. Civ, art. 500 nouv. issu de ladite loi.

[1623] *Ibid,* N. Péterka, art. préc., LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 18 et sui., §6. L'inventaire et le budget s'imposent aussi en curatelle renforcée, l'inventaire seul pour la curatelle simple. Il est à noter que le délai de dix jours dans lequel le tuteur devait établir l'inventaire sous l'égide de la loi ancienne est passé à trois mois. Afin d'élaborer l'inventaire, le tuteur doit se faire communiquer tous documents ou renseignements nécessaires. Toute personne publique ou privée à qui est demandé tel document ne peut en aucune manière refuser cette demande, le secret professionnel n'étant pas opposable au tuteur, en raison de la protection des intérêts de la personne protégée. Si l'inventaire est incomplet, la personne protégée pourra faire la preuve de la consistance de ses biens par tout moyen. *Cf* l'article 503 du Code civil qui pose les conditions de l'établissement de l'inventaire ; *cf* M. Berlinghi-Domingo, « Fiche pratique : l'inventaire des biens du majeur protégé », *in* Dossier, Réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 69.

[1624] L'article 496, alinéa 2, du Code civil prévoit d'ailleurs que le tuteur doit apporter des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée.

[1625] A. Karm, « La sécurité patrimoniale du mineur et du majeur en tutelle », Dr. fam. 2007, ét.18.

[1626] Le tuteur se retrouve soumis à l'autorité du juge des tutelles et à un degré moindre, sous le contrôle du subrogé-tuteur (si désignation il y a). Si le juge des tutelles contrôle l'exercice de la

629. Un principe de sécurité bancaire a également été instauré et impose l'ouverture d'un compte bancaire individuel au nom du majeur, précision faite du placement du titulaire du compte sous tutelle. Cette sécurité bancaire doit permettre, en théorie, de limiter ou d'empêcher les risques de malversation de la part du tuteur, ainsi que ses erreurs d'arbitrage[1627]. Ce risque est ainsi réduit dans la mesure où les sommes revenant au majeur doivent être versées directement sur le compte nominatif, et non plus sur les comptes pivots (si tuteur professionnel) ou sur un compte ouvert au nom du tuteur par lequel serait viré l'excédent de ressources sur le compte du majeur[1628]. La sécurité bancaire est encore accrue en ce qui concerne les sommes à partir desquelles commencent l'obligation d'employer les capitaux liquides et l'obligation d'employer l'excédent des revenus[1629]. Le juge des tutelles, qui détermine ces montants, doit préciser, pour chaque opération en cause, l'utilisation des fonds qui doit en être faite. Le tuteur peut également se voir imposer par le juge le choix d'un type de placement si le placement envisagé à l'origine ne permet pas de protéger

---

mesure, le rôle du subrogé-tuteur est de surveiller l'activité du tuteur. Il doit indiquer au juge des tutelles tout manque du tuteur dans son activité de gestion, et le risque d'un manque est d'amener le tuteur à engager sa responsabilité civile à l'égard du tutélaire. Le subrogé doit ainsi assister à l'établissement de l'inventaire, doit vérifier le compte annuel de gestion ainsi que le compte final. Sauf dispense accordée par le juge des tutelles au tuteur dans l'établissement du compte de gestion, le subrogé peut se voir confier la vérification des comptes ainsi que leur approbation. En ce qui concerne l'omission volontaire d'un élément du patrimoine et des conséquences pénales en ressortissant, *cf* Crim., 5 février 2008, n° 07-84.724, Bull. Crim. 2008, n° 29, p. 115, source Légifrance. Dans cette affaire, pour avoir été condamnée pour faux et usage par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence par arrêt du 30 mai 2007, à une peine d'amende de 10 000 € et paiement de dommages-intérêts, l'ancienne curatrice s'est pourvue en cassation. En l'espèce, la demanderesse au pourvoi était chargée de dresser l'inventaire de la personne placée sous curatelle. Elle reconnaît avoir volontairement omis de mentionner l'existence d'un compte bancaire dans l'inventaire remis au juge des tutelles le 31 janvier 2000. Toutefois, pour ne pas reconnaître en totalité sa faute, la demanderesse a essayé de faire comprendre à la Cour qu'elle ignorait que ce compte existait encore, et si tel était le cas, le montant qui y figurait était également ignoré de sa part. Argument que la Cour de cassation s'est empressée de renverser, notamment en faisant valoir que le montant placé sur ce compte avoisinait les trois millions de Francs (de l'époque) et que ce montant représentait une part importante du patrimoine global du majeur protégé, et qu'avec son époux, elle avait été associée à la gestion du patrimoine. La Cour rajoute que tout en ignorant l'existence de ce compte, si tel était le cas, elle aurait pu, *a minima*, indiquer dans l'inventaire sa possible existence, chose qui fut faite en février 2002, dans son compte rendu de gestion délivré au juge, lequel est intervenu postérieurement à la plainte déposée à son encontre. Dès lors, la Cour de cassation a qualifié de tels arguments de « *médiocres* », et *« n'éveillant pas les compassions du tribunal »*. La Cour retient par contre que la soustraction d'une partie des biens du majeur au contrôle des juges ne peut que nuire à la personne protégée, dès lors qu'elle perd le bénéfice de la mesure instituée. Et quand bien même la Cour a retenu que le compte ouvert dépendait des autorités suisses, elle n'en confirme pas moins la solution rendue par les juges du fond, car les jours précédant l'inventaire, la demanderesse avait essayé de faire bloquer le compte. Dès lors, pour la Cour, constitue un faux l'omission volontaire d'un bien dans l'inventaire établi par un curateur et remis au juge des tutelles, cette omission ayant eu pour conséquence d'éluder le contrôle judiciaire institué dans l'intérêt du majeur. Voilà bien un exemple dont il n'est pas besoin de discuter longuement pour se convaincre de dresser un inventaire sans se laisser tenter. La responsabilité pénale du représentant légal est en tout cas lourde de sens.

[1627] V. *supra* n. n° 1599, N. Péterka, art. préc.

[1628] Avec la tentation de ne pas reverser tout l'excédent de ressources, voire même d'ouvrir un compte au nom du tuteur afin d'y percevoir directement les ressources de la personne protégée.

[1629] C. civ., art. 501, al. 1er.

suffisamment les intérêts du majeur[1630]. Le placement autorisé qui ne serait pas réalisé peut être dénoncé par le subrogé tuteur et par l'établissement bancaire : la conséquence pour le tuteur serait de voir sa responsabilité civile engagée à l'égard du protégé. L'obligation de dénoncer tel acte ou telle omission de la part du tuteur est nouvelle et ne vaut que lorsque les intérêts de la personne protégée seraient manifestement compromis. La responsabilité se veut donc plus stricte qu'en curatelle, car dans cette dernière, les placements sont décidés par le curateur et le curatélaire. Or, en tutelle, le majeur ne peut plus décider d'effectuer de placements. Le risque de dénonciation au juge a donc pour vertu d'inciter le tuteur à agir conformément aux besoins du tutélaire dans tous les actes pour lesquels son autorisation prévaut[1631].

630. Sinon en effet, dans une autre mesure, le contrôle de la suppléance de la volonté dans la cadre patrimonial amènera le tuteur à un régime de sanctions. Le contrôle négatif a été refondu et s'avère bien plus strict. Le majeur n'est pas en reste lui aussi car les actes qu'il accomplirait seul sous le régime de la tutelle seront également surveillés et sanctionnés. Au même titre que pour la curatelle, l'article 464 du Code civil impose une période suspecte dans laquelle le majeur aurait accompli des actes avant l'ouverture de la mesure. En réinstaurant une période suspecte, le législateur engendre un net recul de la protection. C'est ainsi remettre en cause des actes que le tutélaire aurait accomplis en étant atteint d'une altération des facultés mentales sans être soumis à protection. La période suspecte dénote une forte répression de tout acte accompli par le majeur, alors que l'altération des facultés, sans doute notoire, n'est pas médicalement et juridiquement établie. N'est-ce pas une forme de pouvoir exercé sur la personne libre ? La période suspecte doit se limiter à une période de deux ans qui précède l'ouverture de la tutelle, et n'est pas sujette à la preuve de l'insanité d'esprit, mais à sa simple notoriété.

La Cour de cassation l'a ainsi réaffirmé[1632]. La Première chambre civile affirme que *« la nullité des actes faits par un majeur en tutelle antérieurement à l'ouverture de cette mesure de protection ne suppose pas la preuve de l'insanité d'esprit au moment où l'acte a*

[1630] C. civ., art. 501, al. 2. Le texte supprime le délai de six mois dans lequel le tuteur devait procéder à l'emploi des capitaux. Ce délai est désormais devenu un délai fixé par le juge lui-même, et le tuteur ne sera plus débiteur des intérêts des placements si l'opération n'est pas réalisée dans la temps imposé par le délai.

[1631] Par contre, en ce qui concerne les comptes titres, il y a lieu de constater, de la part du législateur, l'absence de traitement. Le législateur s'est simplement servi du pouvoir existant du tuteur de conclure, suivant autorisation du juge des tutelles, un contrat pour la gestion des valeurs mobilières ou des instruments financiers. Rien également en ce qui concerne l'aliénation des titres appartenant au protégé, alors que sous la législation ancienne, cette cession des valeurs mobilières nécessitait une autorisation du juge en raison de leur classification dans la catégorie des actes de disposition. Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 en détermine la nature. Ainsi, les titres sont analysés comme des actes d'administration. Quant au portefeuille de valeurs mobilières, il est analysé comme une universalité de fait par la Cour de cassation, laquelle autorise la dispense d'autorisation du tuteur quant à la cession, à charge de remploi des titres qui la composent : v. ainsi Civ. 1ère, 12 novembre 1998, n° 96-18.041, Bull. Civ. I, n° 315, p. 217

[1632] Civ. 1ère, 24 mai 2007, n° 06-16.957, Bull. Civ. I, n° 2008 ; *D.*, 7 juin 2007. En l'espèce, la personne placée sous tutelle a réalisé des actes avant l'ouverture de la mesure le 23 mai 2002. L'association désignée en qualité de tuteur a demandé l'annulation de ces actes. Les juges du fond ont considéré que, pour prononcer l'annulation des actes visés, il était nécessaire de rapporter la preuve de l'insanité d'esprit au moment où les actes en cause ont été réalisés ; les juges du fond se sont prononcés en faveur d'un rejet de la demande en nullité en raison du non établissement de la preuve de cette insanité. Pour autant, les juges du fond se sont vus censurés car la Cour de cassation a statué sur le seul critère de la notoriété de l'insanité d'esprit au moment de la passation de l'acte. La preuve de cette insanité n'a pas à être rapportée.

été passé, mais est seulement subordonnée à la condition que la cause ayant déterminé l'ouverture de la tutelle ait existé à l'époque où l'acte a été fait ». Si la notoriété de l'altération est établie, alors, le régime des sanctions est le suivant : à titre principal, l'acte encourt la réduction en excès, à titre secondaire, le juge pourra prononcer la nullité de l'acte. La sanction de l'acte par le jeu de la nullité ne pourra être demandée que lorsque la preuve d'un préjudice subi par le cocontractant ou la personne protégée aura été rapportée.

631. L'action en réduction pour excès ou en nullité obéit à la prescription quinquennale, comme posée par la jurisprudence ; ainsi l'a considéré comme tel la Première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 mai 1978[1633], ou dans un autre arrêt du 1er juillet 2009[1634]. Dans ce dernier, la Cour a eu à se prononcer sur la question de la prescription d'une action en nullité sur un acte réalisé par le majeur protégé. En l'espèce, une personne a donné à bail à ses deux locataires un logement par acte sous seing privé en date du 16 septembre 1980, par lequel elle autorise les deux parties signataires à y exercer leur activité d'architecte. Cette convention a fait l'objet d'une reconduction le 25 novembre 1986. Seulement, la bailleresse s'est vue placée sous tutelle par jugement du 2 mars 1993, avec désignation en qualité de tuteur de la sœur de cette dernière. Le 15 octobre 1993, la personne protégée, représentée par sa tutrice, a assigné ses deux locataires aux fins de déclarer nulle et de nul effet la convention initiale du 16 septembre 1980. Saisi de cette demande, le juge des tutelles a rejeté la demande par jugement du 19 octobre 2001, avec pour motivation la prescription de l'action en nullité. L'affaire ayant été portée devant la Cour d'appel de Colmar, l'arrêt en date du 4 février 2008 infirme la décision du juge des tutelles, en prononçant la nullité de la convention initiale, ainsi que celle reconduite, en estimant que la prescription n'était en aucun cas acquise.

Les locataires se sont alors pourvues en cassation selon un moyen unique pris en deux branches. La première branche du moyen se fonde sur le début du délai de prescription de l'action en nullité pour cause d'incapacité, qui ne pouvait remonter qu'à compter du jour de conclusion du contrat, et que sa suspension *« ne peut survenir qu'en cas d'obstacle insurmontable mettant la partie demanderesse dans l'impossibilité absolue d'agir en justice »*. Les demanderesses considèrent que la Cour d'appel, pour prononcer la suspension du délai de prescription, s'est basée sur des motifs non qualifiés ne justifiant pas l'impossibilité absolue d'agir de la part de la personne placée sous tutelle. Selon la seconde branche du moyen au pourvoi, les demanderesses considèrent que *« le délai de prescription de l'action en nullité pour cause d'insanité ne peut être suspendu que si le tuteur lui-même se trouve dans la même impossibilité d'agir, au même titre que la personne protégée, en raison de son ignorance relative à l'incapacité de cette dernière ou de l'irrégularité qui entachait l'acte contesté »*. Les demanderesses soutiennent que la cour d'appel n'a pas recherché, dans leurs écritures d'appel, l'existence d'un obstacle de fait ou de droit qui aurait empêché le tuteur d'agir en justice, lequel devait connaître l'insanité d'esprit dont était atteinte sa sœur, de même que le contenu litigieux des conventions établies. La Cour de cassation tend à confirmer la position de la Cour d'appel de Colmar.

En effet, la Cour de cassation se fonde sur les constatations médicales qui faisaient état d'un trouble mental dont était atteinte la bailleresse depuis 1979, soit antérieurement à la conclusion de la convention initiale, constatations qui n'ont pas été démenties. Dès lors, la cour d'appel n'avait pas à procéder à la recherche demandée par les locataires, recherches qui auraient été rendues inopérantes, puisque la personne protégée s'était trouvée dans

---

[1633] Civ. 1ère, 9 mai 1978, n° 76-13.126, Bull. Civ. I, n° 181, p. 145 ; *D.* 1978. 469 ; Gaz. Pal. 1979. 1. 270, n. J. Massip.

[1634] Civ. 1ère, 1er juillet 2009, n° 08-13.518, Bull. Civ. I, n° 767, Rec. D. 2009.1896, obs. V. Egéa ; Rec. D. 2009. 2660, com. G. Raoul-Cormeil ; AJ Fam. 2009. 402, obs. L. Pécaut-Rivolier ; RTD Civ. 2009. 507, obs. J. Hauser.

l'impossibilité d'agir en nullité des conventions jusqu'à son placement en tutelle, soit de 1980 à 1993, que la prescription quinquennale était d'ailleurs suspendue jusqu'à la date de son placement sous mesure de protection, et que l'action en nullité, introduite le 15 octobre 1993, n'était en aucun cas prescrite. D'où le rejet du pourvoi. Dès lors, le point de départ de l'action démarre à compter du jugement d'ouverture de la tutelle et écarte la solution traditionnelle qui consistait en ce que le cours de la prescription fût suspendu à l'égard du majeur en tutelle[1635].

632. C'est en tout ce que prévoit l'article 2235 du Code civil, à savoir que la prescription peut ne pas être opposée au majeur durant sa période d'incapacité, ce qui tendrait à reporter le délai de forclusion de l'action en nullité ou en rescision pour lésion d'une opération de vente immobilière. Oui mais voilà, au nom du principe de sécurité juridique des transactions, l'article 1676 du même code admet que la prescription ne soit pas opposable au majeur protégé et que la prescription, de deux ans seulement, soit courte[1636] afin de ne pas remettre en cause des opérations immobilières dont il ne convient pas de maintenir un aléa sur les ventes réalisées. Ainsi, dans un arrêt du 20 mai 2009[1637], la Troisième chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'un majeur anciennement placé sous tutelle, lequel faisait valoir que la vente de sa maison à l'origine (prix de vente de 144 000 € environ) était lésionnaire au regard du prix de vente obtenu par le nouveau propriétaire à l'occasion d'une seconde vente (montant supérieur à 300 000 €). Bien que la lésion était sans doute établie, la Cour de cassation a considéré que le délai pour agir avait dépassé le délai de deux ans impartis pour remettre en cause une vente lésionnaire. Autrement dit, les dispositions de l'article 2235 du Code civil s'effacent dès lors que, dans un souci de sécuriser les opérations immobilières déjà réalisées, le délai de forclusion est atteint.

633. On peut se demander si cette décision semble opportune car si le majeur n'a pas agi dans les délais, c'est que son état de santé physique ou mentale ne lui permettait pas d'agir. Cette carence forcée devait légitimement être suppléée par l'intervention du représentant légal qui aurait du agir dans les délais impartis pour faire valoir la lésion[1638]. Il n'en demeure pas moins que lésion établie ou non, le représentant légal devait être seul à agir avant l'expiration du délai de forclusion, puisque le cadre juridique admettait la mise à l'écart de l'article 2235 du Code civil[1639] au profit de l'article 1676 du même code. On pourra en effet reprocher au tuteur cet attentisme malheureux et préjudiciable pour le majeur (si tel est le cas), mais la solution de la Cour laisse songeur : a-t-on réellement tenu compte des intérêts du

---

[1635] Sur la jurisprudence classique quant à la suspension de la prescription à l'égard du majeur protégé : Civ. 1ère, 22 décembre 1959, Bull. Civ. I, n° 558 ; RTD Civ. 1960. 323, obs. Carbonnier ; JCP 1960. II. 11494, n. P. E. ; Civ. 1ère, 4 avril 1984, n° 82-15.733, Bull. Civ. I, n° 128 ; Civ. 1ère, 19 novembre 1991, n° 90-10.997, Bull. Civ. I, n° 318, p. 207 ; *D*. 1993. 277, n. Massip ; Civ. 1ère, 18 février 1992, n° 90-17.952, Bull. Civ. I, n° 54, p. 38 ; *D*. 1993. 277, n. Massip ; Civ. 1ère, 3 janvier 2006, n° 03-20.860, inédit ; Com., 11 janvier 1994, n° 92-10.241, Bull. Civ. IV, n° 22, RTD civ. 1994. 114, obs. Mestre.

[1636] Sur les courtes prescriptions, *cf* M. Buy, « Prescriptions de courte durée et suspension de la prescription », JCP 1977.1.2833 ; Carbonnier, « La règle *contra non valentem non currit praescriptio* », Rev. crit. de légis. et de jurisprudence, 1937. 155.

[1637] Civ. 3ème, 20 mai 2009, n° 08-13.813, Bull. Civ. III, n° 604, AJ Fam., 20 juillet 2009, n° 7, p. 302, obs. L. Pécaut-Rivolier, *D*. 2009. 1536. Dans le même sens, *cf* Civ. 2ème, 8 juillet 2004, n° 03-13.114, Bull. Civ. II, n° 373 ; *D*. 2005. Pan. 1318, obs. Groutel ; Ass. Plé., 14 janvier 1977, n° 74-15.061, Bull. Ass. Plé. n° 1, p. 1, *D*. 1977. 89, concl. Schmelck ; Civ. 1ère, 21 mars 1979, n° 77-13.556, Bull. Civ. I, n° 99 ; CEDH, 22 octobre 1996, Stubbings c/ Royaume-Uni, Rec. 1996-IV, fasc. 18, p.1503, § 52.

[1638] Bien que la vente initiale ait eu lieu six ans avant la seconde vente, ce qui laisse planer un doute quant au bienfondé de la lésion, pour laquelle on doit aussi tenir compte de l'évolution du marché et d'autres circonstances particulières aux ventes immobilières.

[1639] anc. art. 2252, retouché par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 relative à la prescription.

majeur et de la protection patrimoniale de ce dernier ou bien l'a-t-on reléguée au second plan pour de simples raisons de prescriptions et de sécurité des transactions immobilières ? Certes, le délai d'action tardif pouvait être étouffé par l'ancienneté de l'opération réalisée, mais dans des cas où le délai d'action est davantage proche du fait lésionnaire, appliquera-t-on la même solution au détriment de la protection des intérêts du majeur ? le tuteur est en tout cas fautif de ne pas avoir agi promptement. Il faudra toutefois retenir que les intérêts du majeur peuvent paraître parfois secondaires en comparaison avec les règles de la sécurité des opérations immobilières.

634. La Cour de cassation réaffirme de manière définitive que la nullité d'un acte litigieux doit être demandée sur le fondement des dispositions qui s'appliquent audit acte au moment des faits[1640]. Ainsi, si un plaideur souhaite annuler un acte passé sous le coup de la loi nouvelle, il devra faire sa demande selon les dispositions de la loi nouvelle ; pareillement selon les dispositions de la loi ancienne pour un acte réalisé sous le coup de cette dernière. Dans un arrêt du 12 juin 2013[1641], la Cour de cassation se prononce sur le maintien d'actes considérés comme préjudiciables aux demandeurs alors que ceux-ci avaient demandé leur nullité sur le fondement de l'article 464 du Code civil (issu de la loi du 5 mars 2007), bien que réalisés sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968. La demande de nullité des actes portait sur trois testaments rédigés par la mère du défendeur au pourvoi au bénéfice de ses petits-enfants et dont l'objet avait pour vocation d'exclure l'héritier réservataire (son fils) de sa succession. Afin de dire que la demande de nullité n'était pas fondée, la Cour de cassation retient que ladite demande aurait du être fondée sur les dispositions de l'article 503 ancien du Code civil, les testaments ayant été rédigés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Dès lors, le demandeurs (les légataires) ne pouvaient se prévaloir des articles 414-1 et 464 (nouveaux) du Code civil, dont il résulte de la combinaison que tout acte passé alors que l'une des parties est insane peut faire l'objet d'une nullité dans la limite de deux ans avant le placement sous mesure de protection.

La Cour de cassation retient également qu'aucune rétroactivité n'est possible en la matière puisque les textes susdits ne la prévoient en aucun cas. L'exclusion des articles 414-1 et 464 du Code civil se justifient en l'occurrence, outre le fait que les situations nouvelles doivent être régies par une loi nouvelle. Il était facile pour les demandeurs de demander l'application desdits articles, puisqu'ils imposent le rapport de la preuve de l'insanité d'esprit au moment de l'acte, et seulement dans un délai de deux ans avant le placement sous protection. Or, dans le cas de l'article 503 ancien, la preuve n'a pas être rapportée[1642] et le délai de deux ans n'a pas d'application, puisqu'aucun délai n'est imposé par le texte[1643]. De la sorte, les demandeurs savaient parfaitement que la rédactrice des testaments était insane au moment de la rédaction ; ils ne pouvaient donc se prévaloir de la notoriété de l'insanité[1644], puisque la preuve de cette connaissance a été rapportée. Enfin, précisons que les testaments

---

[1640] Il est même possible, selon la Cour de cassation, d'introduire une action en justice postérieure au décès du majeur protégé, aux fins de faire annuler les actes réalisés par ce dernier, dès lors qu'ils causent un préjudice aux héritiers. Ce droit d'action est limité par les conditions restrictives de l'article 414-2 du Code civil, ce que le Conseil constitutionnel considère comme conforme à la Constitution : *cf* ainsi J. Massip, « Les limites à l'action en nullité pour insanité d'esprit après le décès de leur auteur », Defrénois, 30 novembre 2013, n° 22, pp. 1141 et sui.

[1641] Civ. 1ère, 12 juin 2013, n° 12-15.688, Bull. Civ. I, n° 583, AJ Fam., 18 septembre 2013, n°9, p. 507, obs. G. Raoul-Cormeil ; RTD Civ., 15 octobre 2013, n° 3, p. 577, obs. J. Hauser ; *D.* 2013. 1875, n. A. Marais et D. Noguéro ; *ibid*. 2196, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy

[1642] Civ. 1ère, 25 février 1986, n° 84-11.256, Bull. Civ. I, n° 41, p. 39, Defrénois 1986, art. 33821, n° 101, p. 1436, obs. J. Massip.

[1643] V. *supra* n. n° 1633, Civ. 1ère, 9 mai 1978, n° 76-13.126 préc.

[1644] Civ. 1ère, 9 mars 1982, n° 81-10.689, inédit, JCP 1983. II. 19996, n. Ph. Rémy.

ont été annulés sur le fondement de l'article 1304 du Code civil[1645], l'action engagée par l'héritier réservataire[1646] l'ayant été dans le délai de cinq ans suivant le décès de sa mère et au motif de l'insanité d'esprit de cette dernière[1647], le délai de prescription extinctive démarrant à compter de ce jour[1648].

635. Une fois l'ouverture de la tutelle prononcée, la sanction des actes visera deux postulats de base. Le premier concerne les actes pour lesquels la personne protégée peut accomplir un acte seule ou avec l'assistance de son tuteur. La sanction de l'acte sera alors la rescision pour lésion ou la réduction en excès, sauf si l'acte a été expressément autorisé par le juge des tutelles. Il sera possible aussi de prononcer la nullité de l'acte, si la preuve d'un préjudice est rapportée, mais de manière facultative, si le tutélaire a agi en dehors de toute assistance de son tuteur[1649]. Le second vise la tutelle elle-même, dans laquelle le tutélaire aurait agi seul, alors que la représentation du tuteur est imposée. Dans ce cas, l'acte encourt la nullité relative, sans que la personne lésée ne rapporte la preuve d'un préjudice. Pour l'occasion, la nullité est de droit. Seul le tuteur pourra agir en nullité, toutefois avec l'autorisation du juge des tutelles, laquelle nullité dépend également de la prescription quinquennale. Dans le choix que le tuteur peut faire de l'action contre l'acte litigieux, il peut opter, selon son choix, pour l'action en nullité pour trouble mental, car l'exercice de l'action ne nécessite pas l'autorisation du juge des tutelles.

636. La répression des actes engagés par le tutélaire vise les actes réalisés par le tuteur. Car ceux que le tuteur réalise restent soumis à la nullité de droit[1650]. La sanction des actes vise tout dépassement de pouvoir de la part du tuteur[1651], sachant que l'acte soumis à nullité doit être en principe réalisé par le tutélaire seul, ou avec l'assistance du tuteur, ou encore avec l'autorisation du juge des tutelles. Le tuteur est donc responsable sur le plan civil des fautes commises dans le cadre de la réalisation de l'acte, bien qu'autorisé par le juge[1652]. Cependant,

---

[1645] Et sur la base également de l'article 901 du même code ; Civ. 1ère, 11 janvier 2005, n° 01-13.133, Bull. Civ. I, n° 23, p. 17 ; *D.* 2005. 1207, n. A.-L. Thomat-Raynaud ; AJ fam. 2005. 146, obs. F. Bicheron ; Defrénois 2005. 1065, obs. J. Massip.

[1646] Cette qualité permet d'agir en nullité : Civ. 1ère, 4 novembre 2010, n° 09-68.276, Bull. Civ. I, n° 229, *D.* 2010. 2703 ; AJ fam. 2011. 51, obs. F. Bicheron ; Dr. fam. 2011, comm. 10, n. B. Beignier.

[1647] Civ. 1ère, 3 mars 1969, n° 67-10.903, *D.* 1969. 585.

[1648] Civ. 1ère, 20 mars 2013, n° 11-28.318, Bull. Civ. I, n° 56 ; *D.* 2013. 1884, n. Farah Safi ; AJ fam. 2013. 240, obs. C. Vernières

[1649] Pour un cas de nullité d'un acte passé par un curatélaire en dehors de toute assistance de son curateur, v. en ce sens : Civ. 1ère, 20 octobre 2010, n° 09-13.635, Bull. Civ. I, n° 209, *D.* 2011. 50, n. G. Raoul-Cormeil ; AJ Fam. 2010. 496, obs. Th. Verheyde ; « Insanité d'esprit et autorisation du juge des tutelles pour vendre le logement », RTD Civ., 15 avril 2011, n° 1, p. 103, obs. J. Hauser, LPA, 19 janvier 2011, n° 13, pp. 12 et sui, n. L. Disa. Tel que l'a évoqué la Cour de cassation en ces termes *« Mais attendu que l'autorisation donnée par le juge des tutelles de vendre la résidence d'un majeur protégé ne fait pas obstacle à l'action en annulation, pour insanité d'esprit, de l'acte passé par celui-ci ; qu'ayant relevé dans le compte rendu d'hospitalisation que Mme[...] présentait, lors de son admission le 8 avril 2005, une décompensation dépressive et un délire hallucinatoire et qu'elle se trouvait encore hospitalisée le 6 mai 2005, lors de la signature de l'acte, avec un traitement comprenant treize médicaments pour la calmer, la cour d'appel a souverainement estimé, hors toute dénaturation, que M^me^ Z était insane d'esprit au moment où elle avait signé la promesse de vente [...] »*. L'acte litigieux encourt donc la nullité s'il est prouvé que le majeur a agi dans un intervalle privé de toute lucidité, nonobstant son action en dehors de l'assistance du curateur pour la réalisation d'un acte de disposition.

[1650] Règle issue de la jurisprudence et reprise par l'article 465, alinéa 1er, 4°, du Code civil.

[1651] V. *supra* n. n° 1555, N. Péterka, art. préc., LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 18 et sui., §18.

[1652] V. *supra* n. n° 1556, Th. Fossier, art. préc.

si la nullité peut être prononcée, il n'en est pas moins possible que l'acte soit confirmé par l'autorisation du juge des tutelles, dans le délai de la prescription quinquennale. Toutefois, il est nécessaire que la tutelle soit toujours ouverte. Autrement, le juge ne pourra pas confirmer l'acte.

637. Si la gestion du patrimoine en tutelle paraît beaucoup moins alambiquée que la gestion patrimoniale en curatelle, il n'en demeure pas moins qu'elle présente certaines limites. En effet, le domaine d'intervention du tuteur n'est pas totalement défini. Puisqu'il est nécessaire de délimiter la compétence du tuteur aux actes dans lesquels il pourra agir avec l'autorisation du juge des tutelles ou avec le tutélaire, on pourra empêcher toute intervention du tuteur dans le domaine des actes soumis seulement à l'action du tutélaire. Ainsi, la gestion patrimoniale sera garantie en termes d'efficacité et le régime de protection recouvrira toute sa dimension pédagogique dans l'acquisition de l'autonomie. Mais le sacrifice est de voir la volonté individuelle brimée le temps de parvenir à cette autonomie, celle-ci étant réduite à sa plus simple expression. D'ailleurs, cette autonomie se retrouve pareillement fortement altérée dès lors que la gestion patrimoniale s'étend aux actes considérés à la fois comme des actes patrimoniaux et touchant à la personne du majeur.

Section 3 - La gestion patrimoniale concernant les actes se positionnant comme des actes du patrimoine ayant un caractère personnel : une autonomie en berne.

638. Si les actes ayant la double caractéristique peuvent s'analyser selon un aspect patrimonial et extrapatrimonial, il n'en demeure pas moins que suivant les conséquences qu'ils auront sur le majeur, ce dernier pourra prendre les décisions s'y rapportant ou ne le pourra pas. Si l'acte déterminé touche à sa personne, le majeur prend la décision seul ou en étant assisté, par contre, si l'acte touche au patrimoine, l'autonomie du majeur reste variable, au point qu'il ne puisse même pas prendre la décision concernant l'acte[1653]. Le logement de la personne protégée (I) et les assurances-vie (II) ont donc un caractère particulier qui réside dans le fait que la décision prise aux fins de s'engager revêt un caractère personnel que seul le protégé peut être amené à prendre. Seul le majeur pourra consentir à l'acte ; mais au-delà du simple consentement, ces actes ont des conséquences sur la gestion patrimoniale. Ces actes ont donc un caractère hybride et compliquent le domaine d'intervention du représentant légal en amputant une fois de plus une grande partie de l'autonomie du majeur.

I) Le logement de la personne protégée et les actes relatifs au logement et aux meubles meublants : une autonomie de principe confinant à l'exception.

639. Le logement de la personne protégée a une valeur symbolique s'il en est, puisqu'il permet l'exercice de la mesure de protection selon sa volonté d'établissement. Il constitue une grande marque de la prééminence de la volonté du majeur, car la volonté d'établissement en un lieu déterminé fait partie des libertés fondamentales. Mais la loi ne l'a

[1653] Ces actes ne sont pas les seuls, mais ils recouvrent une qualification particulière leur donnant une forte implication dans le domaine patrimonial alors qu'ils visent aussi un aspect purement personnel. Revoir ainsi *supra* les développements consacrés à l'autonomie du majeur dans le domaine des actes extrapatrimoniaux de la présente thèse, notamment les § 562 et sui.

pas fondamentalement modifié, simplement maintenu en l'état en lui conférant une nouvelle dimension.

640. Le logement, du moins le choix s'y rapportant, est laissé à la volonté entière du majeur. Le curateur ou le tuteur n'ont pas matière à élire domicile en lieu et place du majeur. Seul ce dernier est maître de la situation. Le majeur est donc libre de choisir le lieu de sa résidence[1654]. Il n'est pas rare, malgré tout, de voir fleurir un contentieux relatif au choix de cette résidence[1655]. Le représentant légal peut faire valoir que le choix de la résidence peut occasionner certaines difficultés dans l'exercice de la mesure, en raison du lieu géographique éloigné du lieu où il demeure, ou bien encore en raison d'un logement inadapté aux besoins de la personne protégée, soit en raison de son état physique, soit au regard de l'état du logement qui réclamerait de gros travaux d'entretien, et *a fortiori*, des frais de réparation élevés. Ce même représentant légal verra pour autant son opposition inopérante. Le juge des tutelles qui tranchera le litige ne se prononcera pas en faveur du parent qui estime que le choix du logement est inadapté, il se prononcera selon l'intérêt exclusif de la personne protégée. Le majeur protégé ou la personne chargée de l'exercice de la mesure de protection peuvent le saisir quant à cette fin, le juge statuera selon l'intérêt de la personne protégée.

641. Une situation d'urgence peut toutefois être relevée : elle intervient lorsque le majeur n'accomplit pas les diligences nécessaires aux fins de se loger. En refusant de se loger ou de se reloger[1656], le majeur peut compromettre sa situation personnelle, sanitaire, sociale et financière. Dans ce cas exclusif et seulement dans le cadre d'une curatelle renforcée, le juge peut autoriser le curateur à conclure hors la présence du curatélaire un contrat de bail ou une convention d'hébergement. De cette manière, la logement de la personne protégée est garanti et assuré[1657].

642. Une fois le logement garanti, tant par le choix du majeur que par l'intervention forcée du curateur, la résidence principale, donc habituelle, ainsi que la résidence secondaire[1658], doivent être préservées, tout en limitant ou empêchant l'instauration de sûretés grevant le logement[1659].

643. Les meubles qui garnissent le contenu de chacune de ces résidences suivent également le même régime de protection. La Cour de cassation a eu à se prononcer sur le sort

---

[1654] C. civ., art. 459-2.

[1655] Civ. 1ère, 25 mars 1997, n° 96-12.028, Bull. Civ. I, n° 107 ; *D.* 1998. 333, n. J. Massip; JCP G 1997. II. 22882, n. Th. Fossier ; RD. Sanit. Soc. 1997. 898, obs. F. Monéger ; RTD civ. 1997. 634, obs. J. Hauser ; Gaz. Pal. Rec. 1999, somm. p. 571, n. E. du Rusquec [972207] ; Defrénois 1997, art. 36690, n° 142, p. 1338, obs. J. Massip.

[1656] V. *supra* n. n° 1536, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 218 ; Th. Verheyde, « Le logement dans la réforme de la protection juridique des majeurs », AJ Fam., 16 novembre 2009, n° 11, p. 448.

[1657] La difficulté est d'autant plus vite résolue en tutelle que le tuteur n'a pas besoin de l'avis du majeur. Seule l'autorisation du juge est requise.

[1658] C. civ., art. 426 nouv., al. 3, et sous réserve de l'avis médical du médecin inscrit ou traitant, ce dernier étant autorisé à donner son avis depuis la loi du 16 février 2015 préc. *supra* n. n°1622, not. Titre 1er, art. 1er, II, 1°. V. en ce sens : Fl. Fresnel, « Le médecin et le majeur protégé », Gaz. Pal., 15 octobre 2009, n° 288, pp. 3 et sui. ; v. *supra* n. n° 1604, A.-M. Leroyer, art. préc. ; v. *supra* n. n° 1569, Th. Fossier et L. Pécaut-Rivolier, art. préc.

[1659] Pour une étude très détaillée sur la protection du logement du majeur protégé et les modes de gestion de ce dernier, *cf* M. Bourassin, « Les sûretés sur le logement du majeur protégé », RTD Civ., 14 octobre 2011, n° 3, pp. 433 et sui. ; Fr. Sauvage, « Fiche pratique : vendre de gré à gré le logement du majeur protégé », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 72.

des meubles meublants garnissant le logement de la personne protégée[1660]. Selon ordonnance du 5 novembre 2007, le juge des tutelles a autorisé le gérant de tutelle à procéder à la vente aux enchères des meubles meublants garnissant le logement de la personne protégée. Les cousines de la personne placée sous protection ont alors introduit une tierce opposition contre ladite ordonnance. Le tribunal de grande instance de Paris, par jugement confirmatif en date du 12 septembre 2008, a rejeté la tierce opposition. Selon le moyen au pourvoi, les demanderesses estiment, selon la première branche, que le gérant de tutelle ne dispose que du pouvoir de gérer les revenus de la personne protégée et que la réalisation de tout autre acte sans autorisation ne peut être faite ; qu'en l'espèce, ce gérant n'était pas autorisé à procéder à la vente, les meubles ayant été retirés du logement avant même que le juge des tutelles n'ait été saisi ; la seconde branche reproche au jugement attaqué d'avoir violé les dispositions de l'article 490-2 ancien du Code civil, lequel prévoyait que la vente des biens du majeur protégé ne pouvait être autorisée par le juge des tutelles qu'à la condition que l'aliénation fût nécessaire ou faite dans l'intérêt de la personne protégée, sur avis du médecin traitant, et quand bien même la personne restât maintenue à son domicile, sans faire de distinction selon que la vente des meubles fût totale ou partielle.

La Cour de cassation s'est prononcée en confirmant la position des juges du fond, au motif que l'enlèvement prématuré des meubles a fait l'objet d'une régularisation *via* l'ordonnance du 5 novembre 2007 autorisant la vente des meubles aux enchères. En outre, la Cour retient que la vente partielle des meubles n'est pas soumise en l'état à l'avis du médecin traitant, dans la mesure où la rédaction de l'article 490-2 ancien du Code civil n'impose pas l'avis du médecin traitant aux fins de ce type de vente. La vente des meubles meublants est donc soumise à un formalisme restreint, ce sont les conditions de vie de la personne protégée qui déterminent la vente ou non des meubles meublants garnissant le logement. Toutefois, cette décision doit être appréciée relativement, rendue sous l'égide des dispositions de la loi ancienne. Il n'est pas certain aujourd'hui qu'un juge des tutelles régularise par ordonnance un acte réalisé sans aucune autorisation.

644. Le représentant légal a pour obligation de garantir la protection de ces résidences et leur contenu[1661]. L'obligation s'accompagne en outre d'un délai afin de garantir leur conservation au profit du majeur. Il n'y a pas de considérations particulières quant au contexte de conservation. Quel que soit l'état mental ou physique de la personne, sa santé, ses besoins ou sa capacité à détenir des meubles ou des immeubles, la personne protégée doit pouvoir rester en possession desdits ; le représentant légal n'assurera leur conservation que dans la mesure du possible. Si la personne doit être, le temps d'une hospitalisation, ou le temps d'un éloignement quelconque, écartée de son domicile, la solution demeure identique. Durant cette absence, le représentant dispose de la possibilité de conclure des conventions de jouissance précaire[1662] portant sur les biens meubles et sur la ou les résidences[1663]. Quand bien même le représentant pourrait disposer de ces biens le temps de l'absence de la personne protégée, il pourrait en jouir librement, non en disposer. Il n'aura que l'*usus* du droit de propriété, voire le *fructus* s'il bénéficie à la personne protégée. Mais l'*abusus* ne peut lui revenir, car il compromettrait la précarité de la convention, tout en se comportant comme le propriétaire de ces biens. C'est pourquoi, le seul droit de jouissance lui est accordé, la précarité de la

[1660] Civ. 1ère, 17 mars 2010, n° 08-20.771, Bull. Civ. I, n° 67, *D.*, 16 avril 2010.828, Defrénois, 15 juin 2010, n° 11, art. n° 39127, pp. 1242 et sui., obs. J. Massip ; AJ Fam. 2010. 283, obs. L. Pécaut-Rivolier ; RTD Civ. 2010. 530, obs. J. Hauser.

[1661] C. civ., art. 426, al. 1er.

[1662] V. *supra* n. n° 1656, Th. Verheyde, art. préc.

[1663] C. civ., art. 426, al. 2 ; N. Péterka, « Bref aperçu de la transmission volontaire de patrimoine à l'aune de la réforme de la protection juridique des majeurs », Gaz. Pal., 18 décembre 2007, n° 352, pp. 5 et sui., § 13.

convention supprimant les effets de cette dernière dès lors que le majeur retourne dans l'une de ses résidences.

645. Nécessité faisant, le représentant legal peut être autorisé par le juge des tutelles à vendre l'un des immeubles de la personne protégée ou à résilier le bail. Le médecin inscrit, ainsi que le médecin traitant, exclusion faite du médecin rattaché à l'établissement d'accueil du majeur[1664], doivent donner un avis médical sur le fait que le majeur ne peut plus retourner vivre à son domicile. L'avis du médecin inscrit ou du médecin traitant reste obligatoire lorsque la vente ou la résiliation auront pour fin d'accueillir la personne protégée dans un établissement à titre définitif[1665]. Lorsque la vente est opérée, l'établissement qui héberge le majeur doit respecter l'obligation de tenir à disposition ses souvenirs, objets personnels, ainsi que le matériel destiné aux personnes handicapées ou destiné aux soins de la personne malade[1666]. Il s'opère ainsi un transfert de garde des biens de la personne chargée de la mesure de protection à l'établissement qui accueille le protégé.

646. L'autonomie du majeur est donc bien évasive. Si le curatélaire peut donner son avis pour vendre son logement principal, le tutélaire est simplement écarté de l'opération. Il ne peut pas donner d'avis, puisque le tuteur sera seul autorisé à vendre le logement, pareillement seul à demander au juge des tutelles l'autorisation de pouvoir vendre le logement. Dès lors, il existe un traitement inéquitable entre choisir son lieu de vie et quitter son lieu de vie en raison d'un logement devenu inadapté sur le plan médical. Quel que soit le régime, le majeur choisit son lieu de vie ; pour le quitter, le choix n'est plus libre, il est assisté, voire représenté. Dès lors, si un changement de logement n'est pas autorisé, le majeur peut être astreint de rester sur son lieu de vie plus longtemps qu'espéré. La vente amène le même type de remarque.

[1664] V. *supra* n. n° 1622, L. n° 2015-177 du 16 février 2015 préc., et *supra* n. n° 1658 pour l'article 426 nouv., al. 3, du Code civil.

[1665] Toutefois, l'avis du médecin inscrit ou du médecin traitant ne vaut que pour les résidences principales, les résidences secondaires ne sont pas visées car elles ne sont pas le siège des affaires du majeur protégé. Une précision importante est à rajouter : le médecin rattaché l'établissement d'accueil ne peut pas délivrer un tel certificat, étant précisé qu'il serait juge et parti en attestant que le majeur protégé ne peut retourner à domicile et que son état de santé rend nécessaire son maintien dans l'établissement où exerce le médecin.

[1666] Les souvenirs et objets personnels sont au final soumis au même régime de la vente de l'immeuble ou de sa conservation selon les conditions de l'article 426 du Code civil, pris en ses trois alinéas. *Cf* également *supra* n. n° 1660, Civ. 1ère, 17 mars 2010, n° 08-20.771 préc. La Cour de cassation a confirmé que si la vente de meubles appartenant à la personne maintenue à son domicile était partielle, l'avis du médecin inscrit n'était pas requis, alors que les dispositions de l'article 426 du Code civil le rendent nécessaire en cas de vente totale en raison du départ du majeur pour un établissement de soins. *Cf* à ce sujet *supra* n. n° 1569, Th. Fossier et L. Pécaut-Rivolier, art. préc. *Cf* également F. Arbellot, *Droit des tutelles*, Praxis Dalloz, 2è éd., 2007, spéc. n° 44.11 et 72.51 ; A. Batteur, A. Caron-Deglise, M.-C. Dalle, T. Fossier, L. Pécaut-Rivolier, T. Verheyde, *Curatelle, tutelle accompagnements*, Litec, 2009, n° 501 ; sur la vente du logement, antérieurement à la loi de 2007 : Civ. 1ère, 16 novembre 2004, n° 02-15.503, inédit, source Légifrance ; sur l'absence de possibilité de régularisation : Civ. 1ère, 7 novembre 2006, n° 04-15.799, Bull. Civ. I, n° 460, p. 396 ; AJ fam. 2006. 466, obs. Pécaut-Rivolier ; *D*. 2006. 3069, note Bouteiller et obs. Le Bars et Thomasset-Pierre ; RTD civ. 2007. 88, obs. Hauser ; RTD com. 2007. 206, obs. Legeais. V. également, mais dans un autre contexte puisque le juge des tutelles avait «régularisé» par l'envoi d'un simple courrier : v. *supra* n. n°1606, Civ. 1ère, 22 octobre 2008, n° 07-19.964 préc.

647. L'action en justice en matière de droits patrimoniaux et se rapportant au logement pose aussi difficulté. Dans un arrêt du 9 décembre 2009[1667], se posait la question de savoir si la personne protégée pouvait agir seule en justice dans le cadre d'une procédure d'expulsion, suivant que cette action revêtait un caractère patrimonial ou personnel. L'un des attendus indique que *« [le curatélaire] seul peut exercer les actions en justice à caractère patrimonial, dans les conditions des articles 464, 495 et 510 du Code civil, dans leur rédaction antérieure à la loi du 5 mars 2007 »*. En effet, si le recours portant sur une décision de nature extrapatrimoniale doit être exercé avec l'assistance du curateur, les actions à caractère patrimonial peuvent être exercées par le curatélaire seul. En l'espèce, la personne protégée a vendu, avec son frère, un appartement à un tiers. Toutefois, la personne protégée, occupant encore les lieux sans disposer de titre d'occupation, alors qu'elle devait les libérer dans le délai de deux mois à compter de la vente, a été assignée en justice par le tiers acquéreur dans le cadre d'une procédure en expulsion. La venderesse s'est alors pourvue en cassation, en raison du rejet de sa requête tendant à l'infirmation de la décision d'expulsion et d'octroi de délais plus longs. Dans la mesure où la décision rendue visait l'expulsion de cette personne de son ancien logement, et non les indemnités à payer pour occupation sans titre, la Cour de cassation a considéré que le recours avait une portée patrimoniale, non un caractère extrapatrimonial, comme l'a caractérisé la cour d'appel. Cet arrêt confirme en conséquence que l'action en justice nécessite l'assistance du représentant légal dès lors qu'elle touche à un aspect personnel de la mesure, et que les actions à caractère patrimonial relèvent du seul exercice de la personne protégée.

648. La distinction entre l'action en justice aux fins patrimoniales et l'action en justice aux fins extrapatrimoniales conditionne l'exercice de l'action selon la personne protégée seule, ou avec l'assistance de son représentant légal, suivant qu'est instaurée une tutelle ou une curatelle. Autant revenir quarante ans en arrière pour comprendre le système de l'action en justice exercée par le curatélaire[1668]. Le principe voulait que, pour assurer une part d'autonomie de la personne protégée, la loi autorisât le curatélaire à exercer les actions en justice lorsque ces dernières présentaient un caractère patrimonial. La Cour de cassation a posé le principe dans un arrêt du 15 juin 1973[1669]. Elle considérait que la personne protégée (dès lors qu'elle est en curatelle), sauf dispositions contraires, peut exercer seules les actions relatives à ses droits patrimoniaux et y défendre. Voilà une solution que l'on retrouve dans l'arrêt du 9 décembre 2009[1670]. Il ressort que le curatélaire pouvait engager des actions relatives aux actes d'administration et de conservation, en dehors des actes de disposition. Le curateur était donc exclu de toute assistance dans le cadre des actions en justice aux fins patrimoniales, mais devait nécessairement intervenir dans le cadre des actions à caractère extrapatrimonial.

Cependant, si le curatélaire pouvait agir de la sorte, cette autonomie dans le droit d'action présentait un certain risque. En effet, le curateur ne pouvait être autorisé à se substituer au majeur dont il n'aurait pas été le représentant légal. Il ne pouvait enjoindre au curatélaire de le sommer d'agir ou non en justice dans le cadre des actions patrimoniales. Son rôle se limitait malgré tout à un rôle d'assistance à l'instance, et non dans le droit d'agir. En effet, afin de limiter le droit d'action du curatélaire suivant son degré de capacité, le juge des

---

[1667] Civ 1ère, 9 décembre 2009, n° 08-16.836, Bull. Civ. I, n° 244, « L'action en expulsion d'un majeur protégé ressortit-elle du régime des actions patrimoniales ou extrapatrimoniales ? », AJ Fam., 12 février 2010, n° 2, p. 87.

[1668] V. Norguin, « Les incapables majeurs, la capacité d'ester en justice de la part de la personne sous curatelle », Rec. D. 2010, n° 10, pp. 636 et sui.

[1669] Civ. 1ère, 15 juin 1973, n° 70-12.904, Bull. Civ. I, n° 203, p. 181.

[1670] Cet exercice découlait de la combinaison des articles 464, 495 et 510 du Code civil pris dans leur rédaction antérieure à la loi du 5 mars 2007.

tutelles pouvait déterminer la sphère d'intervention dans le cadre de l'assistance de la part du curateur, en fixant à l'avance les actes entrant dans cette sphère d'assistance. La question s'est posée quant à l'ouverture ou la conversion de la mesure en curatelle renforcée. Puisque les personnes placées sous curatelle renforcée font l'objet d'une représentation en termes de perception de leurs revenus, peuvent-elles être représentées dans l'exercice de l'action en justice aux fins patrimoniales ? La jurisprudence n'a pas cherché à compliquer les choses. Elle considère que la représentation doit être interprétée de manière stricte[1671]. Pour revenir à l'arrêt du 9 décembre 2009 et le positionner face à l'action en justice aux fins patrimoniales par le curatélaire, on se rend compte que les dispositions de la loi du 3 janvier 1968 permettait au curatélaire d'agir seul à cette fin, et que selon un raisonnement *a contrario*, il ne pouvait pas accomplir seul les actions aux fins extrapatrimoniales, lesquelles nécessitaient l'assistance du curateur.

649. Sous le coup de la loi de 1968, la *summa divisio* que constituait la distinction actions patrimoniales /extrapatrimoniales déterminait la sphère d'autonomie du majeur dans l'exercice des actions en justice. Mais l'arrêt du 9 décembre 2009 montre à quel point la distinction peut amener à des définitions pour le moins obscures suivant la nature de l'acte qui conduit le majeur à agir en justice. De manière simple, les droits à caractère patrimonial font partie des actes dans lesquels existe la notion d'argent, de valeur, dès lors que l'aspect pécuniaire ressort de l'acte. On retrouve ainsi les droits réels et les droits de créance. L'action en résolution d'un bail appartient à cette catégorie des droits patrimoniaux. Les droits extrapatrimoniaux, quant à eux, reposent sur un aspect qui touche à la personne même. Ils sont incessibles, imprescriptibles ; ce sont les libertés fondamentales, les droits politiques, les droits de la personnalité ou les droits familiaux. L'action en justice qui peut résulter de l'un de ces droits serait une action en dommages-intérêts à titre de réparation de l'atteinte à la vie privée, ou encore une action en contestation de reconnaissance de paternité. Cette distinction n'apporte rien de nouveau à l'état du droit actuel, mais surtout, elle montre, du moins en théorie, que la différence de nature entre les deux n'est pas censée engendrer de réelles difficultés d'interprétation[1672].

650. L'arrêt du 9 décembre 2009 a soulevé cette difficulté. La cour d'appel estimait que l'action intentée par le majeur était personnelle et qu'il ne pouvait agir seul. La Cour de cassation a estimé, pour sa part, qu'il s'agissait d'une action patrimoniale, et que l'action en justice relevait du seul exercice de la personne protégée. Le logement pose alors cette double caractéristique : lorsque la personne protégée est expulsée de son logement, comment faut-il considérer le caractère de l'action en justice ? Tient-on compte du logement en tant que tel, ou bien faut-il considérer la personne à travers la procédure d'expulsion ? Il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation a tranché le litige en l'espèce, et qu'elle reconnaît que l'action en justice s'élevant contre l'expulsion de l'ancien propriétaire protégé présente un caractère patrimonial. Suivant le droit commun, le logement constitue un droit fondamental, puisque la Constitution du 4 octobre 1958 a érigé le droit de disposer d'un logement décent au rang d'objectif à valeur constitutionnelle. Mais en droit tutélaire, le choix du logement est un droit fondamental de la personne protégée, puisque la loi du 5 mars 2007 a renforcé la protection spéciale qui s'y rapporte. L'espèce de l'arrêt du 9 décembre 2009 faisait valoir que le majeur sollicitait un maintien dans les lieux, mais à coup sûr, la Cour de cassation n'a pas voulu

[1671] L'assimilation que l'on sous-entend dans la question n'est pas permise. La représentation en curatelle renforcée ne vaut que pour la perception des revenus, et uniquement cet aspect. L'action patrimoniale aux fins de recouvrement de ses ressources relève alors de la seule sphère de capacité du majeur.

[1672] Et pourtant, entre les deux, il existe une catégorie hybride d'actes, à la fois patrimoniaux et extrapatrimoniaux, ce sont des droits patrimoniaux à caractère personnel, soit en raison de leur affection, soit selon leur origine.

retenir cet aspect. Elle a surtout retenu que l'occupation des lieux se faisait sans titre établi, puisque la vente de l'immeuble s'était déjà opérée. En conséquence, elle n'a pas retenu l'aspect extrapatrimonial de l'action, puisque l'occupation sans titre excluait cette qualification de l'action. Elle s'est donc basée sur le caractère patrimonial de l'action en justice pour reconnaître que le majeur pouvait agir seul dans le cadre de son action et y défendre seul.

651. Le droit tel qu'il est aujourd'hui prévoit qu'en matière de curatelle, l'assistance du curateur est nécessaire, quelle que soit le caractère patrimonial ou extrapatrimonial de l'action[1673]. À n'en pas douter, aujourd'hui s'opère un revirement, dans la mesure où la loi du 3 janvier 1968 consacrait une sphère d'autonomie bien plus réelle que ne le laisse entendre la loi nouvelle. C'est ainsi revenir sous l'égide de la loi ancienne, période durant laquelle la personne protégée était assistée d'un conseil juridique. L'action en justice exercée par un majeur en curatelle constitue désormais, selon le décret du 22 décembre 2008, un acte de disposition soumis à contreseing du curateur. Si l'arrêt du 9 décembre 2009 devait faire l'objet d'une réactualisation, l'action exercée seule par le protégé aurait sans doute était annulée. Cette délimitation de la nature des actions en justice, même inopérante pour la curatelle, détermine par contre les pouvoirs du tuteur. Ainsi, les actions à caractère patrimonial relèvent de la catégorie des actes d'administration, ce qui permet au tuteur d'agir seul en justice dans l'intérêt du majeur. Il n'a en conséquence pas besoin d'autorisation du juge des tutelles. Dans le même temps, les actions extrapatrimoniales nécessitent l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille. Mais dans tous les cas, le tutélaire n'a pas à intervenir dans de telles actions, son autonomie étant supprimée en la matière. Le curatélaire doit donc se satisfaire d'avoir une autonomie relative bien que toujours assistée.

652. L'action en justice relative à un droit patrimonial revêt une qualification à géométrie variable. Suivant le régime instauré, l'action à des fins patrimoniales sera analysée comme un acte de disposition ou d'administration. De la même manière, peut-on traiter le logement comme un acte relevant des actes personnels ? Non, au même titre qu'il est impossible de le traiter seulement dans la catégorie des actes patrimoniaux. Puisque l'interprétation a différé suivant le passage à la loi nouvelle, la qualification de l'action en justice s'y rapportant a également différé, suivant en outre la mesure qu'aura prononcée le juge des tutelles. Ce qu'on peut en retirer, outre la complexité de l'analyse et de l'interprétation que l'on peut en faire, c'est que l'action en justice, quelle que soit sa nature, ne doit pas se faire sans l'assistance du représentant légal. Puisqu'il veillera à exercer l'action tout en assistant la personne protégée, ce dernier voit sa protection accrue contre son caractère procédurier excessif. Et quand bien même il semblerait que cette assistance soit une contrainte, elle ne vise qu'à protéger la personne de ses errements, mais au détriment de son autonomie.

II) Les actes relatifs aux contrats d'assurance-vie : une autonomie sujette à caution.

653. L'assurance-vie est à la fois un acte patrimonial et un acte personnel. Si les placements ont trait au seul effet patrimonial, la souscription ressort du domaine personnel, et donc de l'intention libérale. Par contre, certains actes relèvent des deux à la fois.

654. D'une manière générale, lorsque le stipulant protégé désigne le bénéficiaire, ce dernier dispose de deux options. Il peut en refuser le bénéfice et la personne protégée désignera un autre bénéficiaire ; la personne désignée peut également accepter sa désignation. Dans ce dernier cas en l'occurrence, les choses se compliquent. Car en acceptant, la personne

[1673] C. civ., art. 468, al. 3.

désignée bloque le stipulant protégé dans son choix de la désignation d'un autre bénéficiaire. Pire encore, le stipulant protégé ne peut plus récupérer les fonds. C'est la difficulté qui est à souligner, dans la mesure où les assurances-vie ne faisaient pas l'objet d'une surveillance. Désormais, tout placement, ainsi que les actes se rapportant au contrat, restent surveillés par le juge des tutelles. Le décret du 22 décembre 2008 est venu réglementer l'assurance-vie au même titre que n'importe quel compte bancaire.

655. Le code des assurances propose une révision complète de la protection des assurances-vie souscrites par le majeur[1674]. Les règles s'appliquent selon que la personne protégée a été placée sous tutelle ou curatelle[1675]. Dans l'hypothèse où le majeur est placé sous curatelle, la souscription d'un contrat d'assurance-vie est possible si le curatélaire est assisté de son curateur. La même assistance est possible dans le cadre d'un rachat de contrat, partiel ou total. Par contre, si la personne protégée est placée sous tutelle, la souscription du contrat d'assurance-vie dépendra de l'autorisation du juge des tutelles. On peut remarquer l'intrusion du représentant légal dans cette typologie d'actes. Même si l'assurance-vie est un acte patrimonial, elle nécessite malgré tout la volonté du protégé de conclure un contrat d'assurance-vie. Est-ce une forme volontaire de contrôle des effets personnels de l'acte ? on pourrait dire oui, car le représentant légal connaîtra le nom de la personne désignée en qualité de bénéficiaire, ce que normalement le souscripteur n'a pas à révéler ; mais l'assistance du curateur est bien requise, alors que la tutelle suppose une autorisation du juge des tutelles, sans pour autant que celle-ci ne soit donnée. En aucun cas, un contrat d'assurance-vie ne peut être souscrit librement par le majeur, l'assistance minimale doit être donnée et démontre en même temps le peu d'autonomie que confère un tel contrat dans le cadre d'un régime de protection.

656. Quant à la désignation ou la substitution du bénéficiaire, la logique demeure la même. Le tutélaire doit disposer de l'autorisation du juge des tutelles et de l'assistance de son tuteur[1676], alors que le curatélaire doit être assisté simplement de son curateur[1677]. Que le majeur soit placé en tutelle ou curatelle, la révocation du bénéficiaire ne peut se faire sans autorisation du juge des tutelles. L'autorisation est dès lors obligatoire et la révocation en dehors de toute autorisation équivaudrait à ce que le bénéficiaire recouvre ses droits déchus[1678]. Cependant, une contradiction est évidente. Pourquoi la substitution du bénéficiaire et sa révocation ne répondraient pas des mêmes modalités ? S'il faut une simple assistance en curatelle pour substituer, alors qu'il est nécessaire d'avoir l'autorisation pour une révocation dans le même régime, où réside l'autonomie de la personne protégée ? La remise en cause de ses actes, visiblement, doit rester dans le giron judiciaire ; alors que la loi prévoit la protection de la personne, la pratique laisse entendre la protection des droits des tiers. Il n'en reste pas moins que la correction devra être apportée pour rendre plus claires ces dispositions.

[1674] V. *supra* n. n° 1536, Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *op. cit.,* p. 250 ; v. *supra* n. n° 1569, Th. Fossier et L. Pécaut-Rivolier, art. préc. ; article L. 132-4-1 du code des assurances.

[1675] L. Pécaut-Rivolier, « Fiche pratique : assurance vie et majeur protégé », *in* Dossier la réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 26.

[1676] Assistance que seul le tuteur peut apporter, les personnes n'ayant pas qualité à saisir le juge se voyant opposer une fin de non-recevoir : Civ. 1ère, 14 mai 2014, n° 12-35.035, Bull. Civ. I, n°92, Rec. D. 29 mai 2014, n° 20, p. 1152, AJ fam. 2014, p. 436, obs. Th. Verheyde, RTD Civ. 2014, p. 622, obs. J. Hauser.

[1677] Si ces dispositions sont prévues par l'article L. 132-4-1 du code des assurances, l'article L.132-9 du même code impose une nuance particulière quant à la révocation du bénéficiaire.

[1678] V. *supra* n. n° 1676.

657. Cette difficulté s'est posée dans un arrêt du 15 mars 2007[1679], le tuteur étant par ailleurs un gérant de tutelle rattaché à un établissement de soins (préposé). La question était de savoir si ce gérant de tutelle avait la possibilité de demander au juge des tutelles une autorisation aux fins de modification de la clause-bénéficiaire du contrat d'assurance-vie, souscrit avant l'ouverture de la mesure de protection. Et dès lors, il fallait considérer le cas dans lequel la modification du bénéficiaire pouvait entrer dans le cadre de la mission normale du gérant de tutelle, lorsque la personne protégée était totalement inapte pour prendre la même décision.

Dans le droit antérieur, après ouverture de la tutelle, un blocage résultait d'une interdiction de substitution par la jurisprudence, mais que les juges écartaient en l'espèce au profit d'une anticipation sur la loi nouvelle. Les juges de la Cour de cassation écartent ainsi une interdiction ancienne. Après l'ouverture de la tutelle, les actes passés par le tutélaire sont nuls de droit[1680]. Le majeur ne peut en conséquence désigner un nouveau bénéficiaire. La première branche du moyen de l'arrêt susvisé s'est servie de cette disposition afin de faire valoir que le protégé ne pouvait pas modifier la clause bénéficiaire, d'où, selon le moyen au pourvoi, la violation de l'article 132-9, alinéa 2, du code des assurances[1681]. La conséquence est que, même si le gérant de tutelle est investi des pouvoirs de représentant légal et qu'il doit

---

[1679] Civ. 2ème, 15 mars 2007, n° 05-21.830, Bull. Civ. I, n° 68 , JCP 2007, IV 1815 ; « Les incapables majeurs, la substitution du bénéficiaire d'assurance-vie par le gérant de tutelle », Rec. D. 2007, n° 27, pp. 1932 et sui., n. D. Noguéro ; AJ Fam., 12 avril 2007, n° 4, p. 185, obs. L. Pécaut-Rivolier ; RTD civ. 2007. 309 obs. J. Hauser. De 1988 à 1994, trois contrats d'assurance-vie ont été souscrits, avec désignation en tant que bénéficiaire chaque neveu du souscripteur. Ce dernier se voit placé sous tutelle le 9 juillet 1997, avec, pour gérant de tutelle, le centre hospitalier de Reims. Le juge des tutelles, par ordonnance du 28 octobre 1997, a autorisé le gérant de tutelle à établir un avenant à ces trois contrats afin de modifier la clause-bénéficiaire dans les contrats initiaux. En l'occurrence, la nouvelle bénéficiaire désignée était l'épouse du protégé, à titre principal, les neveux étant désignés subsidiairement. Le décès du protégé aura ensuite permis à l'épouse bénéficiaire de toucher la police d'assurance. Les demandeurs déboutés par le tribunal de grande instance puis par la Cour d'appel de Reims, se sont pourvus en cassation, alors selon le moyen au pourvoi pris en ses trois branches :

« 1° le droit de révoquer la stipulation d'un contrat d'assurance-vie selon laquelle le bénéfice de l'assurance-vie est attribué à un bénéficiaire est un droit personnel au stipulant qui ne peut être exercé de son vivant par son représentant légal ; que par suite, ni le gérant, ni le juge des tutelles ne peuvent décider de modifier le nom du bénéficiaire ; qu'en décidant ainsi, la Cour d'appel a violé l'article L. 132-9 du code des assurances ;

2° seule la volonté du stipulant exprimée clairement et sans équivoque, ne serait-ce qu'avec l'assistance de son tuteur, peut régulièrement modifier le nom du bénéficiaire ; qu'au cas d'espèce en retenant qu'il résultait de son courrier du 7 novembre 1997 que le gérant de tutelle de la personne protégée avait clairement enjoint à la Caisse d'Epargne de modifier les noms des bénéficiaires de trois contrats, sans constater que le souscripteur avait exprimé de façon claire et non équivoque cette volonté, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 132-8 et L. 132-9 du code des assurances ;

3° pour les actes à caractère personnel, le gérant de tutelle ne peut décider de les passer seul que si l'incapable est dans l'impossibilité d'exprimer son consentement ; qu'en décidant que la modification avait été régulière au seul motif qu'elle avait été exprimée sans ambiguïté par le gérant de tutelle, sans constater que l'incapable était dans l'impossibilité d'exprimer son consentement, la Cour d'appel a de nouveau privé sa décision de base légale au regard des articles L. 132-8 et L. 132-9 du code des assurances. »

[1680] Par application de l'article 502 ancien du Code civil.

[1681] Lequel dispose que *« tant que l'acceptation n'a point lieu, le droit de révoquer cette stipulation n'appartient qu'au stipulant et ne peut, en conséquence, être exercé de son vivant par ses créanciers ni ses représentants légaux ».*

assister son protégé comme le ferait le curateur, ce gérant de tutelle a agi au nom et pour le compte du majeur, ce qui s'apparente à une représentation et non à une assistance.

Cette action pour le compte d'autrui n'est pas sans poser de problème lorsque l'acte en cause relève de la catégorie des actes strictement personnels. Cet acte doit être consenti par le seul majeur, mais sa réalisation rencontrera un obstacle de taille dès lors que le majeur sera dans l'impossibilité de consentir. L'incapacité d'exercice devient une véritable incapacité de jouissance. La doctrine a essayé d'admettre qu'en de telles circonstances, l'acte doit être validé, puisque le consentement aura été exprimé de manière lucide. Seulement, la souscription d'un contrat d'assurance-vie ne constitue pas un acte strictement personnel, mais est constitutif d'un acte personnel seulement. Le majeur pourrait simplement bénéficier de l'assistance de son représentant légal. Malheureusement, la jurisprudence considère que dans le cadre du contrat d'assurance-vie, l'interprétation demeure stricte : l'acte en cause est un acte strictement personnel, le gérant de tutelle ne pouvant donc pas modifier les clauses contractuelles, alors même que la situation du protégé a évolué. Dès lors, seul le protégé serait à même d'agir, mais il ne le peut pas. En conséquence, la Cour de cassation, sur la première branche du moyen, a considéré que ni le gérant de tutelle, ni le juge des tutelles ne pouvaient décider de la modification de la clause-bénéficiaire, ce qui est bien regrettable quand on sait que l'assurance vie ne constitue pas un acte strictement personnel[1682].

658. Quitte à considérer l'assurance-vie comme un acte strictement personnel, l'incapacité du majeur aurait pu être levée en instaurant une capacité partielle. Cette solution aurait pu être retenue en l'espèce, mais la deuxième branche du moyen a fait valoir un manque de base légale au regard des dispositions du code des assurances. L'assistance ne peut donc pas être envisagée, même si, en théorie, le majeur exprime son consentement dans un intervalle lucide, cette assistance peut lui être donnée. Mais la pratique le conçoit exceptionnellement, puisque dans l'affaire en cause, le tuteur n'avait pas autorisé le majeur à agir seul ou avec son assistance.

Ainsi, la Cour de cassation ne s'est pas basée sur l'interdiction ancienne de substitution, mais au contraire, reconnaît la régularité de ladite substitution, en anticipant sur la loi à venir. Elle procède dès lors à un revirement de jurisprudence total[1683]. En se prononçant ainsi, la Cour revient clairement en arrière, puisque l'autorisation seule du juge des tutelles peut permettre au gérant de tutelle de pouvoir accomplir l'acte en cause. Et la Cour a recherché cette autorisation, puisqu'elle annonce que *« [...] le juge avait autorisé le gérant à faire établir un avenant [...], la Cour d'appel a jugé à bon droit que la modification litigieuse était régulière »*. Dès lors, si le juge des tutelles autorise le gérant à modifier la désignation à la place du majeur, la modification est régulière en la forme, du moment que le

---

[1682] La modification de la clause-bénéficiaire dans un contrat d'assurance-vie ne peut pas s'analyser en un acte usuel, un acte de la vie courante autorisé par le juge qui permettrait au majeur d'y procéder malgré son incapacité de jouissance. L'acte ne peut pas non plus s'analyser en un acte conservatoire qui autoriserait le majeur ou son représentant légal à agir seul. La solution qui permettait de contourner l'interdiction posée par la Cour de cassation revenait à moduler le contenu de la tutelle. Le juge des tutelles pouvait ainsi, dans le jugement d'ouverture, ou postérieurement, et sur avis du médecin traitant, énumérer certains actes que la personne en tutelle aurait la capacité de faire seule ou avec l'assistance de son tuteur.

[1683] La Cour se fonde sur l'article 500, alinéa 2, ancien du Code civil, issu de la loi du 3 janvier 1968, pour justifier sa décision, lequel dispose que *« si d'autres actes entrant dans le cadre de sa mission normale deviennent nécessaires, le gérant de tutelle saisit le juge qui pourra, soit l'autoriser à les faire, soit décider de constituer la tutelle complètement »*. De cette disposition, il semble que le gérant ne puisse pas modifier la désignation du bénéficiaire, puisqu'il s'agit d'un acte qui ne rentre pas dans le cadre de sa mission normale. Pour autant, si le juge donne son autorisation, il est nécessaire de s'interroger sur l'opportunité de ce changement de bénéficiaire.

majeur se trouve dans l'impossibilité absolue d'agir aux fins de modification. Et la Cour vient confirmer cette position en indiquant que *« la Cour d'appel, ayant souverainement retenu que le souscripteur étant dans l'incapacité absolue d'agir, le gérant ne pouvait que requérir l'autorisation du juge des tutelles, seul habilité à autoriser la modification du nom des bénéficiaires des contrats d'assurances-vie »*. Pour accueillir favorablement le pourvoi, il aurait fallu que le majeur ne se retrouve pas dans l'impossibilité absolue d'agir, à condition que sa capacité d'agir ait été recherchée et constatée. Le gérant n'aurait pas pu demander l'autorisation du juge des tutelles pour procéder à la modification de la clause-bénéficiaire[1684].

659. Cette anticipation de la substitution du bénéficiaire d'une assurance-vie a provoqué le législateur à légaliser la modification de la clause bénéficiaire par le représentant légal lorsque le majeur est dans l'incapacité totale de pouvoir y procéder seul. Si la Cour de cassation prévoit que la substitution, à titre principal, ne peut se faire que par le majeur, à la condition qu'il soit capable d'y procéder, et subsidiairement par le représentant lorsque le majeur est dans l'impossibilité absolue de pouvoir agir seul, la loi du 5 mars 2007 prévoit que la modification ne peut être faite que par le tuteur avec autorisation. L'arrêt du 15 mars 2007 trouve donc une justification au regard de la loi actuelle[1685].

660. Le risque de conflit d'intérêts n'est donc pas à exclure entre le majeur protégé et son représentant légal. En effet, le stipulant protégé peut désigner comme bénéficiaire son propre représentant légal. La Cour de cassation a posé le principe de la substitution du bénéficiaire par un autre bénéficiaire, dès lors que ce dernier n'est autre que le curateur de la personne protégée. La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 8 juillet 2009[1686], s'attarde sur le principe suivant : *« la modification du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie par un majeur en curatelle nécessite l'assistance du curateur ; que la substitution du bénéficiaire au profit du curateur ne peut être faite qu'avec l'assistance d'un curateur ad hoc »*. En affirmant cela, la Cour relève que le curateur qui laisse son curatélaire modifier la clause bénéficiaire du

---

[1684] L'article L. 132-9 du code des assurances a vu ses dispositions modifiées par l'article 30 de la loi du 5 mars 2007. Ainsi, l'alinéa 2 prévoit désormais la précision suivante : *« [...] sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article L. 132-3-1 »*. À la suite de l'article L. 132-3, la loi crée un nouvel article L. 132-3-1 qui dispose ainsi :

« lorsqu'une curatelle ou une tutelle a été ouverte à l'égard du stipulant, la souscription ou le rachat d'un contrat d'assurance-vie ainsi que la désignation ou la substitution du bénéficiaire ne peuvent être accomplis qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille.

Pour l'application du premier alinéa, lorsque le bénéficiaire du contrat d'assurance-vie est le curateur ou le tuteur, il est réputé être en opposition avec la personne protégée.

L'acceptation du bénéfice d'un contrat d'assurance-vie conclu moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la curatelle ou de la tutelle du stipulant peut être annulée sur la seule preuve que l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés ».

[1685] Toutefois, l'article 473, alinéa 2, du Code civil doit obliger le juge à rechercher et à vérifier l'inaptitude du protégé pour autoriser le représentant légal à conclure un avenant modificatif de la désignation du bénéficiaire à un contrat d'assurance-vie. De la sorte, l'autonomie de la personne protégée est ainsi mieux garantie.

[1686] Civ. 1ère, 8 juillet 2009, n° 08-16.153, Bull. Civ. I, n° 690, *D.* 21 juillet 2009, 1971, obs. V. Egéa ; Dr. Fam., 2009, n° 114, n. I. Maria ; « Désignation et modification du bénéficiaire d'une assurance-vie en curatelle », LPA, 29 juillet 2009, n° 150, pp. 9 et sui., comm. D. Noguéro ; « Les incidences du conflit d'intérêts sur la substitution du bénéficiaire d'une assurance-vie par un majeur protégé sous curatelle : désignation d'un curateur *ad hoc* et responsabilité du curateur », LPA, 12 mai 2010, n° 94, pp. 18 et sui., comm. H. Hamadi ; « Tout sur le changement de la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie par un majeur sous curatelle », AJ Fam., 14 septembre 2009, n° 9, p. 352, obs. L. Pécaut-Rivolier ; « L'assurance-vie et les personnes protégées », RTD Civ. 14 décembre 2009, n° 4, p. 698, obs. J. Hauser.

contrat à son profit commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité civile[1687]. Ainsi, est caractérisé le comportement fautif, et donc l'opposition d'intérêts, qui nuit aux bénéficiaires désignés à l'origine. La solution retenue pour mettre fin à cette opposition d'intérêts est que le juge des tutelles désigne, en lieu et place du tuteur ou du curateur, et dans le cadre strict de la gestion du contrat d'assurance-vie, un tuteur ou curateur *ad hoc*. Dans une autre espèce rendu le même jour [1688], la Cour de cassation n'admet pas qu'un juge des tutelles puisse autoriser un curateur à placer une somme très importante sur un contrat d'assurance-vie, seul et en dehors de toute assistance donnée au majeur, ce dernier se voyant écarté de la réalisation de l'opération. Si la tutelle admet que le tuteur puisse placer de l'argent sur un tel contrat, le curateur ne peut le faire seul, mais doit assister le majeur à cette fin, fût-ce pour autant sur autorisation du juge des tutelles. Le juge des tutelles avait certes autorisé le curateur à placer l'argent en raison du refus du majeur, mais il avait motivé sa décision en considérant que ce refus pouvait porter atteinte à ses intérêts. Même si les dispositions de l'actuel article 469, alinéa 2, du Code civil admettent une telle autorisation, il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation, sous l'égide de la loi ancienne, ne peut valider une telle décision puisque la curatelle renforcée impose l'assistance obligatoire du curateur, et non la seule intervention de ce dernier comme cela est le cas dans le cadre de la tutelle.

661. La loi prévoit qu'en cas d'acceptation du bénéfice du contrat d'assurance-vie, et si l'acceptation intervient avant le délai de deux ans avant les formalités de publicité du jugement d'ouverture de la tutelle ou de la curatelle du stipulant, cette désignation du bénéficiaire peut être soumise à nullité. La nullité sera prononcée sur la seule preuve que l'incapacité était connue ou notoire à l'époque de la réalisation de l'acte. Ainsi, les assurances-vie répondent également aux périodes suspectes instaurées dans les régimes de protection par la loi nouvelle. Enfin, l'article 132-9, alinéa 1er, du code des assurances soumet tout souscripteur à l'obligation de donner son accord à l'acceptation du bénéfice du contrat par la personne désignée bénéficiaire. Et même en cas d'acceptation de la part du bénéficiaire, le souscripteur dispose de la faculté de pouvoir procéder au rachat du contrat. De cette manière, il peut récupérer les fonds investis, sous réserve de l'acceptation du bénéficiaire.

662. Ces actes restent ainsi particulièrement encadrés en raison de leur double aspect, personnel et patrimonial à la fois. La protection est telle, qu'en contraignant le majeur sur l'aspect patrimonial, on en oublie une grande partie de son autonomie en matière personnelle. La réalité est que chaque décision que le majeur prend dans le domaine personnel aura une incidence sur son patrimoine. C'est pourquoi, il est nécessaire de préserver ces deux dimensions, en posant toutefois les limites que l'on a vues lorsque le risque de conflit d'intérêts est patent. Il n'en demeure pas moins que ces actes doivent rester dans un cadre strict pour éviter de porter atteinte aux choix voulus par le majeur. La gestion patrimoniale ne se limite pas qu'à ces exemples[1689]. Mais au demeurant, la gestion de ces actes, mi-

---

[1687] C. civ., art. 1382.

[1688] Civ. 1ère, 8 juillet 2009, n° 07-18.522, Bull. Civ. I, n° 856, *D.* 21 juillet 2009, 1971, obs. V. Egéa ; Dr. Fam., 2009, n° 114, n. I. Maria ; « Désignation et modification du bénéficiaire d'une assurance-vie en curatelle », LPA, 29 juillet 2009, n° 150, pp. 9 et sui., comm. D. Noguéro ; « Les incidences du conflit d'intérêts sur la substitution du bénéficiaire d'une assurance-vie par un majeur protégé sous curatelle : désignation d'un curateur *ad hoc* et responsabilité du curateur », LPA, 12 mai 2010, n° 94, pp. 18 et sui., comm. H. Hamadi ; « Tout sur le changement de la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie par un majeur sous curatelle », AJ Fam., 14 septembre 2009, n° 9, p. 352, obs. L. Pécaut-Rivolier ; « L'assurance-vie et les personnes protégées », RTD Civ. 14 décembre 2009, n° 4, p. 698, obs. J. Hauser.

[1689] On retrouve également :

- Le partage concerne la participation du majeur protégé au partage d'une succession dans laquelle il serait l'un des héritiers. Pour formaliser le partage à son égard, l'article 507 du Code civil

personnels, mi-patrimoniaux, fait se conjuguer prééminence de la volonté individuelle et suppléance de la volonté individuelle. On retrouve un système de gestion qui ne permet pas de se positionner efficacement quant à la protection du majeur et son retour progressif à l'autonomie.

---

reprend la formulation de l'article 466 ancien du même code modifié par la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités. Le texte ainsi refondu s'applique entièrement au majeur protégé, outre le mineur, alors que dans sa rédaction précédente, le majeur protégé n'était pas visé. La refonte du partage permet, de la part de la loi du 23 juin 2006, de procéder à un partage « déjudiciarisé », du moins partiellement. En partie, car, si pour effectuer un partage dans l'intérêt du majeur protégé, il est requis l'autorisation du juge des tutelles ou celle du conseil de famille, en revanche, l'homologation judiciaire du partage n'a plus cours légal. Cette homologation disparaît au profit d'une approbation de l'état liquidatif de la succession par le juge des tutelles ou le conseil de famille. Toutefois, si l'ensemble de ces conditions n'est pas rempli, le partage amiable ne vaudra que sous la forme d'un partage provisionnel. Il faut également rajouter que le partage opéré par l'article 507 du Code civil reste cependant subsidiaire. Il peut en effet être remplacé par les règles de la dévolution légale ou testamentaire, et le partage se fera selon la loi ou la volonté du disposant. Enfin, lorsque le partage amiable est réalisé mais qu'il suscite des conflits, l'article 1239-1 du Code de procédure civile donne un droit de recours à l'administrateur légal (pour un mineur) ou au tuteur (pour un majeur) contre la décision autorisée de partage accordée par le conseil de famille ou le juge des tutelles. Le recours se fait dans les quinze jours de la notification de l'autorisation de partage. Le recours est également ouvert aux membres du conseil de famille et à toute personne intéressée.

- le mandat de recherche d'héritier (C. civ., art. 420, dernier al. ; la recherche étant par ailleurs règlementée par l'article 1215 du Code de procédure civile).

- le contrat de gestion de patrimoine répond aux conditions de l'article 500, alinéa 3, du Code civil, lequel prévoit que *« le conseil de famille ou, à défaut, le juge des tutelles, peut autoriser le tuteur à conclure un contrat de gestion des valeurs mobilières et instruments financiers de la personne protégée. Il choisit le tiers contractant en considération de son expérience professionnelle et de sa solvabilité. Le contrat peut, à tout moment, et nonobstant toute stipulation contraire, être résilié au nom de la personne protégée ».* La finalité de la mise en place d'un contrat de gestion de patrimoine vise la protection et la gestion des patrimoines importants.

Conclusion du Titre Second.

663. L'émergence des effets personnels de la mesure de protection est le nouveau pan de la réforme de la loi du 5 mars 2007. Évoluant en parallèle des effets patrimoniaux, les effets personnels sont venus fortement bouleverser le simple exercice de la mesure de protection comme le préconisait la loi du 3 janvier 1968. Le bouleversement est pour le moins symptomatique. Puisque désormais, on oppose sphère d'intervention du représentant légal, sphère propre du majeur protégé, avec le juge des tutelles jouant le rôle d'intermédiaire entre ces sphères, l'articulation de l'ensemble de ces effets n'est désormais pas simple. Les effets personnels de la mesure supposent que le majeur protégé donne son consentement à la réalisation de l'acte, sans pour autant qu'il soit en capacité de le réaliser ; les effets patrimoniaux supposent quant à eux la réalisation d'un acte par le majeur avec l'assistance de son représentant légal. Dit ainsi, la difficulté ne se pose pas. Mais suivant le régime mis en place, suivant aussi la nature de l'acte et suivant la capacité d'action de la personne protégée et sa capacité à exprimer un consentement éclairé, il est évident que l'exercice d'une mesure de protection laisse entrevoir de nombreuses sources de confusion.

664. En effet, si le majeur protégé ne peut donner son consentement, et que dans le même temps, le représentant légal n'est pas autorisé à consentir en lieu et place du majeur protégé, l'acte pour lequel le consentement était nécessaire ne pourra utilement être réalisé. L'incapacité de jouissance qui se dégage de ce défaut de consentement peut conduire la mesure de protection à subir certains échecs. Et c'est là que le problème demeure. La personne chargée de l'exercice de la mesure doit mettre en œuvre tous les moyens pour protéger les intérêts de la personne. Or, la limite qui existe selon cette incapacité de jouissance vient en totale contradiction avec l'interaction des sphères d'intervention du représentant légal et du majeur. Chacun d'eux peut agir seul, avec assistance ou avec autorisation, selon les cas. Cela doit faciliter l'interaction de ces deux sphères, mais en l'occurrence, l'incapacité de jouissance et l'impossibilité de consentir en lieu et place viennent bloquer l'intervention du représentant légal dans la sphère du protégé.

665. Au vu de l'évolution des mesures, à travers la suppression de la curatelle pour prodigalité et de la réforme de la curatelle dans son ensemble, en tenant compte de l'état stagnant de la tutelle, on peut douter de l'efficacité intrinsèque de chacune des mesures sur un retour rapide à l'autonomie. La curatelle simple présente un mode de gestion inadapté pour la personne protégée et peu sécurisant pour les tiers contractant avec elle. La curatelle renforcée s'apparente à une forme de quasi-tutelle. La tutelle supprime toute liberté, et l'autonomie, d'une manière générale, tend à se réduire, puisque la seule véritable action du protégé est celle de consentir à la réalisation d'un acte strictement personnel. Les actes patrimoniaux peuvent même ne pas recevoir le consentement de la personne protégée si le représentant légal peut agir seul, dans l'hypothèse où le recueil de ce consentement est impossible.

La curatelle est-elle devenu le système idéal de gestion patrimoniale ? Non, puisque la curatelle semble être dénaturée par l'image qu'elle renvoie d'une forme de tutelle incomplète. Alors, sans doute la tutelle est devenue le système idéal de protection, puisque l'état mental de la personne protégée amène cette dernière à intervenir et à décider le moins souvent possible, ce qui donne toute latitude pour le tuteur d'exercer au mieux la mesure de protection. Et pourtant, le recours aux curatelles est croissant, mais leur recours doit sûrement se faire en raison de l'état mental de la personne entre la quasi-capacité et l'incapacité quasi-totale. Alors, si la loi du 5 mars 2007 veut mettre au premier plan la personne protégée en faisant valoir les effets personnels de la mesure en parallèle des effets patrimoniaux, il n'en demeure pas moins que la réforme en la matière n'a pas encore apporté de solutions idéales afin de réaliser un exercice efficient de toutes mesures. La jurisprudence, sur les bases de la doctrine, sera à même de répondre aux conflits que la loi nouvelle aura engendrés. Et on le

voit tel quel : la suppléance de la volonté individuelle est fortement implantée, ancrée, l'autonomie n'est pas vraiment réelle. Ne serait-elle qu'un mythe ?

Et les conflits risquent de représenter une masse considérable, notamment dans les effets personnels. Comment pourra-t-on concilier un droit commun de la protection si, dans le même temps, on met en place des dispositions spécifiques et particulières ? Quelle sera l'imbrication du Code civil avec le Code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles ? Le premier prévoit qu'il est possible de mettre de côté toute assistance de la part du représentant légal dans les actes strictement personnels. Les suivants précisent par contre que la mesure de protection suppose la désignation d'un représentant légal – une personne de confiance – et que sa présence ne peut être dispensée. L'imbrication est difficile à comprendre, puisque la synthèse des deux interprétations pourrait aboutir à cette conclusion : la présence du représentant légal est obligatoire et dispensable. Il est certain que le droit commun de la protection quant aux effets personnels permettra de mettre à l'écart les dispositions spéciales dès lors qu'elles seront insuffisantes.

Mais le système n'est pas satisfaisant. Où est la cohérence dans tout cela ? La loi actuelle pose des contradictions qui empêchent de lire clairement les ambitions qu'elle développe dans l'esprit. Et un certain retour en arrière de sa part n'est pas sans rappeler que la loi du 3 janvier 1968 n'a pas fini de produire des effets sous-jacents et qu'elle reste toujours assimilée par la pratique, alors que la loi du 5 mars 2007 n'arrive pas à en effacer les effets. La période suspecte qui existait autrefois voit un jour nouveau dans la tutelle et reste toujours présente dans la curatelle. Réaffirmer l'existence d'une période suspecte, c'est passer sous silence le principe de l'article 415 du Code civil qui prévoit le retour à l'autonomie du majeur. L'autonomie peut-elle vraiment exister si une période suspecte permet de tout remettre en cause dans un délai de deux ans avant l'ouverture de la mesure et dans un délai de cinq après le jugement d'ouverture ? La loi du 5 mars 2007 se veut progressiste, elle semble au final plutôt rétrograde, car l'autonomie de la personne semble étouffée par la présence tenace du passé, la suppléance de toute volonté étant forte au demeurant.

666. Finalement, le juge des tutelles devra faire preuve de clairvoyance, de bon sens dans ses décisions, et surtout, devra percevoir la nécessité de prononcer la mesure la plus juste, tant d'un point de vue personnel que patrimonial. Après tout, une solution qui semble effective est la désignation d'un tuteur à la personne et la désignation d'un tuteur à la gestion patrimoniale. Puisque deux tuteurs exerceront chacun une partie de la mesure, il sera sans doute plus facile de supprimer les conflits dans l'interaction des deux sphères. Le tuteur à la gestion patrimoniale n'aura pas à intervenir dans l'aspect personnel de la mesure, alors que le tuteur à la personne n'aura en charge que cet aspect. Ainsi, peuvent être réduits les risques de conflits dans l'exercice de la mesure. Et le contrôle qu'exercera le juge sur la mesure et les différents actes relatifs à la mesure constitue un rempart à toute forme de dérives gestionnaires de la part du représentant légal, ainsi qu'aux discordances qui peuvent résulter d'une loi nouvelle bâtie sur les fondations de la loi ancienne. La suppléance de la volonté individuelle contrebalance en conséquence l'autonomie.

667. Une dernière remarque s'impose : la loi prévoit qu'un compte rendu des diligences réalisées par le représentant légal et touchant à la protection de la personne soit rendu annuellement. *Quid* en l'occurrence dans la pratique ? Rien en l'espèce. Même si le jugement de placement sous protection mentionne l'obligation susdite, il n'en demeure pas moins que les contrôles sur ces diligences n'existent pas. Si les MJPM signalent tout de même les actes personnels accomplis dans l'intérêt du majeur, on ne peut pas en dire autant des familles qui ne jugent pas toutes utile de rendre compte au juge sur ce plan-là. Au contraire, la reddition des comptes de gestion[1690] en ce qui concerne la gestion du patrimoine est bien

[1690] C. civ., art. 510 à 514.

effective. La communication des comptes au juge des tutelles et au majeur doit permettre au représentant légal de justifier de son activité[1691]. Suivant la qualité des comptes tenus, le juge décidera ou non d'approuver le compte[1692]. Quelle que soit la décision envisagée sur les comptes, ce qu'il convient de remarquer est l'obligation pour les représentants légaux de rendre annuellement les comptes. Si l'on ne cherche pas à contrôler leurs diligences sur les actes touchant à la personne, en revanche les contrôles sont bien réels en ce qui concerne la gestion patrimoniale. Cet aspect démontre finalement que tout en accordant une part importante pour la protection de la personne, la protection patrimoniale ne semble pas plus allégée, mais bien plus soumise à tout contrôle jugé utile ou nécessaire. Bien que la communication des comptes au majeur permette une connaissance de sa situation patrimoniale, il n'en demeure pas moins que tout ce qui touche au patrimoine est plus important que ce qui a trait à la personne. Pourquoi l'autonomie en matière personnelle est-elle plus ouverte que l'autonomie en matière patrimoniale ? Tout simplement parce que les conséquences de la gestion patrimoniale réalisée par le majeur serait bien plus catastrophiques que celles découlant des actes consentis sur le plan de sa personne.

[1691] L. Pécaut-Rivolier, « Fiche pratique : les droits du majeur protégé » *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 25. Mais aussi auprès des tiers. Une dispense de compte peut être accordée par le juge (C. civ., art. 512) en raison de très faibles ressources corrélativement à l'existence de faibles dépenses, *idem* dans le cadre de patrimoine peu consistants, à son appréciation : du même auteur, « Les mesures de protection du Code civil comme dispositif d'accompagnement », *in* Dossier L'accompagnement, entre droit et pratique, RD Sanit. Soc., 31 décembre 2012, n° 6, pp. 1010 et sui. ; du même auteur, « Les mesures concrètes pour simplifier l'exercice des mesures et diminuer leur nombre» *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 10.

[1692] S. Karim, « Les réformes procédurales issues de la loi du 12 mai 2009 en matière de protection des personnes », Dr. Fam., 1er juillet 2009, n° 4, p. 5. Le juge sera destinataire d'un procès-verbal de difficulté.

Conclusion de la Partie Seconde.

668. La suppléance de la volonté individuelle a de beaux jours devant elle. Que ce soit au stade de la procédure ou dans la mise en œuvre de la mesure de protection, la volonté individuelle n'a que peu de place pour s'exprimer.

669. Au stade de la procédure, l'avis du majeur pèse peu finalement. Le juge des tutelles entendra le majeur et ce dernier donnera son impression sur la mesure qui sera envisagée. Mais après tout, les principes de nécessité et de subsidiarité se combinent, le juge des tutelles ouvrira une mesure de protection. Et si le majeur n'est pas favorable à la mesure, cette dernière sera imposée. Quant aux effets de la mesure, la réalité est encore pire. Le majeur n'a que peu de marge de manœuvre dans le sens où en dehors des actes strictement personnels, il ne peut absolument rien décider sans l'assistance au minimum de son curateur. La représentation qu'impose la tutelle ne favorise pas non plus la prise de décision. Alors, on oppose à la suppléance de la volonté individuelle le retour progressif du majeur à l'autonomie. Que ce soit en curatelle simple, renforcée ou en tutelle, l'autonomie n'est pas une réalité tangible. Le majeur protégé demeure en permanence sous le joug de son représentant légal et ce dernier agira en quasi-totalité en lieu et place du majeur. Sauf exceptions, comme le choix d'un lieu de vie ou les relations entretenues avec les personnes de son choix, ou encore tout autre acte de nature extrapatrimoniale, le majeur ne pourra pas agir sans son représentant légal.

670. L'autonomie se trouve en conséquence fortement limitée par la suppléance de la volonté du majeur. D'ailleurs, le retour progressif à l'autonomie ne passera pas sans la présence du tuteur ou du curateur. Et en dehors de la curatelle simple qui laisse entendre une quasi-autonomie placée sous contrôle, la famille du majeur ou tout professionnel devra se positionner comme la seule entité à pourvoir au retour à l'autonomie du majeur. Mais cette idée a peu de chances d'aboutir à une réalité pratique. La mesure de protection traduit bien l'impossibilité pour la majeur de parvenir à l'autonomie. À moins d'une mainlevée de la mesure pour avoir retrouvé le bénéfice de son intégrité mentale ou physique, le majeur restera soumis à l'autorité de son représentant légal. Alors oui, l'autonomie trouvera sa voie, mais une voie fortement étroite et restreinte par la suppléance de la volonté. La prééminence de sa volonté est bel et bien compromise et toute suppléance engendre la suppression de toute liberté. La suppléance de la volonté triomphe de l'autonomie.

Conclusion générale.

671. Quoi que l'on dise de la loi du 5 mars 2007 et d'une suppléance de la volonté du majeur bien trop prégnante, *« le droit ne peut empêcher l'inévitable »*[1693]. L'évanouissement de la volonté du majeur est donc acquise et inéluctable. La loi ne fait qu'adapter le droit en fonction de ce que l'état d'un majeur sous protection lui permet de réaliser ou d'exprimer. En ce sens, la *« régressivité »*[1694] est bien acquise. Bien qu'il existe tout un ensemble de pathologies ou de handicaps et que chaque situation concernant chaque majeur parmi le million de personnes protégées en France relève du cas par cas, on ne peut résolument pas faire autrement lorsque le majeur protégé ne peut plus décider seul. L'on pourra émettre tous les avis que l'on veut, formuler toutes les critiques possibles et inimaginables, à quoi cela sert-il ? Le système de la protection des majeurs est imparfait, c'est une évidence. Il met trop en avant le rôle du représentant légal, ne laisse pas de place suffisante pour que le majeur décide de la gestion du patrimoine qu'il souhaiterait mettre en place, si tant est qu'il s'y intéresse. De même, le majeur dispose d'une autonomie *a priori* importante en matière personnelle, laquelle autonomie n'est pas exempte de vices.

672. Inutile d'en rajouter sur le mandat de protection future qui laisse une apparence de pouvoir décisionnel, mais qui reste placé sous le contrôle du juge des tutelles pour les actes les plus graves ; même s'il impose *« une hiérarchie des mandats [entre époux et judiciaires] »*[1695], il permet au moins d'aller dans le sens de la volonté du majeur. Toutefois, on peut louer le législateur d'avoir prévu – enfin – la publicité de la protection conventionnelle sur un registre spécial, bien qu'un décret doive en déterminer les modalités et les conditions d'accès[1696]. Quant à la protection sociale, partant du principe du volontariat dans un premier temps, elle n'est en réalité que la survivance de l'ancienne TPSA servant à contrôler l'usage des prestations sociales. Cependant, la protection sociale demeure *« le symbole de l'engagement volontaire et de l'implication active de la personne à agir pour son retour à l'autonomie [...] ; ainsi personnalisée, adaptable, la mesure [MASP] répond aux principes [...] d'individualisation [...] et de respect des personnes protégées, en les désignant comme acteurs de leur protection »*[1697]. Seule la procédure pourrait échapper aux critiques, puisque le majeur trouve une place digne et que son avis, bien qu'informel, est relevé lors de son placement sous protection. La procédure et l'exercice de la mesure viennent *« [renforcer] les droits et l'autonomie de la personne protégée, [...] afin de replacer la personne au centre*

[1693] Ph. Malaurie, « La protection légale protège-t-elle adéquatement le patrimoine du majeur vulnérables ? », LPA, 3 décembre 2008, n° 242, pp. 5 et sui.

[1694] Le mot peut sembler un barbarisme, mais il est utilisé en droit fiscal en matière de régressivité de l'impôt, ou encore en psychanalyse pour traduire un comportement régressif de la personne, caractérisant ainsi un comportement infantile, sexuel ou pulsionnel notamment. L'utilisation de ce terme est à double sens et traduit non seulement la régression de la volonté de par la maladie de la personne protégée, mais aussi l'apparence fiscale, et donc patrimoniale, de la finalité de la protection des majeurs dans laquelle la volonté du majeur n'a plus lieu d'être. *Cf* l'ouvrage sui. sur la notion de *« régressivité »* en psychanalyse : L. Danon-Boileau, Cl. Janin et J. Bouhsira, *Nosographie psychanalytique*, PUF Paris, 2015.

[1695] J. Klein, « Le point de vue d'un notaire », *in* Dossier, Majeurs protégés : bilan de la réforme, AJ fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 182.

[1696] L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, JORF n°0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1, art. 35, insérant dans le Code civil un art. 477-1 nouv.

[1697] N. Alazard, « La mesure d'accompagnement social personnalisé, deux ans après », *in* Dossier préc. AJ fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 181.

du dispositif et mettre fin à l'exercice stéréotypé d'une tutelle ou d'une curatelle »[1698]. S'affiche donc *« le respect de l'autonomie de la personne et de sa dignité [...], au regard du statut particulier des actes à caractère personnel »*[1699].

673. Enfin, la durée de la mesure initiale a visiblement posé une difficulté concernant les majeurs se trouvant dans un état de santé non susceptible d'amélioration dans l'avenir. Thierry Verheyde s'étonnait, en 2011, qu'il ne fût pas admis d'aller au-delà de la durée de cinq ans prévue pour une première mesure[1700]. Si cette limite constitue *« une lourdeur d'interdiction faite au juge des tutelles [...] »*[1701], il paraît judicieux de conserver cette limite. Instaurer dès l'ouverture une mesure perpétuelle reviendrait à faire renaître de ses cendres la loi antérieure. La durée limitée de la mesure initiale permet donc la révision de la situation de la personne *« dans une démarche d'évaluation permanente »*[1702]. Le compromis a été trouvé avec la loi du 16 février 2015 qui autorise l'ouverture des mesures de tutelle exclusivement, pour une durée de dix ans maximum, lorsqu'aucune amélioration de l'état de santé de la personne n'est possible selon les données acquises de la science. Reste à voir si sur le plan du suivi personnel, le législateur n'a pas fait une erreur.

674. Même si la protection du XXIè siècle n'est pas à bannir dans son ensemble, il ressort que *« l'introduction dans la loi de la notion de la protection de la personne [...] apparaît cependant [...] délicate et difficile à appliquer »*[1703], en raison du problème lié à l'articulation des dispositions du Code civil, du Code de la santé publique et du code de l'action sociale et des familles[1704]. Dans le meilleur des cas, avec l'évolution de la personne et de sa famille, cette révision des mesures, mêmes celles considérées comme définitives dans les faits, permet de *« moduler »*[1705] la gestion de la mesure et la rendre *« plus souple »*[1706].

675. Mais à quoi bon critiquer ? Le système est imparfait et le restera, parce que l'homme lui-même est imparfait. La protection de sa personne n'est pas la protection d'un bien meuble ou immeuble. Il n'existe pas de système de protection parfait et vouloir s'imaginer qu'il existe quelque part un tel système est bien une perte de temps. Alors, le droit s'efforcera de faire pour le mieux. Et même si la personne protégée trouve injuste de bénéficier d'une mesure de représentation, autant se convaincre que nécessité fait loi et que seule une mesure de protection peut s'avérer l'unique moyen de la protéger contre elle-même, avant même de la protéger des loups tapis dans l'ombre flairant leur proie. Le système est imparfait, en effet, mais malgré ses défauts, la réforme s'efforce de maintenir la protection des majeurs à un haut degré. N'oublions pas que, quel que soit son rang social, quelle que soit sa richesse, quelle que soit sa culture, devant la maladie mentale ou le handicap physique, la règle *erga omnes* s'impose à tout le monde comme la loi s'applique à tout le monde. Gardons un minimum d'humilité et de modestie, car l'orgueil amène à finir seul sa vie de majeur protégé. *« Il y a dessus, derrière et dessous les formes extérieures de la solidarité humaine qu'institue le droit une expérience intérieure radicale, l'espérance qui est bien au-delà du*

[1698] J. Tirmarche, « Le point de vue d'un mandataire à la protection des majeurs », *in* Dossier préc., AJ fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 194.

[1699] C. Jonas, « Le point de vue d'un médecin spécialisé », *in* Dossier préc. AJ fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 183.

[1700] Th. Verheyde, « Propos introductifs », *in* Dossier préc., AJ fam., 16 avril 2011, n° 4, p.180.

[1701] *Ibid*.

[1702] V. *supra* n. n° 1698, J. Tirmarche, art. préc. ; É. Pecqueur, « Le point de vue d'un juge des tutelles », *in* Dossier, Majeurs protégés : bilan de la réforme, AJ fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 188.

[1703] V. *supra* n. n° 1702, É. Pecqueur, art. préc.

[1704] V. *supra* n. n° 1698, J. Tirmarche, art. préc.

[1705] *Ibid*.

[1706] V. *supra* n. n° 1702, É. Pecqueur, art. préc.

droit. Pour que les personnes vulnérables soient des hommes et des femmes qui continuent, malgré la diminution de leurs facultés, à avoir leur dignité ou qu'ils la retrouvent, le droit, l'aide sociale et même la médecine ne suffisent pas ; il faut une foi, la conviction quotidiennement et intérieurement vécues[1707] *que la plus haute forme de l'espérance, c'est le désespoir surmonté »*[1708]. Ne sommes-nous pas simplement qu'humains finalement ?

[1707] V. *supra* n. n° 1693, Ph. Malaurie, art. préc.

[1708] G. Bernanos, *La France contre les robots*, *in* Essais et écrits dans le combat, Pléïade, t. II, 1995.

Bibliographie

Ouvrages

C. Albigès, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000.

R. Andorno, *La bioéthique et la dignité de la personne*, Paris, PUF, Coll. Médecine et société, 1997.

F. Arbellot, *Droit des tutelles*, Praxis Dalloz, 2è éd. 2007.

A. Batteur, A. Caron-Deglise, M.-C. Dalle, Th. Fossier, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, tutelle accompagnements*, Litec 2009.

H. Battifol et P. Lagarde, *Droit international privé*, LGDJ, 7è éd., 1983, t. II.

A. Bénabent, *Droit des obligations*, Domat Droit privé, Montchrestien, Lextenso Éditions, 13è éd., 2012.

G. Bernanos, *La France contre les robots*, *in Essais et écrits dans le combat*, Pléïade, t. II, 1995.

Boulogne-Yang-Ting, *Les incapacités et le droit des sociétés*, LGDJ, t. 470, 2007.

Cl. Brenner, *L'acte conservatoire*, préf. de Pierre Catala, LGDJ, collection « Bibliothèque de Droit privé », t. 323, n° 166 et sui.

Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, PUF, Thémis, 22è éd., 2000.

Carbonnier, *Droit civil. Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, Thémis, 21è éd., 2000.

Cornu, *L'âge civil, in* Mélanges Roubier, 1961, t. II, 9.

Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, collection « Quadrige », 6è éd., 2004.

L. Danon-Boileau, Cl. Janin et J. Bouhsira, *Nosographie psychanalytique*, PUF Paris, 2015.

F. Dékeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial,* Montchrestien, 2001.

Ph. Delebecque et F. Collart-Dutilleul, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 4è éd., 1998.

Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle éd. par de Héricourt, Livre I, titre XV, *Des procurations, mandements et commissions,* Sect. I, I.

J. Ellul, Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception, *in Le dépassement du droit, Archives de philosophie du droit*, vol. 8, 1963.

M. Fabre-Magnan, *La dignité humaine*, Dictionnaire des Droits de l'Homme, PUF, 2008.

Th. Fossier, M. Bauer et E. Vallas-Lenerz, *Les tutelles, accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF Editeur, 5è éd., 2011.

H. Fulchiron, *Autorité parentale et familles recomposées* , *in* Mélanges Huet-Weiller, LGDJ, 1994.

O. Galland, *Sociologie de la jeunesse : l'entrée dans la vie*, Armand Colin, 1991.

J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil*, *les effets du contrat*, LGDJ, 3è éd. 2001.
P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6è éd., 1918.

A. Heldrich, *Palandt*, 64è éd., 2005.

Th. Hobbes, *Léviathan*, 1651, Éd. Gallimard, Coll. Folio essais, 2000.

J. Huet, *Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 1996.

Ch. Jubault, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Domat Droit privé, Monchrestien, 2005.

G. Kegel et K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, 2004.

A. Lalande, Consentement, *in Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, coll. Quadrige, PUF, 1991, vol. 1.

J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2è éd., 2010.

Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, Cujas, 1994.

Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les personnes, les incapacités*, Defrénois, 2003.

Ph. Malaurie et L. Aynes, *Droit civil, Les successions, les libéralités*, Defrénois Lextenso Editions, 4è éd., 2010.

Maria, *Les incapacités de jouissance, étude critique d'une catégorie doctrinale*, Defrénois, t. 44, 2010.

J. Massip, *La réforme du droit des incapables majeurs*, 1968, cité dans la préface de l'ouvrage intitulé *Les majeurs protégés*, du même auteur, Defrénois, 1994.

J. Massip, Morin et Aubert, *La réforme de la filiation*, préface Carbonnier, 3è éd., 1976.

J. Massip, *Les majeurs protégés*, Defrénois 2002.

G. May, *Éléments de droit romain*, 10è éd., 1909.

P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 8è éd., 2004.

L. Pécaut-Rivolier, *Protéger un majeur vulnérable*, Delmas express, 2010.

N. Péterka, *Régimes matrimoniaux*, Dalloz, 1ère éd., 2008.

Rassat, « L'autorité parentale à l'épreuve de l'adolescence », *in L'autorité parentale à l'épreuve*, sous dir. Foyer et Labrusse-Riou, Économica, 1983.

Rebourg, *La prise en charge de l'enfant par son beau-père*, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2003.

M. Revillard, *Droit international et communautaire. Pratique notariale*. Préf. P. Lagarde, Defrénois, 6è éd., 2005.

F. Rigaux, *Le statut de la représentation. Étude de droit international privé comparé*, Leiden, Bibliotheca Visseriana, 1963.

Ripert et Boulanger, *Contrats civils*, 1958.

G. Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, LGDJ, 1992.

G. Ripert et R. Roblot, *Traité du droit commercial*, LGDJ, 1996.

J. Schmidt-Szalewski, « Les fictions en droit privé », *in Réformes du droit de la famille, Archives de philisophie du droit*, 1975, t. 20.

H.-J. Sonnenberger, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen, Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (art. 1-38, Internationales Privatrecht,* Verlag C.H. Beck, 3è éd., Munich, 1998, XXXII.

M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, 1982.

Fr. Terré et D. Fenouillet, *Droit Civil, La famille*, Précis Dalloz, 8è éd., 2011.

Fr. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, Personnalité-incapacité-protection*, Précis Dalloz, 8è éd., 2012.

Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Précis Dalloz, *Droit civil, les obligations*, 9è éd., 2005.

Troplong, *Le droit civil expliqué*, T.XVI Du mandat n° 1, 1846.

H. Vialleton, *La conservation du fonds de commerce propre et la prohibition des pactes sur succession future*, études H. Capitant.

G. Wickler, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. de J. Amiel-Donat, LGDJ, t. 253, 1997.

Tr. Xuan Thuan, *Dictionnaire amoureux du Ciel et des étoiles*, Plon Fayard, 2009.

Doctrine et articles

N. Alazard, « La mesure d'accompagnement social personnalisé, deux ans après », *in* Dossier, Majeurs protégés : bilan de la réforme, AJ fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 181.

D. Alexandre, J.-Cl. Civ., art. 1984 à 2010, Fasc. H n° 27 et sui.

D. Alexandre, J.-Cl. Civ. art 1984 à 2010, Fasc. D à F, n° 57.

Aubert, Goubeaux et Gébler, Defrénois 1971, I, 29891.

V. Avéna-Robardet, « Des majeurs vulnérables mieux protégés », AJ Fam. 2008, n° 359.

V. Avéna-Robardet, « La simplification du droit de la famille », AJ Fam., 18 mai 2009, n° 5, p. 190.

V. Avéna-Robardet, « Caducité des mesures ? », AJ Fam., 16 juillet 2013, n° 7, p. 403.

A. Aynès, « L'administration de la succession pour autrui », JCP N 2008, n° 29, p. 1246.

M. Azavant, « Effets généraux et effets personnels », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 73 et sui.

I. Barrière-Brousse, « Le nouveau DIP des incapacités et la loi du 5 mars 2007 », Dr. fam, 2009, étude n° 14.

P. Bartlett, « Capacité juridique, limitation de la liberté d'aller et venir et droits de l'homme », RD Sanit. Soc. 2015, p. 995 et sui.

A. Batteur, « Contrat et mesures de protection », JCP N 2008. 1275, n° 36.

A. Batteur, « Les conditions d'ouverture des régimes de protection », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 60 et sui.

A. Batteur, « Application de la loi du 5 mars 2007 dans le temps et modifications opérées par la loi du 12 mai 2009 », Dr. Fam., 1er juillet 2009, n° 4, p. 3.

M. Bauer, « Réforme de la protection des majeurs : les professionnels » *in* Dossier, Réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 61.

M. Bauer et Th Fossier, « L'utilisation des prestations sociales : contrôle ou assistance ? », RTD Sanit. Soc. 1994.

M. Béhar-Touchais, « Contrats distribution », V. Extinction du contrat, les causes, Fasc. 175, 1988, n°120 *in fine*.

A. Ben Abdallah, « Le document individuel de prise en charge : du contractuel à l'unilatéral » *in* Dossier, Le contrat dans le secteur social et médico-social, RD. Sanit. Soc., 29 février 2012, n° 1, pp.18 et sui.

J.-L. Bergel, « Les ventes d'immeubles existants », Litec 1982, n° 273.

M. Berlinghi-Domingo, « Fiche pratique : l'inventaire des biens du majeur protégé », *in* Dossier, Réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 69.

S. Bernheim-Desveaux, « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », Lamy RJPF, 1er avril 2010, n° 4, p. 8.

Cl. Brenner, « La gestion d'une succession », *in* Dossier Premières vues sur la réformes des successions, Rec. D., 2 novembre 2006, n° 37, p. 2559 et sui.

F.-X. Bréchot, « La constitutionnalité du mariage pour tous en question », JCP 2012. 2326.

A. Cheynet de Beaupré, « Mariage pour tous : l'effet papillon », RJPF 2013-2/5.

M. Borgetto, *in* Dossier, La réforme des tutelles, RD Sanit. Soc., 15 septembre 2008, n° 5, pp. 807 et sui.

M. Borgetto, « La portée juridique de la notion d'accompagnement », RD Sanit. Soc., n° 6, 31 décembre 2012, pp. 1029 et sui.

M. Bourassin, « Les sûretés sur le logement du majeur protégé », RTD Civ., 14 octobre 2011, n° 3, pp.433 et sui.

A. Brousse, « Réforme des tutelles : les acteurs de la protection : les professionnels », AJF 2007, p.219.

A. Brousse, *in* Dossier, Réforme des tutelles : les acteurs de la protection, « Les professionnels », AJ Fam., 14 mai 2007, n° 5, p. 220, propos recueillis par L. Pécaut-Rivolier.

A. Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun, *in* Mélanges Weill, 1983 .

M. Buy, « Prescriptions de courte durée et suspension de la prescription », JCP 1977. 1. 2833.

L. Cadiet, « La légalité procédurale en matière civile », BICC, 15 mars 2006, n° 636.

Carbonnier, « La règle *contra non valentem non currit praescriptio* », Rev. crit. de légis. et de jurisprudence, 1937. 155.

Carbonnier, « Essai sur les lois », Defrénois, 1979. 61.

A. Caron-Deglise, « L'ouverture d'une mesure de protection, les principaux aménagements de la loi », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 50 et sui.

A. Caron-Déglise, « L'accompagnement budgétaire des personnes en situation de précarité : un enjeu essentiel », *in* Dossier, Réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 63.

J. Calais-Auloy, « L'attente légitime, une nouvelle source du droit subjectif ? », *in* Mélanges Y. Guyon, *D.* 2003, p. 171.

Capitant, « La prohibition des pactes sur succession future non ouverte », Rev. crit. legis. et jurispr., 1933, 86.

G. Casey, « Le divorce du majeur protégé », Gaz. Pal., 22 novembre 2008, n° 327, pp. 20 et sui.

J. Casey, « Le mandat posthume », Dr. Fam. 2007, 2006, ét. n° 53.

J. Casey, « Quel avenir pour le mandat de protection future ? », Gaz. Pal., 13 août 2011, n° 225, pp. 7 et sui.

A. Cermolacce, « L'organisation générale des régimes de protection : sauvegarde de justice, curatelle et tutelle », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 68 et sui.

J.-P. Chazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du Code civil », RTD Civ. 15 juin 2001, n° 2, pp. 265 et sui.

A.-C. Chiariny-Daudet, « Les nouvelles représentations de la volonté en droit de la famille », LPA, 28 novembre 2007, n° 238, pp. 6 et sui.

M. Chopin-Texier, « Les mandats : mandat posthume et mandat de protection future », Dr. et patri., n°190, 1er mars 2010, pp. 53 et sui.

Ch. Clément, « Le mandat durable et le mandat de protection future : vingt ans d'application dans l'Etat de New York », Gaz. Pal., Recueil Juillet-Août 2009, pp. 2419 et sui.

Colombet, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.* 1971, chron. 1.

J. Combret, Ph. Potentier, Fl. Géminiani, H. Lenouvel et Y. Le Levier, « Mandat de protection future (formule commentée) », Defrénois, 15 février 2009, n° 38891.

Cornu, « Les contrats entre époux, recherche d'un critère général de validité », RTD Civ., 1953.461.

Cornu, « La naissance et la grâce », *D.* 1971, chron. 165.

Coutel, « L'éthique de la sollicitude et la personne vulnérable », Dr. fam., février 2011, pp. 34 et sui.

M. Couturier, « Secret médical et protection des personnes atteintes de troubles psychiques », RD. Sanit. Soc., 13 mars 2009, n° 2, pp. 277 et sui.

N. Couzigou-Suhas et Y. Le Levier, « Le mandat de protection future », Defrénois, 30 avril 2006, n°38371, pp. 633 et sui.

G. Crémont et H. Lenouvel, « Les libéralités graduelles et résiduelles au service des personnes vulnérables », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 68 et sui.

M. Dagot, « Le droit à la commission de l'agent immobilier », JCP N.1986.I.255.

B. Daugeron, «Mariage pour tous : retour sur la constitutionnalité du référendum, *D*. 2013. 320.

Fr. Dékeuwer-Défossez, « Familles éclatées, familles reconstituées », *D.* 1992, chron. 133.

Fr. Dékeuwer-Défossez, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », RLDC 2012. 98.

F. Delbano, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », Rec. D., 4 novembre 1999, n° 38, pp. 408 et sui.

J.-P. Delevoye (médiateur de la République), « Réforme des tutelles : une réforme importante à mettre en œuvre », Rev. Lamy, Dr. Civ., 2006, n° 27.

A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz, « Le mandat de protection future », JCP N 2007, I, 147, n° 1.

P. Delor et Fr. Mananga, « Répercussions de la loi sur la protection juridique des majeurs dans l'accompagnement des personnes handicapées mentales », JDJ-RAJS, n° 267, 2007, pp. 37 et sui.

E. Delouis, « Le mandat de protection future, le point sur la mise en œuvre d'un contrat très attendu », LPA, 4 novembre 2010, n° 220.

C. Descuilhes, M. Poret et A. Boivin, *in* Dossier, Réforme des tutelles : les acteurs de la protection, « les professionnels », AJ Fam., 14 mai 2007, n° 5, p. 219, propos recueillis par Th. Fossier.

R. Dijoux, « L'autonomie en droit de la protection des majeurs : critiques pratiques », 16 décembre 2011, LPA, n° 250, pp. 4 et sui.

J.-P. Doucet, « Les effets de la mort sur le mandat », Gaz. Pal., 1963, 2. Doct. 27.

G. Durry et M. Gobert « La réforme de la tutelle et de l'administration légale à l'épreuve du temps, *in* Mélanges J. Foyer, 1997, p. 377, spéc. p. 383.

B. Dutoit, « La protection des majeurs en droit international privé », Rev. Crit, DIP 1965, pp. 465 et sui.

Cl. Esper, « La personne de confiance », Gaz. Pal., 17 décembre 2002, n° 351, pp. 13 et sui.

H. Fabre et Ph. Van Steenlandt, « Mandat de protection future et assurance-vie », Dr. et patri., n° 185, octobre 2009, pp. 36 et sui.

M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », Rec. D. 3 janvier 1968, n° 31, pp. 31 et sui.

Y. Favier, « Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs : une nouvelle profession sociale », *in* Dossier, La réforme des tutelles, RD Sanit. Soc. 2008, 15 septembre 2008, n° 5, pp. 826 et sui.

Y. Favier, « Pas d'adoption simple pour le majeur sous tutelle inapte à consentir à sa propre adoption », JCP G 2009. II. 10012.

Y. Favier, « Les mesures accompagnant les vulnérables : nouvelles tutelles sociales ? », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs,, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 101 et sui.

D. Fenouillet, « Le mandant de protection future ou la double illusion », Defrénois, 30 janvier 2009, art. n° 38882, pp. 142 et sui.

D. Fenouillet, M.-P. Champenois et J. Sansot, « Majeurs protégés, introduction, J.-Cl. Civ., fasc. n°10, 2003, n° 48.

D. Ferrier, « Le mandat des agents immobiliers », JCP.1976.I.2795, et J.-Cl. Contr. et distrib., Fasc. 1180, agents immobiliers, 1985.

M.-C. Forgeard et N. Levillain, « Mandat de protection future et pratique notariale », Defrénois, n°38737, 30 mars 2008.

Th. Fossier, Jurisclasseur Civil, articles 488 à 514, fascicule 24, *Condition du majeur en tutelle*, n°117, citant Claude Geoffroy, *le statut civil du malade mental et de l'inadapté*, Litec 1974.

Th. Fossier, « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure », JCP G 1985, I, 3195.

Th. Fossier, « Vingt-cinq ans de protection des majeurs », JCP 1993, éd. N, I, 164.

Th. Fossier, « Le rapport du groupe Jean Favart sur le dispositif de protection des majeurs », JCP G 2000, act. p. 1055.

Th. Fossier, « La responsabilité du tuteur et du juge des tutelles selon les décisions des trois ordres de juridictions », RD. Sanit. Soc., 15 juin 2001, n° 2, pp. 364 et sui.

Th. Fossier, « démocratie sanitaire et personnes vulnérables », JCP 2003, I 135, p. 931.

Th. Fossier, « La représentation légale de l'incapable, une théorie à construire », Dr. Fam., 2004, ét. n°10.

Th. Fossier, JCP n° 2005, 1110, p. 301.

Th. Fossier, « L'objectif de la réforme des incapacités : protéger sans jamais diminuer », Defrénois, 15 janvier 2005, art. 38076, n° 1, pp. 3 et sui.

Th. Fossier, « Le remplacement de la tutelle aux prestations sociales », JCP N 2006, n° 14.

Th. Fossier, « le renforcement de la tutelle aux prestations sociales par la mesure de gestion budgétaire et sociale (MGBS) et la mesure d'accompagnement social spécifique », JCP N 2006, 1151.

Th. Fossier, « Présentation du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs », JCP G 2006, act. 574.

Th. Fossier, Éd. du Jurisclasseur, 5/2007, études n° 17.

Th. Fossier, « La réforme de la protection des majeurs, guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », JCP N, 16 mars 2007, n° 11.

Th. Fossier, « Le droit des tutelles après la réforme : nouvelle branche du droit social ? », RD. Sanit. Soc., 16 juillet 2007, n° 4, pp. 672 et sui.

Th. Fossier, « Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux », JCP N 2008, 1277.

Th. Fossier, « Le mandat de protection future sous seing privé, deuxième décret d'application de la réforme de la protection des majeurs », Dr. fam. 2008, ét. 2.

Th. Fossier, « Quand le juge (des tutelles) se fait discret », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 46 et sui.

Th. Fossier, « Les rôles du juge des tutelles : décidément, un juge 'social' », *in* Dossier, La réforme des tutelles, RD. Sanit. Soc., 15 septembre 2008, n° 5, pp. 821 et sui.

Th. Fossier, JCP G, 14 janvier 2009, aperçu rapide n° 20.

Th. Fossier, « Patrimoine et intérêts juridiques, traditions et nouveautés », *in* Dossier, Réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 52.

Th. Fossier, « La loi du 5 mars 2007, une véritable réforme », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 5 et sui.

Th. Fossier et M. Bauer, « L'utilisation des prestations sociales : contrôle ou assistance ? », RD. Sanit. Soc., 15 décembre 1994, n° 4, pp. 657 et sui.

Th. Fossier et D. Guihal, « Le régime des poursuites pénales engagées contre un majeur protégé », JCP 2007. I. 146.

Th. Fossier et M. Harichaux, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », RD. Sanit. Soc., 15 mars 1991, n° 1, pp. 1 et sui.

Th. Fossier et L. Pécaut-Rivolier, « La protection des intérêts patrimoniaux », *in* Dossier La réforme des tutelles, AJ Fam., 12 avril 2007, n° 4, pp. 167 et sui.

Th. Fossier, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, « La mesure d'accompagnement judiciaire et les mesures administratives d'accompagnement social personnalisé », *in* Dossier, La réforme des tutelles, AJ Fam., 12 avril 2007, n° 4, pp. 175 et sui.

Th. Fossier et J.-M. Plazy, « La protection de la personne autant que ses biens », JCP N, 2005, 1106.

Th. Fossier et Th. Verheyde, « La protection de la personne », *in* Dossier La réforme des tutelles, AJ Fam., 12 avril 2007, n° 4, pp. 160 et sui.

Fl. Fresnel, « Le médecin choisi inscrit sur la liste et la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs », Gaz. Pal., 10 novembre 2007, n° 342, pp. 2 et sui.

Fl. Fresnel, « La personne protégée et le mandant à effet posthume », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 54 et sui.

Fl. Fresnel, « Le rôle de la famille dans le cadre de la nouvelle loi sur la protection des majeurs », *in* Dossier, La réforme des tutelles, les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 16.

Fl. Fresnel et M. Péninon-Jault, « La protection juridique des majeurs : commentaire du décret n°2008-1276 du 5 décembre 2008 », Gaz. Pal. 29 janvier 2009, n° 29, pp. 4 et sui.

Fl. Fresnel, « Le médecin et le droit des majeurs », Gaz. Pal., 15 octobre 2009, n° 288, pp. 3 et sui.

Fl. Fresnel, « La notion d'urgence en droit de la protection des incapables, des majeurs protégés et des mineurs », Gaz. Pal., 30 janvier 2010, n° 30, pp. 21 et sui.

Fl. Fresnel, « L'avocat mandataire judiciaire à la protection des majeurs », Gaz. Pal., 16 février 2010, n° 47, p. 14.

M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD Civ. 15 septembre 1995, n° 3, pp. 573 et sui.

H. Fulchiron, « Personnes protégées, 2005 : en attendant la réforme », Dr. et patri., 2006, mai 2006, n°148, pp. 120 et sui.

H. Fulchiron, « Chronique relative aux personnes protégées : nouveau droit, nouveaux droits », Dr. et patri. avril 2008 à mai 2009, novembre 2009, n° 186, pp. 104 et sui.

H. Fulchiron, «Le notaire et l'exécution du mandat de protection future », Defrénois, 30 janvier 2009, n° 38883, pp. 178 et sui.

H. Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.* 2013. 100.

E. Gaillard, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *in La représentation*, *Droits*, n° 6, 1987.

A.-M. Galliou-Scanvion, « L'article 1384, alinéa 1er et la responsabilité du fait d'autrui : un fardeau non transférable sur les épaules du tuteur », Rec. D., 25 juin 1998, n° 24, pp. 240 et sui.

J.-E. Garonnaire et F. Picot, « Regard notarial sur la mesure d'accompagnement social personnalisé et la mesure d'accompagnement judiciaire », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n°169, avril 2008, pp. 60 et sui.

J. Ghestin, « Le mandat d'intérêt commun », *in* Mélanges Derrupé, 1991.

M.-A. Gillet-Hauquier, « Mandat sur inaptitude future : contribution à l'émergence d'une disposition de pré-incapacité », LPA, 13 janvier 2005, n° 9, pp. 7 et sui.

Gisser, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs, une institution en cours de formation : la prémajorité », JCP 1984, I, 3142.

C. Glasson, « Le mandat de protection future : des dispositions conventionnelles pour la fin de vie », RD. Sanit. Soc., 11 septembre 2009, n° 5, pp. 890 et sui.

Gridel « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, chron. 90.

M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », Defrénois, 15 janvier 2007, art. n° 38509, n° 1, pp. 3 et sui.

V. Guelfucci-Thibierge, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD Civ. 1997.357.

D. Guérin-Seysen, « La dimension internationale de la protection juridique des majeurs », RD Sanit. Soc., 29 avril 2011, n° 2, p. 279.

D. Guével, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 30 et sui.

J.-M. Guth, Rep. Com. Dalloz, V. agents immobiliers, 1984.

J. Hauser, « Réflexions sur la protection de la personne de l'incapable », *in* Mélanges P. Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 227 et sui.

J. Hauser, « La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes », RD. Sanit. Soc., 1994, 467.

J. Hauser, « La dérive de la priorité familiale », RTD Civ. 1999. 814.

J. Hauser, « La dérive de la priorité familiale, ténacité de la Cour de cassation », RTD Civ. 2005. 364.

J. Hauser, « La famille et l'incapable majeur », *in* Dossier, Réforme des tutelles, les acteurs de la protection, AJ fam., 14 mai 2007, n° 5 pp. 198 et sui.

J. Hauser, « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe », JCP 2012. 2000.

J. Hauser, « Présent et avenir du mandat de protection future », RTD Civ., 8 avril 2013, n° 1, p. 8

J. Hauser et J.-M. Plazy, « Le changement de régime matrimonial et l'enfant majeur hors d'état de manifester sa volonté », Defrénois, 30 mai 2007, n°10/07, pp. 733 et sui.

S. Hébert, « Mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », Rec. D. 2008, n° 5, pp. 307 et sui.

J. Hémard, « Les contrats à titre onéreux entre époux, RTD Civ. 1938, 671.

B. Hohl et M. Valding, « Protection des personnes vulnérables : le droit français devrait-il s'inspirer du droit allemand ? », Gaz. Pal., 8 avril 2000, n° 99, pp. 8 et sui.

Houin, « Les incapacités », RTD Civ., 1947.383.

« Influence de la Convention EDH sur le droit interne français », Lamy, droit des personnes et de la famille, ét. 110.

M.-H. Isern-Réal, « La loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique du majeur », Gaz. Pal., mars-avril 2009, pp. 1014 et sui.

M.-H. Isern-Réal, « Le mandat de protection future et l'acte sous signature juridique », Gaz. Pal., 12 avril 2009, pp. 1127 et sui.

Ch. Jamain, « Mandat de protection future et contreseing de l'avocat : une préfiguration de l'acte sous signature juridique ? », Rec. D. 2007, n° 15, p. 1004.

S. Jacopin, « Santé mentale et droit pénal : les incapables du droit civil et les incapables du droit pénal », *in* Dossier La réforme des tutelles, RD Sanit. Soc., 15 septembre 2008, n° 5, pp. 835 et sui.

C. Jonas, « Le point de vue d'un médecin spécialisé », *in* Dossier, Majeurs protégés : bilan de la réforme, AJ fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 183.

S. Karim, « Les réformes procédurales issues de la loi du 12 mai 2009 en matière de protection des personnes », Dr. Fam., 1er juillet 2009, n° 4, p. 5.

A. Karm, « La sécurité patrimoniale du mineur et du majeur en tutelle », Dr. fam. 2007, ét. 18.

A. Karm, « La gestion patrimoniale des majeurs sous curatelle », *in* Dossier La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 86 et sui.

J. Klein, « Le mandat de protection future enfin opérationnel », *in* Dossier, La réforme des tutelles, les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 56.

J. Klein, « Le point de vue d'un notaire », *in* Dossier, Majeurs protégés : bilan de la réforme, AJ fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 182.

J. Klein et Fl. Géminiani, « Du mariage et du divorce de la personne protégée », Defrénois, 2006.887.

J. Klein et Fl. Géminiani, « Tutelle et incapacité : le choix des modes de représentation », LPA, 11 mai 2006, n° 94, pp. 22 et sui.

J. Klein et Fl. Géminiani, « La sauvegarde de justice : aménagements ou évolution ? », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 64 et sui.

Kullmann, « Pour le maintien du droit de rachat en dépit de l'acceptation du bénéficiaire », *Mél. Gavalda*, 2001, 199.

A. Kurgansky, « La déclaration notariée de cessation du mandat du conjoint collaborateur du chef d'entreprise artisanale ou commerciale », JCP N, 1984, I, p. 17.

P. Lagarde, commentant le *Münchener Kommentar*, Rev. Crit. DIP, 15 septembre 1999, n° 3, pp. 626 et sui.

P. Lagarde, « La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes », Rev. Crit. DIP, 15 juin 2000, n° 2, pp. 159 et sui.

La lettre Omnidroit, « Tutelles, aménagement des régimes de protection des majeurs », 13 mai 2009, n° 50, pp. 8 et 9.

La Lettre Omnidroit, n° 102, I, 9 juin 2010, pp. 7 et 8.

H. Lalou, « Des contrats entre époux », étude Capitant, 1939, pp. 417 et sui.

M.-C. de Lambertye-Autrand, « L'internationalisation de la protection des majeurs vulnérables », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 39 et sui.

B. Lavaud-Legendre, « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un droit de vulnérabilité en construction », RD Sanit. Soc., 14 mai 2010, n° 3, pp. 520 et sui.

Ch. Lazerges, RTD Civ., 1975, 222, n° 2.

A. Lebel, « Le mariage, le couple et l'historien du droit », AJ Fam., 2013. 122.

R. Legeais, « L'autorité parentale (étude de la loi n°70-459 du 4 juin 1970 et des textes qui l'ont complétée) », 1973.

R. Legeais, « Les ajustements égalitaires de l'autorité parentale », *D*. 1988, chronique lég. 1s.

Lemouland, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », RTD Civ. 1997, 1 et sui.

J.-J. Lemouland, « « La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce », Rec. D., 8 juillet 2004, n° 26, pp. 1825 et sui.

J.-J. Lemouland et J.-M. Plazy, *D*. 2008, Pan., p. 315.

J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy, « Majeurs protégés », Rec. D. 26 septembre 2013, n° 32, pp. 2196 et sui.

J.-J. Lemouland et D. Vigneau, « Droit des couples », Rec. D., 2 mai 2013, n° 16, pp. 1089 et sui.

Y. Lequette, « Protection familiale et protection étatique des incapables », *D*. 1976, p. 2, n° 1.

C. Lequillerier, « Le mandat de protection future et la personne de confiance : vers une consécration d'un consentement substitué en matière médicale ? », Gaz. Pal., 7 juin 2007, 32.

A.-M. Leroyer, « Commentaire de la loi du 23 juin 2006 », RTD Civ., 2006, p. 612.

A.-M. Leroyer, « Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », RTD Civ., 15 juin 2007, n° 2, pp. 394 et sui.

A.-M. Leroyer, « Mandat de protection future – Acte sous seing privé », RTD Civ., 14 mars 2008, n°1, p. 167.

« Les actes de gestion du patrimoine du majeur, décret 2008-1484 du 22 décembre 2008 », Dalloz Actualités, 12 janvier 2009

G. Lesigne, « Le rôle du Parquet dans la protection des personnes vulnérables », *in* Dossier, Majeurs protégés : procédure, AJ fam. 2014, n° 3, pp. 170 et sui.

P. Lokiec, « Le droit des contrats et la protection des attentes », Rec. D. 1er février 2007, n° 5, pp. 321 et sui.

Ph. Le Tourneau, « De l'évolution du mandat », *D.* 1992, chron. n° 157.

Lucas, « Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif », RTD Civ., 1976, 455.

Ph. Malaurie, « La Convention EDH et le droit civil français », JCP G 2002, I, n° 143.

Ph. Malaurie, « La réforme de la protection juridique des majeurs », LPA, 28 mars 2007, n° 63, pp. 5 et sui.

Ph. Malaurie, « La réforme de la protection des majeurs », Defrénois, 30 avril 2007, art. n° 38569, n°8, pp. 557 et sui.

Ph. Malaurie, « La protection légale protège-t-elle adéquatement le patrimoine du majeur vulnérables ? », LPA, 3 décembre 2008, n° 242, pp. 5 et sui.

Ph. Malaurie, « Dépendance des personnes âgées et solidarité dans le droit contemporain », Dr. fam. 2011, n°s 7 et 8, p. 16

Fr. Mananga, « Sur les mesures d'application de la réforme de la protection juridique des majeurs », RD. Sanit. Soc., 15 mai 2009, n° 3, pp. 536 et sui.

E. Markovitch et C. Lagache, « Mandataires et délégués, fonctions, responsabilités et rémunération », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp.97 et sui.

J.-P. Marguénaud, « Les aspects procéduraux de la protection des majeurs vulnérables au regard de la CEDH », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 10 et sui.

I. Maria, Dr. Fam., Ed. Jurisclasseur 10/2009, étude n° 31.

J. Massip, « Le rôle de la volonté de l'incapable dans l'organisation du régime de protection », Defrénois, 15 juin 1991, n° 11, p. 697.

J. Massip, « Le mandat de protection future », Gaz. Pal., 17 juin 2008, n° 169, pp. 5 et sui.

J. Massip, « Le mandat de protection future », LPA, 27 juin 2008, n° 129, pp. 11 et sui.

J. Massip, « Désignation d'un mandataire spécial aux majeurs placés sous la sauvegarde de justice par le juge des tutelles », LPA, 24 juillet 2009, n° 147, pp. 17 et sui.

J. Massip, « Le choix du tuteur ou du curateur d'un majeur protégé », Gaz. Pal., 27 août 2009, pp.2495 et sui.

J. Massip, « Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés », Defrénois, 15 septembre 2009, art. n° 38982, n° 15, pp. 1549 et sui.

J. Massip, « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », Dr. fam. 2010, ét. 18.

J. Massip, « Quelques réflexions sur les formules de mandat de protection future (analyses et formules) », Defrénois, 28 février 2010, art. n° 39074, n° 4, pp. 441 et sui.

J. Massip, « Placement sous curatelle et fin du mandat de protection future », Defrénois, 15 avril 2011, art. n° 39224, n° 7, pp. 690 et sui.

J. Massip, « Les limites à l'action en nullité pour insanité d'esprit après le décès de leur auteur », Defrénois, 30 novembre 2013, n° 22, pp. 1141 et sui.

L. Mauger-Vielpeau, « Les destinataires de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 : une loi d'action sociale ? », *in* Dossier, La réforme des tutelles, RD Sanit. Soc., 15 septembre 2008, n° 5, pp. 809 et sui.

L. Mauger-Vielpeau, « Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007. Le retour du prodigue », JCP N 2008, I, 1269.

D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, nouvelle devise contractuelle ? », *in* Mélanges Terré, 2000.603.

D. Mazeaud, « Le juge et le contrat », *in* Mélanges Aubert, 2005.236.

G. Memeteau, « le juge ignorant la médecine », Gaz. Pal., 8 février 2014, n° 39, pp. 12 et sui.

J.-L. Meunier, « La durée du mandat de l'agent immobilier », JCP 1983, I, 2131.

V. Mikalef-Toudic, « Les mesures d'accompagnement social personnalisé : une mission nouvelle pour les conseils généraux », *in* Dossier, La réforme des tutelles, RD Sanit. Soc. 2008, 15 septembre 2008, n° 5, p. 813 et sui.

V. Montourcy, « L'accès au dossier et le droit à la copie des pièces le constituant », *in* Dossier, Majeurs protégés : procédure, AJ fam. 2014, n° 3, pp. 167 et sui.

V. Montourcy, « Droit des majeurs vulnérables et arrêt de l'exécution provisoire », AJ fam. 21 janvier 2015, n° 1, p. 46.

S. Moracchini-Zeidenberg, « L'abus dans les relations de droit privé », PUAM, 2002, n° 748 et sui.

S. Moracchini-Zeidenberg, « L'acte personnel de la personne vulnérable », RTD Civ., 16 avril 2012, n° 1, pp. 21 et sui.

Morançais-Demeester, « Vers l'égalité parentale », *D*. 1988, chron. n° 7 et sui.

F. Moureau, « La place de l'avocat dans la nouvelle législation sur la protection des majeurs », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 12.

F. Moureau, « Le divorce des majeurs protégés ou la désunion sous haute protection », *in* Dossier, Vie familiale et majeur protégé, AJ Fam., 2012, 259.

P. Murat, « L'inadoptabilité de l'autiste majeur, inapte à consentir à son adoption », Dr. Fam., 2008, comm. 173.

C. Neirinck, « L'adoption de la personne handicapée mentale », RD Sanit. Soc., 2009, 176.

C. Neirinck, « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non. Pourquoi ? », Dr. Fam. 2013, Dossier 2.

D. Noguéro, « Interrogations au sujet du mandat de protection future », D. 2006, pp. 1133 et sui.

D. Noguéro, « Les incapables majeurs, la substitution du bénéficiaire d'assurance-vie par le gérant de tutelle », Rec. D. 2007, n° 27, pp. 1932 et sui.

D. Noguéro, « Incapacités : le défaut de publicité de la mainlevée de curatelle », Defrénois, 15 février 2009, art. n° 38893, n° 3, pp. 326 et sui.

D. Noguéro, « La publicité des mesures de protection des majeurs », *in* Mélanges J. Hauser, LéxisNexis/Dalloz, 2012, pp. 467 et sui.

V. Norguin, « Respect du contradictoire et protection des majeurs vulnérables », Rec. D. 2009, n° 27 pp. 1864 et sui.

V. Norguin, « Les incapables majeurs, la capacité d'ester en justice de la part de la personne sous curatelle », Rec. D. 2010, n° 10, pp. 636 et sui.

I. Omarjee, « Bref aperçu des mandats de protection future, de fin de vie et à effet posthume », Dr et patri., n° 157, mars 2007, pp. 20 à 24.

B. Pauvert, « Sur une *disputatio* contemporaine et brûlante », Dr. Fam., 2013, dossier 10.

L. Pécaut-Rivolier, « Droit des majeurs protégés et internationalité des litiges », AJ Fam., Dalloz revues 2008, n° 244.

L. Pécaut-Rivolier, « Protection judiciaire des majeurs : entrée en vigueur de la réforme », Rec. D., 3 avril 2008, n° 14, p. 968.

L. Pécaut-Rivolier, « Le mandat de protection future », Rec. D., 15 janvier 2009, n° 3, p. 216.

L. Pécaut-Rivolier, « Les mesures concrètes pour simplifier l'exercice des mesures et diminuer leur nombre» *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 10.

L. Pécaut-Rivolier, « Fiche pratique : les droits du majeur protégé » *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 25.

L. Pécaut-Rivolier, « Fiche pratique : saisir le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'une mesure de protection », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 25.

L. Pécaut-Rivolier, « Fiche pratique : assurance vie et majeur protégé », *in* Dossier la réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 19 janvier 2009, n° 1, p. 26.

L. Pécaut-Rivolier, « Fiche pratique : Etre tuteur : gérer les biens d'un majeur sous tutelle », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 67.

L. Pécaut-Rivolier, « Fiche pratique : devenir mandataire à la protection des majeurs », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 67.

L. Pécaut-Rivolier, « Fiche pratique : Les comptes de gestion », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 69.

L. Pécaut-Rivolier, « Fiche pratique : signer un mandat de protection future », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 70.

L. Pécaut-Rivolier, « La curatelle pour prodigalité, chronique d'une institution disparue », à propos de l'arrêt du 11 mars 2009, n° 07-21.580, AJ Fam. 2009. 223.

L. Pécaut-Rivolier, « La réforme des tutelles : suite… et fin ? », AJ Fam., 12 février 2010, n° 2, pp. 72 et sui.

L. Pécaut-Rivolier, « Les mesures de protection du Code civil comme dispositif d'accompagnement », *in* Dossier L'accompagnement, entre droit et pratique, RD Sanit. Soc., 31 décembre 2012, n° 6, pp.1010 et sui.

L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, « La juridiction des tutelles dans le nouveau dispositif de protection des majeurs », *in* Dossier Réforme des tutelles : les acteurs de la protection, AJ Fam., 14 mai 2007, n° 5, pp. 208 et sui.

L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, « Quand trop de protection tue la protection », AJ Fam., 24 juin 2013, n° 6, p. 323.

É. Pecqueur, « Le point de vue d'un juge des tutelles », *in* Dossier, Majeurs protégés : bilan de la réforme, AJ fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 188.

J.-D. Pellier, « Le mandat de protection future issu de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs », LPA, 25 avril 2007, n° 83, pp. 4 et sui.

F. Perreau-Billard, « Le mandat de protection future », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les acteurs de la protection : le majeur à protéger, AJ Fam., 14 mai 2007, n° 5, pp. 213 et sui.

F. Perrotin, « Un nouvel outil patrimonial : le mandat de protection future », LPA, 20 novembre 2009, n° 232, pp. 3 et sui.

N. Péterka, « Bref aperçu de la transmission volontaire de patrimoine à l'aune de la réforme de la protection juridique des majeurs », Gaz. Pal., 18 décembre 2007, n° 352, pp. 5 et sui.

N. Péterka, « La gestion patrimoniale des majeurs sous tutelle », *in* Dossier La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri., n° 180, 1er avril 2009, pp. 79 et sui.

N. Péterka, « La gestion du patrimoine de la personne protégée à l'épreuve de l'urgence : Approche critique de l'acte conservatoire dans la loi du 5 mars 2007 et du décret du 22 décembre 2008 », Gaz. Pal., 30 janvier 2010, n° 30, pp. 25 et sui.

N. Péterka, « Le sort des actes de gestion du patrimoine du majeur vulnérable », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 18 et sui.

J. Picard, « Mandat et handicap de santé à venir. L'exemple de l'Espagne », JCP N 1999, n° 50, p.1811.

J.-M. Plazy, « Le mandat de protection future avant-projet de réforme des tutelles », JCP N 2004, 1275.

D. Pollet, « Le rôle de l'avocat dans les procédures de protection judiciaire d'une majeur, *in* Dossier, Majeur protégés : procédure, AJ fam. 2014, n° 3, pp. 165 et sui.

Ph. Potentier, « Forces et faiblesses du mandat de protection future », *in* Dossier, Le patrimoine de l'incapable, Dr. et patri., n° 169, avril 2008, pp. 74 et sui.

J. Prévault, « Vers un nouveau statut juridique du mineur », S. 1957, chron. 21.

J. Prévault, « La loi du 18 octobre 1966, relative à la tutelle aux prestations sociales », JCP G 1967, I, 2074.

E. Putman, « Les aspects procéduraux de la protection des majeurs vulnérables au regard des décrets du 5 décembre 2008 et du 23 décembre 2009 », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, pp. 15 et sui.

G. Raoul-Cormeil, « Le conjoint de la personne vulnérable (l'articulation du système matrimonial et du système tutélaire) », Defrénois, 30 juin 2008, art. n° 38791, n° 12, pp. 1303 et sui.

G. Raoul-Cormeil, « Le dispositif réglementaire en application de la loi n°2007-308 réformant le droit des majeurs protégés et concernant l'accès à la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs », Dr. Fam., 1er avril 2009, n° 1, p. 2.

G. Raoul-Cormeil, « Nature juridique de la procédure devant le juge des tutelles », *in* Dossier, Majeurs protégés : procédure, AJ fam. 2014, n° 3, pp. 148 et sui.

L. Ravillon, « Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique », RD. Sanit. Soc., n° 1, 15 mars 1999, pp. 191 et sui.

Raymond, « De la réalité de l'absence de couple à la fiction de l'unité du couple parental », JCP 1987, I, 3299.

Ph. Reutin, « Mandat de protection future, approche pratique », *in* Dossier, La réforme des régimes de protection des majeurs, Dr. et patri. n° 180, 1er avril 2009, pp. 94 et sui.

M. Revillard, « La protection internationale des adultes et droit international privé des majeurs protégés », Defrénois, n° 38876, 15 janvier 2009, p. 35 et sui.

M. Revillard, « La protection internationale des majeurs », Defrénois, n° 39108, 30 avril 2010, p. 974 et sui.

Rieg, « L'assistance à des personnes handicapées : le modèle allemand », *in* Mélanges Danièle Huet-Weiller, 1994, pp. 379 et sui.

M. Roccati, « La protection des majeurs incapables sous l'influence du droit européen », Gaz. Pal., Rec. Mars-Avril 2009, n° 2 pp. 732 et sui.

Roque, « La prémajorité », Dr. fam., 2009, ét. 20.

E.-S. Salle de la Marnierre, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », Bulletin service juridique de la protection de l'enfance.

Salvage-Gerest, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », Dr fam. 2009, ét. 17.

S. Sanz, « Le droit à commission de l'agent immobilier », RTD Civ., 1981.507.

Fr. Sauvage, « Fiche pratique : Rédiger et révoquer son testament », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 72.

Fr. Sauvage, « Fiche pratique : donation », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 72.

Fr. Sauvage, « Fiche pratique : vendre de gré à gré le logement du majeur protégé », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 72.

C. Sévely-Fournier, « Fiche pratique : le rôle du Parquet dans les mesures de protection juridique », *in* Dossier Réforme des tutelles, les décrets, AJ Fam., 16 février 2009, n° 2, p. 70.

C. Sévely-Fournier, « Quel rôle pour le Parquet dans la protection juridique des majeurs ? », Rec. D., 30 avril 2009, n° 18, pp. 1221 et sui.

S. Sire, « La protection de l'incapable majeur face au divorce », LPA, 20 février 2003, n° 37, p. 7.

Sledziewski, « La dignité du sujet vulnérable », Dr. fam., février 2011, pp. 37 et sui.

M. Tarabeux, « La tutelle aux prestations sociales », JCP G 1969, I, 2273.

S.Thouret, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », Defrénois, 30 janvier 2009, art. n° 38884, n° 2, pp. 185 et sui.

S. Thouret, Fr. Chénedé, N. Levillain, Jérôme Casey et Th. Verheyde, « Modernisation du droit de la famille », AJ fam., 2015, p. 122.

J. Tirmarche, *in* Dossier, Réforme des tutelles : les acteurs de la protection, « les professionnels », AJ Fam., 14 mai 2007, n° 5, p. 218, propos recueillis par Th. Verheyde.

J. Tirmarche, « Le point de vue d'un mandataire à la protection des majeurs », *in* Dossier, Majeurs protégés : bilan de la réforme, AJ fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 194.

D. Tomasin, « La rémunération des agents immobiliers », RTD imm., 1989.125.

Th. Verheyde, « La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français », JCP N 1993, doct. p. 396.

Th. Verheyde, « La protection de la personne du majeur protégé », *in* Dossier, La réforme des tutelles : les décrets, AF fam. 2009, n° 1, pp. 19 et sui.

Th. Verheyde, « Le logement dans la réforme de la protection juridique des majeurs », AJ Fam., 16 novembre 2009, n° 11, p. 448.

Th. Verheyde, « Peut-on mettre sous régime de protection judiciaire une personne qui refuse de se faire examiner par un médecin habilité ? », Rec. D., 16 septembre 2010, n° 31.

Th. Verheyde, « Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales ? », Rec. D., 28 octobre 2010, n° 37, pp ; 2460 et sui.

Th. Verheyde, « Propos introductifs », *in* Dossier, Majeurs protégés : bilan de la réforme, AJ fam., 16 avril 2011, n° 4, p. 180.

Th. Verheyde, « Réforme du droit de la famille : l'habilitation familiale », AJ fam. 2015, p. 603.

Th. Vehreyde et Th. Fossier, « Réforme des tutelles : la protection de la personne », AJ Fam. 2007, n°4, pp. 160 et sui.

« Vers un fichier notarié des mandats de protection future et la révision des tutelles », Defrénois, 15 novembre 2012, n° 21, p. 1102.

Fr. Vialla, « Arrêt des traitements : à qui appartient la décision ? », LPA, 10 février 2014, n° 29, pp. 3 et sui.

G. Viney, "Responsabilité civile", JCP G 1994, I, 3809, chron. pp. 550 et sui.

B. Weiss-Gout, « Propos introductifs (aux Etats Généraux du droit de la famille) », Gaz. Pal., 30 mars 2013, art. n° 124v5, n° 89, pp. 7 et sui.

C. Witz et F. Furkel, « Chronique de droit civil allemand », RTD Civ., 1994. 443

« 102è Congrès des notaires de France », intervention de P. Clément, ministre de la Justice, LPA, 6 juin 2006, n° 112, pp. 4 et sui.

« Le 102è Congrès des notaires », Dr. et Patri., n° 148, mai 2006, pp. 6 et sui.

Textes législatifs et réglementaires

- LOIS

L. n° 7443 du 30 juin 1838 sur les aliénés, Recueil Duvergier, p. 430.

L. du 13 juillet 1907, libre salaire et contribution des époux aux charges du ménage, JORF du 16 juillet 1907, p. 4957.

L. du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, JORF du 19 février 1938, p. 2058.

L. du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux, JORF du 3 novembre 1942, p. 3649.

L. n° 56-656 du 5 juillet 1956 portant sur la légitimation des enfants adultérins, JORF du 6 juillet 1956, p. 6263.

L. n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, JORF du 15 décembre 1964, p. 11140.

L. n° 65-570, 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, JO 14 juillet 1965, p.6044.

L. n° 66-774 du 18 octobre 1966 relative à la tutelle aux prestations sociales, JO 19 octobre 1966, p.9219

L. n° 68-5, 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, JO 4 janvier 1968, p.114.

L. n° 70-10 du 2 janvier 1970, dite « Hoguet », relative à la prescription des actions prévues par le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne les baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, JO du 4 janvier 1970, p. 145.

L. n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, JORF du 5 juin 1970, p. 5227.

L. n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, JORF n° 0003 du 5 janvier 1972, p. 145.

L. n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à 18 ans l'âge de la majorité, JORF du 7 juillet 1974, p.7099.

L. n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, JORF du 18 janvier 1975, p. 739.

L. n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, JORF n° 0161 du 12 juillet 1975, p. 7171.

L. n° 79-1204 du 31 décembre 1979, interruption volontaire de grossesse, JORF du 1er janvier 1980, p.3.

L. n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale, JORF du 13 juillet 1982 p. 2204.

L. n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, JORF du 9 janvier 1983 p. 215.

L. n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi du n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre communes, départements, régions et l'État, JORF du 23 juillet 1983 p. 2286.

L. n° 85-1372, 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et les parents dans la gestion des biens des mineurs, JO 26 décembre 1985, p.15111.

L. n° 87-570 du 27 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, JORF du 24 juillet 1987, p.8253.

L. n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JORF n° 7 du 9 janvier 1993, p.495.

L. n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, JORF n° 265 du 16 novembre 1999, p. 16959, texte n° 1.

L. n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF n° 156 du 7 juillet 2001, p. 10823, texte n° 1.

L. n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses disposition du droit successoral, JORF n° 281 du 4 décembre 2001, p. 19279, texte n° 1.

L. n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JO du 18 janvier 2002, p. 1008, texte n° 1.

L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO 5 mars 2002, p. 4118, texte n° 1.

L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JORF du 5 mars 2002, p. 4161, texte n°3.

L. n° 2004-439, 26 mai 2004 portant réforme du divorce, JO, n° 0122, 27 mai 2004, p. 9319, texte n°1.

L. n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, JO n° 95 du 23 avril 2005, p. 7089, texte n° 1

L. n° 2006-405 du 5 avril 2006 relative à la lutte contre le dopage et la protection des sportifs, JO n°82, 6 avril 2006, p. 5193, texte n° 2.

L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JORF n° 0145 du 24 juin 2006, p. 9513, texte n° 1.

L. n° 2007-211, 19 février 2007 instituant la fiducie, JO 21 février 2007, p. 3052, texte n° 3.

L. n° 2007-293, 5 mars 2007 portant réforme de la protection de l'enfance, JO n° 55, 6 mars 2007, p.4215, texte n° 7.

L. n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, JO n° 56, 7 mars 2007, p.4297, texte n° 1.

L. n° 2007-308, 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs, JO 7 mars 2007, p.4325, texte n° 12.

L. n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n° 0141 du 18 juin 2008, p. 9856, texte n° 1.

L. n° 2008-737 du 28 juillet 2008 ratifiant la Convention de la Haye du 13 janvier 2000 portant sur la protection internationale des adultes.

L. n° 2008-776, 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JO n° 0232, 4 octobre 2008, p.15306, texte n° 1.

L. n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, JORF n° 0015 du 18 janvier 2009, p. 1062.

L. n° 2009-526, 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures, JO n° 0110, 13 mai 2009, p. 7920, texte n° 1.

L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, JORF n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8253, texte n° 3.

L. n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JORF n° 0040 du 17 février 2015, p. 2961, texte n° 1.

L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, JORF n°0301 du 29 décembre 2015, p. 24268, texte n° 1.

- DECRET-LOI

Décret-Loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française, JORF du 30 juillet 1939, p.9607.

- DECRETS

D. n° 45-254 du 17 février 1945 sur l'organisation des pouvoirs publics en France après la Libération : application de l'ordonnance portant des pouvoirs publics en France après la Libération , JORF du 18 février 1945, p. 861.

D. n° 69-399 du 25 avril 1969 portant application de la loi n° 66-774 du 18 octobre 1966 relative à la tutelle aux prestations sociales, JO 29 avril 1969, p. 4284.

D. n° 2007-1658 du 23 novembre 2007 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à la poursuite, à l'instruction et au jugement des infractions commises par des majeurs protégés, JO n° 274, 25 novembre 2007, p. 19251, texte n° 8.

D. n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé, JORF n° 0280 du 2 décembre 2007, p. 19537, texte n° 7.

D. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le code de procédure civile, JO n° 0285, 7 décembre 2008, p. 18646, texte n° 7.

D. n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil, JORF n° 0304 du 31 décembre 2008 p. 20631, texte n° 94.

D. n° 2008-1485, 22 décembre 2008 relatif à la tarification des certificats et avis médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs, JO n° 0304, 31 décembre 2008, p.20634, texte n° 95.

D. n° 2008-1498 du 22 décembre 2008 fixant les listes de prestations sociales mentionnées aux articles L. 271-8 et L. 361-1 du code de l'action sociale et des familles et à l'article 495-4 du code civil et le plafond de la contribution des bénéficiaires de la mesure d'accompagnement social personnalisé, JO n°0304, 31 décembre 2008, p. 20651, texte n° 16.

D. n° 2008-1504 du 30 décembre 2008 relatif à la prestation de serment mentionnée aux articles L. 471-2 et L. 474-1, à l'autorisation et au règlement de fonctionnement des services mentionnés aux 14° du I de l'article L. 312-1 et à l'autorisation des services mentionnés au 15° du I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, JO n° 0304, 31 décembre 2008, p. 20656, texte n° 122.

D. n° 2008-1505 du 30 décembre 2008 relatif à la déclaration prévue à l'article L. 472-6 du code de l'action sociale et des familles, JO n° 0304, 31 décembre 2008, p. 20658, texte n° 123.

D. n° 2008-1506 du 30 décembre 2008 relatif à la mesure d'accompagnement social personnalisé et à la mesure d'accompagnement judiciaire, JO n° 0304, 31 décembre 2008, p. 20659, texte n°124.

D. n° 2008-1508 du 30 décembre 2008 relatif aux conditions d'âge, de formation et d'expérience professionnelle devant être satisfaites par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et par les délégués aux prestations familiales, JO n° 0304, 31 décembre 2008, p. 20661, texte n° 126.

D. n° 2008-1511 du 30 décembre 2008 portant diverses dispositions relatives aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs et aux délégués aux prestations familiales, JO n° 0304, 31 décembre 2008, p. 20663, texte n° 129.

D. n° 2008-1512 du 30 décembre 2008 fixant les modalités d'inscription sur les listes prévues aux articles L. 471-2, L. 471-3, L. 474-1 et L. 474-2 du code de l'action sociale et des familles, JORF n°0304 du 31 décembre 2008, p. 20664, texte n° 130.

D. n° 2008-1553 du 31 décembre 2008 relatif à l'exercice à titre individuel de l'activité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et de l'activité de délégué aux prestations familiales, JO n° 0001, 1er janvier 2009, p. 88, texte n° 54.

D. n° 2008-1554, 31 décembre 2008 relatif aux modalités de participation des personnes protégées au financement de leur mesure de protection, JO n° 0001, 1er janvier 2009, p. 90, texte n° 55.

D. n° 2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales, JO n° 0001, 1er janvier 2009, p. 92, texte n° 57.

D. n° 2009-404, 15 avril 2009 relatif au revenu de solidarité active, JO n° 0089, 16 avril 2009, p.6534, texte n° 3.

D. n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs, JO n° 0299, 26 décembre 2009, p. 22311, texte n° 14.

D. n° 2010-26 du 7 janvier 2010 relatif aux modalités de gestion en comptabilité publique des prestations sociales des bénéficiaires d'une mesure d'accompagnement social personnalisé, JO n°0007, 9 janvier 2010, p. 505, texte 22.

D. n° 2011-710, 21 juin 2011 relatif à l'assiette et au versement de la participation des personnes protégées au financement de leur mesure de protection, JO n° 0144, 23 juin 2011, p. 10695, texte n°32.

D. n° 2016-185 du 23 février 2016 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, n° 0047 du 25 février 2016, texte n° 26

- ORDONNANCES

O. du 21 avril 1944 portant organisation des pouvoirs publics en France après la Libération, JORF du 22 avril 1944, p. 325.

O. n° 2004-605 du 24 juin 2004 simplifiant le minimum vieillesse, JORF n° 147 du 26 juin 2004, texte n° 14.

O. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JORF n° 156 du 6 juillet 2005, p.11159.

O. n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JORF n° 0240 du 16 octobre 2015, p. 19304, texte n° 10.

- CIRCULAIRES

C. DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection des mineurs et des majeurs et des majeurs norme JUSC0901677C, texte source : loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection de la protection juridique des majeurs (n° 2007-308).

C. DACS n° CIV/03/15 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, n° norme JUSC1504802C.

- ARRÊTÉ

A. du 2 janvier 2009 relatif à la formation complémentaire préparant aux certificats nationaux de compétence de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et de délégué aux prestations familiales, JO n° 0012 du 15 janvier 2009, p. 820, texte n° 27.

Textes législatifs étrangers

- Droit communautaire

Recommandation n° R. 99 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en date du 23 février 1999.

- Droit international

Convention du 19 octobre 1996 relative à la protection des mineurs.

Convention de la Haye du 13 janvier 2000 portant sur la protection internationale des adultes.

- État de New York

2008, N. Y. Laws Ch. 644, Senate Extension (S. 1728), Assembly Extension (S. 4392).

General Obligations Law, s. 5-1501, formerly s. 5-1601, added L. 1975, c 195 s 1.

Mc Kinney's Mental Hygiene Law Ch. 27, T. E., art. 81 et seq., L. 1992 c. 698 legislation.

L. 1988 N. Y. Sess. Law Serv. 201 (McKinney).

Jurisprudence

- Jurisprudence de la CEDH

CEDH, 24 octobre 1979, Série A n°33, Winterwerp c/ Pays-Bas, p. 24.

CEDH, 13 mai 1980, série A, n°37, Artico c/ Italie, p. 18 § 36.

CEDH, 21 février 1990, A170-A, Van der Leer c/ Pays-Bas.

CEDH, 22 octobre 1996, Stubbings c/ Royaume-Uni, Rec. 1996-IV, fasc. 18, p. 1503, § 52.

CEDH, 30 janvier 2001, *Vaudelle c/France*, n° 35683/97, Rec. CEDH, 2001, I ; RTD Civ. 15 juin 2001, n° 2, p. 439, obs. J.-P. Marguénaud ; D. 2002, Jur. 353, note A. Gouttenoie-Cornut et E. Rubi-Cavagna, et somm. 2164, obs. J.-J. Lemouland.

CEDH, 6 février 2001, Bensaïd c/ RU, Rec. CEDH 2001.

CEDH, 29 avril 2002, Pretty c/ RU, RTD Civ 2002, p. 860, obs. J-P Marguénaud.

CEDH, 5 octobre 2004, HL c/ RU, n°45508/99.

CEDH, 8 novembre 2005, H. F. c/ Slovaquie, n°54797/00, Rec. CEDH 2005, p. 5.

CEDH, Sect. I, 27 mars 2008, C. c/Russie : Req. n° 44009/05.

CEDH, 27 mars 2008, Chtoukatourov c / Russie, n° 44009/05 § 59.

CEDH, section I, 17 juillet 2008, X/ Croatie, requête n° 12233/2004.

CEDH, 13 octobre 2009, Salontaji-Drobnjak c/ Serbie.

CEDH, 2è section, 20 mai 2010, Alajos Kiss c/ Hongrie, n° 38832/06, AJ Fam., 2010. 285 ; RTD Civ., 30 décembre 2010, n° 4, p. 762, n. J. Hauser.

CEDH, 21 juin 2011, Kruskovic c/ Croatie, n° 46185/0, Dr. fam. septembre 2011, Alertes 71, RTD Civ. 2011.745, obs. Hauser.

CEDH, Grande chambre, 5 juin 2015, n° 46043/14, Lambert et autres c/ France.

- Jurisprudence du Tribunal des conflits

T. confl., 10 juillet 1990, Dr. pén. 1991, comm. 62.

T. confl., 25 avril 1991, LPA, 9 novembre 1994, n. J. Morand-Devillier et D. Moréno.

- Jurisprudence du Conseil constitutionnel

C. const., 3 août 1994, JCP 1995.II.22404, n. Broussolle ; 20 mars 1997, RTD Civ. 1998.89, obs. Mestre ; JCP 1997.I.4039, n° 1, obs. Fabre-Magnan.

C. const., 18 octobre 2010, QPC n° 2010-56, DA., 22 octobre 2010.

C. const., 22 juin 2012, n° 2012-261 QPC, AJ Fam. 2012. 466, obs. F. Chénédé ; RTD Civ. 2012. 510, obs. J. Hauser ; Dr. Fam. 2012, comm. 132, n. V. Larribau-Terneyre ; RPJF 2012-7-8/16, obs. A. Leborgne.

C. const., 29 juin 2012, QPC n° 2012-260, D. 2012. 1675, 1899, point de vue G. Raoul-Cormeil, et 2706, obs. D. Noguéro ; AJ Fam. 2012. 463, obs. Th. Verheyde ; RTD Civ. 2012. 510, obs. J. Hauser ; Dr. Fam. 2012. Comm. 136, n. M. Bruggeman, et Comm. 148, n. I. Maria.

- Jurisprudence du Conseil d'État

Assemblé Plénière

C. d'État, Ass. Plé., 24 juin 2014, n° 375081, publié au Recueil Lebon.

- Jurisprudence de la Cour administrtive d'appel

CAA Nantes, 20 juin 1990 M. Bellanger et autres, JCP N 1991, n. D. Guihal et Th. Fossier ; Cadenat, Commissaire du Gouvernement, « La responsabilité à raison des détournements opérés par un gérant de tutelle sur les fonds appartenant à des incapables majeurs hospitalisés », RD. Sanit. Soc., 14 décembre 1990, n° 1, pp. 669 et sui.

- Jurisprudence du Tribunal administratif

Châlons-en-Champagne (TA), 16 janvier 2014, décision n° 1400029.

- Jurisprudence de la Cour de cassation

Chambre civile

Civ., 18 juin 1844, DP 44,1,123.

Civ., 7 février 1854, *D.* 1854, 1, 49.

Civ., 25 mars 1861, DP 61,1,202, Grands Arrêts n°s 53-54.

Civ., 29 janvier 1867, DP, 1867, I, 53.

Civ., 6 mars 1876, DP 1876.1.193, n. Giboulot.

Civ., 13 mai 1885, S. 87,1,220.

Civ., 14 avril 1886, DP. 1886. 1. 221.

Civ., 24 juillet 1900, DP 1905, 1, 261, S, 1901, 1, 9, n. Teissier.

Civ., 4 mars 1914, DP 1916,1,68.

Civ., 29 décembre 1930, S. 1931, 1, p. 136.

Civ., 5 décembre 1933, DH, 1934, 49, S. 1935. 1. 25.

Chambre des requêtes

Req., 1er juillet 1856, DP, 1856, 1, 464.

Req., 25 février 1864, DP 1864, 1, p. 282.

Req., 2 mars 1891, DP 1892, 1. 31, S. 1895.

Req., 15 juillet 1896, *D.* 1896, 1, 561.

Req., 1er mai 1907, S. 1908, 1, 88.

Req., 4 juillet 1922, S. 1924, 1, p. 286.

Req., 29 juillet 1929, DH. 1929, 458; JDI. 1930, 377; S. 1930, 1, 20 ; Rev. crit. DIP 1931, 334.

Req., 9 février 1938, DH, 1938, 213.

Assemblée Plénière

Ass. Plé., 14 janvier 1977, n° 74-15.061, Bull. Ass. Plé. n° 1, p. 1, *D*. 1977. 89, concl. Schmelck.

Ass. Plé., 29 mars 1991, dit « arrêt Blieck », n° 89-15.231, Bull. Ass. Plé. n° 1, p. 1 ; *D*. 1991, *Jur*. P. 324, n. Larroumet ; *D*. 1991, *Somm*. P. 324, obs. Aubert ; *JCP* 1991, II, n° 21673, concl. Dontewille, n. Ghestin ; Gaz. Pal. 1992, 2, Jur. P. 513, n. Chabas ; Defrénois, 1991, p. 729, art. n° 35062, n° 44, obs. Aubert, RTD Civ., 1991, p. 312, obs. J. Hauser.

Ass. Plé., 30 juin 1995, n° 94-20.302, Bull. Ass. Plé., n° 4 ; *D*. 1995. 513, concl. Jéol et n. Drago.

Ass. Plé., 6 novembre 1998, n° 95-11.006, Bull. Ass. Plé., n° 4, *D*. 1999.1, concl. J.-F. Burgelin, RTD Civ. 1999.177, obs. J. Normand ; *ibid*. 193, obs. R. Perrot.

Cour de cassation : avis

Cass. avis, 20 juin 2011, n° 11-00.007, Bull. Avis, n° 9, *D*. 2011. 1771 ; AJ famille 2011. 377, obs. Th. Verheyde ; J. Hauser, RTD Civ. 14 octobre 2011, n° 3, p. 512, « Privatisation procédurale de la protection des majeurs sans bémol », LPA, 22 juillet 2011, n° 145, pp. 10 et sui., obs. D. Noguéro.

Cass. avis, 13 avril 2015, n° 15-70.001, rapp. R. Le Cotty et concl. P. Ingall-Montagnier, *D*. 2015. 922, *ibid*. 1569, obs. J.-J- Lemoiland, D. Noguéro et J.-M. Plazy, AJ fam., 2015. 408, obs. V. Montourcy, Dr. fam. 2015. 130, n. I . Maria.

Première chambre civile

Civ. 1ère, 8 mars 1876, arrêt dit *« Canal de Craponne »*, *D*. 1876.I.193, *Grands arrêts* n° 165.

Civ. 1ère, 22 décembre 1959, Bull. Civ. I, n° 558 ; RTD civ. 1960. 323, obs. Carbonnier ; JCP 1960. II. 11494, n. P. E.

Civ. 1ère, 8 décembre 1965, Bull. Civ. I, n° 686.

Civ. 1ère, 13 mars 1967, Bull. Civ. I, n° 95.

Civ. 1ère, 19 février 1968, n° 61-14.315, Bull. Civ. I, n° 69, p. 54, GAJC, 11è éd., n° 260.

Civ. 1ère, 5 mars 1968, Bull. Civ., I, n° 85, p. 68 ; JCP 1968, II, 15523, n. R. L. ; RTD Civ. 1968, p.560, obs. Cornu ; *D*.1968, 624.

Civ. 1re, 3 mars 1969, n° 67-10.903, *D*. 1969. 585.

Civ. 1ère, 11 juin 1969, Bull. Civ. I, n° 223, p. 179.

Civ. 1ère, 19 janvier 1970, n° 98-13.859, Bull. Civ. I, n° 23, p. 19.

Civ. 1ère, 18 janvier 1972, n° 70-10.321, Bull. Civ. I, n° 21, p. 20.

Civ. 1ère, 15 juin 1973, n° 70-12.904, Bull. Civ. I, n° 203, p. 181.

Civ. 1ère, 5 décembre 1973, n° 72-13.234, Bull. Civ. I, n° 340, p. 302, *D*. 1974.229, n. J. Massip.

Civ. 1ère, 4 janvier 1978, n° 76-13.365, Bull. Civ. I, n° 4, p. 4.

Civ. 1ère, 5 février 1978, Bull. Civ. I, n° 371 ; *D*. 1979.401, n. Berr et Groutel.

Civ. 1ère, 9 mai 1978, n° 76-13.126, Bull. Civ. I, n° 181, p. 145 ; *D*. 1978. 469 ; Gaz. Pal. 1979. 1. 270, n. J. Massip.

Civ. 1ère, 21 mars 1979, n° 77-13.556, Bull. Civ. I, n° 99.

Civ. 1ère, 11 février 1981, n° 79-16.473, Bull. Civ. I, n° 50.

Civ. 1ère, 18 février 1981, n° 80-10.403, Bull. Civ. I, n° 60 ; RTD Civ. 1982, p. 140, obs. Nerson et Rubellin-Devichi ; JCP 1982, II, n° 19808, n. Prévault.

Civ. 1ère, 25 mars 1981, n° 79-16.847, Bull. Civ. I, n° 104.

Civ. 1ère, 12 mai 1981, n° 79-16.903, Bull. Civ. I, n° 160.

Civ. 1ère, 9 novembre 1981, n°s 80-16.011 et 80-16.097, Bull. Civ. I, n° 133, RTD Civ. 1982, p. 140, obs. Nerson et Rubellin-Devichi, JCP 1982, II, n° 19808, n. Prévault.

Civ. 1ère, 9 mars 1982, n° 81-10.689, inédit, JCP 1983. II. 19996, n. Ph. Rémy.

Civ. 1ère, 26 avril 1983, n° 82-12.217, Bull. Civ. I, n° 129.

Civ. 1ère, 14 mars 1984, n° 83-10.897, Bull. Civ. I, n° 92, p. 76.

Civ. 1ère, 4 avril 1984, n° 82-15.733, Bull. Civ. I, n° 128.

Civ. 1ère, 2 mai 1984, n° 83-12.056, Bull. Civ. I, n° 143.

Civ. 1ère, 22 mai 1984, n° 82-16.813, Bull. Civ. I, n° 166.

Civ. 1ère, 10 juillet 1984, n° 83-10.653, Bull. Civ. I, n° 223, D. 1984. 547, n. J. Massip.

Civ. 1ère, 12 février 1985, n° 83-14.717, Bull. Civ. I, n° 59, p. 57, *D*. 1985. 518, n. J. Massip.

Civ 1ère, 22 mai 1985, n° 84-10.572, Bull. Civ. I, n° 159, p. 145.

Civ. 1ère, 20 novembre 1985, n° 84-13.094, Bull. Civ. I, n° 316, p. 280.

Civ. 1ère, 25 février 1986, n° 84-11.256, Bull. Civ. I, n° 41, p. 39 ; Defrénois 1986, art. 33821, n° 101, p. 1436, obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 1er juillet 1986, n° 84-17.792, Bull. Civ. I, n° 190, p. 186, Defrénois 1986, art. n°33821, n°106, obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 8 octobre 1986, n° 85-10.371, Bull. Civ. I, n° 235, p. 224.

Civ. 1ère, 4 novembre 1986, n° 85-14.395, Bull. Civ. I, n° 246, p. 237.

Civ. 1ère, 5 mai 1987, n° 85-13.837, inédit, JCP 1988. II. 21109, n. Th. Fossier.

Civ, 1ère, 12 mai 1987, n° 85-12.242, Bull. Civ. I, n° 148, p. 116.

Civ. 1ère, 23 juin 1987, n° 85-17.126, Bull. Civ. I, n° 207, p. 153.

Civ. 1ère, 31 mai 1988, n° 86-17-495, Bull. Civ. I, n° 163, p. 113, JCP 1989, II, 21181, n. Ph. Simler ; *D.* 1989, som. 289, obs. L. Aynès ; RTD Civ. 1989.111, obs. M. Bandrac.

Civ. 1ère, 11 octobre 1988, n° 86-12.832, Bull. Civ. I, n° 280, p. 192, JCP 1989, II, 21358, n. Dorsner-Dollivet.

Civ. 1ère, 11 octobre 1988 (Rebouh), n° 87-11.198, Bull. Civ. I, n° 278, p. 190, *in* Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, par B. Ancel et Y. Lequette, n° 70-72 ; Gaz. Pal. Rec. 1989, jur. p. 388, n. E.-S. de la Marnierre ; Rev. crit. DIP 1989, 368 et obs. Y. Lequette ; JDI 1989, 349, note D. Alexandre ; Defrénois 1989, 310, obs. J. Massip ; JCP 1989, II, 21358, n. Dorsner-Dollivet.

Civ. 1ère, 22 novembre 1988, n° 86-19.266, Bull. Civ. I, n° 329, p. 223, *D.* 1989, som. 289, obs. L. Aynès ; Ph. Simler, J.-Cl. Civil, art. 2011 à 2020, fasc. 20, cautionnement, condition de validité, 1990, n° 49.

Civ. 1ère, 18 avril 1989, n° 87-14.563, Bull. Civ. I, n° 156, p. 103 ; JCP N 1983.313.

Civ. 1ère, 24 mai 1989, n° 87-20.157, Bull. Civ. I, n° 214 ; Defrénois 1989. 1015, obs. Massip.

Civ. 1ère, 14 juin 1989, n° 88-12.665, Bull. Civ. I, n° 240, p. 160, Rev. dr. bancaire, 1989. 711, n° 3, obs. F. Crédot et Y. Gérard-Riom.

Civ. 1ère, 17 janvier 1990, n° 88-12.031, Bull. Civ. I, n° 17, p. 13, Defrénois, 15 juin 1990, n°11, p.694, n. Massip.

Civ. 1ère, 24 janvier 1990, n° 87-13.902, Bull. Civ. I, n° 23, p. 16, Defrénois, 15 juin 1990, n°11, art. n°34791, p. 696, obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 2 mai 1990, n° 88-16.664, Bull. Civ. I, n° 94, p. 70 ; *D.* 1990. 493, n. J. Massip.

Civ. 1ère, 10 juillet 1990, n° 89-11.213, Bull. civ. I, n° 193 ; Defrénois 1990. 1305, obs. Massip.

Civ. 1ère, 4 décembre 1990, (Coveco), n° 89-14.285, Bull. Civ. I, n° 272, p. 193, *in* Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, par B. Ancel et Y. Lequette, n° 70-72 ; Gaz. Pal. Rec. 1991, panor. cass. p. 88 [911099], Rev. crit. DIP 1991, 558, n. M.-L. Niboyet.

Civ. 1ère, 5 février 1991, n° 89-15.528, Bull. Civ. I, n° 50, p. 32, Defrénois, 15 juin 1991, n° 11, p. 680, obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 5 mars 1991, n° 89-12.320, Bull. Civ. I, n° 82, p. 54, Defrénois, 15 juin 1991, n° 11, p. 682, obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 25 mars 1991, n° 88-15.973, Bull. Civ. I, n° 106.

Civ. 1ère, 19 novembre 1991, n° 90-10.997, Bull. Civ. I, n° 318, p. 207 ; *D.* 1993. 277, n. Massip.

Civ. 1ère, 17 décembre 1991, n° 90-15.687, Bull. Civ. I, n° 356, p. 233, Rec. D., 17 septembre 1992, n°31, p. 373, obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 18 février 1992, n° 90-17.952, Bull. Civ. I, n° 54, p. 38 ; *D.* 1993. 277, n. Massip.

Civ. 1ère, 17 mars 1992, n° 90-10.892, Bull. Civ. I, n° 88, p. 59, Defrénois 1992, art. n° 35335, n° 97, obs. J. Massip ; *D.* 1993, p. 17, n. J. Massip.

Civ. 1ère, 31 mars 1992, n° 90-14.626, Bull. Civ. I, n° 99 ; Defrénois 1992, art. n° 35335, n° 97, obs. J. Massip ; *D.* 1993, p. 17, n. J. Massip.

Civ. 1ère, 2 juin 1992, n° 90-18.316, Bull. civ. I, n° 170, p. 116.

Civ. 1ère, 2 décembre 1992, n° 91-11.428, Bull. Civ. I, n° 299 ; *D.* 1993. 409, n. F. Boulanger ; RTD civ. 1993. 328, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 24 février 1993, n° 91-14818, Bull. Civ. I, n° 84, p. 55 ; Gaz. Pal. Rec. 1993, pan. p. 187 [932599] ; Defrénois 1993, art. n° 35611, n° 90, obs. J. Massip ; RTD civ. 1994, 79, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 15 juillet 1993, n° 91-18.461, Bull. Civ. I, n° 258, p. 178 ; Gaz. Pal. Rec. 1994, pan. p. 14 [940187].

Civ. 1ère, 17 novembre 1993, n° 91-16.733, Bull. Civ. I, n° 329, p. 228, Defrénois, 1994, p. 791, n°58, obs. Ph. Delebecque.

Civ. 1ère, 8 décembre 1993, n° 92-10.698, Bull. Civ. I, n° 360, p. 250, Rec. D. 7 juillet 1994, n° 25, p.360.

Civ. 1ère, 23 mars 1994, n° 92-17.360, inédit, Defrénois 1994. 1100, art. n° 35891, obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 8 juin 1994, n° 92-10.560, Bull. Civ. I, n° 207, p. 150.

Civ. 1ère, 15 juin 1994, n° 92-19.680, Bull. Civ. I, n° 213, p. 155 ; Rec. D. 19 janvier 1995, n°3, obs. J. Massip ; Defrénois 1994, 1450, obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 2 novembre 1994, n° 93-05.085, Bull. Civ. I, n° 315 ; RTD civ. 1995. 184, obs. R. Perrot ; Gaz. Pal. 1995. 1. Pan. 65 ; Defrénois 1995. 730, obs. Massip.

Civ. 1ère, 15 novembre 1994, n° 92-18.971, Bull. Civ. I, n° 327, p. 237.

Civ. 1ère, 17 janvier 1995, n° 93-10.486, Bull. Civ. I, n° 37, p. 25 ; RTD Civ. 1995. 326 ; *D.* 1995. 639.

Civ. 1ère, 31 janvier 1995, n° 93-12.613, Bull. Civ. I, n° 60, p. 43, Defrénois 30 novembre 1995, n° 22, art. n° 36210, p. 1396, obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 11 octobre 1995, n° 93-20.583, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 24 octobre 1995, n° 93-21.484, Bull. Civ. I, n° 371, p. 258 ; RD Sanit. Soc., 15 mars 1996, n°1, obs. Fr. Kessler ; Defrénois, 15 juin 1996, n° 11, p. 732, obs. J. Massip, LPA, 19 juin 1996, n°74, pp. 32 et sui., n. J. Massip.

Civ. 1ère, 7 novembre 1995, n° 93-19.318, Bull. Civ. I, n° 392, p. 273 ; Gaz. Pal. Rec. 1996, pan. p.166 [962366].

Civ. 1ère, 6 février 1996, n° 93-13.743, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 6 février 1996, n° 93-21.053, Bull. Civ. I, n° 65.

Civ. 1ère, 14 mai 1996, n° 94-16.275, inédit, JurisData n° 196-001878.

Civ. 1ère, 15 octobre 1996, n° 95-10.903, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 17 décembre 1996, n° 94-22.086, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 14 janvier 1997, n° 95-10.538, inédit ; Rec. D., 27 novembre 1997, n° 41, p. 549, n. J. Massip.

Civ. 1ère, 25 mars 1997, n° 96-12.028, Bull. Civ. I, n° 107 ; *D.* 1998. 333, n. J. Massip; JCP G 1997. II. 22882, n. Th. Fossier ; RD. Sanit. Soc. 1997. 898, obs. F. Monéger ; RTD civ. 1997. 634, obs. J. Hauser ; Gaz. Pal. Rec. 1999, somm. p. 571, note E. du Rusquec [972207] ; Defrénois 1997, art. 36690, n° 142, p. 1338, obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 24 février 1998, n° 95-21.473, Bull. Civ. I, n° 73, p. 49, JCP 1998. II. 10118, n. Th. Fossier, Defrénois, 1998. 1037, obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 17 mars 1998, n° 96-13.972, Bull. Civ. I, n° 120, p. 79, JCP 1998, II, 10148, n. S. Piedelièvre.

Civ. 1ère, 13 mai 1998, n° 96-16.222, Bull. Civ. I, n° 170, p. 113 ; *D.* 1999.291, n. Raymond.

Civ. 1ère, 3 juin 1998, n°s 96-17.526, 96-17.527 et 96-17.529, inédits, Gaz. Pal. 1999, pan. p.98.

Civ. 1ère, 16 juillet 1998, n° 96-11.970, Bull. Civ. I, n° 253, p. 177.

Civ. 1ère, 6 octobre 1998, n° 95-22.121, Bull. Civ. I, n° 270 ; Rec. D., 15 juillet 1999, n° 27, p.402, n. J. Massip.

Civ. 1ère, 12 novembre 1998, n° 96-18.041, Bull. Civ. I, n° 315, p. 217.

Civ. 1ère, 24 novembre 1998, n° 95-12.854, inédit, JurisData n° 1998-005410.

Civ. 1ère, 13 avril 1999, n° 97-11.156, Bull. Civ. I, n° 131, p. 85, JCP 2000.II.10309, n. A.-S.Barthez ; Defrénois 1999.1001, obs. D. Mazeaud ; Gaz. Pal. Rec. 1999, panor. cass. p. 181 [993063].

Civ. 1ère, 6 juillet 1999, n°s 97-16.249 et 97-21.772, inédits, Dr. fam. 1999.132, n. Fossier, JCP 1999, II, 10217, n. Garé, RTD Civ. 2000. 103, n. Hauser.

Civ. 1ère, 27 avril 2000, n° 98-11.739, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 14 juin 2000, n° 98-14.999, inédit, JurisData n° 2000-002532 ; Dr. Fam. 2000, comm. 135, obs. Th. Fossier.

Civ. 1ère, 20 juin 2000, n° 97-22.419, Bull. Civ. I, n° 194, p. 126.

Civ. 1ère, 30 janvier 2001, n° 98-15.178, Bull. Civ. I, n° 15, p. 9.

Civ. 1ère, 6 février 2001, n° 98-21.598, Bull. Civ. I, n° 23, p. 16 ; D. 2001. 2440, n. F. Boulanger ; Defrénois, 2001. 1013, obs. Massip ; RTD Civ. 14 décembre 2001, n° 4, p. 853, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 3 avril 2001, n° 99-17.649, Bull. Civ. I, n° 93, p. 60 ; Gaz. Pal. Rec. 2001, somm. p. 2009, note M.-L. Niboyet.

Civ. 1ère, 29 mai 2001, n° 99-17.478, inédit, Gaz. Pal. Rec. 2002, somm. p. 221 [02009] ; Defrénois 30 novembre 2001, n° 22, art. n° 37430, p. 1358, obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 12 juin 2001, n° 99-10.523, inédit ; « Le principe de nécessité en matière de protection des majeurs », LPA, 5 décembre 2001, n° 242, pp. 18 et sui., obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 2 octobre 2001, n° 99-15.577, Bull. Civ. I, n° 238, p. 150, « De l'adhésion à une secte comme cause de curatelle », LPA, 12 mars 2002, n° 51, pp. 21 et 22, n. J. Massip.

Civ. 1ère, 20 décembre 2001, n° 00-17.173, inédit, RTD civ. 2002. 272, obs. Hauser ; Defrénois 2002. 696, obs. Massip.

Civ. 1ère, 19 mars 2002, n° 00-17.218, inédit, RTD Civ. 2002. 485, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 3 avril 2002, n° 00-10.301, Bull. Civ. I, n° 106, p. 83.

Civ. 1ère, 24 septembre 2002, n° 00-17.425, Bull. Civ., I, n° 217, p. 167.

Civ. 1ère, 28 janvier 2003, n° 00-15.344, Bull. Civ. l, n° 23, p. 17 ; Gaz. Pal. Rec. 2003, somm. p. 1204 [03720] ; Defrénois 2003, art. 37802, n° 82, p. 1086, obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 28 janvier 2003, n° 00-19.583, inédit ; Dr. Fam. 2003, n° 33, n. Th. Fossier.

Civ. 1ère, 1er juillet 2003, n° 01-02.700, inédit, Defrénois 2003. 1499, obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 9 décembre 2003, n° 01-14.569, Bull. Civ. I, n° 247, p. 197, Defrénois, 30 mars 2004, art. n°37901, comm. M. Revillard.

Civ. 1ère, 25 mai 2004, n° 01-03.629, inédit, Dr. fam. 2005, n° 20, n. Th.Fossier.

Civ. 1ère, 13 juillet 2004, n° 01-01.429, Bull. Civ. I, n° 204, p. 171.

Civ. 1ère, 13 juillet 2004, n° 01-14.506, Bull. Civ. I, n° 205, p. 172 ; *D*. 2006, Pan. 1571, obs. J.-J. Lemouland et J.-M. Plazy ; AJ Fam., n° 10/2004, 367, obs. L. Attuel-Mendes ; Dr. Fam. 2005, n° 123, n. Th. Fossier ; RTD Civ. 2004, 716, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 16 novembre 2004, n° 02-15.503, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 30 novembre 2004, n° 02-19.575, inédit, RTD Civ. 2005, 366, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 11 janvier 2005, n° 01-02.473, Bull. Civ. I, n° 21, p. 15 ; Gaz. Pal., 23 juillet 2005, n° 204, pp. 12 et sui., n. J. Massip ; M. Scherer, Rev. Crit. DIP, 15 mars 2006, n° 1, pp. 85 et sui. ; Defrénois 2005, n° 38184, obs. J. Massip ; Dr Fam. 2005, comm. n° 195, n. M. Farge ; *D*. 2005 p. 2924, n. F. Moneger ; JDI 2006 p. 955, n. S. Godechot-Patris.

Civ. 1ère, 11 janvier 2005, n° 01-13.133, Bull. Civ. I, n° 23, p. 17 ; *D.* 2005. 1207, n. A.-L. Thomat-Raynaud ; AJ fam. 2005. 146, obs. F. Bicheron ; Defrénois 2005. 1065, obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 8 février 2005, n° 02-10.739, Bull. Civ. I, n° 72, p. 63 ; *D*. 2005. 594 ; *ibid*. 2006. 1570, obs. J.-J. Lemouland et J.-M. Plazy ; AJ famille 2005. 196, obs. C. Grimaldi ; RTD civ. 2005. 365, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 8 mars 2005, n° 01-17.738, Bull. Civ. I, n° 120, p. 103 ; obs. J. Massip, Defrénois, art. n°38221, 15 septembre 2005, n° 17, p. 1359 ; Gaz. Pal., 18 octobre 2005, n° 291, pp. 18 et sui., n. J. Massip.

Civ. 1ère, 19 avril 2005, n° 04-11.911, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 21 septembre 2005, n° 04-10.217, Bull. Civ. I, n° 336, p. 279, Dr. Fam. 2005, comm. n° 282, n. M. Farge ; AJ Fam., p. 450, n. C. Grimaldi ; RPJF, février 2006, p. 13, obs. A. Boiche ; Rev. Crit. DIP 2006, p. 100, n. H. Muir-Watt.

Civ. 1ère, 3 janvier 2006, n° 03-20.860, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 28 mars 2006, n° 04-13.905, Bull. Civ. I, n° 235, p. 20 ; Dr. Fam. 1998, n° 79, n. Th. Fossier.

Civ. 1ère, 7 novembre 2006, n° 04-15.799, Bull. Civ. I, n° 460, p. 396 ; AJ fam. 2006. 466, obs. Pécaut-Rivolier ; *D*. 2006. 3069, note Bouteiller et obs. Le Bars et Thomasset-Pierre ; RTD civ. 2007. 88, obs. Hauser ; RTD com. 2007. 206, obs. Legeais.

Civ. 1ère, 14 novembre 2006, n° 05-12.353, Bull. Civ. I, n° 481, p. 413, AJ Fam. 2007, p.39, n. L. Pécaut-Rivolier ; Dr. Fam. 2007 comm. n° 70 n. Th. Fossier ; RJPF 2007, p. 15, obs. J. Casey ; D. Guérin-Seysen, art. préc., RD Sanit. Soc., 29 avril 2011, n° 2, p. 279.

Civ. 1ère, 28 novembre 2006, n° 04-18.266, Bull. Civ. I, n° 526 ; *D*. 2008, Pan. 316, obs. J.-M. Plazy ; AJ fam. 2007, 40, obs. L. Pécault-Rivolier ; Dr. Fam., 2007, n° 21, n. Th. Fossier, RJPF 2007-1/13, obs. J. Casey ; RTD civ. 2007, 91, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 28 novembre 2006, n° 05-13.004, Bull. Civ. I, n° 527, p. 466 ; *D*. 2008 Pan. 316, obs. J.-M. Plazy ; RJPF 2007-1/12, obs. J. Cazey.

Civ. 1ère, 18 janvier 2007, n° 05-20.529, Bull. Civ. I, n° 26, p. 23, JCP G 2007, 46 ; AJ fam. 2007, p.145, n. L. Pecaut-Rivolier ; Dr. Fam. 2007, comm. n° 70, n. Th. Fossier.

Civ. 1ère, 24 mai 2007, n° 06-16.957, Bull. Civ. I, n° 2008 ; *D*., 7 juin 2007.

Civ. 1ère, 4 juin 2007, n° 05-20.243, Bull. Civ. I, n° 218, JCP N 2007, 1313, obs. Plazy, *D*. 2008, somm. 320, obs. Lemouland, RTD Civ. 2007, 547, obs. Hauser, Dr. fam. 2007, 153, n. Fossier, 193, n. Murat, AJ Fam . 2007, 355, obs. Pécaut-Rivolier, Defrénois 2007, 1323, obs. Massip.

Civ. 1ère, 23 janvier 2008, n° 05-20.068, Bull. Civ. n° 25, p. 20 ; AJ fam. 2008. 124, obs. Pécaut-Rivolier ; *D*. 2009. AJ. 484 ; D. 2009. Pan. 53, obs. Douchy-Oudot ; RTD civ. 2008. 275, obs. Hauser.

Civ. 1ère, 16 avril 2008, n° 06-16.662, Bull. Civ. I, n° 119, Gaz. Pal., 11 juin 2009, n° 162, p. 27, n. J. Casey.

Civ. 1ère, 28 mai 2008, n° 07-10.432, inédit, Gaz. Pal., 11 juin 2009, n° 162, p. 29, n. J. Casey.

Civ. 1ère, 28 mai 2008, n° 07-11.420, inédit, Gaz. Pal., 11 juin 2009, n° 162, p. 29, n. J. Casey.

Civ. 1ère, 8 octobre 2008, n° 07-16.194, Bull. Civ. I, n° 223, *D*. 2008, 2663, obs. Egéa, 2832, obs. Norguin, *D*. 2009, 2190, obs. Plazy ; JCP 2009, II, 10012, n. Favier ; Dr. fam. 2008, 173, n. Murat ; Gaz. Pal. 11 juin 2009, n° 162, p. 28, n. J. Casey ; jurisdata n° 2008-357639 ; AJ Fam. 2008, p. 435, n. L. Pécault-Rivolier ; RTD Civ. 2008, 655, obs. Hauser ; Defrénois 2008, 2431, obs. Massip.

Civ. 1ère, 22 octobre 2008, n° 07-19.964, Bull. Civ. I, n° 239, Gaz. Pal., 11 juin 2009, n° 162, p. 28, n. J. Casey, AJ fam. 2008. 479, n. Pécaut-Rivolier, *D*. 2009. 406, obs. Norguin, RTD civ. 2009. 94, obs. Hauser.

Civ. 1ère, 5 novembre 2008, n° 07-17.907, Bull. Civ. I, n° 249 ; Gaz. Pal., 11 juin 2009, n° 162, p. 30, n. J. Casey.

Civ. 1ère, 3 décembre 2008, n° 06-20810, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 3 décembre 2008, n° 07-12.902, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 13 janvier 2009, n° 06-20.728, inédit, AJ fam. 2009. 133, obs. L. Pécaut-Rivolier ; « Du contradictoire dans les procédures de protection : sauvegarde de justice et curatelle », RTD Civ., 15 juin 2009, n° 2, p. 296, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 25 février 2009, n° 07-11.517, inédit, Gaz. Pal., 11 juin 2009, n° 162, p. 30, n. J. Casey.

Civ. 1ère, 11 mars 2009, n° 08-10.118, Bull. Civ. I, n° 56 ; *D*. 2009, 1864, n. Norguin ; *ibid*. Pan. 2183, obs. J.-J. Lemouland, V. Noguéro et J.-M. Plazy ; Gaz. Pal. 3 octobre 2009, p. 15, note J. Massip ; JCP 2009, IV 1629 ; AJ fam. 2009, 224, obs. L. Pécault-Rivolier ; Defrénois, 2009, 1158, obs. J. Massip ; « Du contradictoire dans les procédures de protection : sauvegarde de justice et curatelle », RTD Civ. 15 juin 2009, n° 2, p. 296.

Civ. 1ère, 8 avril 2009, n° 08-11.417, inédit, « Les conditions de recours à un tiers extérieur à la famille pour exercer une mesure de protection », AJ Fam., 15 juin 2009, n° 6, p. 262, n. L. Pécaut-Rivolier.

Civ. 1ère, 8 avril 2009, n° 08-12.040, inédit, « Les conditions de recours à un tiers extérieur à la famille pour exercer une mesure de protection », AJ Fam., 15 juin 2009, n° 6, p. 262, n. L. Pécaut-Rivolier.

Civ. 1ère, 20 mai 2009, n° 08-12.923, inédit, *D*. 2009. Pan. 2183, J.-J. Lemouland ; RJPF 2009-9/17, obs. A. Caron-Déglise ; RTD Civ., 15 mars 2010, n° 1, pp. 80 et sui., n. J. Hauser.

Civ. 1ère, 1er juillet 2009, n° 08-13.518, Bull. Civ. I, n° 767, Rec. *D*. 2009.1896, obs. V. Egéa ; Rec. D. 2009. 2660, com. G. Raoul-Cormeil ; AJ Fam. 2009. 402, obs. L. Pécaut-Rivolier ; RTD Civ. 2009. 507, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 8 juillet 2009, n° 07-18.522, Bull. Civ. I, n° 856, *D*. 21 juillet 2009, 1971, obs. V. Egéa ; Dr. Fam., 2009, n° 114, n. I. Maria ; « Désignation et modification du bénéficiaire d'une assurance-vie en curatelle », LPA, 29 juillet 2009, n° 150, pp. 9 et sui., comm. D. Noguéro ; « Les incidences du conflit d'intérêts sur la substitution du bénéficiaire d'une assurance-vie par un majeur protégé sous curatelle : désignation d'un curateur *ad hoc* et responsabilité du curateur », LPA, 12 mai 2010, n° 94, pp. 18 et sui., comm. H. Hamadi ; « Tout sur le changement de la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie par un majeur sous curatelle », AJ Fam., 14 septembre 2009, n° 9, p. 352, obs. L. Pécaut-Rivolier ; « L'assurance-vie et les personnes protégées », RTD Civ. 14 décembre 2009, n° 4, p. 698, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 8 juillet 2009, n° 07-19.465, Bull. Civ. I, n° 857, « L'absence de signification des actes au curateur n'est qu'un vice de forme », AJ Fam., 14 septembre 2009, n° 9, p. 351, obs. L. Pécaut-Rivolier ; *D*. 2009. 1970, obs. V. Egéa ; *ibid*. 2010. 2115, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ;RTD Civ. 2009, 14 décembre 2009, n° 4, p. 700, obs. J. Hauser ; JCP 2009. 391, n° 19, obs. Tisserand-Martin ; Dr. fam. 2009, n° 115, note Maria.

Civ. 1ère, 8 juillet 2009, n° 08-16.153, Bull. Civ. I, n° 690, *D*. 21 juillet 2009, 1971, obs. V. Egéa ; Dr. Fam., 2009, n° 114, n. I. Maria ; « Désignation et modification du bénéficiaire d'une assurance-vie en curatelle », LPA, 29 juillet 2009, n° 150, pp. 9 et sui., comm. D. Noguéro ; « Les incidences du conflit

d'intérêts sur la substitution du bénéficiaire d'une assurance-vie par un majeur protégé sous curatelle : désignation d'un curateur *ad hoc* et responsabilité du curateur », LPA, 12 mai 2010, n° 94, pp. 18 et sui., comm. H. Hamadi ; « Tout sur le changement de la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie par un majeur sous curatelle », AJ Fam., 14 septembre 2009, n° 9, p. 352, obs. L. Pécaut-Rivolier ; « L'assurance-vie et les personnes protégées », RTD Civ. 14 décembre 2009, n° 4, p. 698, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 30 septembre 2009, n° 08-15.174, Bull. Civ. I, n° 959, « Même un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection peut avoir droit à un avocat », AJ Fam., 16 novembre 2009, n° 11, p. 457, obs. L. Pécaut-Rivolier ; « Du contradictoire dans les procédures familiales : tutelle et assistance éducative », RTD Civ., 14 décembre 2009, n° 4, p. 713, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 12 novembre 2009, n° 08-17.301, Bull. Civ. I, n° 1130, « Le recours à un tiers pour exercer les mesures de protection : net assouplissement de la jurisprudence », AJ Fam., 19 janvier 2010, n° 1, p. 44, obs. L. Pécaut-Rivolier.

Civ. 1ère, 25 novembre 2009, n° 08-19.138, Bull. Civ. I, n° 1196, « Le recours à un tiers pour exercer les mesures de protection : net assouplissement de la jurisprudence », AJ Fam., 19 janvier 2010, n° 1, p. 44, obs. L. Pécaut-Rivolier.

Civ. 1ère, 25 novembre 2009, n° 08-20.271, Bull. Civ. I, n° 1197, « L'exclusion de la famille dans la protection d'une personne majeure », LPA, 10 mars 2010, n° 49, pp. 6 et sui., comm. G. Raoul-Cormeil ; « Le recours à un tiers pour exercer les mesures de protection : net assouplissement de la jurisprudence », AJ Fam., 19 janvier 2010, n° 1, p. 44, obs. L. Pécaut-Rivolier.

Civ. 1ère, 25 novembre 2009, n° 08-20.492, Bull. Civ. I, n° 1192, « L'exclusion de la famille dans la protection d'une personne majeure », LPA, 10 mars 2010, n° 49, pp. 6 et sui., comm. G. Raoul-Cormeil ; « Le recours à un tiers pour exercer les mesures de protection : net assouplissement de la jurisprudence », AJ Fam., 19 janvier 2010, n° 1, p. 44, obs. L. Pécaut-Rivolier.

Civ. 1ère, 9 décembre 2009, n° 07-13.981, inédit, « L'exclusion de la famille dans la protection d'une personne majeure », LPA, 10 mars 2010, n° 49, pp. 6 et sui., comm. G. Raoul-Cormeil.

Civ. 1ère, 9 décembre 2009, n° 08-14.023, inédit, « L'exclusion de la famille dans la protection d'une personne majeure », LPA, 10 mars 2010, n° 49, pp. 6 et sui., comm. G. Raoul-Cormeil.

Civ. 1ère, 9 décembre 2009, n° 08-16.836, Bull. Civ. I, n° 244, « L'action en expulsion d'un majeur protégé ressortit-elle du régime des actions patrimoniales ou extrapatrimoniales ? », AJ Fam., 12 février 2010, n° 2, p. 87.

Civ. 1ère, 9 décembre 2009, n° 08-21.181, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 17 mars 2010, n° 08-15.658, Bull. Civ. I, n° 66 ; «Assurance-vie : défaut d'assistance du curateur et refus de qualification en donation», Defrénois, 15 juillet 2010, art. n° 39135, n° 13, pp.1440 et sui., obs. D. Noguéro.

Civ. 1ère, 17 mars 2010, n° 08-20.771, Bull. Civ. I, n° 67, *D.*, 16 avril 2010.828, Defrénois, 15 juin 2010, n° 11, art. n° 39127, pp. 1242 et sui., obs. J. Massip ; AJ Fam. 2010. 283, obs. L. Pécaut-Rivolier ; RTD Civ. 2010. 530, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 31 mars 2010, n° 09-14.700, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 1er avril 2010, n° 09-13.851, inédit, *D.* 2010. Pan. 2115 ; Dr. Fam. 2010. 135 ; RTD Civ., 30 décembre 2010, n° 4, p. 761, n. J. Hauser.

Civ. 1ère, 12 mai 2010, n° 09-10.556, Bull. Civ. I, n° 117, *D.* 2010.1348, *ibid*. 2392, obs. V. Brémond, M. Nicod et J. Revel, AJ fam. 2010.287, obs. C. Vernières, RTD Civ. 2010. 527, obs. J. Hauser, *ibid*. 602, obs. M. Grimaldi, Defrénois 2010.1583, n. J. Massip, 1776, n. Fr. Sauvage, et 2373, obs. Chamoulaud-Trapiers.

Civ. 1ère, 12 mai 2010, n° 09-10.619, inédit, Dr. Fam. 2010, n° 154, n. J. Massip.

Civ. 1ère, 27 mai 2010, n° 09-12.193, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 27 mai 2010, n° 09-16.094, Bull. Civ. I, n° 24, *D.,* 14 juin 2010 ; « Réforme des tutelles : les recours sont jugés selon les règles applicables lors du prononcé et de la décision de première instance », AJ Fam., 26 juillet 2007, n° 7, p. 332, obs. L. Pécaut-Rivolier.

Civ. 1ère, 20 octobre 2010, n° 09-13.635, Bull. Civ. I, n° 209, *D*. 2011. 50, n. G. Raoul-Cormeil ; AJ Fam. 2010. 496, obs. Th. Verheyde ; « Insanité d'esprit et autorisation du juge des tutelles pour vendre le logement », RTD Civ., 15 avril 2011, n° 1, p. 103, obs. J. Hauser, LPA, 19 janvier 2011, n° 13, pp.12 et sui, n. L. Disa.

Civ. 1ère, 4 novembre 2010, n° 09-68.276, Bull. Civ. I, n° 229, *D*. 2010. 2703 ; AJ fam. 2011. 51, obs. F. Bicheron ; Dr. fam. 2011, comm. 10, n. B. Beignier.

Civ. 1ère, 1er décembre 2010, n° 09-16.764, inédit, « Ancienne tutelle et droit nouveau », RTD Civ., 15 avril 2011, n° 1, p. 104, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 15 décembre 2010, n° 09-70.583, Bull. Civ. I, n° 262 ; *D*. 2011. 78, obs. I. Gallmeister ; *ibid*. 622, chron. N. Auroy et C. Creton ; *ibid*. 1107, obs. M. Douchy-Oudot ; AJ fam. 2011. 325, obs. M. Douris ; RTD civ. 2011. 110, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 12 janvier 2011, n° 09-16.519, Bull. Civ. I, n° 11 ; D. 2011, 1204, obs. D. Noguéro ; *ibid*. 2501, obs. J-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; AJ fam., 2011, 110, obs. Th. Verheyde ; RTD Civ., 2011, 323, obs. J. Hauser ; Defrénois 2011, 690, n. J. Massip ; JCP 2011, 691, obs. N. Péterka ; Dr fam., 2011, n° 42, obs. I. Maria ; JCP N 2011, 1115, n. Boulanger.

Civ. 1ère, 23 février 2011, n° 09-13.867, Bull. Civ. I, n° 187, AJ Fam., 16 avril 2011, n° 4, p.215, obs. Th. Verheyde.

Civ. 1ère, 23 février 2011, n° 10-11.968, Bull. Civ. I, n° 184, AJ Fam., 16 avril 2011, n° 4, p.215, obs. Th. Verheyde.

Civ., 1ère, 29 juin 2011, n° 10-18.960, Bull. Civ. I, n° 134, Gaz. Pal., 4 août 2011, n° 216, p. 24, AJ Fam. 2011.433, obs. Th. Verheyde, RTD Civ., 14 octobre 2011, n° 3, p. 513, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 29 juin 2011, n° 10-21.879, Bull. Civ. I, n° 133, *D*. 2011. 1819 ; *ibid*. 2501, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; LPA, 31 août 2011, n° 173, pp. 14 et sui., n. L. Gatti ; AJ fam. 2011. 431, obs. T. Verheyde ; RTD civ. 2011. 511, obs. J. Hauser ; JCP G 2011. 987, note N. Peterka ; Dr. famille 2011, Comm. 133, note I. Maria.

Civ. 1ère, 23 novembre 2011, n° 10-10.991, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 23 novembre 2011, n° 10-26.249, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 1er février 2012, n° 11-11.346, Bull. Civ. I, n° 19, « Chronique du patrimoine (février 2011 à mai 2012, 1ère partie) », LPA, 4 février 2013, n° 25, pp. 5 et sui., n. G. Yildirim ; *D*. 2012. 921, n. G. Raoul-Cormeil ; AJ fam. 2012. 229, obs. T. Verheyde ; Dr. fam. 2012. 53, comm. I. Maria ; RTD Civ. 16 juillet 2012, n° 2, p. 289 16 juillet 2012, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 29 février 2012, n° 10-28.822, inédit, RTD Civ., 16 juillet 2012, n° 2, p. 190, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 12 avril 2012, n° 11-25.158, *D*. 2012. 2706, obs. D. Noguéro ; RTD Civ., 2012. 293, obs. J. Hauser ; Dr. Fam., 2012. Comm. 102, n. I. Maria.

Civ. 1ère, 12 avril 2012, n° 12-40.013, inédit, AJ Fam. 2012. 348, obs. F. Chénédé ; RTD Civ. 2012. 510, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 6 juin 2012, n° 11-15.264, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 7 juin 2012, n° 10-26.947, Bull. Civ. I, n° 123 ; *ibid*. n° 11-22.490, Bull. Civ. I, n° 124, *D*. 2012. 1648, n. F. Vialla, et 2013. 666, obs. J.-C. Galloux ; AJ Fam., 2012. 405, obs. G. Vial ; RD Sanit. Soc., 2012. 880, n. S. Paricard ; RTD Civ., 2012. 502, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 4 juillet 2012, n° 10-28.370, inédit, Dr. Fam., 20 septembre 2012, n° 8, p. 4, n. G. Raoul-Cormeil.

Civ. 1ère, 4 juillet 2012, n° 11-18.475, Bull. Civ. I, n° 154 ; *D*. 2012. 1886 ; *ibid*. 2699, obs. D. Noguéro et J.-M. Plazy ; AJ Fam. 2012. 506, obs. Th. Verheyde ; RTD Civ., 28 décembre 2012, n° 4, p. 712, n. J. Hauser.

Civ. 1ère, 12 juillet 2012, n° 11-13.161, Bull. Civ. I, n° 163 ; *D*. 2012. 1958 ; AJ Fam. 2012. 505, obs. Th. Verheyde

Civ. 1ère, 12 septembre 2012, n° 11-17.246, inédit, RTD Civ., 28 décembre 2012, n° 4, p. 712, n. J. Hauser ; Dr. Fam., 15 novembre 2012, n° 10, p. 5, obs. G. Raoul-Cormeil.

Civ. 1ère, 7 novembre 2012, n° 11-17.311, inédit, « De l'obligation de motiver soigneusement les décisions de mise sous protection : la Cour de cassation tient la main », RTD Civ. 8 avril 2013, n° 1, p.89, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 7 novembre 2012, n° 11-23.494, inédit ; « De l'obligation de motiver soigneusement les décisions de mise sous protection : la Cour de cassation tient la main », RTD Civ. 8 avril 2013, n° 1, p.89, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 5 décembre 2012, n° 11-25.158, Bull. Civ. I, n° 1403, *D*. 2012.2964 ; AJ Fam. 2013.61, obs. Th. Verheyde ; « Mariage du curatélaire : application de la décision du Conseil constitutionnel du 29 juin 2012, QPC n° 2012-260 », RTD Civ., 8 avril 2013, n° 1, p. 93, n. J. Hauser ; J.-J. Lemouland et D. Vigneau, « Droit des couples », Rec. D., 2 mai 2013, n° 16, pp. 1089 et sui. ; Dr fam., 15 février 2013, n° 2, p. 3, obs. G. Raoul-Cormeil.

Civ. 1ère, 5 décembre 2012, n° 11-26.611, Bull. Civ. I, n° 254 ; « Le principe de préférence familiale en matière de protection des majeurs et le contrôle exercé par la Cour de cassation », LPA, 29 mars 2013, n° 64, pp. 12 et sui., obs. J. Massip ; « De l'obligation de motiver soigneusement les décisions de mise sous protection : la Cour de cassation tient la main », RTD Civ. 8 avril 2013, n° 1, p. 89, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 19 décembre 2012, n° 11-26.268, inédit, « Le principe de préférence familiale en matière de protection des majeurs et le contrôle exercé par la Cour de cassation », LPA, 29 mars 2013, n° 64, pp.12 et sui., obs. J. Massip.

Civ. 1ère, 30 janvier 2013, n° 11-23.318, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 13 février 2013, n° 11-14.515, Bull. Civ. I, n° 13; *ibid*. n° 12-11.949, Bull. Civ. I, n°14, *D*. 2013. 499, obs. I. Gallmeister ; AJ Fam., 2013. 182, obs. G. Vial.

Civ. 1ère, 27 février 2013, n° 11-28.307, Bull. Civ. I, n° 25 ; « L'intérêt du majeur protégé et l'appréciation souveraine des juges du fond », Gaz. Pal, n° 121r5, 14 mars 2013, n° 73, p. 21 ; AJ Fam., 2013.304, obs. Th. Verheyde ; Dr. Fam., 2013, comm. 58, n. Maria ; RTD Civ., ss « le curatélaire et sa petite voiture : des biens et de la personne… », 15 juillet 2013, n° 2, p.350, n. J. Hauser.

Civ. 1ère, 27 février 2013, n° 12-14.127, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 6 mars 2013, n° 12-17.360, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 20 mars 2013, n° 11-28.318, Bull. Civ. I, n° 56 ; *D*. 2013. 1884, note Farah Safi ; AJ fam. 2013. 240, obs. C. Vernières.

Civ. 1ère, 15 mai 2013, n° 12-14.733, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 29 mai 2013, n° 12-14.359, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 29 mai 2013, n° 12-19.851, inédit, *D*. 2013, 1815, n. D. Noguéro ; *ibid*, 2196, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M . Plazy ; AJ fam., 18 septembre 2013, 510, obs. Th. Verheyde ; RTD Civ., 2013. 576, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 12 juin 2013, n° 12-10.182, Bull. Civ. I, n° 617, AJ Fam., 18 septembre 2009, n° 9, p. 512, obs. Th. Verheyde.

Civ. 1ère, 12 juin 2013, n° 12-14.443, Bull. Civ. I, n° 598, « peut-il y avoir plusieurs requérants consécutifs à l'ouverture d'une mesure de protection ? », AJ Fam. 16 juillet 2013, n° 7, p. 447, n. Th. Verheyde ; RTD Civ., 15 octobre 2013, n° 3, p. 568, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 12 juin 2013, n° 12-15.688, Bull. Civ. I, n° 583, AJ Fam., 18 septembre 2013, n° 9, p. 507, obs. G. Raoul-Cormeil ; RTD Civ., 15 octobre 2013, n° 3, p. 577, obs. J. Hauser ; D. 2013. 1875, note A. Marais et D. Noguéro ; *ibid*. 2196, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy.

Civ. 1ère, 26 juin 2013, n° 12-12.833, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 26 juin 2013, n° 12-13.730, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 26 juin 2013, n° 12-14.877, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 26 juin 2013, n° 12-15.401, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 26 juin 2013, n° 12-18.454, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 26 juin 2013, n° 12-20.473, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 26 juin 2013, n° 12-25.902, inédit, source Légifrance.

Civ. 1ère, 6 novembre 2013, n° 12-23.766, Bull. Civ. I, n° 1233, Dr fam., 15 décembre 2013, n° 11, p.2, obs. G. Raoul-Cormeil ; Rec. D. n° 7, 20 février 2014, p. 467.

Civ. 1ère, 20 novembre 2013, n° 12-27.218, publication à paraître ; AJ fam., 2014. 56 ; obs. Th. Verheyde ; RTD Civ. 30 avril 2014, n° 1, p. 83, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 20 novembre 2013, n° 12-29.474, publication à paraître ; AJ fam., 2014. 56 ; obs. Th. Verheyde ; RTD Civ. 30 avril 2014, n° 1, p. 83, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 12 février 2014, n° 13-13.581, Bull. Civ. I, n° 24 ; Dr. fam., 20 mars 2014, n° 2, p. 4, n. G. Raoul-Cormeil ; RTD Civ. 24 juillet 2014, n° 2, p. 337, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 29 janvier 2014, n° 13-11.269, inédit, RTD Civ. 24 juillet 2014, n° 2, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 19 mars 2014, n° 13-12.016, Bull. Civ. n° 47, Rec. D., n° 12, 27 mars 2014, p. 722, AJ fam. 2014, p. 318, obs. Th. Verheyde, RTD Civ. 2014, p.336, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 14 mai 2014, n° 12-35.035, Bull. Civ. I, n° 92, Rec. D. 29 mai 2014, n° 20, p. 1152, AJ fam. 2014, p. 436, obs. Th. Verheyde, RTD Civ. 2014, p. 622, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 28 mai 2014, n° 13-24.324, inédit, RTD Civ. 2014, p. 858, obs. J. Hauser, AJ fam. 2014, p.503, obs. Th. Verheyde.

Civ. 1ère, 9 juillet 2014, n° 13-20.077, à paraître, RTD Civ. 2014, p. 858, obs. J. Hauser, AJ fam. 2014, p. 503, obs. Th. Verheyde.

Civ. 1ère, 8 janvier 2015, n° 13-26.814, inédit, AJ fam. 18 mars 2015, n° 3, p. 171, obs. V. Montourcy.

Civ. 1ère, 28 janvier 2015, n° 13-26.363, inédit, AJ fam. 21 avril 2015, n° 4, p. 231, obs. V. Montourcy, RTD Civ. 2015 p. 357, obs. J. Hauser, Dr. fam., 2015. 58, obs. I. Maria, JCP 2015 E et A 2015, 1168, n. G. Raoul-Cormeil.

Civ. 1ère, 18 mars 2015, n° 14-11.330, à publier, AJ fam., 2015. 232, obs. Th. Verheyde.

Civ. 1ère, 1er avril 2015, n° 13-20.376, inédit, AJ fam. 18 juin 2015, n° 6, p. 345, obs. Th. Verheyde.

Civ. 1ère, 1er avril 2015, n° 14-11.051, inédit, AJ fam. 21 mai 2015, n° 5, p. 293, obs. V. Montourcy.

Civ. 1ère, 15 avril 2015, n° 14-16.666, à publier, AJ fam. 18 juin 2015, n° 6, p. 343, obs. V. Montourcy, *D*. 2015. 1569, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy.

Civ. 1ère, 13 mai 2015, n° 14-14.904, à publier, *D*. 2015. 1569, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy, AJ fam. 2015. 410, obs. Th. Verheyde.

Civ. 1ère, 10 juin 2015, n° 14-10.377, à publier, *D.* 2015.1319, RTD Civ. 2015.585, obs. J. Hauser, *ibid*. 670, obs. M. Grimaldi.

Civ. 1ère, 8 juillet 2015, inédit, AJ Fam. 2015.547, obs. Th. Verheyde, RTD Civ. 2016.84, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 7 octobre 2015, n° 14-23.955, publication à paraître, *D*. 2015.2072, RTD Civ., 2015.854, obs. J. Hauser, AJ fam., 20 janvier 2016, n° 1, p. 58, obs. Th. Verheyde.

Civ. 1ère, 18 novembre 2015, n° 14-28.223, à paraître, *D.* 2015.2441, AJ Fam., 2015.688, obs. V. Avéat-Robardet, RTD Civ. 2016.84, obs. J. Hauser.

Civ. 1ère, 2 décembre 2015, n° 14-25.777, à paraître, *D.* 2015.2560, AJ Fam. 2016.107, obs. Th. Verheyde, RTD Civ. 2016.83, obs. J. Hauser.

- Deuxième chambre civile

Civ. 2ème, 7 mars 1984, n° 82-12.804, Bull. Civ. II, n° 45.

Civ. 2ème, 23 octobre 1985, n° 83-11.125, Bull. Civ. II, n° 158.

Civ. 2ème, 21 juillet 1986, n° 85-11.733, Bull. Civ. II, n° 133.

Civ. 2ème, 20 juillet 1988, n° 87-15.212, Bull. Civ. II, n° 184.

Civ. 2ème, 27 septembre 2001, n° 99-20.068, inédit, source Légifrance.

Civ. 2ème, 8 juillet 2004, n° 03-13.114, Bull. Civ. II, n° 373 ; *D*. 2005. Pan. 1318, obs. Groutel.

Civ. 2ème, 17 novembre 2005, n° 03-04.186, Bull. Civ. II, n° 292.

Civ. 2ème, 15 mars 2007, n° 05-21.830, Bull. Civ. II, n° 68 , JCP 2007, IV 1815 ; « Les incapables majeurs, la substitution du bénéficiaire d'assurance-vie par le gérant de tutelle », Rec. D. 2007, n. D. Noguéro ; AJ Fam., 12 avril 2007, n° 4, p. 185, obs. L. Pécaut-Rivolier ; RTD civ. 2007. 309 obs. J. Hauser.

Civ. 2ème, 9 octobre 2008, n° 07-18.192, inédit, Gaz. Pal., 11 juin 2009, n° 162, p. 27, n. J. Casey.

Civ. 2ème, 23 octobre 2008, n°07-19.163, Bull. Civ., II, n° 250.

Civ. 2ème, 25 février 2010, n° 08-20.345, inédit, source Légifrance.

Civ. 2ème, 23 septembre 2010, n° 09-14.906, Bull. Civ. II, n° 1701, « De l'utilité de préciser clairement l'objet du recours en matière de tutelle », AJ Fam., 20 décembre 2010, n° 12, p. 543, n. Th. Verhyde.

Civ. 2ème, 24 janvier 2013, n° 12-01.345, Bull. Civ., n° 252, « L'impartialité du juge des tutelles », AJ Fam., 16 mars 2013, n° 3, p. 184, obs. Th. Verheyde ; RTD Civ., 15 juillet 2013, n° 2, p. 350, obs. J. Hauser.

Civ. 2ème, 31 janvier 2013, n° 12-10.224, inédit, source Légifrance.

Civ. 2ème, 27 juin 2013, n° 12-20.880, inédit, source Légifrance.

Civ. 2ème, 11 juillet 2013, n° 12-23.091, Bull. Civ. II, n° 1243 ; AJ Fam., 18 septembre 2013, n° 9, p.511, obs. Th. Verheyde.

- Troisième chambre civile

Civ. 3ème, 12 mars 1969, n° 67-11.001, Bull. Civ. III, n° 224.

Civ. 3ème, 1er décembre 1971, n° 70-13.392, Bull. Civ. III, n° 595, p. 425, *D.* 1972, n° 248.

Civ. 3ème, 5 décembre 1972, n° 71-12.965, Bull. Civ. III, n° 657, p. 485.

Civ. 3ème, 4 janvier 1973, n° 70-14.269, Bull. Civ. III, n° 21, p. 17.

Civ. 3ème, 27 octobre 1975, n° 74-11.656, Bull. Civ. III, n° 310, p. 234.

Civ. 3ème, 9 décembre 1975, n° 74-12.859, Bull. Civ. III, n° 362, p. 275.

Civ. 3ème, 19 février 1976, n° 74-12.154, Bull. Civ. III, n° 76, p. 58.

Civ. 3ème, 12 juillet 1983, n° 82-11.130, Bull. Civ. III, n° 165.

Civ. 3ème, 16 avril 2008, n° 07-13.846, Bull. Civ. III, n° 71.

Civ. 3ème, 1er octobre 2008, n° 07-16.273, Bull. Civ. III, n° 145.

Civ. 3ème, 20 mai 2009, n° 08-13.813, Bull. Civ. III, n° 604, AJ Fam., 20 juillet 2009, n° 7, p.302, obs. L. Pécaut-Rivolier ; *D*. 2009. 1536.

Civ. 3ème, 18 novembre 2009, n° 08-20.194, Bull. Civ. III, n° 1317, « Sort de la promesse de vente signée par un majeur placé sous sauvegarde de justice », AJ Fam., 19 janvier 2010, n° 1, p. 43, obs. L. Pécaut-Rivolier.

Civ. 3ème, 5 février 2013, n° 11-25.090, inédit, source Légifrance.

- Chambre criminelle

Crim., 28 octobre 1997, n° 91-80.051, Bull. Crim., n° 354.

Crim., 19 mai 1998, n° 97-81.018, Bull. Crim., n° 170, p. 466, JCP 1998, IV, 3130.

Crim., 17 janvier 2001, n° 00-87.198, inédit, source Légifrance.

Crim., 3 avril 2007, n° 06-83.801, Bull. Crim., n° 100.

Crim., 16 janvier 2008, n° 07-81.611, inédit, RSC 2008. 366, obs. Finielz.

Crim., 5 février 2008, n° 07-84.724, Bull. Crim., n° 29, p. 115.

Crim., 14 avril 2010, n° 09-83.503, Bull. Crim., n° 74 ; AJ. Fam. 2012.409, comm. Th. Verheyde ; D. 2010. 2454, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; AJ Fam. 2010. 282, obs. L. Pécaut-Rivolier ; AJ. Pén. 2010. 409 ; RTD Civ. 30 décembre 2010, n° 4, p. 763, n. J. Hauser.

Crim., 4 avril 2012, n° 11-88.725, inédit, AJ. Fam. 2012.409, comm. Th. Verheyde.

Crim., 3 mai 2012, n° 11-88.725, Bull. Crim., n° 105 ; AJ. Fam. 2012.409, comm. Th. Verheyde.

Crim., 27 novembre 2012, n° 11-88.678, Bull. Crim., n° 258, « Le curateur du prévenu doit être informé des poursuites et du jugement de condamnation prononcé à l'encontre du majeur protégé », AJ. Fam. 19 janvier 2013, n° 1, p. 62.

Crim., 29 janvier 2013, n° 12-82.100, Bull. Crim., n° 32.

Crim., 29 janvier 2013, n° 12-82.101, inédit, source Légifrance.

Crim., 30 janvier 2013, n° 11-89.224, Bull. Crim., n° 33.

Crim., 5 février 2013, n° 11-88.564, inédit, source Légifrance.

Crim., 6 mars 2013, n° 12-82.735, inédit, source Légifrance.

Crim., 21 janvier 2014, n° 13-84.364, QPC, inédit, RSC 2014.788, obs. J.-H. Robert.

Crim., 24 juin 2014, n° 13-84.364, à publier, *D.* 2014.1452 ; *Ibid*. 2259, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; AJ fam. 18 octobre 2014, n° 10, p. 561.

Crim., 15 octobre 2014, n° 13-86.655, inédit, AJ fam. 19 décembre 2014, n° 12, p. 702, obs. Th. Verheyde.

Crim., 21 octobre 2014, n° 13-85.481, à publier, AJ fam. 19 décembre 2014, n° 12, p. 701, obs. Th. Verheyde, RTD Civ. 31 mars 2015, n° 1, p. 105, obs. J. Hauser.

Crim., 17 février 2016, n° 16-80.653, à paraître, AJ Fam. 2016.216, obs. V. Montourcy.

-Chambre commerciale

Com., 19 février 1958, Bull. Civ., IV, n° 83.

Com., 26 décembre 1960, Bull. Civ. IV, n° 428.

Com., 10 février 1964, Bull. Civ. IV, n° 63.

Com., 10 janvier 1966, Bull. Civ. IV, n° 15.

Com., 20 avril 1967, Bull. Civ. IV, n° 156, JCP 1968, II, 15389.

Com., 22 mai 1967, Bull. Civ. IV, n° 199, JCP 1968, II, 15389, n. P. L.

Com., 12 décembre 1967, Bull. Civ. IV, n° 411, p. 388 ; JCP, 1968, II, 15534, 1ère espèce, n. J. Hémard.

Com., 21 janvier 1969, Bull. Civ. IV, n° 22.

Com., 10 juin 1969, Bull. Civ. IV, n° 218, p. 121.

Com., 26 mai 1970, n° 69-11407, Bull. Civ. IV, n° 173, p. 153.

Com., 25 février 1974, n° 73-10.305, Bull. Civ. IV, n° 68, p. 53.

Com., 26 avril 1982, n° 81-11.304, Bull. Civ. IV, n° 135, p. 120 ; DS 1986, p.233, n. D. Rambure.

Com., 20 février 1990, n° 88-10.695, Bull. Civ. IV, n° 50, p. 34.

Com., 2 mars 1993, n° 90-18.403, Bull. Civ. IV, n° 90, p. 61 ; JCP 1993, II, 22176, n. M. Béhar-Touchais.

Com., 6 juillet 1993, n° 91-15.469, Bull. Civ. IV, n° 287, p. 204.

Com., 9 novembre 1993, n° 91-13.950, Bull. Civ. IV, n° 383, p. 278.

Com., 11 janvier 1994, n° 92-10.241, Bull. Civ. IV, n° 22, RTD civ. 1994. 114, obs. Mestre.

Com., 3 juin 1997, n° 95-11.450, Bull. Civ. IV, n° 172, p. 153.

Com., 29 février 2000, n° 97-15.935, Bull. Civ. IV, n° 44, p. 37.

Com., 7 juillet 2004, n° 01-11.470, inédit, source Légifrance.

Com., 12 juillet 2011, n° 10-16.873, Bull. Civ. IV, n° 114 ; *D.* 2011. 2109, obs. X. Delpech ; *ibid*. 2501, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; AJ fam. 2011. 434, obs. T. Verheyde ; RTD Civ. 16 avril 2012,n° 1, p. 93, obs. J. Hauser.

Com., 10 septembre 2013, n° 12-21.075, inédit, source Légifrance.

-Chambre sociale

Soc., 30 novembre 1945, *D.* 1946, n° 155.

Soc., 17 juillet 1991, n° 88-43.972, Bull. Civ. V, n° 371.

Soc., 27 mai 1998, n° 97-41.483, inédit, source Légifrance.

Soc., 29 janvier 2013, n° 11-23.267, Bull. Civ. V, n° 20.

Soc., 18 décembre 2013, n° 12-17.874, à publier, AJ fam., 21 mars 2014, n° 3, p. 190, obs. V. Montourcy.

- Jurisprudence des cours d'appel

Nancy (CA), 7 février 1861, DP 1861.2.200.

Montpellier (CA), 12 novembre 1924, DP 1925.2.17, n. Savatier.

Paris (CA), 25 mai 1950, *D.* 1950, 439.

St Denis de la Réunion (CA), 16 octobre 1989, JCP.1990.II.21504, n. Putman.

Paris (CA), 8 juillet 1994, *D.* 1994, 223.

Paris (CA), 15 mars 1996, JCP 1996 II 22733, n. Th. Fossier.

Caen (CA), 1ère ch. Civ., 12 février 2008, n° RG 06 /1796.

Toulouse (CA), 3è ch., 17 septembre 2008, n° de RG 08/00738, source Légifrance.

Lyon (CA), 4 juin 2009, Dr. Fam. 2009, n° 161.

Douai (CA), 24 mars 2010, n° RG 10/162, AJ Fam., 14 mai 2010, n° 5, p. 236, obs. L. Pécaut-Rivolier.

Douai (CA), 16 juin 2010, RG n° 10/1013, « La loi du 5 mars 2007 appliquée par la Cour d'appel de Douai : quelques précisions de procédure et de fond », AJ Fam., 19 octobre 2010, n° 10, p. 438, obs. L. Pécaut-Rivolier ; RTD Civ., 15 avril 2011, n° 1, p. 105, obs. J. Hauser.

Douai (CA), 16 juin 2010, RG n° 10/1300, « La loi du 5 mars 2007 appliquée par la Cour d'appel de Douai : quelques précisions de procédure et de fond », AJ Fam., 19 octobre 2010, n° 10, p. 438, obs. L. Pécaut-Rivolier ; RTD Civ., 15 avril 2011, n° 1, p. 105, obs. J. Hauser.

Douai (CA), 16 juin 2010, RG n° 10/1482, « La loi du 5 mars 2007 appliquée par la Cour d'appel de Douai : quelques précisions de procédure et de fond », AJ Fam., 19 octobre 2010, n° 10, p. 438, obs. L. Pécaut-Rivolier ; RTD Civ., 15 avril 2011, n° 1, p. 105, obs. J. Hauser.

Toulouse (CA), 24 novembre 2010, n° 110, inédit, RTD Civ., 15 avril 2011, n° 1, p. 104, obs. J. Hauser.

Douai (CA), 2 février 2012, n° RG 11/5594, Gaz. Pal., 2 août 2012, n° 215, pp. 7 et sui., comm. G. Raoul-Cormeil.

Paris (CA), 8 janvier 2013, n° 11/18841, Dr. fam. 2013. comm. 45, obs. Maria.

Douai (CA), 11 janvier 2013, n° 12/05941, AJ fam. 2013. 136, obs. G. Raoul-Cormeil ; Dr. fam. 2013. comm. 45, obs. Maria ; RTD Civ., 15 juillet 2013, n° 2, p. 348, obs. J. Hauser.

Paris (CA), 14 janvier 2013, n° 12/03648, AJ fam., 18 septembre 2013, n° 9, p. 509, obs. J. Massip ; *D*. 2013.2196, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; Dr. Fam., 2013, comm, 61 ; RTD Civ. 2013, 576, obs. J. Hauser.

Douai (CA), 7 juin 2013, n° 13/00491, AJ fam., 21 novembre 2013, n° 11, p. 641, obs. J. Massip.

Douai (CA), 26 novembre 2015, n° 14/06652, AJ Fam. 2016.57, obs. É. Pecqueur, RTD Civ. 2016.85, obs. J. Hauser.

- Jurisprudence des tribunaux de grande instance

TGI Clermont-Ferrand, 1ère Ch., 5 janvier 1989 ; Defrénois, 15 octobre 1990, n° 19, pp. 1086 et sui., n. Fr. Ruellan ; Defrénois, 1990.1086, J. Massip ; « À propos du régime de protection applicable au majeur dont les facultés corporelles sont altérées », Rec. D., 13 septembre 1990, n° 30, p. 426 et sui., n. Fr. Ruellan.

TGI Vannes, 26 février 1991, JCP N, 1992, II, p. 169, n. Th. Fossier.

TGI Mont de Marsan, 8 octobre 2009, n° 09/00686, D. 2010. 2052, n. Th. Verheyde.

- Jurisprudence des tribunaux d'instance

TI St Omer, 3 mai 1989, JCP novembre 1990, n. Th. Fossier.

TI St Girons, 23 février 1995, Defrénois, 15 juin 1996, n° 11, p. 739, obs. J. Massip ; Rec. D., 6 juin 1996, n° 21, p. 299.

TI Quimperlé, 16 octobre 1999, RTD Civ. 2000.85, obs. Hauser, JCP 2000, II, 10252, n. Garé.

TI Nice, 4 février 2009, *D*. 2009, obs. Th. Verheyde; Defrénois 2010, p. 870, obs. J. Massip. ; L. Talarico *in* Dr. fam., comm. 147, p. 67.

Sources internet

www.travail-emploi-sante.gouv.fr

Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres, n° R 99 4F, 23 février 1999, www.coe.int

Direction des Affaires Civiles et du Sceau, juin 2005, Rapport du CES, présenté par Madame BOUTARIC :www.conseil-economique-et-social-.fr/présidence/publication/PU-244.pdf, Doc.fr.2006

http://carrefourlocal.senat.fr/doslegis/2007

Rapports

Rapport du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs, Doc. Fr, 1998, p. 41.

Le documentation française, 1998, p. 29.

Rapport du 102è Congrès des notaires de France, 2006, p. 369, n° 2235.

Compte rendu des travaux du Congrès des notaires de France, Strasbourg 2006, 3è commission, 1ère proposition, JCP N 2006, n° 23, num. spé.

Communication de la Cour des comptes à la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, juillet 2006, p. 37, cit. par H. de Richemont, Rapp. Sénat 2006-2007, n° 212, 7 février 2007.

Rapport Assemblée nationale n° 3557, 10 janvier 2007, p. 193.

JOAN CR, 16 janvier 2007.
Rép. Min., n° 812 et 815, JOAN 9 octobre 2012 ; *D.* 2012, A. 2602 et 813, JOAN 20 novembre 2012.

Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JORF n° 0240 du 16 octobre 2015, p. 19304, texte n° 10.

Thèses

Dutheil-Warolin, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, th. Limoges, dir. Leroy, 2004.

L.-A. Féménia, *La volonté des incapables*, th. droit, Toulouse, 2000.

Gaulon, *Assurance-vie, vulnérabilité et dépendance*, th. Rennes, dir. Pierre, 2011.

Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, th. Dijon, 1912.

B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris II, 1973.

Lacour, *Vieillesse et vulnérabilité*, th. Toulouse I, 2006.

H. Lécuyer, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, th. Paris II, 1993.

K. Lefeuvre-Darnajou, *La pré-incapacité des majeurs vulnérables*, th. droit, Rennes I, 2001.

Lhuillier, *Le droit des adultes vulnérables mais capables*, th. Lyon III.

M. Nast, *Étude sur la prohibition des pactes sur succession future*, th. Paris, 1905.

Ch. Pigache, *Le mandat d'intérêt commun,* th. Paris V, 1991.

J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, th. Bordeaux, 1998.

L. Talarico, *La personne du majeur protégé*, th. Lyon, 2008.

J.-F. Vouin, *La prohibition des pactes sur succession future*, th. Paris, 1967.

Index alphabétique

Les entrées correspondent aux numéros de paragraphes.

A
Ablation 582.
Acceptation clause bénéficiaire 661.
Accès au dossier *Voir consultation du dossier.*
Actes d'administration 69, 71, 77, 127, 134, 208, 210, 237, 255 et sui., 259, 442, 450, 572, 595 et sui., 600, 602, 612, 621, 648, 651 et sui.
Actes de conservation (ou conservatoires) 127, 208, 210, 237, 255 et sui., 259, 442, 450, 600, 602 et sui., 621, 648.
Actes de disposition 73, 77, 119, 125, 127, 170, 208 et sui., 256, 259, 261, 264, 281, 298, 310, 442, 450, 503, 572, 601 et sui., 608, 613, 621, 648, 651 et sui.
Actes de disposition à titre gratuit 42, 126, 210 et sui., 213 et sui., 237, 259.
Actes extra-patrimoniaux 77, 381, 546, 551, 553, 573, 638, 669.
Actes médicaux 553, 582.
Actes patrimoniaux 77, 390, 448, 546, 553, 591, 593, 637 et sui., 653.
Actes personnels 77, 135, 142, 216, 220, 239, 381, 390, 448, 510, 548, 551, 553 et sui., 556 et sui., 561, 563, 568 et sui., 573, 575 et sui., 578, 580, 589 et sui., 595, 623, 647, 652 et sui., 657, 667, 672.
Actes prohibés ou interdits au tuteur 624 et sui.
Actes strictement personnels 77, 135, 142, 215 et sui., 219, 238, 387, 525, 550, 554, 556 et sui., 575, 577, 589 et sui., 657 et sui., 665, 669.
Actes thérapeutiques 583.
Action(s) en justice 136, 381, 573, 612, 621, 647 et sui.
Adjoint 532.
Administrateur *ad hoc* 559, 566.
Adoption 548, 557 et sui., 586.
Aggravation (d'une mesure de protection) 387, 399, 406, 408 et sui., 425 et sui., 506, 536.
Allégement (d'une mesure de protection) 387, 399, 409 et sui., 426, 472, 536.

Altération des facultés
1, 7, 9, 12, 14 et sui., 27, 41, 45, 62, 72, 115, 121, 151, 154, 157 et sui., 163 et sui., 167, 169, 181 et sui., 185 et sui., 189 et sui., 193, 200 et sui., 207, 220, 227, 265 et sui., 272, 294, 304 et sui., 308, 311 et sui., 317, 322, 325, 330 et sui., 335 et sui., 344, 350, 353, 356, 362, 373, 377, 380 et sui., 384, 390, 417, 422, 425, 430, 432, 435, 459 et sui., 463, 467, 479 et sui., 489, 498, 500, 502 et sui., 508, 518, 537 et sui., 541 et sui., 550, 558, 563, 567, 575, 617, 630.

Amende civile
424.

Amputation
582 et sui.

Assistance
1, 3, 29, 164, 167, 182 et sui., 185, 210, 215, 314, 367, 373, 381, 414, 422, 434, 464 et sui., 472, 487, 489, 493, 499 et sui., 503 et sui., 510, 513, 524, 533, 539, 544, 546, 548, 550, 553 et sui., 561 et sui., 565, 567 et sui., 583, 585, 587 et sui., 596 et sui., 608, 610 et sui., 615, 617 et sui., 622, 635 et sui., 647 et sui., 651 et sui., 655 et sui., 660, 663 et sui., 669.

Association
318, 337, 519, 523, 526, 539.

Assurance-vie
143, 212, 571, 591, 622, 638, 653 et sui., 657 et sui., 660 et sui.

Audience
279, 287, 371, 430, 436, 448, 452, 483 et sui., 487, 574.

Audition
286, 386, 398, 401 et sui., 411, 422 et sui., 425 et sui., 429 et sui., 439 et sui., 442, 445, 457 et sui., 463, 474, 477, 483 et sui., 487, 498, 536, 568.

Autodétermination (principe d'…)
157 et sui., 186, 227, 247.

Autonomie
1, 3, 7, 227, 230, 308 et sui., 312, 314, 316, 333, 336, 338 et sui., 350 et sui., 358, 361 et sui., 366 et sui., 375, 378, 383 et sui., 386 et sui., 410, 458 et sui., 473 et sui, 477, 483, 487 et sui., 490, 494, 498 et sui., 504, 506, 509, 511, 513 et sui., 521, 524, 526 et sui., 533, 539, 541 et sui., 544, 548 et sui., 559, 562, 570 et sui., 575 et sui., 579 et sui., 585 et sui., 595 et sui., 599 et sui., 605, 608, 610 et sui., 614, 616 et sui., 622, 637 et sui., 646, 648 et sui., 651, 655, 662, 665 et sui., 669 et sui.

Autorisation (art. 217 C. civ.)
70, 469.

Autorité parentale
23 et sui., 169 et sui., 178 et sui., 219, 236, 557, 558, 590.

Avis
15, 371, 386 et sui., 391, 398, 400, 414, 423, 426, 430, 432 et sui., 437, 439 et sui., 452, 454, 457 et sui., 473 et sui., 476 et sui., 482 et sui., 498, 509, 511, 513, 517, 541, 543, 549, 550, 558 et sui., 565, 567 et sui., 575 et sui., 582 et sui., 622, 627, 643, 645 et sui., 669, 672.

Avocat
34, 42, 55, 74, 139, 184, 198, 201, 223, 249 et sui., 254, 256, 269 et sui., 297, 300, 434 et sui., 454, 487, 493, 574.

Avortement (ou interruption volontaire de grossesse)
25, 583.

B

Bail
213, 505, 584, 612, 621, 631, 641, 645, 649.

Bailleur social
331, 334, 340 et sui., 346 et sui.

Bénéficiaire d'une assurance vie
Voir clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance sur la vie.

C

Caducité
108, 286, 325, 409, 415, 442, 535, 537 et sui.

Capacité naturelle
556 et sui., 559 et sui., 588, 595.

Certificat médical
15, 188, 191, 229, 267 et sui., 281 et sui., 285, 354, 380, 391, 408 et sui., 481, 535 et sui., 542.

Certificat médical circonstancié
154, 189, 268, 270, 282, 401, 407, 411 et sui., 417, 419 et sui., 424 et sui., 432, 437, 462 et sui., 476 et sui., 479 et sui.

Certificat médical de carence
481.

Clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance sur la vie
571, 657, 660.

Compte(s) bancaire(s)
213, 468, 503 et sui., 512, 525, 605, 610 et sui., 629, 654.

Compte(s) pivot(s)
525, 605, 607, 629.

Compte(s) rendu de gestion
7, 42, 94, 98, 102 et sui., 125, 128, 138 et sui., 144, 223, 235, 244, 257, 262, 278, 368, 469, 505, 572, 612, 667.

Compte rendu des déligences
667.

Concubins
396 et sui., 469, 519.

Conflit d'intérêts
Voir administrateur ad hoc, curateur ad hoc ou tuteur ad hoc.

Conjoint(s)
10, 27, 69 et sui., 85, 103, 172, 280, 288, 318, 364, 368, 396 et sui., 510, 514, 516, 519, 559, 567.

Conseil (mesure de)
501.

Conseil de famille
28, 511 et sui., 525, 528 et sui., 531, 560, 565, 567 et sui., 627, 651.

Conseil départemental
36, 307, 318 et sui., 323, 329, 333, 337, 339 et sui., 345, 347 et sui., 353, 355, 362, 371, 375 et sui., 378, 381.

Consentement(s)
77, 101, 115, 148, 153 et sui., 184 et sui., 201 et sui., 215, 219, 225, 263, 304, 350, 434, 473 et sui., 476 et sui., 510, 550 et sui., 556 et sui., 572, 582 et sui., 586 et sui., 591, 622, 638, 657 et sui., 663 et sui.

Consultation du dossier
430, 452, 454, 457, 482.

Contradictoire (principe du)
423, 430 et sui., 434, 436, 439, 452 et sui., 455, 457.

Contrôle(s)
7, 42 et sui., 46, 119, 125, 137, 139, 141, 167, 175, 178, 203, 207, 210, 222 et sui., 235, 238, 242, 244 et sui., 257, 261 et sui., 265, 269 et sui., 281 et sui., 285 et sui., 289, 300, 307, 315, 353, 379, 387, 449, 469, 475, 483, 486 et sui., 501, 503, 505, 529, 531 et sui., 534, 538 et sui., 547 et sui., 551, 553, 556 et sui., 571, 577, 589, 591 et sui., 599, 605 et sui., 612, 619, 625 et sui., 629, 655, 666 et sui., 670, 672.

Convention de PACS
568**.**

Convention matrimoniale
565 et sui.

Curatélaire
572, 583, 600, 603, 608, 611 et sui., 615, 617, 629, 641, 646 et sui., 651, 655 et sui., 660.

Curatelle (C. civ., art. 488 anc.)
- pour intempérence
10, 14, 313, 361, 390, 502.
- pour oisiveté
11, 14, 313, 361, 390, 502.
- pour prodigalité
9 et sui., 12 et sui., 207, 313, 328, 336, 361, 385, 390, 502, 538, 665.

Curatelle
17 et sui., 36, 39, 77, 167, 172, 182, 197, 215, 217, 226 et sui., 229, 232 et sui., 235, 245, 247, 265, 267, 270, 273 et sui., 279, 285 et sui., 289, 306, 310 et sui., 316, 322 et sui., 325, 330, 332, 335, 360, 362, 364, 368, 377, 384, 389, 392, 397, 401, 409, 414, 425, 443, 445, 447, 450, 463, 465, 467, 469, 472, 480, 489, 492, 499 et sui., 503, 509, 514, 518 et sui., 527, 534, 551, 557, 563, 565, 567 et sui., 578, 583, 589, 591 et sui., 601, 606, 613 et sui., 626, 629 et sui., 637, 648, 651, 655 et sui., 660 et sui., 665, 672.

Curatelle aménagée
503, 615.

Curatelle renforcée
227, 286, 403, 463, 501, 503 et sui., 506, 536, 592, 608 et sui., 615 et sui., 641, 648, 660, 665, 669.

Curatelle simple
227, 501, 503 et sui., 536, 590, 592 et sui., 595 et sui., 607 et sui., 665, 669 et sui.

Curateur
2, 5, 17, 167, 174, 179, 215, 218, 235, 270, 286, 316, 489, 500 et sui., 503 et sui., 514, 517, 519, 524, 528 et sui., 531, 539, 548, 550, 556 et sui., 561, 565 et sui., 568, 570 et sui., 573 et sui., 583, 592 et sui., 608 et sui., 626, 629, 640 et sui., 647 et sui., 651, 655 et sui., 660, 669 et sui.
- ad hoc
531, 567 et sui., 583, 660.
- à la personne
Voir tuteur à la personne (même idée).
- aux biens
Voir tuteur aux biens (même idée).
- (co-)curateurs
529.
- subrogé
529, 531, 583.

D

Danger (sur le plan médical)
580 et sui.

Danger (sur le plan social)
Voir vulnérabilité (sociale).

Décès
107 et sui., 121, 128, 147 et sui., 154, 170, 179, 260, 268, 284, 286 et sui., 518, 634.

Déclaration de naissance
557, 561.

Délégation de pouvoirs
179.

Délégué(s) à la protection
368, 526.

Désignation du bénéficiaire (dans l'assurance vie)
656.

Désistement
198.

Dignité
31, 220, 314, 362, 386, 411, 414, 454, 458 et sui., 461, 471 et sui., 509, 525, 541, 543, 672, 675.

Dispense de compte
103, 505.

Divorce
22 et sui., 381, 434, 456, 548, 550, 566, 577.

Donation(s)
51, 88, 210, 381, 510, 570, 572, 604, 622, 625.

Droit de vote
77, 422, 425, 548, 575.

Droit pénal
574.

Droits fondamentaux
31, 406, 410, 439, 452, 456 et sui., 473, 541, 650.

Durée
76, 83, 115 et sui., 121, 191, 231, 244, 312, 314, 322, 338, 346, 348 et sui., 364, 366 et sui., 371, 390, 401, 408, 422, 425, 442, 487, 532 et sui., 537 et sui., 540, 673.

E

Échéance
Voir caducité.

Échec (de la mesure)
333 et sui., 340, 346, 350 et sui., 364, 369, 373, 376 et sui., 380, 382, 512, 514, 521 et sui., 527.

Éducatif (principe)
307, 310, 314, 316 et sui., 352, 367.

Effets personnels
551 et sui., 554, 584, 588 et sui., 655, 663, 665.

Époux
Voir conjoint(s).

Examen médical
Voir certificat médical ou certificat médical circonstancié.

Excédent de ressources
504, 605, 610 et sui., 629.

Exécution provisoire
279, 497.

Expulsion
331, 334, 350, 647, 650.

F

Famille
6 et sui., 23, 28, 32, 35, 170, 172 et sui., 192, 227, 235, 265, 274, 281, 288 et sui., 293, 318, 322, 350, 364, 368, 381, 384, 387 et sui., 394, 396 et sui., 400 et sui., 403 et sui., 407 et sui., 412 et sui., 430, 437, 439 et sui., 448, 468 et sui., 471, 473, 491, 498 et sui., 511 et sui, 514 et sui., 518 et sui., 522 et sui., 531 et sui., 535, 537 et sui., 543, 545, 560, 586, 667, 670, 674.

Fiducie
133, 606, 624.
- gestion
606.
- sûreté
606.

Fratrie (ou frère et sœur suivant les cas)
510.

G

Garanties procédurales
439, 455, 457, 483.

Gérant de tutelles ou privé (ancien)
318, 323 et sui., 329, 514, 643, 657 et sui.

Gestion budgétaire
29, 307, 310, 314 et sui., 317, 325, 334 et sui., 338 et sui., 351, 359, 362, 368, 374, 377, 505.

Gratuité (principe de)
55, 64, 80 et sui., 104, 111, 128, 144, 241.

Greffe
139, 196, 233, 264, 267 et sui., 277, 279, 285, 403, 409, 411, 415, 445, 493, 535, 568.

Greffier
190, 269 et sui., 278, 285, 298, 435.

Greffier en chef (ancienne appellation)
505.

H

Habilitation (art. 219 C. civ.)
70, 86, 469.

Habilitation familiale (art. 494-1 et sui. C. civ.)
469.
- générale
469.

Homologation de la convention matrimoniale
566.

Handicapé (enfant ou majeur)
122, 129, 143, 169 et sui., 178 et sui., 204, 250, 258, 301, 529, 586.

Hygiène
Voir vulnérabilité (sociale).

I

Immeuble(s)
387, 446, 584, 601, 622, 627, 644 et sui., 650, 652, 675.

Inaptitude
67, 115, 137, 139, 147, 150 et sui., 154, 265 et sui., 272, 286, 294, 299, 394, 453, 499, 518, 521.

Incapacité
7, 18, 20 et sui., 36, 42, 52, 73, 120 et sui., 126, 137, 167, 181, 228 et sui., 233, 243, 272 et sui., 286, 294, 304, 312, 325, 331 et sui., 339, 352, 362, 369, 376, 381, 391, 441, 447, 450, 460, 473, 490, 496, 503 et sui., 552, 555, 557, 559, 588, 617, 631 et sui., 657 et sui., 661, 664 et sui.

Indemnisation
103 et sui., 111.

Information
43, 73, 88, 101, 137, 201, 223, 233, 262 et sui., 266, 268, 272, 274, 294, 452, 473 et sui., 490, 496, 524, 528, 530, 549 et sui., 556, 574, 581.

Insanité d'esprit
193, 330, 436, 449, 482, 558, 572, 617, 630 et sui., 634.

Instruments financiers
622, 627.

Inventaire
18, 128, 223, 235, 244, 257, 262, 627 et sui.

Irrecevabilité
270, 335, 396, 407, 414, 417 et sui., 420 et sui., 478 et sui., 493.

J

Juge des tutelles
5, 7, 28, 34 et sui., 39, 42 et sui., 46, 83, 115, 119, 121, 126 et sui., 136 et sui., 139, 141, 154, 161, 165, 167, 170, 172, 174, 190, 192 et sui., 196, 198, 200 et sui., 208 et sui., 217, 220, 223 et sui., 227, 229, 233, 235, 237 et sui., 244, 246, 248, 255 et sui., 259, 262, 265 et sui., 270 et sui., 278 et sui., 283 et sui., 298, 300, 307, 312 et sui., 318, 322 et sui., 325, 328 et sui., 331, 335, 337, 353, 355 et sui., 361, 364 et sui., 368, 371 et sui., 377 et sui., 381, 384 et sui., 387, 389 et sui., 398 et sui., 413 et sui., 420 et sui., 442 et sui., 449 et sui., 452 et sui., 456 et sui., 462 et sui., 467, 469 et sui., 474 et sui., 477 et sui., 482 et sui., 490 et sui., 498 et sui., 501 et sui, 508 et sui., 514 et sui., 517, 519 et sui., 525 et sui., 533 et sui., 541, 543, 546, 548, 551, 553 et sui., 556, 558 et sui., 565 et sui., 570 et sui., 575, 577 et sui., 588, 590, 595, 598, 601 et sui., 605, 609 et sui., 613 et sui., 619 et sui., 622, 624 et sui., 629, 631, 635 et sui., 640 et sui., 643, 645 et sui., 648, 651 et sui., 654 et sui., 660, 663, 666 et sui., 669, 672.

Jugement
279, 409, 430, 436, 438, 448, 454, 464, 478, 483 et sui., 487, 490, 492, 495, 497, 504, 536, 538, 558 et sui., 631, 661, 665, 667.

L

Libéralités
Voir testament ou donation.

Liberté contractuelle
33, 44, 116, 161, 172, 175 et sui., 178 et sui., 191, 214 et sui, 217, 220 et sui., 224 et sui., 254, 257, 286 et sui., 338, 340, 378.

Libertés individuelles
31, 172, 215, 220, 248, 289, 298 et sui., 330, 387, 392, 457, 459, 471 et sui., 482 et sui., 486 et sui., 541, 556.

Lieu de vie
36, 215, 238, 422, 585, 646, 669.

Location
601, 624.

Logement
27, 213, 227, 314 et sui., 331, 336, 423, 525, 551, 584, 591, 612, 621, 638 et sui., 645 et sui., 650.

M

Mainlevée (d'une mesure de protection)
325, 349, 372, 384, 387, 401, 409 et sui., 426, 472, 491 et sui., 496, 502, 536 et sui., 670.

Maison de retraite
216, 423, 519.

Majeur (à protéger)
384, 387 et sui., 390 et sui., 398 et sui., 401 et sui., 407, 409, 411, 414 et sui., 417, 422 et sui., 425, 427 et sui., 438 et sui., 457 et sui., 460 et sui., 464 et sui, 468 et sui., 471 et sui., 475, 477, 482 et sui., 485, 498, 503, 517 et sui., 534.

Majeur (protégé)
4 et sui., 12 et sui., 19, 27 et sui., 41 et sui., 72, 117, 126, 128 et sui., 157, 163 et sui., 179, 181 et sui., 198, 204, 223, 235, 281, 286, 289, 293, 296, 303 et sui, 307, 310, 313 et sui., 318 et sui., 323 et sui., 336, 358, 383, 389 et sui., 405, 408 et sui., 459, 463, 465, 473, 483, 485, 487 et sui., 494 et sui., 498 et sui., 509 et sui., 515 et sui., 522 et sui., 526 et sui., 542, 544 et sui., 548 et sui., 571 et sui., 589 et sui., 599 et sui., 602 et sui., 605 et sui., 608 et sui., 617 et sui., 624 et sui., 629 et sui., 638, 640 et sui., 648 et sui., 655, 658 et sui., 662, 667, 669 et sui., 673, 675.

Majeur (vulnérable socialement)
39, 304, 306, 308 et sui., 314, 321, 326, 328 et sui., 333 et sui., 336, 338 et sui., 346 et sui., 350, 358 et sui., 363, 367, 371, 373 et sui., 378, 380 et sui.

Mandant
32, 37, 47 et sui., 53, 55 et sui., 58 et sui., 66 et sui., 69, 72 et sui., 77 et sui., 85, 89, 93, 95, 97, 99, 101 et sui., 108 et sui., 113 et sui. 115, 117, 121, 125, 128 et sui., 132 et sui., 135 et sui., 139 et sui., 146 et sui., 153 et sui., 159, 161 et sui., 166, 169, 171 et sui, 178 et sui., 182 et sui., 186, 189, 191 et sui., 196 et sui., 200 et sui., 210 et sui., 213 et sui., 227 et sui., 233 et sui., 236 et sui., 241, 244 et sui., 251 et sui., 257, 259 et sui., 262 et sui., 271 et sui., 279 et sui., 284 et sui., 292, 294 et sui., 298 et sui.

Mandat
35, 39, 41 et sui., 44 et sui., 49 et sui, 56 et sui., 62 et sui., 65, 68 et sui.,73, 76, 78, 80, 83 et sui., 88 et sui., 93, 95, 97, 99, 102 et sui., 107 et sui., 116 et sui., 120 et sui., 128 et sui., 137, 140 et sui., 149 et sui., 162 et sui., 166 et sui., 169, 173, 175, 178 et sui., 181, 184 et sui., 195 et sui., 198 et sui., 207 et sui., 212, 214 et sui., 218, 222, 224 et sui., 227 et sui., 233, 237, 242 et sui., 247 et sui., 253 et sui., 257, 259, 263 et sui., 278 et sui., 286 et sui., 295 et sui., 301, 414, 418, 470 et sui., 559, 672.

Mandat authentique
Voir mandat notarié.

Mandat à effet posthume
40, 45 et sui., 49 et sui., 116 et sui., 133 et sui., 142 et sui., 152 et sui., 159, 260, 381, 560, 572.

Mandat de droit commun
49 et sui., 55, 62 et sui., 69, 77, 87, 106, 111, 113, 116 et sui., 121 et sui., 124, 126, 128 et sui., 131, 133, 143 et sui., 153, 156 et sui., 160, 201, 229, 243, 262, 284, 470.

Mandat d'intérêt commun
63, 115.

Mandat de prévention ou préventif
Voir mandat à effet posthume et mandat de protection future.

Mandat de protection future
6, 15, 29, 33 et sui., 39 et sui., 42 et sui., 50, 57, 59 et sui., 63 et sui., 67, 70, 73, 75, 77, 81, 83, 86 et sui., 92, 98, 100, 103, 105, 107, 109 et sui., 115, 117, 119 et sui., 122 et sui., 127 et sui., , 135 et sui., 137, 142 et sui., 150 et sui., 156 et sui., 163 et sui., 169 et sui., 172, 174 et sui., 180 et sui., 184 et sui., 191, 193 et sui., 198 et sui., 203, 206 et sui., 210, 212 et sui., 218, 220 et sui., 223 et sui., 229, 231 et sui., 234 et sui., 241, 245, 247 et sui., 252 et sui., 255 et sui., 258, 260 et sui., 265 et sui., 270, 272 et sui., 276, 278, 281, 284 et sui., 289, 291 et sui., 296, 298 et sui., 308 et sui., 339, 382, 384, 389, 409, 467, 470, 482, 517, 560, 586, 606, 672.

Mandat notarié
163, 171, 184, 209, 214 et sui., 218, 222 et sui., 237, 244 et sui., 249, 256 et sui., 261, 263 et sui., 268 et sui., 286, 297.

Mandat pour autrui
122, 151, 169, 171, 177 et sui., 182 et sui., 250, 258, 265, 267 et sui., 270, 300 et sui., 586.

Mandat pour soi-même
151, 164, 173, 177 et sui., 182 et sui., 250, 258, 265, 267 et sui., 274, 300.

Mandat sous seing privé
124 et sui., 127, 163, 181, 184, 201, 208 et sui., 214 et sui., 218, 222 et sui., 237, 244, 249 et sui., 252, 255 et sui., 261, 265, 269, 297.

Mandat spécial (mesure provisoire)
181, 216, 442, 444 et sui., 447, 450, 570 et sui., 573.

Mandataire
32, 34, 42 et sui., 49 et sui., 54, 56, 58 et sui., 66 et sui., 72 et sui., 90, 93 et sui., 108 et sui., 115, 117, 119 et sui., 125 et sui., 131, 133 et sui., 148 et sui., 153 et sui., 159, 161 et sui., 169 et sui., 172 et sui., 181, 184, 191, 201, 208, 210 et sui. 220, 223 et sui., 227, 233 et sui., 246, 248 et sui., 255 et sui., 259 et sui., 267 et sui., 272, 274 et sui., 284 et sui., 287, 290, 292, 295 et sui., 300 et sui., 337, 381, 384, 399, 450, 524 et sui., 527, 530, 572, 586.

Mandataire judiciaire (anciens gérants de tutelles privés)
526.

Mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM)
172, 227, 235 et sui., 318, 358, 362, 365 et sui., 368, 371, 380 et sui., 413, 512, 514 et sui., 521 et sui., 527, 530, 532, 535, 605, 667.

Mandataire spécial
229, 399, 414, 441 et sui., 446, 449, 451, 564, 572 et sui., 583.

Mariage
19, 216, 469, 512, 548, 550, 560, 564, 577, 591.

Médecin inscrit
15, 189, 267, 272, 285, 287, 354, 408 et sui., 413 et sui., 417, 420 et sui., 426, 429, 462, 476, 478 et sui., 481, 510, 536 et sui., 543, 645.

Médecin traitant
400, 408 et sui., 421, 426, 435, 481, 509, 536 et sui., 550, 558 et sui., 565, 567, 643, 645.

Mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ)
36 et sui., 121, 307 et sui., 310, 313, 325, 328 et sui., 333 et sui., 350, 353 et sui., 371, 373, 375, 377 et sui., 380 et sui., 399, 460, 470, 502.

Mesure d'accompagnement sociale personnalisé (MASP)
36 et sui., 121, 307 et sui., 325 et sui., 328 et sui., 333 et sui., 350 et sui., 354, 356 et sui., 360 et sui., 363 et sui., 373, 375 et sui., 417, 460, 502.
- MASP I
329, 337.
- MASP II ou « contrainte »
329, 334, 340, 346, 350, 374, 381.

Mobilier (ou meubles)
213, 387, 399, 423, 510, 525, 627, 643 et sui., 675.

Modèle pré-établi (MPF)
184, 250 et sui., 254, 257, 297.

Modification de la clause bénéficiaire d'une assurance vie
571, 657 et sui.

Modification de la convention de PACS
568.

Modification de la convention matrimoniale
566.

N

Nécessité (principe de)
176, 183, 186 et sui., 199, 386, 389, 392, 417, 458 et sui., 464 et sui., 473, 475, 482, 669.

Non lieu (à mesure)
364, 371, 403, 415, 431, 443, 445, 483, 491.

Notaire
34, 42, 88, 98, 119, 139, 156, 210, 222 et sui., 225, 234, 244 et sui., 249, 256, 258 et sui., 269 et sui., 273, 278, 297, 300.

Notification
201, 268, 279, 443, 452, 483, 487, 489 et sui., 497.

Nullité
68, 73, 82, 86, 110, 118, 124, 136, 140, 151, 154, 166, 175, 228 et sui., 336, 435, 437, 448, 510, 573, 598, 600, 617, 625, 630 et sui., 634 et sui., 661.

O

Opération (ou intervention) chirurgicale
550, 582, 587.

Opposition d'intérêts
Voir administrateur ad hoc, curateur ad hoc ou tuteur ad hoc.

Ordonnance de non audition (ONA)
425 et sui., 437.

P

Pacte civil de solidarité (PACS)
26, 512, 560, 568.

Pacte sur succession future
117, 148.

Partenaire de PACS
396 et sui., 469, 519, 568.

Patrimoine (ou « patrimonial » suivant les cas)
2, 4, 6, 9, 12 et sui., 27 et sui., 41, 60, 86, 117, 131, 133, 136, 159, 173, 178, 198, 205 et sui., 214 et sui., 218, 221 et sui., 237, 239, 244 et sui., 247, 251, 255, 259 et sui., 272 et sui., 292, 296, 300, 305 et sui., 310 et sui., 321 et sui., 324, 344, 357, 381, 384 et sui., 387, 389, 415, 417, 422, 430, 442, 445, 458, 469, 472 et sui., 501 et sui., 505, 510 et sui., 514 et sui., 523 et sui., 526, 529 et sui., 538, 545, 547 et sui., 551 et sui., 563, 565, 569, 574, 584, 588 et sui., 595 et sui., 599 et sui., 618 et sui., 624, 626 et sui., 630, 633, 637, 647 et sui., 662 et sui., 665 et sui., 671.

Période suspecte
181, 591, 616 et sui., 630, 665.

Personne à protéger
Voir majeur à protéger.

Personne protégée
Voir majeur protégé.

Personne vulnérable
Voir majeur vulnérable socialement.

Placements financiers
629.

Placement sous régime de protection (ou ouverture d'un…)
266 et sui., 270, 282, 284 et sui., 290, 318, 322, 344, 355, 371, 377, 384 et sui., 389 et sui., 393 et sui., 399, 402, 404, 406 et sui., 414, 417 et sui., 425 et sui., 431 et sui., 442 et sui., 453, 462, 467, 473, 476, 478 et sui., 482 et sui., 493 et sui., 496, 508, 510, 533 et sui., 538, 541, 543, 617, 630, 634 et sui., 665, 667.

Préférence familiale (ou priorité - principe de)
466, 499.

Préposé d'établissement
318, 514, 524 et sui., 583, 657.

Prestations (ou ressources) sociales
304 et sui., 310 et sui., 316, 318 et sui., 322 et sui., 325, 328, 330 et sui., 336 et sui., 340 et sui., 344 et sui., 348 et sui., 352, 362, 364 et sui., 371, 373 et sui.

Procuration
41, 49, 52, 59, 67, 77, 83, 88, 109, 115, 152, 159 et sui., 170, 274 et sui., 277, 414, 418, 444 et sui., 448, 465, 468, 471, 482, 575.

Procureur de la République
7, 15, 36, 233, 244, 307, 335, 337, 340, 353, 355 et sui., 361, 365, 371, 396, 399 et sui., 405, 407, 413 et sui., 420 et sui., 425, 428, 435, 442, 452, 476 et sui., 483 et sui., 492, 512, 545, 581.

Proportionnalité (principe de)
227, 229, 231, 247, 386, 459, 471 et sui., 579.

Protection conventionnelle
Voir Mandat de protection future.

Protection (judiciaire -- et les qualificatifs s'y rapportant, comme « patrimoniale » ou « personnelle » -- le caractère judiciaire étant sous-entendu)
2 et sui., 12 et sui., 16 et sui., 28 et sui., 32, 36, 39, 41, 43 et sui., 46 et sui., 56, 60, 62, 70, 78, 81, 86, 89, 91, 103, 105, 107 et sui., 116 et sui., 123, 126, 128, 131, 136 et sui., 143 et sui., 147, 151, 156 et sui., 159, 165 et sui., 172, 174 et sui., 182, 185 et sui., 189, 193 et sui., 196, 198, 200, 203, 205 et sui., 210, 214 et sui., 218, 220 et sui., 225 et sui., 229 et sui., 232 et sui., 236, 238, 241 et sui., 246 et sui., 252, 254 et sui., 261 et sui., 265 et sui., 270, 272, 274, 278 et sui., 284, 286 et sui., 291 et sui., 299 et sui., 304 et sui., 310 et sui., 321 et sui., 324 et sui., 328 et sui., 333 et sui., 353 et sui., 356 et sui., 360, 362, 366, 373, 375, 377, 380 et sui., 389, 391, 399 et sui., 423, 445, 458, 460 et sui., 467, 469, 473, 515, 541, 545, 592, 604 et sui., 618 et sui., 630, 633, 662.

Protection (juridique)
Voir protection (judiciaire) et protection (sociale).

Protection (sociale)
303 et sui., 319, 321 et sui., 333, 335 et sui., 338, 343 et sui., 350, 352, 354, 357, 362, 365 et sui., 375 et sui., 379 et sui., 384, 467, 672.

Publicité
46, 88, 91, 137, 158, 232 et sui., 237, 264 et sui., 268, 270, 273 et sui., 276 et sui., 294 et sui., 300, 469, 483, 495, 497, 538, 661, 672.

Q

Quasi-contrat
129, 146, 450.

Quasi-mandat
49, 129 et sui., 143, 145 et sui., 152, 156, 158, 176.

R

Rachat (assurance vie)
571, 655, 661.

Reconnaissance d'enfant
77, 219, 381, 548, 557, 561.

Recours
270, 279, 386, 403, 486, 490 et sui., 497 et sui., 573, 647, 665.

Réduction en excès
136 et sui., 166, 228 et sui., 617, 630 et sui., 635.

Refus de se soumettre à l'examen médical
477 et sui., 481 et sui., 542 et sui.

Régime(s) (ou mesure) de protection judiciaire
Voir curatelle, tutelle ou sauvegarde de justice.

Régimes(s) (ou mesure) de protection juridique
Voir Régime(s) (ou mesure) de protection judiciaire ou Régime(s) (ou mesure) de protection sociale.

Régime(s) (ou mesure) de protection sociale
Voir mesure d'accompagnement social personnalisé et mesure d'accompagnement judiciaire.

Régime matrimonial
21 et sui., 69, 194, 197, 280, 288, 469, 471, 566 et sui.

Rémunération
54, 64, 76, 80 et sui., 90, 102, 104, 106, 128, 227, 240 et sui., 243, 323 et sui., 524.

Renonciation
111 et sui.

Renouvellement (d'une mesure de protection)
312, 338, 349, 366, 401, 409 et sui., 425 et sui., 455, 535, 537.

Répertoire civil
Voir Publicité.

Représentant légal
5, 7, 32, 41, 164, 172, 174, 314, 387, 423, 438, 469, 473, 475, 477, 482, 494, 496, 498 et sui., 514 et sui., 517 et sui., 521, 524 et sui., 528 et sui., 546, 549 et sui., 556, 558, 561 et sui., 574, 578 et sui., 587 et sui., 623, 633, 638, 640, 644 et sui., 647 et sui., 652, 655, 657, 659 et sui., 663 et sui., 669 et sui.

Représentation
1, 29, 45, 49, 51 et sui., 55 et sui., 61 et sui., 67, 69 et sui., 135, 142 et sui., 149, 159, 162, 167, 173, 186, 197, 215 et sui., 224, 227, 229, 264, 273 et sui., 276, 280, 386, 392 et sui., 414 et sui., 422, 445, 459, 464 et sui., 472, 487, 490, 499 et sui., 503, 505, 507 et sui., 511 et sui., 519, 524, 529, 532 et sui., 539, 544, 546, 550, 553 et sui., 560 et sui., 563, 568 et sui., 572 et sui., 575 et sui., 587 et sui., 591 et sui., 597 et sui., 608 et sui., 618 et sui., 622, 625, 635, 648, 657, 669, 675.

Requérant
198, 335, 391, 396 et sui., 403, 414, 417 et sui., 421, 423 et sui., 435, 476 et sui., 479, 487, 491, 536.

Requête
43, 154, 270, 279 et sui., 287, 371, 391, 396 et sui., 399, 403, 408 et sui, 411 et sui., 416, 421, 478 et sui., 487, 536, 558 et sui.

Rescision pour lésion
136 et sui., 166, 228 et sui., 446, 632, 635.

Résidence (habituelle)
5, 22, 268, 278 et sui., 512, 584, 640, 642, 644.

Résidence (secondaire)
213, 642, 644.

Respect de la personne du majeur
220 et sui., 392, 402, 407, 410 et sui., 414 et sui., 422 et sui., 430, 432, 447, 454, 458, 471 et sui., 475 et sui., 483, 496, 509, 522, 528, 541.

Responsabilité
5, 7, 64, 75, 96, 99 et sui., 113, 139 et sui., 240, 242 et sui., 261, 263, 272, 317, 322, 340, 374, 469, 525, 614, 625, 627, 629, 660.

Révision (de la mesure de protection)
231, 312, 366, 409, 425, 487, 499, 502, 533 et sui., 540, 673.

Révocation (assurance vie)
571.

Révocation (de mandat)
35, 49, 63, 78, 83, 107, 110, 113 et sui., 128, 144, 153, 155 et sui., 192, 196, 200 et sui., 229, 233, 279 et sui., 284, 288 et sui., 291, 300, 409.

Rupture du PACS
568.

S

Saisine d'office (du juge des tutelles)
280, 313, 393 et sui., 396, 404 et sui., 535.

Santé (sur le plan social)
Voir vulnérabilité sociale.

Sauvegarde de justice (en tant que mesure provisoire)
165 et sui., 181, 286 et sui., 373, 409, 414 et sui., 430, 441 et sui., 448 et sui., 557, 564, 567 et sui., 570 et sui., 575.

Sauvegarde de justice (en termes généraux)
121, 136, 175, 181, 197, 228 et sui., 280, 282, 325, 332, 335, 360, 389, 399, 401, 451, 467, 470, 501, 509, 592, 618.

Sauvegarde de justice autonome
232, 448, 465, 472, 583.

Sauvegarde de justice médicale
400 et sui., 543.

Sécurité
Voir vulnérabilité sociale.

Sécurité juridique (principe de)
78, 166, 174, 183, 200 et sui., 209, 226, 232 et sui., 242, 244 et sui., 247, 256, 261, 263, 276, 290, 299 et sui., 605 et sui., 616.

Service d'amis
45, 50, 52, 54, 57 et sui., 61 et sui., 79, 82, 116.

Signification en matière civile
Voir Pacte civil de solidarité.

Signification en matière pénale
Voir droit pénal.

Souscription d'un contrat d'assurance sur la vie
571, 653, 655, 657.

Souvenirs
213, 645.

Stérilisation
582 et sui.

Stipulation pour autrui
143, 178.

Subsidiarité (principe de)
38, 167, 176, 182 et sui., 186, 193 et sui., 233, 247, 252, 266, 286 et sui., 289, 291, 306, 329, 334, 346, 353, 357, 364, 376, 382, 384, 386, 389, 392, 417, 458 et sui., 465 et sui., 475, 482, 669.

Substitution de bénéficiaire (dans l'assurance vie)
656, 658 et sui.

Succession
20, 27, 45 et sui., 98, 108, 117, 119, 121, 124, 126 et sui., 131 et sui., 142 et sui., 145, 148, 154, 211, 381, 385, 510, 572, 591, 621, 625, 634.

Surveillance (pouvoir de)
7, 128, 233, 387, 485, 531, 578.

T

Terme
284, 290, 372, 401, 498, 534 et sui., 572.

Testament
2, 210, 216, 274, 381, 510, 572, 604, 634.

Tierce opposition
578, 643.

Travailleurs sociaux (voir aussi au singulier)
310, 313, 339, 341, 367.

Troubles mentaux
Voir insanité d'esprit.

Tutélaire
490, 510, 558, 570, 572, 622, 626, 629 et sui., 635 et sui., 646, 651, 656 et sui.

Tutelle
17 et sui., 20, 28, 36, 39, 42, 61 , 77, 129, 136, 167, 172, 182 et sui., 186, 198, 215, 217, 226 et sui., 229, 232 et sui., 235, 241 et sui., 245, 247, 262, 265, 267, 270, 273 et sui., 279, 281, 285 et sui., 289, 292, 308, 310 et sui., 314, 316, 319, 322 et sui., 331, 335, 340, 350, 358, 360, 362, 364, 368, 375, 377, 380, 384, 389, 392, 399, 401, 409, 414, 425, 437, 443, 445, 447, 450, 465, 467, 469, 471 et sui., 480, 486, 489 et sui., 492, 499 et sui., 504, 506 et sui., 511 et sui., 518 et sui., 527, 531, 534, 551 et sui., 555, 557 et sui., 563, 565, 567 et sui., 570 et sui., 575, 578, 583, 589 et sui., 601 et sui., 606, 608 et sui., 611 et sui., 624, 626, 629 et sui., 635, 637, 648, 655, 657, 660 et sui., 665, 669, 672 et sui.

Tutelle à la personne
554, 579.

Tutelle (aménagement de la)
555.

Tutelle dative
514.

Tuteur
2, 5, 17 et sui., 28, 127, 167, 174, 179, 208, 215, 218, 234, 256, 262, 316, 318, 437, 445, 490, 500, 510 et sui., 514 et sui., 517, 519, 521, 524, 528 et sui., 539, 548 et sui., 556, 558 et sui., 565 et sui., 572 et sui., 578, 582, 584, 602, 606, 611 et sui., 614, 619 et sui., 631, 633, 635 et sui., 640, 646, 651. 656 et sui., 665 et sui., 670.
- ***ad hoc***
512, 531, 568, 583, 624, 660.
- **agréé**
316, 318 et sui.
- **aux biens**
530, 666.
- **à la personne**
530, 666.
- **(co-)tuteurs**
512, 529.
- **Subrogé**
512, 529, 531, 583, 629.

Tutelles aux prestations sociales (TPSA)
36, 307 et sui., 310 et sui., 320, 322 et sui., 327 et sui., 335, 350, 358, 360 et sui., 370, 375, 379, 672.

U

Urgence
209, 217, 256, 336, 349, 371, 373 et sui., 401, 414, 441 et sui., 445, 497, 550, 582 et sui., 587, 641.

V

Vente
73, 78, 88, 95, 99, 158, 381, 423, 446, 584, 601, 622, 624, 632, 643, 645 et sui., 650.

Versement direct (procédure de) dans le cadre de la MASP
334, 340, 346 et sui., 378, 381.

Vie privée
42, 230, 252, 373, 405, 407, 423 et sui., 553, 580, 582, 584, 649.

Visa (du greffe dans le MPF)
270 et sui., 277 et sui., 285.

Volonté
4 et sui., 9, 11, 13, 16 et sui., 21, 27, 29 et sui., 37 et sui., 42 et sui., 46 et sui., 53, 55 et sui., 60, 63, 75, 78, 82, 85, 86, 112 et sui., 117, 125, 128, 132, 137, 141, 145 et sui., 153 et sui., 156 et sui., 162, 166, 168, 171, 173 et sui., 178 et sui., 181, 183 et sui., 187, 193, 197 et sui., 210, 214 et sui., 218, 224, 227, 230, 234, 238, 251 et sui., 254, 265 et sui., 271 et sui., 275 et sui., 281 et sui., 286 et sui., 292, 299, 302 et sui., 307 et sui., 313 et sui., 319, 324, 326, 329, 331, 333 et sui., 336, 339 et sui., 346 et sui., 350 et sui., 357 et sui., 363, 369, 371, 373 et sui., 378, 380 et sui., 387 et sui., 393 et sui., 399, 402, 405, 407, 410 et sui., 414, 417, 421 et sui., 425, 430, 437, 441, 450, 458, 460 et sui., 466, 469, 472, 477, 482 et sui., 485, 487, 499 et sui., 503 et sui., 508 et sui., 517, 519, 521, 524, 527, 532 et sui., 539 et sui., 545, 547, 550 et sui., 557, 559 et sui., 569, 572, 575, 578 et sui., 585, 588, 590 et sui., 605, 608, 622, 628, 637, 639 et sui., 655, 668, 672.
- Prééminence de la volonté
6, 8 et sui, 13 et sui., 21, 29, 32 et sui., 48, 129, 265, 309, 314, 326, 329, 374, 381, 383 et sui., 391, 430, 433, 445, 448, 450, 458 et sui., 466, 499, 504, 507, 510, 524, 533 et sui., 539, 553, 555, 577, 593, 639, 662, 670.
- Suppléance de la volonté
8 et sui., 13, 309, 358, 381, 383 et sui., 386 et sui., 392 et sui., 402, 404 et sui., 407 et sui., 410, 428 et sui., 432, 440, 444 et sui., 447 et sui., 450, 453, 457 et sui., 466, 471 et sui., 482 et sui., 487 et sui., 494, 498 et sui., 503, 506 et sui., 509, 511, 513 et sui., 523, 527, 529 et sui., 535, 539, 544 et sui., 548, 552 et sui., 588, 590, 593, 614, 618, 629, 662, 665 et sui., 668 et sui.

Vulnérabilité (sociale)
33, 36, 304, 306, 311, 314, 317, 322, 329 et sui., 344, 373, 375, 384, 417.

Table des matières

Sommaire 7
Principales abréviations 9
Introduction. 15
Partie Première
De l'individu, ou de la prééminence de la volonté individuelle. 45
Titre Premier
Du respect de la volonté individuelle, ou de la protection de la personne par convention. 49
Chapitre Premier
Des précédents à l'émergence du mandat de protection future. 59
Section 1 - Du mandat de droit commun : analogie ou particularisme ? 60
I) Le mandat à travers le temps : de Rome à nos jours. 61
II) Du droit comparé : mandat préventif et dispositions de droit commun du mandat. 64
A - La définition du mandat de droit commun. 64
1) Un contrat caractérisé par la notion de service d'amis. 65
2) Un aperçu de la confiance ressortissant de la relation entre mandant et mandataire. 67
B- La constitution du mandat. 68
1) Les parties à la convention. 68
a- Le mandant. 69
b- Le mandataire. 71
2) L'objet du mandat. 72
a- La mission du mandataire. 73
b- La rémunération du mandataire. 74
c- La durée du mandat fixée par le mandant. 76
3) Les formes du mandat. 76
a- Principe : le mandat peut être consensuel. 77
b- Exception : le mandat peut être solennel. 78
C- Les effets du mandat. 79
1) Les obligations du mandataire envers le mandant. 79
a- L'exécution du mandat. 79
b- La reddition des comptes. 82
2) Les obligations du mandant envers le mandataire. 82

a- Le remboursement et l'indemnisation du mandataire. 83
b- L'approbation des comptes et le *quitus* donné au mandataire. 84
D- Le terme du mandat. 85
1) Le décès de l'une des parties. 85
2) Le terme stipulé dans le contrat. 86
3) La renonciation du mandataire. 86
4) La révocation du mandat par le mandant. 87
Section 2 - Du mandat à effet posthume. 90
I) La définition et les conditions de validité du mandat à effet posthume. 91
II) Le régime juridique du mandat à effet posthume. 93
Section 3 - Le mandat de protection future et le mandat à effet posthume : des mandats conformes aux dispositions de droit commun du mandat ? 98
I) L'accomplissement d'actes juridiques dans le cadre du mandat de protection future et du mandat à effet posthume : témoins d'une volonté individuelle ? 99
II) Les dispositions dérogatoires au droit commun du mandat : la confirmation de la qualification d'un mandat de prévention. 109
A- « *Des mandats à exécution différée* ». 109
B- *« Des mandants à révocation anticipée »*. 113
Chapitre Second
De la primauté de la volonté individuelle : de la protection conventionnelle définie selon la thèse volontariste. 115
Section 1 - De la consécration de la volonté individuelle selon le principe d'autodétermination. 117
Sous-Section 1 - Une protection conventionnelle. 117
I) Les dispositions communes au mandat de protection future. 118
A- Les parties au mandat. 118
1) Le mandant. 118
2) Le mandataire. 122
B- La relation contractuelle : liberté réelle ou fictive ? 124
1) Le pouvoir et la capacité propres au mandat de protection future. 124
2) La mise en place d'un *instrumentum* : le consensualisme évincé, la solennité consacrée. 127
3) L'articulation du mandat de protection future au regard des régimes de protection judiciaire. 128

a- Le principe de nécessité. 128
b- Le principe de subsidiarité. 131
C- La sécurité juridique relative à l'élaboration du mandat de protection future. 134
II) Le contenu juridique du mandat de protection future. 136
A- La détermination de la nature et de l'étendue de la protection. 136
B- Les modalités de contrôle de l'exécution du mandat. 143
III) Le contenu de la protection est-il conforme à ce que l'on peut attendre d'une protection conventionnelle ? 145
A- Une protection conventionnelle similaire aux régimes de protection judiciaire ? 145
B- La sécurité juridique dans la prévention contractuelle. 147
Sous-Section 2 - Les différentes formes du mandat de protection future. 154
I) Le mandat établi sous la forme d'un acte sous seing privé. 154
II) Le mandat établi en la forme authentique. 158
Sous-Section 3 - La mise en œuvre du mandat de protection future. 161
I) La procédure de mise en œuvre : 162
une mise en œuvre dénuée de toute volonté désormais éteinte. 162
II) L'intervention du juge des tutelles. 170
III) Le terme du mandat de protection future. 173
Conclusion du Titre Premier 177
Titre Second
De la restauration de la volonté individuelle dans la protection sociale : un droit volontaire ? 181
Chapitre Premier
Des fondements historiques de la protection sociale :
Du couplage des deux ordres de protection, ou de la mise à l'écart de la volonté individuelle 185
Section 1 - Une combinaison des deux ordres de protection indifférent à toute volonté : le protection sociale soumise à la protection judiciaire. 187
Section 2 - La réforme nécessaire du dispositif social : une nécessité placée sous le coup de la dérive du système. 193
Chapitre Second
De la dichotomie protection sociale / protection judiciaire, ou d'une affirmation parcellaire de la volonté individuelle. 197
Section 1 - Les nouveaux majeurs socialement vulnérables. 199

Section 2 - Présentation du dispositif : la nécessaire manifestation de la volonté du majeur vulnérable d'adhérer à la protection sociale. 201

I) La mesure d'accompagnement social personnalisé. 201

A- La MASP I, mesure inscrite dans un dispositif purement contractuel et volontaire. 202

B- La sanction contractuelle de la vulnérabilité sociale : volonté libérale ou volonté soumise ? 205

C- La MASP II, mesure complémentaire au versement direct des prestations dues au bailleur, ou « MASP contrainte » : la sanction du défaut d'engagement du majeur vulnérable. 210

D- L'échec de la MASP et ses conséquences pour le majeur bénéficiaire. 212

II) La mesure d'accompagnement judiciaire, ou l'étiolement de la volonté individuelle..... 214

A- L'instauration de la MAJ en raison de l'échec du dispositif de la MASP : une nouvelle forme de contrainte sociale à la volonté individuelle. 214

1) Une nouvelle forme de TPSA. 215

2) Un dispositif caractérisé par une contrainte plus forte. 216

B- La procédure d'ouverture de la MAJ : la volonté soumise selon la nécessité de protéger le majeur vulnérable contre lui-même. 219

Conclusion du Titre Second. 223

Conclusion de la Partie Première. 227

Partie Seconde

De la famille : de la suppléance de la volonté individuelle. 229

Titre Premier

Des enjeux procéduraux soumis à la suppléance de la volonté individuelle. 233

Chapitre Premier

De l'instauration de la protection judiciaire familiale. 235

Section 1 - Le formalisme de la demande d'ouverture d'un régime de protection judiciaire : le révélateur formel de la suppléance de la volonté du majeur. 236

I) La qualité de requérant : condition au respect de la personne du majeur dans la suppléance de sa volonté. 236

A- Primauté de saisine donnée à la famille. 238

B- La suppression de la saisine d'office du juge des tutelles, ou la non ingérence du juge dans la vie privée du majeur. 243

1) Les cas d'ouverture d'une mesure de protection et d'aggravation de la mesure : le principe de la suppression de la saisine d'office, ou le respect d'une volonté inexprimable. 244

2) Les hypothèses de maintien de la saisine d'office du juge des tutelles. 246

II) L'instruction de la demande d'ouverture par le juge des tutelles, ou le respect par la procédure de la personne du majeur. 248

A- Le dépôt de la requête : un respect exacerbé de la forme et de la substance. 248

B- Le certificat médical circonstancié : une condition de recevabilité de la demande de protection partiellement soucieuse du respect de la personne du majeur. 252

C- L'audition : la révélation de la suppléance de volonté. 260

1) L'audition obligatoire de la personne à protéger. 260

2) L'audition de l'entourage du majeur à protéger : un moment opportun pour le juge des tutelles et la confirmation de la suppléance de volonté. 265

3) La protection temporaire du majeur. 266

4) La volonté du majeur dans la consultation du dossier. 273

Section 2 - Le respect des principes fondamentaux des régimes de protection : la mise en valeur de la suppléance de volonté. 277

I) L'affirmation de la prise en compte de la personne au sein des dispositifs de protection. 278

A- Le principe de nécessité, ou l'affirmation de la suppléance totale de la volonté individuelle. 278

B- Le principe de subsidiarité, ou la limitation des effets de la suppléance de la volonté individuelle. 283

C- Le principe de proportionnalité, ou la modération de la suppléance de volonté. 287

D- Le respect de la dignité et des libertés fondamentales de la personne du protégé : le retour progressif à l'autonomie malgré une volonté défaillante. 288

II) Une difficile conciliation des conditions substantielles entre le respect des libertés fondamentales et la nécessité de protéger. 290

Section 3 - La garantie des libertés individuelles à travers la reconnaissance des droits du majeur dans la mise en œuvre de la mesure. 294

I) Le contre-pouvoir à la suppléance de volonté : l'avis du Parquet lors de l'audience de jugement et la dernière audition du majeur. 295

II) La prise de connaissance de la décision par le majeur et son droit de contester. 297

III) La publicité du jugement, ou l'information des tiers : entre protection et révélation de la suppléance de la volonté individuelle. 303

Chapitre Second

De l'exercice de la protection judiciaire familiale : une efficience avérée ou une faillite familiale ? 305

Section 1 - L'instauration d'un régime de protection, ou la perte de la prééminence de la volonté individuelle. 306

I) La curatelle, ou la suppléance modérée de la volonté du majeur. 306

II) La tutelle, ou l'holisme de la suppléance de la volonté du majeur. 311

Section 2 - La désignation du représentant légal. 316

I) La suppléance de la volonté par la famille, ou la confiance en la famille. 317

II) Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, ou l'échec de la protection familiale dans la suppléance de la volonté. 323

III) L'adaptation de l'exercice de la mesure de protection selon les relations entretenues par le majeur avec sa famille : une implication plus ou moins consacrée. 329

Section 3 - Une mesure de protection adaptable à la suppléance de volonté du majeur selon sa durée. 333

Conclusion du Titre Premier. 341

Titre Second

Des conséquences de la suppléance de volonté du majeur : de l'affirmation du principe d'autonomie ? 343

Chapitre Premier

De la mise en lumière du majeur protégé à travers les actes relatifs à sa personne. 349

Section 1 - D'un principe d'autonomie absolue pour les actes strictement personnels, ou de la prééminence de la volonté individuelle. 351

Section 2 - D'un principe d'autonomie relatif pour les actes personnels, ou de la suppléance résiduelle de la volonté individuelle. 358

Chapitre Second

Du renforcement de la gestion patrimoniale, ou de la suppléance de l'autonomie du majeur..... 381

Section 1 - La gestion patrimoniale dans le cadre de la curatelle, ou l'affirmation d'une autonomie patrimoniale participative. 384

I) La curatelle simple, ou l'instauration d'une quasi-autonomie. 384

A- Entre liberté du majeur de décider seul et danger d'une trop grande autonomie : une mesure d'assistance efficiente ou insuffisante ? 385

B- La limitation de l'assistance selon l'acte patrimonial projeté par le majeur. 387

II) La curatelle renforcée, ou l'affaiblissement de l'autonomie patrimoniale par le glissement de l'assistance en une forme de « représentation assistée ». 393

A- La conversion de la mesure d'assistance en une forme particulière de représentation du majeur. 393

B- La mise en échec de la capacité juridique du majeur protégé, ou la perte d'autonomie patrimoniale. 396

Section 2 - La gestion patrimoniale dans le cadre de la tutelle, ou l'effondrement de la démarche participative du majeur à la gestion de ses biens. 399

I) La gestion patrimoniale tutélaire, ou la suppléance de la présence du majeur dans la gestion. 399

II) Le contrôle de la gestion patrimoniale par le juge des tutelles, ou la sécurisation des opérations malgré la suppléance de volonté du majeur. 403

Section 3 - La gestion patrimoniale concernant les actes se positionnant comme des actes du patrimoine ayant un caractère personnel : une autonomie en berne. 411

I) Le logement de la personne protégée et les actes relatifs au logement et aux meubles meublants : une autonomie de principe confinant à l'exception. 411

II) Les actes relatifs aux contrats d'assurance-vie : une autonomie sujette à caution. 417

Conclusion du Titre Second. 425

Conclusion de la Partie Seconde. 429

Conclusion générale. 431

Bibliographie 435

Index alphabétique 479

Table des matières 495

De la « régressivité » de la volonté dans la protection des majeurs.

La loi du 5 mars 2007 propose l'affirmation de la personne du majeur protégé, notamment en valorisant sa volonté dans le choix d'un type particulier de protection. On s'aperçoit toutefois que la prééminence de cette volonté glisse lentement vers une forme de suppléance, dans le sens d'une mesure de protection voulue et choisie à une mesure imposée par le juge.

Ainsi, la hiérarchie protection conventionnelle, sociale et judiciaire révèle une volonté de plus en plus disparate et effacée, en raison de l'émergence progressive d'une cause médicale justifiant la mise à l'écart de la volonté.

Par ailleurs, la même loi vantait la réelle prise en compte de la personne même, afin d'endiguer la trop grande importance accordée au patrimoine par la loi du 3 janvier 1968. Or, on voit que l'exercice d'une mesure de protection judiciaire consacre également la préservation du patrimoine en toutes circonstances, au même titre qu'une mesure sociale ou conventionnelle, et que les actes relatifs à la personne peuvent être sans effet si le majeur protégé ne peut plus exprimer sa volonté, volonté dont peut se passer la protection du patrimoine. S'opère dès lors la *« régressivité »* de la volonté du majeur dans les régimes de protection.