

LE DROIT DE LA PROTECTION DES MAJEURS

Gilles RAOUL-CORMEIL

*Professeur à l'université de Caen Normandie
Membre de l'ICREJ (ancien Institut Demolombe)*

1. – **Vue d'ensemble.** Le droit de la protection des majeurs est l'ensemble des règles communes⁽¹⁾ ou spécifiques aux cinq mesures de protection juridique⁽²⁾ : sauvegarde de justice⁽³⁾, curatelle⁽⁴⁾, tutelle⁽⁵⁾, mandat de protection future⁽⁶⁾ et habilitation familiale⁽⁷⁾. Telle est l'offre actuelle offerte par le titre XI du livre premier du Code civil dont les dispositions s'articulent notamment avec celles du Code de procédure civile⁽⁸⁾, du Code de l'action sociale et des familles⁽⁹⁾ et du Code de la santé publique⁽¹⁰⁾. Ce droit transversal n'a pas été livré en une seule fois. En apparence, la structure actuelle et ses ramifications sont issues de la réforme du 5 mars 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Mais les textes ont été pensés, en amont, à partir des institutions introduites par la loi du 3 janvier 1968, ainsi que de la pratique judiciaire issue de leur mise en œuvre. Quant aux multiples ajustements opérés par le législateur au cours de ces quinze dernières années, ils ont fait évoluer en aval l'architecture normative de 2007. Une vue d'ensemble laisse percevoir un dispositif actuel composé de trois strates successives. 1968, 2009 et, pour simplifier,

-
- (1) C. civ., art. 415 à 427 (« Dispositions générales ») ; art. 428 à 432 (« Dispositions communes aux mesures judiciaires »).
- (2) Est écartée la mesure d'accompagnement judiciaire ou MAJ (C. civ., art. 495 à 495-9) car elle n'est pas, à proprement parler, une mesure de protection juridique. Objet du chapitre III du titre XI du livre premier du Code civil, la MAJ n'est pas soumise aux dispositions du chapitre II qui le précède et s'intitule « Des mesures de protection juridique des majeurs ». Le domaine d'intervention du mandataire judiciaire à la protection des majeurs est restreint à la gestion dirigée de prestations sociales et familiales.
- (3) C. civ., art. 433 à 439 (« De la sauvegarde de justice »).
- (4) C. civ., art. 440 à 466 (« De la curatelle et de la tutelle ») ; art. 467 à 472 (« Des actes faits dans la curatelle »).
- (5) C. civ., art. 440 à 466, préc. ; art. 473 à 476 (« Des actes faits dans la tutelle »).
- (6) C. civ., art. 477 à 494 (« Du mandat de protection future »).
- (7) C. civ., art. 494-1 à 494-12 (« De l'habilitation familiale »).
- (8) CPC, art. 1211 à 1261-1 (« La protection juridique (...) des majeurs »).
- (9) CASF, art. L. 471-1 à L. 473-4 (« Mandataires judiciaires à la protection des majeurs (...) »), applicables par renvoi de l'article 450 du Code civil. *Adde*, CASF, art. L. 271-1 à L. 271-6, car la mesure d'accompagnement social personnalisée peut s'analyser comme une mesure sociale moins contraignante, et suffisante au sens de l'article 428 du Code civil.
- (10) CSP, art. L. 1 111-2, III et L. 1 111-4, al. 7, pour s'en tenir à l'information du majeur protégé et à la recherche de son consentement à l'acte médical. V. *infra* les dispositions spécifiques à un acte médical en particulier.

2019 sont les dates auxquelles s'est opéré un changement majeur du droit positif. On en revient toujours à l'œuvre fondatrice du doyen Carbonnier⁽¹¹⁾. Profonde est l'empreinte laissée par la loi du 3 janvier 1968, pensée au cours de la recodification du livre premier du Code civil : son influence se manifeste encore à l'égard des organes de protection autant qu'à celui du champ de la protection juridique. La loi du 5 mars 2007 a bonifié l'œuvre originelle ; elle est une réforme, alors que la loi de 1968 est une refonte. Les normes introduites depuis ces quinze dernières n'ont ni le même objet, ni la même ambition. Les changements se suivent mais ne se ressemblent pas. Une rétrospective est de nature à éclairer le présent et à offrir des choix pour l'avenir.

2. – **Ce qui a changé au 1^{er} novembre 1968 : philosophie humaniste de la refonte.** Sans céder à un idéalisme naïf, la loi du 3 janvier 1968 se caractérise par une philosophie humaniste. Les mots, les institutions, les organes de la protection, tous les changements entrés en vigueur⁽¹²⁾ le 1^{er} novembre 1968 ont concouru à répondre aux besoins individuels du majeur protégé pour satisfaire son intérêt dans tous les actes de la vie civile et, partant, à rompre avec le Code Napoléon qui, voyant l'aliéné comme la cause d'un désordre, organisait surtout la protection de sa famille. Un Romaniste et un Exégète ont montré que l'esprit de défiance – à l'égard de la folie et de la faiblesse – a laissé place à « une idée plus humaine »⁽¹³⁾ de « protection »⁽¹⁴⁾, traversant les siècles après des périodes de déclin pour renaître au milieu du XIX^e. Avec la loi du 3 janvier 1968 sur le droit des incapables majeurs, l'adulte fragile devient le sujet de la protection ainsi que l'énonce aujourd'hui encore le titre onzième du livre premier du Code civil : « De la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi ». Des « mots courtois et apaisants »⁽¹⁵⁾ ont été substitués à la désignation du « majeur qui

(11) G. Cornu, *Le style des lois*, in Assoc. Henri Capitant, *Hommage à Jean Carbonnier*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 145 et s., spéc. p. 150, où la conclusion s'annonce : « En définitive, on "détricote" les textes mais l'on pense toujours Carbonnier. Les lumières de son droit écrit ne sont pas éteintes ».

(12) L. n° 68-5, 3 janv. 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, art. 15 : JO 4 janv., p. 114 à 118, spéc. p. 117 : « La présente loi entrera en vigueur six mois après sa publication au *Journal officiel* de la République française ». Date reportée au 1^{er} novembre 1968, par la loi n° 68-696 du 31 juillet 1968 relative aux forclusions encourues du fait des événements de mai et juin 1968 et prorogeant divers délais, art. 14 : JO 2 août, p. 7519 à 7521, spéc. p. 7520.

(13) G. May (1848-1940), *Éléments de droit romain*, Sirey, 11^e éd., 1913, n° 58 : « Parmi les personnes *sui generis*, il en est que la faiblesse du développement intellectuel, conséquence du jeune âge, du sexe ou de certains troubles cérébraux, rend incapables de gérer leurs biens. Ces personnes ont une intelligence et une volonté, mais pas assez fortes pour se rendre compte des conséquences que leurs actes peuvent avoir sur leur patrimoine. Aussi, les soumet-on à une sorte de pouvoir qui n'est point une puissance véritable mais qui en tient lieu. C'est suivant les cas, la tutelle ou la curatelle (...). De là une division des personnes. Dans le droit romain primitif, la tutelle et la curatelle ne sont que des mesures de défiance prises dans l'intérêt de la famille civile. On craint que par impéritie certaines personnes ne compromettent le patrimoine qu'elles ont recueilli dans la succession paternelle, et qu'ainsi qu'elles ne portent atteinte aux droits éventuels de la famille civile appelée à leur succéder. Plus tard, cette considération étroitement intéressée fit place à une idée plus humaine : la protection due par la société aux incapables. La conception nouvelle se combinant avec l'ancienne, transforma le caractère de la tutelle et de la curatelle. Cette transformation se traduit par (...) l'introduction de certaines garanties protectrices auxquelles le droit ancien n'avait pas songé ». À l'exception du mot « sexe » pour désigner l'ancienne incapacité de la femme mariée, cet extrait est modéré, lumineux et d'une incroyable modernité.

(14) Ch. Demolombe (1804-1887), *Cours de Code Napoléon*, vol. 8, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, t. 2nd, 2^e éd., A. Durand et Hachette, 1861, n° 643, p. 434 : « C'est qu'en effet l'interdiction totale et absolue, quand même ! ne serait plus une mesure de protection, mais constituerait elle-même, dans son exagération une atteinte pleine de dureté et d'inhumanité aux droits les plus précieux du citoyen. Qu'y aurait-il, en effet, tout à la fois de plus inconséquent et de plus tyrannique qu'une loi qui déclarerait absolument incapable, en droit, de reconnaître un enfant naturel, de se marier, de tester, un individu qui serait, en fait, très capable de consentir à tous ces actes ! qu'il l'en déclarerait incapable, non point par l'effet d'une déchéance pénale quelconque, mais dans un but de garantie et de protection ! ». – À cette époque, la doctrine était partagée. Comp. V. Marcadé (1810-1854), *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 1^{er}, Paris, 7^e éd., 1873, n° 520, p. 408 : « Après l'interdiction, l'individu est déclaré incapable d'avoir une volonté, et le mariage qu'il contracterait, même pendant un intervalle lucide, serait radicalement nul ».

(15) J. Carbonnier, *Les incapables majeurs, Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 63 à 78, spéc. p. 73.

est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur »⁽¹⁶⁾. Le législateur a fait le choix d'une formule neutre, pudique et scientifique, caractérisant l'état et la situation de l'adulte fragile, affaibli par le grand âge, l'infirmité ou la maladie : « l'altération des facultés personnelles »⁽¹⁷⁾ était née. Cette situation « doit être médicalement établie »⁽¹⁸⁾, à moins que le besoin de protéger le majeur dans les actes de sa vie civile soit provoqué par l'intempérance, l'oisiveté ou la prodigalité⁽¹⁹⁾. Le majeur protégé reste débiteur et créancier ; son intérêt n'est pas désincarné de ses obligations familiales et les aides et actions sociales demeurent subsidiaires à la solidarité familiale⁽²⁰⁾.

3. – Ce qui a changé au 1^{er} novembre 1968 : nouvelles institutions. La bienveillance ne s'arrête pas aux mots qui désignent les bénéficiaires de la législation de 1968 ; elle fonde la diversité des remèdes et la méthode permettant de répondre à leur difficulté. En apparence, la gradation entre un système de protection par représentation et un autre par assistance est conservée. Cependant, la loi substitue la tutelle à l'interdiction judiciaire et la curatelle au conseil judiciaire. Elle ajoute la sauvegarde de justice et consacre l'action en nullité d'un acte à titre onéreux consenti sous l'empire d'un trouble mental⁽²¹⁾. Ainsi, la protection est organisée du passé vers l'avenir. Le principe jurisprudentiel d'irresponsabilité civile est abandonné⁽²²⁾ et, préfigurant la société inclusive, le majeur protégé répond désormais des éventuels préjudices qu'il commettrait à autrui sous l'empire d'un trouble mental⁽²³⁾. De surcroît, il n'est plus traité comme un usufruitier⁽²⁴⁾ car tous les actes patrimoniaux peuvent être envisagés dans son intérêt, ce qui suppose de connaître ses besoins et sa personnalité⁽²⁵⁾. La bienveillance du législateur ne recule pas devant le pluralisme ; la loi déploie des « options au risque de compliquer la technique »⁽²⁶⁾. Un système souple et des mesures individualisées exigent de nouveaux organes de protection. Pour le législateur qui les a institués, « la garantie suprême de la liberté civile paraît bien être dans ce délicat équilibre entre le familial, le médical et le judiciaire »⁽²⁷⁾. C'est pourquoi des fonctions propres sont attribuées au juge des

(16) Code Napoléon, art. 489, situé au début du chapitre II relatif à l'interdiction judiciaire.

(17) C. civ., art. 488, al. 1^{er} (L. n° 68-5, 3 janv. 1968). Sur cette notion, V. B. Teyssié, *Droit civil, Les personnes*, Litec, 2^e éd., 1995, n° 351, p. 181 ; LexisNexis, coll. « Manuel », 24^e éd., 2022, n° 1040, p. 587.

(18) C. civ., art. 490, al. 3 (L. n° 68-5, 3 janv. 1968).

(19) C. civ., art. 488, al. 3 (L. n° 68-5, 3 janv. 1968) : « 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 ».

(20) Sur la subsidiarité du droit public des aliments, V. E. Alfandari et F. Tourette, *Action et aide sociales*, Dalloz, coll. « Précis », 5^e éd., 2011, n° 31 (fondement) et n° 41 (mise en œuvre : moyen de répondre aisément à une situation d'urgence et d'organiser plus tard la récupération). – M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, LGDJ, coll. « Domat droit public », 11^e éd., 2021, n° 85.

(21) C. civ., art. 489 et 489-1 (L. n° 68-5, 3 janv. 1968). Les conditions de mise en œuvre de l'action en nullité sont modulées suivant que l'acte est à titre gratuit (V. déjà : C. civ., art. 901) ou à titre onéreux, suivant que l'action est engagée du vivant de l'intéressé, par lui ou l'organe de protection, ou, après son décès, par ses héritiers.

(22) B. Teyssié, *Droit civil, Les personnes*, préc., n° 1062, p. 597.

(23) C. civ., art. 489-2 (L. n° 68-5, 3 janv. 1968). Sur lequel, V. not. Ph. Le Tourneau, *La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental* : JCP G 1971, I, 2401. – Adde, J.-J. Barbiéri, *Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence civile : l'incidence de l'article 489-2 du Code civil après une décennie* : JCP G 1982, I, 3057.

(24) Code Napoléon, art. 510 : « Les revenus d'un interdit doivent être essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison ». Il ne s'agit pas de tous les biens du majeur placé sous l'interdiction judiciaire.

(25) J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, préc. (V. *supra*, note 15), p. 66 : « Souplesse, individualisation, les qualités d'un traitement médical seraient-elles déplacées dans un traitement juridique ? Pour mieux dire, il fallait en arriver à une législation où à chaque malade sa dose de capacité pût être prescrite sur ordonnance du médecin ».

(26) J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, préc. (V. *supra*, note 15), p. 274. Adde, sur le pluralisme juridique, V. P. Catala, *L'esprit de la législation*, in Assoc. Henri Capitant, *Hommage à Jean Carbonnier*, préc. (V. *supra*, note 11), p. 159 à 166, spéc. 163.

(27) J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, préc. (V. *supra*, note 15), p. 71.

tutelles, juge d'instance⁽²⁸⁾, « chef du service public des tutelles »⁽²⁹⁾, juge de proximité dont la saisine est aisée, mais aussi des fonctions interchangeables qu'un conseil de famille⁽³⁰⁾ peut exercer lorsque quatre adultes dans l'entourage familial peuvent se rendre disponibles pour gérer les biens de l'intéressé et rechercher son meilleur intérêt. La tutelle complète comprend un conseil de famille, un tuteur et un subrogé tuteur. Par contraste, l'organe de protection devient unique en cas de tutelle simplifiée (avec un administrateur légal sous contrôle judiciaire⁽³¹⁾ ou un gérant de tutelle⁽³²⁾), dans la curatelle⁽³³⁾ et la sauvegarde de justice avec mandat spécial⁽³⁴⁾. Standardisé ou individualisé, fonctionnant avec un ou des organes, le dispositif de protection mis en place par le juge est si bien finalisé que la loi du 3 janvier 1968 connaît une « application populaire »⁽³⁵⁾. Le succès est dans les statistiques : le nombre de majeurs protégés aurait pu être multiplié par dix entre 1950⁽³⁶⁾ et 2010⁽³⁷⁾ si le législateur ne s'était pas décidé à réformer la protection juridique des majeurs pour endiguer cette croissance et ainsi procurer une économie substantielle au budget de l'État⁽³⁸⁾.

4. – Ce qui a changé au 1^{er} janvier 2009 : réforme sur quatre plans. Longuement préparée⁽³⁹⁾, discutée au Parlement à la toute fin de la XI^e Législature, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 a été maintes fois commentée⁽⁴⁰⁾, si bien que ses principaux apports sont encore dans toutes les mémoires. *Crescendo*, ils apparaissent sur quatre plans distincts : le mandat de protection future, la rénovation des mesures judiciaires, la protection de la personne et les mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Le premier plan

(28) Six ans après son installation (Ord. n° 58-1273, 22 déc. 1958), le juge d'instance est chargé de la fonction de juge des tutelles des mineurs (L. n° 64-1230, 14 déc. 1964). Dans ses « mémoires de légiste », le doyen Carbonnier dévoilait ses lignes directrices, ses sources d'inspiration et les difficultés rencontrées pour substituer au conseil de famille un magistrat du tribunal d'instance dont l'office pouvait se rapprocher du tribunal allemand des tutelles (*Der Vormundschaftsgericht*) : J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, préc. (V. *supra*, note 15), p. 31. – Adde, J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 372, p. 306, texte et note 5.

(29) J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, préc. (V. *supra*, note 28), p. 115.

(30) V. not. C. civ., art. 454 (budget des dépenses d'entretiens), art. 455 et 458 (remploi des capitaux), art. 457 (actes de disposition), art. 505 (donation) et 506 (mariage). Sur la composition et le fonctionnement du conseil de famille, V. C. civ., art. 407 et 417 (L. n° 64-1230, 14 déc. 1964 sur la tutelle des mineurs), applicables à la tutelle d'un majeur, par renvoi de l'art. 495 (L. n° 68-5, 3 janv. 1968).

(31) C. civ., art. 497 (L. n° 68-5, 3 janv. 1968).

(32) C. civ., art. 499 (L. n° 68-5, 3 janv. 1968).

(33) C. civ., art. 509-1, al. 1^{er} (L. n° 68-5, 3 janv. 1968). L'alinéa 2 permet la désignation de cocurateurs.

(34) C. civ., art. 491-5 (L. n° 68-5, 3 janv. 1968).

(35) J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, préc., p. 64 : « Les institutions nouvelles ont (...) vocation à être des techniques de masses, couvrant une part aussi vaste que possible, sinon la totalité du besoin de protection. Pour elles, le succès à espérer est dans l'application populaire, non dans l'ingéniosité des obstacles à élever devant l'application ».

(36) M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 1, *Les personnes*, 2^e éd. par R. Savatier, LGDJ, 1952, n° 659, spéc. p. 711. Plus de quinze ans avant la loi du 3 janvier 1968, l'auteur soulignait la rareté de l'interdiction judiciaire (500 à 800 mesures annuelles) par rapport au nombre total de personnes aliénées (environ 100 000). Adde, sur les conséquences patrimoniales de l'internement psychiatrique qui rendait ce système suffisamment protecteur (L. 30 juin 1838, art. 39), F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2012, n° 566, texte et note 2, p. 579.

(37) V. É. Blessig, Rapport de la commission des lois, AN, 10 janv. 2007, n° 3557, p. 16 : « Plus de 630 000 personnes sont aujourd'hui placées sous un régime de protection juridique, auxquelles s'ajoutent 67 000 personnes relevant d'une mesure de tutelle aux prestations sociales. Au total, on estime que la protection des majeurs concerne 1,3 % de la population française majeure. Selon les projections réalisées par la Chancellerie, 1 126 000 personnes seraient placées sous protection en 2010 si les placements continuaient d'augmenter au rythme actuel ».

(38) E. Blessig, Rapport préc., p. 54 et 267.

(39) Th. Fossier, *Le législateur des pauvres en esprit*, in *Mél. J. Hauser*, Dalloz-LexisNexis, 2012, p. 94 à 109, spéc. p. 97, texte et note 12, où est évoquée la mise en place dès 1996 d'un premier groupe de travail.

(40) JO 7 mars 2007, p. 4325. V. not. parmi les commentaires : Ph. Malaurie, *La réforme de la protection juridique des majeurs (Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007)* : Defrénois 2007, art. 38569, p. 557 à 572. – J. Hauser, *Des incapables aux personnes vulnérables* : *Dr. famille* mai 2007, étude 14, p. 5 à 7. – Th. Fossier, *La réforme de la protection des majeurs*, *Guide de lecture de loi du 5 mars 2007* : *JCP G* 2007, I, 118, p. 13 à 23. – A.-M. Leroyer, *Chron. légis. fr. n° 4*, in *RTD civ.* 2007, p. 394 à 407.

est occupé par le mandat de protection future, car l'esprit d'anticipation commande la préséance, faisant oublier que l'innovation institutionnelle marque un nouveau recul du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes⁽⁴¹⁾. La protection contractuelle exige un accord de volontés entre le futur protégé et son protecteur, un échange de consentements lucides, libres et éclairés, ce qui suppose d'accueillir l'intercession d'un homme de loi (notaire, avocat) pour guider les parties dans leurs choix au moment opportun et les inciter à ne négliger aucun aspect de la protection de la personne et des biens. L'ombre tutélaire se projette dans le régime du mandat de protection future, tenant à son fonctionnement et son extinction. Ainsi, la prise d'effet du mandat est subordonnée à la constatation médicale de l'altération des facultés personnelles du mandant⁽⁴²⁾. Puis la vérification de la validité formelle du contrat est soumise au contrôle d'un greffier⁽⁴³⁾ ; plutôt que l'homologation judiciaire systématique, la loi préfère la possibilité de saisir le juge des tutelles par requête lorsque le greffier a restitué le mandat et les pièces l'accompagnant, estimant non réunies les conditions de validité du mandat⁽⁴⁴⁾. Comme un tuteur, le mandataire à la protection contractuelle est soumis à l'obligation de faire dresser un inventaire⁽⁴⁵⁾ et de rendre compte de sa gestion chaque année⁽⁴⁶⁾. Il doit solliciter une autorisation judiciaire pour conclure un acte grave⁽⁴⁷⁾. Une plus grande profondeur de champ caractérise le deuxième plan de la réforme. On y retrouve les institutions de la loi de 1968 qui ont fait leur preuve « sur la durée »⁽⁴⁸⁾. La trilogie « Sauvegarde de justice, curatelle et tutelle » est conservée, mais elle est simplifiée, hiérarchisée et bonifiée. Aucune mesure de protection juridique ne peut plus être prononcée à l'initiative du juge⁽⁴⁹⁾ ; il doit être saisi par une requête accompagnée, sous peine d'irrecevabilité, d'un certificat médical circonstancié⁽⁵⁰⁾, établi à cet effet⁽⁵¹⁾. En clair, la prodigalité, l'intempérance et l'oisiveté ne sont plus des causes d'ouverture suffisantes de la curatelle

(41) J. Hauser, *Les mesures judiciaires, solutions subsidiaires au mandat de protection future*, in G. Raoul-Cormeil (ss dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 13 à 24, spéc. p. 14.

(42) C. civ., art. 481, al. 2nd.

(43) CPC, art. 1258 à 1258-2.

(44) CPC, art. 1258-3, al. 3. V. par ex. TJ Cherbourg, ord. JCP, 31 août 2020, n^{os} 19/A/00049 et 19/A/00050 : *AJ fam.* 2021, p. 58, obs. G. Raoul-Cormeil.

(45) C. civ., art. 486, al. 1^{er}.

(46) C. civ., art. 491, al. 1^{er}, en cas de mandat notarié. Le mandat sous seing privé comprend des mesures de contrôle (C. civ., art. 479, al. 3), également exigées *ad validitatem* (CPC, art. 1258-2, 2^e). En ce sens, Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 2021, n^o 19-15.059 ; *JCP G* 2021, 350, note G. Raoul-Cormeil et A. Gosselin-Gorand ; *JCP N* 2021, 1249, obs. N. Peterka ; *D.* 2021, p. 923, obs. S. Clavel, et p. 1267, obs. J.-J. Lemouland.

(47) C. civ., art. 493, al. 2nd (pour tout acte de disposition, comme en tutelle, lorsque le mandat a été conclu sous seing privé). Et pour le mandat notarié, pour les actes les plus graves : C. civ., art. 426 (disposition du logement) ; art. 427 (disposition des comptes bancaires) ; art. 490, al. 2 (actes à titre gratuit).

(48) P. Catala, *L'esprit de la législation*, in Assoc. Henri Capitant, *Hommage à J. Carbonnier*, préc. (V. *supra*, note 11), p. 159 à 166, p. 163 : « (...) la pluralité des solutions ouvre un champ expérimental. Elle révèle la préférence des usagers de l'institution mieux que ne le ferait un sondage d'opinion, car alors la statistique repose sur un choix responsable. Elle permet aussi d'étudier comparativement, sur la durée, les mérites des différentes solutions à l'épreuve des faits ».

(49) C. civ., art. 430.

(50) C. civ., art. 431, al. 1^{er} (irrecevabilité de la requête non accompagnée d'un certificat médical circonstancié émanant d'un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République) ; CPC, art. 1219. Sur ces textes, V. D. Noguéro, *Le certificat médical pour l'ouverture des mesures de protection des majeurs* : *RRJ* 2011, p. 12227 à 1252. Et sur la portée de ce certificat médical, V. J. Dugne, *La vulnérabilité de la personne majeure* : Thèse Univ. Montpellier, Dalloz, coll. NBT, vol. 216, 2022, n^o 95.

(51) Cass. 1^{re} civ., 2 mars 2022, n^o 20-19.767 : *AJ fam.* 2022, p. 227, obs. N. Peterka ; *Dalloz actualité*, 25 mars 2022, note M. Bruggeman ; *JCP G* 2022, 450, note D. Noguéro ; *Dr. famille* 2022, comm. 82, note I. Maria ; *D.* 2022, somm. p. 1177, obs. D. Noguéro et J.-J. Lemouland ; *RTD civ.* 2022, p. 363, obs. A.-M. Leroyer.

et de la tutelle. L'institution du conseil de famille est tombée en désuétude⁽⁵²⁾, alors que la pluralité d'organes devient l'instrument de l'individualisation de la mesure⁽⁵³⁾. La durée de la mesure donne au principe de nécessité la force d'un glaive ; une mesure non révisée dans les délais est frappée de caducité⁽⁵⁴⁾. Pièce maîtresse de l'échiquier, le juge des tutelles a de nombreuses prérogatives, y compris celle de mettre fin à un mandat de protection future dont l'exécution compromet les intérêts du mandant⁽⁵⁵⁾. Aussi fondamental que transversal, le troisième plan de la réforme concerne la protection de la personne. Organisée par le détail suivant un régime gradué, de droit commun, articulé avec toutes les mesures de protection juridique⁽⁵⁶⁾, elle pénètre le champ de la protection et ses avancées marquent un recul du pouvoir tutélaire⁽⁵⁷⁾. Enfin, c'est le droit de l'aide et de l'action sociales qui accueille le dernier plan de la réforme. La tutelle aux prestations sociales adulte est remplacée par des mesures d'accompagnement sociales – ou judiciaires – personnalisées. De surcroît, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont institués, soumis à une formation obligatoire, inscrits sur une liste tenue par le préfet de département⁽⁵⁸⁾, obligés de prêter serment devant un tribunal judiciaire⁽⁵⁹⁾ et de rendre compte de leur activité devant leur autorité de tutelle. L'État répond du fait fautif causé par ces auxiliaires de justice même si la victime peut engager, à son choix, l'action en responsabilité contre le mandataire judiciaire à la protection des majeurs ou l'État qui dispose d'une action récursoire⁽⁶⁰⁾. L'œuvre de professionnalisation, autre « pilier de la réforme »⁽⁶¹⁾, est sans cesse remise sur le métier tant il est difficile de tenir un statut commun entre les salariés des associations tutélares, les préposés d'établissement (médico-)sociaux qui sont souvent fonctionnaires, et les individuels qui n'ont pas la liberté d'exercice des professions libérales⁽⁶²⁾. Au total, « la réforme est profonde, aussi bien là où elle remodèle ce qui a été conservé que là où elle innove »⁽⁶³⁾.

5. – Ce qui a changé au 18 février 2015 : série d'ajustements. Les acteurs de la protection juridique des majeurs ont assimilé la plupart des changements opérés par la loi du 5 mars 2007, mais une loi du 16 février 2015 de simplification du droit est venue condamner⁽⁶⁴⁾ le retour des mesures viagères prononcées à l'issue de la

(52) C. civ., art. 456 à 457. Rien n'empêche le juge d'instituer un conseil de famille ; rien ne l'y oblige non plus, ce qui explique son extrême rareté.

(53) C. civ., art. 447, al. 2. Adde, G. Raoul-Cormeil, *La pluralité des organes de protection juridique (cotutelle, curatelle, etc.)* : LPA déc. 2021, n° 7, p. 29 à 40.

(54) C. civ., art. 443.

(55) C. civ., art. 483, 4°. V. par ex., Cass. 1^{re} civ., 17 avr. 2019, n° 18-14.250 : D. 2019, pan. p. 1412, obs. J.-J. Lemouland et D. Noguéro ; JCP G 2019, n° 18-15.951, note G. Raoul-Cormeil.

(56) C. civ., art. 457-1 à 463 (curatelle et tutelle). Adde, les textes de renvoi : C. civ., art. 438 (sauvegarde de justice) ; C. civ., art. 479 (mandat de protection future) ; C. civ., art. 494-6 (habilitation familiale).

(57) V. *infra*, n° 012.

(58) CASF, art. L. 471-2.

(59) CASF, art. R. 471-2.

(60) C. civ., art. 422. Sur lequel, V. M. Rebourg, *La responsabilité civile des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans l'exercice de leurs missions* : Dr. famille 2010, étude 17, p. 14 ; I. Maria, *Coup de projecteur sur les cas de responsabilité du protecteur* : Dr. famille 2014, comm. 134.

(61) E. Blessig, Rapport préc. (V. *supra*, note 37), p. 66. Adde, Th. Fossier (ss dir.) A. Batteur, A. Caron-Dégliose, M.-Ch. Dalle, L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, *Curatelle, Tutelle, Accompagnements, Protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, LexisNexis, coll. « Litec Professionnels Droit civil », 2009, n° 352, p. 146.

(62) G. Raoul-Cormeil, *Mandataire judiciaire à la protection des majeurs : une profession méconnue au statut incertain*, in *Regards humanistes sur le droit* : Mél. A. Batteur, LGDJ, 2021, p. 463 à 500.

(63) P. Catala, Préface à Th. Fossier et al., *Curatelle, Tutelle, Accompagnements*, préc. (V. *supra*, note 61), p. XI.

(64) L. n° 2015-177, 16 févr. 2015, relative à la modernisation et simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, art. 26 (JO 17 févr., texte 1), qui frappe de caducité au 18 février 2025,

première vague de révision judiciaire⁽⁶⁵⁾. La durée maximale d'une mesure révisée de curatelle ou de tutelle est désormais de vingt ans⁽⁶⁶⁾. Cet ajustement était nécessaire ; les autres⁽⁶⁷⁾ restent dans l'esprit de la réforme. En revanche, le dispositif d'habilitation familiale modifie la donne, d'autant plus que l'autorisation donnée par le législateur au gouvernement d'introduire une nouvelle mesure de protection réservée aux familles unies confrontées à la dépendance d'un de leurs membres ne désignait pas le juge des tutelles pour la prononcer⁽⁶⁸⁾.

6. – Ce qui a changé à partir du 1^{er} janvier 2016 : habilitation familiale. Simple ou générale, l'habilitation familiale devient une alternative à la tutelle familiale, ainsi qu'au mandat spécial pris dans une sauvegarde de justice⁽⁶⁹⁾. Grâce à cette mesure simplifiée, les ascendants, descendants, frère et sœur, concubin ou partenaire pacsé du majeur à protéger peuvent prendre en charge sa personne et ses biens, s'il est hors d'état de manifester sa volonté⁽⁷⁰⁾. L'adhésion⁽⁷¹⁾ de l'entourage familial à la mesure et à la désignation de la personne habilitée dispense ce protecteur de faire dresser un inventaire et de rendre compte de sa gestion chaque année au juge. Sous cet angle, l'habilitation familiale se présente donc comme une procuration de secours, une « protection para-judiciaire »⁽⁷²⁾ accordée aux familles unies qui n'ont pas pris la peine de prendre les devants en concluant un mandat de protection future. Même si le juge n'a plus vocation à intervenir après son prononcé et ne conserve aucun dossier au greffe, l'habilitation familiale est subordonnée à une décision du juge des tutelles, saisi par une requête accompagnée d'un certificat médical circonstancié et dont la

dix ans après l'entrée en vigueur de la loi, toute mesure prise entre le 1^{er} janvier 2009 et le 18 février 2015 pour une durée supérieure à dix ans.

(65) V. par ex. : TI Caen, juge tutelles, 20 mars 2013, n° 02/A/00283-1 : mesure prononcée pour une durée de 840 mois (70 ans) soit une échéance le 19 mars 2083 pour un majeur né en 1982. Un autre (TI Cherbourg, juge tutelles, 23 mars 2011, n° 07/A/00190-1) a renouvelé une mesure de tutelle concernant une personne âgée de 103 ans pour la durée de 120 mois !

(66) C. civ., art. 442, al. 2.

(67) C. civ., art. 426, al. 3 (compétence du médecin traitant pour donner un avis médical de non-retour à domicile établi en cas de disposition du logement pour entrer en EHPAD) ; C. civ., art. 441, al. 2 (ouverture d'une tutelle pour dix ans en cas d'avis médical de non-évolution favorable de l'état de santé) ; C. civ., art. 500, al. 1^{er} (déjudiciarisation de la décision d'arrêter le budget).

(68) L. n° 2015-177, 16 févr. 2015, préc. (V. *supra*, note 64), art. 1^{er}, I : « Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour : (...) 2° Aménager le droit de la protection juridique des majeurs, en prévoyant un dispositif d'habilitation par justice au bénéfice des ascendants, descendants, frères et sœurs, partenaire d'un pacte civil de solidarité ou concubin, au sens de l'article 515-8 du Code civil, d'un majeur hors d'état de manifester sa volonté, permettant de le représenter ou de passer certains actes en son nom sans qu'il soit besoin de prononcer une mesure de protection judiciaire » (*Nous soulignons*). – Sur les questionnements, V. not. N. Peterka, *Clarifications et reculs du droit des personnes et de la famille* : JCP G 2015, 243. – I. Maria, *Loi de modernisation et simplification du droit : mesures pour les personnes protégées* : Dr. famille 2015, comm. 81. – G. Raoul-Cormeil, *Le droit des majeurs protégés, en partie rénové par la loi du 16 février 2015* : Gaz. Pal. 12 mars 2015, n° 71, p. 6 à 10.

(69) C. civ., art. 494-1 à 494-12 (Ord. n° 2015-1288, 15 oct. 2015, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 2016). Sur laquelle, V. not. G. Raoul-Cormeil, *L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond* : D. 2015, p. 2335. – I. Maria, *L'habilitation familiale, une nouvelle mesure de protection qui doit faire ses preuves* : Dr. famille 2016, étude 5. – J. Combret et N. Baillon-Wirtz, *L'habilitation familiale : une innovation à parfaire* : JCP N 2015, 1248. – B. Mallet-Bricout, *La nouvelle habilitation familiale ou le millefeuille de la représentation des majeurs protégés* : RTD civ. 2016, p. 190. – J. Hauser, *L'habilitation familiale : examen critique d'une nouvelle mesure de protection juridique. Rapport de synthèse* : Dr. famille 2016, dossier 48.

(70) C. civ., art. 494-1, al. 1^{er} (réd. Ord. n° 2015-1288, 15 oct. 2015).

(71) C. civ., art. 494-4, al. 2 (réd. Ord. n° 2015-1288, 15 oct. 2015). Le juge peut se contenter de l'absence d'opposition légitime au prononcé de cette mesure de protection. En pratique, le critère de cette notion est sujet à des incertitudes. Des juges accueillent volontiers les réticences de certains membres de la famille car ils y voient l'aiguillon de la recherche du meilleur intérêt du majeur protégé. D'autres perçoivent le grain de sable qui va bloquer le mécanisme. Toute opposition est un obstacle au prononcé de cette mesure. Adde, S. Helleux, *Le point de vue du juge sur l'habilitation familiale* : Dr. famille 2022, dossier 27.

(72) B. Teyssié, *Droit civil, Les personnes*, LexisNexis, coll. « Manuel », 24^e éd., 2022, n° 1170, p. 643.

décision est portée en marge de l'acte de naissance de l'intéressé. « De la lumière à l'éclipse »⁽⁷³⁾, le juge des tutelles intervient au départ pour vérifier que le climat est propice à la mise en œuvre de cette protection consensuelle ; à nouveau, il devra être saisi pour renouveler la mesure si elle reste nécessaire⁽⁷⁴⁾, pour autoriser la conclusion d'actes graves, tels que la disposition du logement⁽⁷⁵⁾, un acte à titre gratuit⁽⁷⁶⁾ ou un acte pour la passation duquel la personne habilitée est en opposition d'intérêts⁽⁷⁷⁾. Des lacunes initiales ont été comblées par le législateur : la loi du 18 novembre 2016 ouvre le dispositif au conjoint du majeur empêché⁽⁷⁸⁾, en cas d'insuffisance d'une modification provisoire du régime matrimonial⁽⁷⁹⁾. Celle du 23 mars 2019 opère une harmonisation des conditions de prononcé de la mesure de protection en abaissant le critère à l'altération des facultés personnelles médicalement constatée⁽⁸⁰⁾ ; elle introduit l'habilitation familiale par assistance⁽⁸¹⁾ et des passerelles avec les mesures de protection judiciaire⁽⁸²⁾, ouvre la possibilité pour un tiers de saisir le juge des tutelles en cas de difficulté⁽⁸³⁾. Et un décret unifie la procédure devant le juge des tutelles⁽⁸⁴⁾.

7. – Ce qui a changé au 25 mars 2019 : essor de l'autonomie du majeur protégé. En dépit des garanties apportées au respect des droits fondamentaux des majeurs protégés, des voix se sont élevées pour critiquer la mise en œuvre défailtante de la loi du 5 mars 2007. Le bilan est donc mitigé⁽⁸⁵⁾, les critiques variant selon les rapports du Défenseur des droits⁽⁸⁶⁾, de la Cour des comptes⁽⁸⁷⁾, du Groupe interministériel⁽⁸⁸⁾ et du Comité de suivi des Nations unies⁽⁸⁹⁾. Sur amendement

(73) Th. Verheyde, *Le rôle du juge des tutelles dans l'habilitation familiale : de la lumière à l'éclipse !* : *Dr. famille* 2016, étude 42.

(74) C. civ., art. 494-6, al. 5 (Ord. n° 2015-1288, 15 oct. 2015).

(75) C. civ., art. 426.

(76) C. civ., art. 494-6, al. 2 (Ord. n° 2015-1288, 15 oct. 2015).

(77) C. civ., art. 494-6, al. 4 (Ord. n° 2015-1288, 15 oct. 2015).

(78) C. civ., art. 494-1 (L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016).

(79) C. civ., art. 217, 219, 1426 ou 1429. La modification judiciaire des pouvoirs des époux (C. civ., art. 1396, al. 3) prime le prononcé d'une habilitation familiale : C. civ., art. 494-2 (L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016).

(80) C. civ., art. 494-1 (L. n° 2019-222, 23 mars 2019).

(81) C. civ., art. 494-1 (L. n° 2019-222, 23 mars 2019). Sur laquelle, V. N. Peterka, *Le nouveau visage de l'habilitation familiale* : *Sol. Not.* 25 avr. 2019, n° 15, p. 16. – B. Mallet-Bricout, *L'habilitation familiale relancée, souplesse, individualisation et proportionnalité* : *RTD civ.* 2019, p. 414. – D. Noguéro, *Assistance en habilitation familiale : principe et étendue* : *Deffrénois* 2 juill. 2020, p. 26.

(82) C. civ., art. 494-3, al. 2 et 494-5, al. 2 (L. n° 2019-222, 23 mars 2019), brisant ainsi la jurisprudence : Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2017, n° 16-27507 ; *AJ fam.* 2018, p. 125, obs. G. Raoul-Cormeil ; *D.* 2018, p. 223, note D. Noguéro ; *Dr. famille* 2018, comm. 73, note I. Maria ; *RTD civ.* 2018, p. 74, obs. D. Mazeaud.

(83) C. civ., art. 494-10 (L. n° 2019-222, 23 mars 2019).

(84) D. n° 2022-719 du 22 juill. 2019, abrogeant CPC, art. 1262-1 à 1262-12 (D. n° 2016-185, 23 févr. 2016). Sur lequel, V. I. Maria, *Impact des décrets de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* : *Dr. famille* 2019, comm. 225. – V. Egéa, *L'apport de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice en droit des personnes : une protection juridique des majeurs à la croisée des chemins* : *Procédures* 2019, étude 15. – G. Raoul-Cormeil, *Réforme de la procédure tutélaire après la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019* : *Dalloz actualité*, 26 sept. 2019.

(85) J. Combret et N. Baillon-Wirtz, *La réforme de la protection juridique des majeurs du 5 mars 2007 à dix ans : quel bilan ?* : *JCP N* 2017, 1119. – D. Noguéro et J.-J. Lemouland : *D.* 2019, pan. p. 1412.

(86) Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, Rapport, sept. 2016. – Sur lequel, V. I. Maria, *L'aspect subversif des droits de l'homme en cause dans le domaine de protection juridique* : *Dr. famille* 2016, comm. 238.

(87) Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs. Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailtante*, Rapport, 4 oct. 2016. – Sur lequel, I. Maria, *Nouveau bilan d'application de la réforme de la protection juridique des majeurs* : *Dr. famille* 2016, comm. 264.

(88) A. Caron-Dégliuse, *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Rapport de mission interministérielle, 21 sept. 2018. – Sur lequel, V. I. Maria, *Nouveau rapport sur la protection juridique des personnes : feue l'incapacité juridique ?* : *Dr. famille* 2018, comm. 266.

(89) C. Devandas-Aguilar, *Rapport sur les droits des personnes handicapées*, Conseil des droits de l'homme, Session 25 févr.-22 mars 2019 : ONU, A/HCR/40/54/Add.1.

gouvernemental, le législateur se décide à valoriser l'autonomie du majeur protégé. Signe avant-coureur de cette volonté politique, la restitution du droit de vote à 275 000 majeurs en tutelle fut annoncée par le Président de la République au Parlement réuni en Congrès, à Versailles, le 9 juillet 2018. À l'abrogation de l'article L. 5 du Code électoral, la loi du 23 mars 2019 ajoute une série de simplifications⁽⁹⁰⁾. Le majeur en tutelle n'a plus besoin d'autorisation judiciaire pour entrer en mariage, ni pour divorcer, ni pour se pacser. L'abolition de l'autorisation à mariage s'étend à la curatelle⁽⁹¹⁾. Le silence de la loi maintenu à l'égard du mariage de la personne en habilitation familiale devient le droit commun. L'essor de l'autonomie est limité à la protection de la personne car le législateur maintient la protection de ses biens, introduisant même la conclusion du contrat de mariage par représentation⁽⁹²⁾. Cela dit, les tuteurs sont dispensés de saisir le juge des tutelles dès lors qu'ils peuvent s'appuyer sur la compétence d'un professionnel (notaire⁽⁹³⁾, banquier⁽⁹⁴⁾, assureur⁽⁹⁵⁾). Cette série de modifications est justifiée par l'engagement de la France, partie à la Convention internationale du droit des personnes handicapées du 30 mars 2007. Par ailleurs, cette loi de 2019 remplace le juge d'instance par le juge des contentieux de la protection qui, à partir du 1^{er} janvier 2020, continue d'exercer les fonctions de juge des tutelles des majeurs⁽⁹⁶⁾.

8. – Ce qui n'a pas changé. Témoin de tous ces changements, le temps est aussi celui de l'apprentissage du droit et, partant, de l'attachement aux institutions. La qualité d'une réforme ne s'évalue pas seulement à ses innovations et aux ajustements qu'elle réalise ; elle se détermine aussi par une force conservatrice pour ancrer la réforme dans le réel, la culture et les usages. Le droit positif des majeurs protégés accumule des constantes. Certaines sont volontaires⁽⁹⁷⁾ ; d'autres subies, comme

(90) V. not. N. Peterka, *La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019. Progrès ou recul de la protection ?* : JCP G 2019, 437. – J.-J. Lemouland, *Simplifier et recentrer le rôle du juge dans le domaine de la protection juridique des majeurs* : D. 2019, p. 827. – J. Combret et D. Noguéro, *Personnes vulnérables (...) et statut personnel : réforme de la justice et prospective* : *Deffrénois* 4 avr. 2019, n° 14, p. 28.

(91) C. civ., art. 460. Sur lequel, V. not. Ch. Bois Farinaux, *Les libertés familiales des majeurs protégés* : *Dr. famille* 2021, dossier 20, spéc. n° 19, p. 24.

(92) C. civ., art. 1399, al. 3. Ce dispositif a été critiqué, V. A. Batteur, L. Mauger-Vielpeau et G. Raoul-Cormeil, *La conclusion forcée du contrat de mariage du majeur protégé* : D. 2019, p. 825.

(93) C. civ., art. 507-1. Depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 (art. 9), l'attestation d'un notaire que l'actif dépasse manifestement le passif est suffisante pour permettre au tuteur, représentant le tutélaire, d'accepter purement et simplement la succession.

(94) C. civ., art. 427. Depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 (art. 9), une autorisation du juge n'est plus nécessaire pour 1) clore un compte bancaire du majeur protégé ouvert après le début de la mesure ou 2) ouvrir un autre compte ou livret dans le même établissement. Sur ces déjudiciarisation, V. J. Lasserre-Capdeville, *Banque et majeurs protégés* : *Dr. famille* sept. 2021, dossier 19.

(95) Sur le contrat de financement des obsèques (CGCT, art. L. 2 223-33-1), V. C. assur., art. L. 132-4-1, al. 2, où le texte relatif à l'assurance vie y apporte une exception : dans le régime de la tutelle, le contrat-obsèques peut être conclu par le seul tuteur, sans autorisation judiciaire.

(96) COJ, art. L. 213-4-2. Sur lequel, V. L. Raschel, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : aspects d'organisation judiciaire* : *Procédures* juin 2019, étude 11.

(97) L'usage fréquent du terme « tutelle » offre une illustration. Il a donné son nom au juge judiciaire qui prononce, renouvelle, modifie ou lève les mesures de protection juridique, y compris celles qui ne sont pas des tutelles. Pourquoi définir les pouvoirs du curateur (C. civ., art. 467, al. 1^{er}), du mandataire à la protection future (C. civ., art. 490, al. 1^{er}) et de la personne habilitée (C. civ., art. 494-6, al. 1^{er}) par rapport à ceux du tuteur ? Aisée pour le juriste, la comparaison est, lorsqu'elle ne rend pas le texte obscur, inutile au profane. Si ce terme est irremplaçable, souvenons-nous des lettres de noblesse que lui a données la législation Carbonnier. Une personne est « en tutelle » et non pas « sous tutelle ». Dans la botanique, le tuteur soutient le pied de tomate et l'élève vers la lumière du ciel. Avec plus de flexibilité, le tuteur d'un majeur protégé est un soutien à l'exercice des droits. *Addé*, G. Cornu, *Droit civil, Les personnes*, LGDJ, coll. « Domat droit privé », 13^e éd., 2007, n° 104, p. 237 : « En soi, la tutelle est un repère fondamental, asile de protection

imposées par l'inertie ou le fait accompli⁽⁹⁸⁾. Positives, de nombreuses constantes révèlent l'identité de la matière. Il en est ainsi de nombreux mécanismes juridiques et de maximes, tel « mieux vaut prévenir que guérir ». Mère de sûreté, la prudence est de l'essence des pouvoirs de la personne en charge de la mesure de protection. On attend d'un bon protecteur qu'il évite au majeur protégé d'exposer ses biens ; le commandement est général⁽⁹⁹⁾ et les techniques juridiques – surtout l'autorisation et l'assistance – lui imposent d'évaluer les avantages et les inconvénients de chaque acte avant de décider. Cette gestion réfléchie du risque est caractéristique de la fonction de juges des tutelles et de la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Ils sont tellement habitués à se projeter vers l'avant et à se préoccuper de trouver une solution à venir qu'ils pensent assez peu à remettre en cause le passé⁽¹⁰⁰⁾. Ceci explique que les actions en nullité pour lésion, défaut de capacité ou dépassement de pouvoir donnent l'impression d'être restées dans leur écrin⁽¹⁰¹⁾, tel un glaive dans son fourreau. Le comité de suivi de la Convention internationale du droit des personnes handicapées défendait pourtant l'idée que les personnes vulnérables devaient bénéficier d'un droit à l'erreur. Or, en dépit de l'existence de tels recours (nullité pour lésion ou incapacité) permettant d'étendre les actes courants du majeur protégé, la pratique tutélaire demeure prudente, répondant ainsi aux attentes de la société. La sécurité juridique commande aux personnes en charge du patrimoine des majeurs protégés de ne point conclure de contrats nuls.

9. – **Ce qui ne peut plus changer.** Le revers du changement n'est pas l'inertie mais l'impossibilité de revenir en arrière, ce que l'on nomme l'effet cliquet. Or, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007, l'évolution de la matière révèle deux forces d'expansion qu'on ne pourra pas inverser. En premier lieu, la consécration de la protection de la personne, d'abord ajoutée à celle des biens, est devenue le nouveau curseur de la matière. Désormais, l'évaluation médicale de l'autonomie de la personne – pour peu qu'elle soit finement réalisée – impose au juge de distinguer les mesures avec ou sans représentation de la personne. Cette *summa divisio* est un premier effet cliquet (Section 1). En second lieu, chacune des vagues de déjudiciarisation a apporté ses nouvelles mesures : mandats de protection future, habilitations familiales, autant d'alternatives à la trilogie classique : sauvegarde de justice,

et, sous son égide, la paix. Les termes sont loin d'avoir des connotations défavorables, si on les entend bien. Il y a de la bienveillance dans tutélaire ».

(98) Qui peut croire qu'un juge des tutelles peut retirer à une association tutélaire tous ses mandats lorsque chaque semaine il doit trouver un auxiliaire de justice susceptible d'en accueillir tant de nouveaux ? Il y aurait beaucoup à dire sur la formation des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et la faiblesse de leur rémunération. L'absence de moyens explique l'inertie d'un système tutélaire essoufflé.

(99) C. civ., art. 496, al. 1^{er} : « Il [le tuteur] est tenu d'apporter dans celle-ci [la gestion du patrimoine du tutélaire] des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée ».

(100) On pourrait en dire de même du contentieux de la responsabilité civile. Lorsqu'un juge des tutelles décharge la mère d'un adulte en curatelle renforcée et désigne, pour la remplacer, un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, il ne viendrait à l'idée ni du juge, ni du curateur professionnel d'engager une action en responsabilité civile contre la mère qui a détourné la moitié de l'allocation adulte handicapé de son fils pendant de nombreuses années. Le changement de curateur joue pour l'avenir. L'intérêt du majeur protégé est apprécié dans sa globalité, y compris dans le maintien des relations personnelles avec sa mère.

(101) C. civ., art. 465. En près de quinze ans, les applications de ce texte sont rarissimes. V. CA Amiens, 8 juill. 2021, n° 19/06070 : *Dr. famille* 2022, comm. 83, note D. Guérin, à propos de l'annulation d'un contrat de téléphonie mobile conclu par un curatelaire. Par contraste, les héritiers engagent volontiers des actions en nullité pour défaut de consentement. V. en dernier lieu : J.-J. Lemouland : D. 2022, pan. p. 1174.

curatelle et tutelle. Le panel des mesures offertes aux intéressés, à leur famille requérante et aux juges qui les prononcent n'a jamais été aussi diversifié. Si la pluralité des mesures constitue le second effet cliquet, tant le pluralisme est le chemin de l'individualisation de la protection, la diversité doit redevenir lisible et plus efficace pour atteindre son objectif (Section 2).

SECTION 1

L'ORGANISATION DE LA PROTECTION DE LA PERSONNE

10. – Un objectif atteint grâce à un système de protection. La protection de la personne n'était pas absente de la loi du 3 janvier 1968 sinon elle n'aurait pas pu constituer l'objet spécifique d'une charge tutélaire d'abord⁽¹⁰²⁾, le fondement de l'individualisation de la mesure ensuite⁽¹⁰³⁾, la raison d'être de prérogatives appropriées à l'office du juge enfin⁽¹⁰⁴⁾. Elle était un cap, une ligne d'horizon que la loi du 3 janvier 1968 n'a pas enfermée dans un « statut »⁽¹⁰⁵⁾, faute d'avoir pu judiciariser l'internement en hôpital psychiatrique⁽¹⁰⁶⁾. L'esprit humaniste de cette législation était néanmoins assez fécond pour que la Cour de cassation ait pu poser un principe général⁽¹⁰⁷⁾, des limites aux pouvoirs du gérant de tutelle en matière de protection

(102) C. civ., art. 417 (L. n° 64-1230, 14 déc. 1964), permettant au conseil de famille de diviser la tutelle « entre un tuteur à la personne et un tuteur aux biens ». Texte applicable à la tutelle des majeurs par renvoi de C. civ., art. 495, réd. L. n° 68-5, 3 janv. 1968. Sur ce thème, V. J. Hauser, *Réflexions sur la protection de la personne de l'incapable*, in *Mél. P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 227 à 236. – Th. Fossier, *Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure* : JCP G 1985, I, 3195. – C. Geffroy, *La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle* : JCP G 1993, doctr. 3724. – J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, préf. J. Hauser, thèse, Bordeaux, éd. La Mouette, 2001, t. 11.

(103) C. civ., art. 501 (L. n° 68-5, 3 janv. 1968), sur le fondement duquel un juge des tutelles a restitué le droit de vote d'un majeur en tutelle (TGI Caen, 20 avr. 1979 : *Gaz. Pal.* 1979, 2, p. 600 ; D. 1981, Jur., p. 540, note P. Guilho), même si la Cour de cassation a jugé que « l'article 501 du code civil, dont l'objet est d'autoriser le majeur en tutelle à accomplir certains actes, ne permet pas au juge de déroger à la règle de droit public prévue au 6° de l'article L. 5 du code électoral » (Cass. 2° civ., 7 mai 1981, n° 81-60.715 P ; Cass. 1° civ., 9 nov. 1982, n° 81-15.205 P : *Deffrénois* 1983, art. 33082, n° 50, p. 783, obs. J. Massip). *Adde*, D. Noguéro, *Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés. Hommage à un juge des tutelles humaniste*, in G. Raoul-Cormeil et A. Caron-Dégliise (ss dir.), *La vie privée de la personne protégée. In memoriam Th. Verheyde*, Mare et Martin, 2019, p. 75 à 104. – C. civ., art. 511 (curatelle aménagée).

(104) CPC, art. 1235 (D. n° 81-500, 12 mai 1981), permettant au juge, « s'il estime utile d'entendre la personne protégée, de se déplacer dans toute l'étendue du ressort de la cour d'appel, et même dans les départements limitrophes de celui où il exerce ses fonctions ».

(105) F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes*, Précis Dalloz, 8° éd., 2012, n° 601, spéc. p. 631-632 : « (...) les textes passaient presque sous silence la protection de la personne ; (...) le droit ne contenait aucun statut ; c'est-à-dire aucun ensemble de règles complet et cohérent ». Comp. J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, *Deffrénois*, 2009, n° 238 : « La protection des majeurs dont les facultés sont altérées a pour objet la protection de leurs biens. C'est la conception la plus classique et certains ont même pu croire de façon erronée, que le régime qui leur était applicable concernait uniquement la gestion de leur patrimoine ».

(106) J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, préc. (V. *supra*, note 15), p. 74 : « Je crois me souvenir que cet aspect de la maladie mentale [soins sans consentement] n'avait pas été absent des préoccupations du législateur de 1968, que l'avant-projet se présentait comme un diptyque dont le volet *internement* a disparu (...). Heureuse disparition, du reste, car (...) cette partie de la réforme] se voulait ambitieuse, apparemment trop, faisant intervenir les magistrats au stade préliminaire [de l'internement] ». Les médecins avaient ainsi accepté en 1968 que leurs certificats orientent et limitent les pouvoirs du juge des tutelles, mais ils refusaient que les décisions des gardiens des libertés individuelles puissent empêcher un psychiatre d'interner un malade mental ! Pouvoir médical et contre-pouvoir judiciaire, un équilibre fut imposé par le Conseil constitutionnel en 2010 !

(107) Cass. 1° civ., 18 avr. 1989, n° 87-14.563 P ; « le juge des tutelles a la faculté de faire coexister un régime de tutelle aux prestations sociales, spécialement instauré en vue de la réadaptation de l'intéressé à une existence normale et l'un des régimes civils d'incapacité, lesquels ont pour objet, d'une façon générale, de pourvoir à la protection de la personne

de la vie privée du majeur protégé⁽¹⁰⁸⁾ et indiquer au juge qu'il pouvait fonder des décisions personnelles sur la « volonté propre »⁽¹⁰⁹⁾ du majeur protégé. Mais en l'absence de cadre, la liberté du majeur protégé restait entre les mains de ses organes, sujette à des excès jusqu'à une éventuelle saisine du juge. « Un effort d'imagination [a donc été] demandé au législateur pour réformer un système largement dépassé »⁽¹¹⁰⁾. Également pressée par une importante recommandation du Conseil de l'Europe du 23 février 1999, la loi du 5 mars 2007 a organisé la protection de la personne. Sous l'égide de directives générales, des dispositions spéciales permettent dorénavant aux organes de trouver une solution dans tous les domaines de la vie personnelle : choix du lieu de vie, exercice des droits familiaux. La plus cardinale de toutes les règles est l'obligation de rechercher le consentement du majeur protégé avant de prendre une décision susceptible de modifier son quotidien, de porter atteinte au respect de son corps et à l'exercice de ses libertés. Applicable à toutes les mesures de protection, sans s'arrêter à telle ou telle, « ce schéma de droit commun »⁽¹¹¹⁾ a mis du temps à s'imposer (§ 1) ; le régime général et gradué de la protection n'a pu atteindre son objectif qu'au jour où il a été délivré de certaines règles spéciales plus faciles à saisir et à mettre en œuvre. En simplifiant le « pan le plus important de la loi nouvelle »⁽¹¹²⁾, la loi du 23 mars 2019 a donné du souffle aux directives générales ; il a renforcé le régime global comprenant une *summa divisio* propre à la protection de la personne et une méthode éthique de protection (§ 2).

§ 1. – L'institution d'un régime général et gradué de protection

11. – Transposition, modernisation et résistances. Les articles 457-1 à 463 du Code civil ont un domaine plus étendu que l'intitulé sous lequel ils s'affichent : « Des effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne ». Toutes ces dispositions s'imposent au mandataire spécial désigné dans le cadre

et des biens de l'incapable ». Sur cet arrêt de rejet, V. D. 1989, jurispr. p. 493, note J. Massip ; JCP G 1989, II, 21467, note Th. Fossier ; *Defrénois* 1989, art. 34794, n° 90, p. 1007, obs. J. Massip ; G. Raoul-Cormeil, in A. Bateur (ss dir.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Lextenso, 2^e éd., 2016, p. 417 à 425.

(108) Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 1993, n° 91-13.587 P : « Le gérant de tutelle ne peut accomplir, seul, les actes relatifs à la personne du majeur protégé, tel celui de consentir à la reproduction de son image, et qu'il lui appartient, à cet effet, conformément à l'art. 500, al. 2, du Code civil, de saisir le juge des tutelles qui pourra soit l'autoriser à faire ces actes (...), soit décider de constituer une tutelle complète ». – Sur cet arrêt de rejet, V. D. 1993, jurispr. p. 614, note Th. Verheyde ; JCP G 1993, II, 22319, note Th. Fossier ; D. 1994, jurispr. p. 21, note J. Massip. – Adde, C. Geffroy, *L'extension des pouvoirs du gérant de tutelle*, in *Mél. H. Blaise*, Economica, 1995, p. 245 à 256.

(109) Cass. 1^{re} civ., 25 mars 1997, n° 96-12.028 P : « après avoir relevé que Nadège Y... est capable d'évoluer et de faire des progrès sur le plan intellectuel, affectif et social, qu'elle n'est pas dépourvue de volonté propre et qu'elle a émis à plusieurs reprises le souhait de rester près de son père, le Tribunal a considéré souverainement qu'il convenait de respecter ce choix ». – Sur cet arrêt de rejet, V. JCP G 1997, II, 22882, note Th. Fossier ; *Defrénois* 1997, art. 36690, n° 142, p. 1338, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1997, p. 634, obs. J. Hauser ; D. 1998, jurispr. p. 333, note J. Massip. – Adde, J.-P. Gridel, *L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur protégé*, Rapport de la Cour de cassation, Doc. fr., 2000, p. 79 à 92.

(110) G. Goubeaux, *Les personnes*, LGDJ, coll. « Traité de droit civil », 1989, n° 559, p. 474 : « Ce serait, en somme, faire à propos de la personne des malades, ce que la loi [du 3 janv. 1968] a déjà réalisé, mais de façon limitée, pour leurs biens ».

(111) Th. Fossier et Th. Verheyde, *La protection de la personne du majeur protégé* : *AJ fam.* 2007, p. 160 à 164, spéc. II. – Reprod. in *In memoriam Th. Verheyde* (V. *supra*, note 103), p. 447 à 456.

(112) Th. Fossier, *Le législateur des pauvres en esprit*, préc. (V. *supra*, note 39), spéc. p. 100 à 104.

d'une sauvegarde de justice⁽¹¹³⁾. Et les plus essentielles d'entre elles s'imposent aussi au mandataire à la protection future⁽¹¹⁴⁾ et à la personne habilitée⁽¹¹⁵⁾. Bien que la base pyramidale soit incertaine en raison de deux renvois partiels⁽¹¹⁶⁾, il existe un droit commun de la protection de la personne avec à sa tête, une directive fondamentale de non-discrimination : en effet, toute mesure de protection s'exerce « dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne »⁽¹¹⁷⁾, ce qui signifierait que le majeur protégé est un sujet de droit comme un autre⁽¹¹⁸⁾. Deux autres dispositions générales mettent en évidence que la personnalité du majeur protégé est opposable à tous : la première est celle qui rend la personne protégée créancière d'un devoir d'information à l'égard de son protecteur, sans dispenser les professionnels de leur propre obligation d'information à son égard⁽¹¹⁹⁾. L'information est le fruit d'un dialogue entre eux et avec les tiers, le moyen de créer et d'entretenir un lien de confiance et, partant, d'individualiser la mesure. Grâce à cette exigence, il devient possible que le majeur protégé continue, si son état le permet, de prendre les décisions relatives à sa personne⁽¹²⁰⁾. Et, pour éviter à cette disposition de rester lettre morte, la loi du 5 mars 2007 lui accorde un domaine de repli, l'espace d'un sanctuaire, les droits strictement personnels, ceux qui ne peuvent être mis en œuvre que par l'intéressé, sans l'assistance ni la représentation de la personne en charge de sa protection⁽¹²¹⁾. De telles innovations, pensées dans le prolongement de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé⁽¹²²⁾, contrastaient avec les dispositions paternalistes sur le droit de vote, le régime de l'union et de la désunion du majeur protégé. Le point d'équilibre entre les modernes et les classiques était précaire, transitionnel, justifié par la distinction entre les actes purement personnels et les actes mixtes, tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux (union des personnes et des biens), tant civils (mariage, pacs) que politiques (la levée du droit de vote et l'inéligibilité). En abrogeant les dispositions conservatrices pourtant modernisées

(113) C. civ., art. 438 (sauvegarde de justice).

(114) C. civ., art. 479, al. 1^{er} (mandat de protection future). Le renvoi est limité aux articles 457-1 à 459-2 du Code civil.

(115) C. civ., art. 494-6, al. 2 (habilitation familiale). Le renvoi est limité aux articles 457-1 à 459-2 du Code civil.

(116) Le législateur de 2007 avait exclu les textes sur le mariage (C. civ., art. 460) et le pacte civil de solidarité (C. civ., art. 461 et 462) du mandat de protection future parce que le mandant conserve sa pleine capacité juridique. Le législateur de 2016 a fait de même en ratifiant l'ordonnance du 15 octobre 2015 sur l'habilitation familiale. À propos du mariage, la loi du 23 mars 2019 aurait pu remettre le mandat de protection future et les habilitations familiales dans le sillage du droit commun, mais « la personne chargée de la mesure de protection » (C. civ., art. 460) désigne le curateur et le tuteur comme le prouve le texte sur l'opposition à mariage (C. civ., art. 175), ce qui pose difficulté en matière de sauvegarde de justice (sur lequel, V. not. L. Mauger-Vielpeau, *Union et désunion du majeur protégé [mariage, pacs, divorce]*, in G. Raoul-Cornéil, M. Rebourg et I. Maria [ss dir.], *Majeurs protégés : bilan et perspectives*, LexisNexis, 2020, p. 385 à 395). Le non-renvoi au rapport de diligence (C. civ., art. 463) est lié à la déjudiciarisation partielle de ces mesures car le juge des tutelles conserve, en cas de besoin, du pouvoir de substituer une mesure judiciaire (C. civ., art. 494-5, al. 3, en cas de défaillance dans la mise en œuvre de l'habilitation familiale) ou une sauvegarde de justice (C. civ., art. 483 *in fine*, en cas d'inexécution du mandat de protection future).

(117) C. civ., art. 415, al. 2. Adde, Th. Fossier, *Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux* : JCP N 2008, 1277.

(118) L'avertissement est donné par J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, préc., p. 77, à propos de la substitution de la tutelle à l'interdiction : « C'était un signal : l'idée de protection enlève à l'incapacité sa signification perverse de *capitis diminutio*, de mutilation de la personne. De fait, sous l'incapacité, la personnalité du malade demeure vivante, dans son autonomie, avec ses droits subjectifs ».

(119) C. civ., art. 457-1.

(120) C. civ., art. 459, al. 1^{er}.

(121) C. civ., art. 458.

(122) Th. Fossier et Th. Verheyde, *La protection de la personne du majeur protégé*, préc. (V. *supra*, note 111), p. 454.

par la loi du 5 mars 2007, la loi du 23 mars 2019 a parachevé, dix ans et quatre-vingt-trois jours après son entrée en vigueur, la réforme de 2007. Quelle est la base juridique de cette conviction ?

12. – Dissociation de la mesure et du pouvoir de protection. Au sein des articles 457-1 à 463 du Code civil, les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 459 constituent la plus grande avancée de la protection de la personne. En effet, le législateur de 2007 proclame d'abord que le majeur protégé continue de prendre les décisions qui concernent sa personne si son état le permet. En dehors des cas où la loi imposait encore une autorisation, l'assistance voire la représentation de son protecteur (comme c'était le cas entre le 1^{er} janvier 2009 et le 25 mars 2019 pour se marier, divorcer ou se pacser), le curseur de l'incapacité d'exercice est placé sur l'aptitude du sujet à manifester seul un consentement lucide, libre et éclairé. En épousant le fait, c'est-à-dire l'absence d'insanité, la loi n'entrave pas les libertés individuelles du sujet protégé. Tant que le majeur protégé est apte à décider seul, il décide seul. L'incapacité juridique devient ainsi résiduelle en matière personnelle. Même borné par des exceptions, un nouveau principe est proclamé. Toutefois, pour ne pas pécher « par naïveté »⁽¹²³⁾, le législateur permet au juge, éclairé par le certificat médical circonstancié et ses impressions lors de l'audition du majeur à protéger, d'attribuer au protecteur un pouvoir général ou spécial d'assistance, voire de représentation dans certains cas extrêmes⁽¹²⁴⁾. Partant, depuis le 1^{er} janvier 2009, il faut dissocier la curatelle à la personne sans assistance et celle avec assistance au sens de l'article 459, alinéa 2 du Code civil. Quant à la tutelle, le texte introduit une gradation plus fine : la tutelle sans assistance, celle avec assistance de la personne, puis celle avec représentation de la personne. L'attribution de pouvoirs d'assistance et de représentation en matière personnelle exige un dispositif précis et une motivation spéciale. Lorsque le juge n'a rien prévu et que la personne protégée est en difficulté ou dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté, sa mesure peut être renforcée par le juge mais il doit être saisi par une requête, accompagnée d'un certificat médical circonstancié en ce sens⁽¹²⁵⁾. La loi du 5 mars 2007 oblige donc le juge des tutelles, dès le 1^{er} janvier 2009, à individualiser la mesure de protection en matière personnelle et à dire jusqu'où s'étend le pouvoir de protection de la personne. En contrepartie, la connaissance de la nature de la mesure (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, mandat de protection future) ne permet plus de déterminer le rôle complet du protecteur. Sans référence à l'article 459, alinéa 2 du Code civil dans le dispositif du jugement, le protecteur à la personne n'est tenu qu'au devoir général d'information et aux pouvoirs d'autorisation, d'assistance ou de représentation fixés dans des

(123) Th. Fossier et Th. Verheyde, *La protection de la personne du majeur protégé*, préc. (V. supra, note 111), p. 453. Sur ce « dispositif discuté », V. F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2012, n° 646, spéc. p. 688 : « (...) Mais n'est-il pas paradoxal de laisser au sujet sa liberté de décider alors que l'on a, dans le même temps, par hypothèse, constaté médicalement son inaptitude à pourvoir seul à ses intérêts ».

(124) L'affaire *Lambert* a, dans son volet tutelle, illustré le besoin d'attribuer au tuteur un pouvoir de représentation en matière personnelle : Cass. 1^{er} civ., 8 déc. 2016, n° 16-20.298 : *AJ fam.* 2017, p. 68, obs. G. Raoul-Cormeil ; *D.* 2017, p. 2569, obs. F. Violla ; *Dr. famille* 2017, comm. 48, note I. Maria ; *JCP G* 2017, 79, note J. Hauser ; *JCP N* 2017, 1139, note N. Peterka ; *RGDM* 2017, n° 62, p. 133, étude G. Raoul-Cormeil.

(125) C. civ., art. 442, al. 4. En ce sens : N. Peterka, A. Caron-Déglièze et al., *Droit des tutelles, Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Dalloz Action, 3^e éd., 2012, n° 73-22 (curatelle) et n° 87.32 (tutelle). – N. Peterka, A. Caron-Déglièze et al., *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz Action, 5^e éd., 2020, n° 221-42 (curatelle et tutelle).

dispositions spéciales (ce qui était le cas avant le 25 mars 2019 pour le mariage, le pacte civil de solidarité, les actes portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée du majeur protégé). La désarticulation du pouvoir de protection et de la nature de la mesure est instituée depuis le 1^{er} janvier 2009 !

13. – Un apport majeur éclipsé par un bouquet d'innovations. Les premières dispositions de l'article 459 du Code civil sont conformes au principe de nécessité⁽¹²⁶⁾. Elles auraient dû être assimilées. Mais, au seuil de l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007, leur importance est négligée, rabaissée au rang de simple faculté offerte au juge⁽¹²⁷⁾, éclipsée par les nouveaux mécanismes qui concentrent l'attention. Il en est ainsi d'abord de la notion de droit strictement personnel⁽¹²⁸⁾. La Cour de cassation ayant décidé de devancer l'application de la loi et de reconnaître qu'un jeune majeur autiste ne pouvait pas être adopté sans consentir lui-même au changement de sa filiation⁽¹²⁹⁾, la doctrine s'est très vite demandée si le juge ne devait pas recevoir néanmoins le pouvoir d'autoriser l'adoption afin d'éviter de transformer l'impossibilité de consentir de l'adopté en incapacité de jouissance⁽¹³⁰⁾. Puis c'est la liste des actes énoncée par l'alinéa 2 de l'article 458 du Code civil qui a suscité de grandes réflexions au regard du droit d'enfanter ou de ne pas enfanter⁽¹³¹⁾, de rédiger des directives anticipées⁽¹³²⁾, de choisir sa sépulture... Les questions de santé étaient propices à la réflexion, tant l'articulation entre le Code civil et le Code de la santé publique était défectueuse⁽¹³³⁾. Dans le même ordre d'idées, c'est ensuite la notion d'atteinte grave à l'intégrité corporelle, montée en épingle pour éviter la saisine du juge des tutelles⁽¹³⁴⁾, qui a laissé perplexes les praticiens⁽¹³⁵⁾ en quête d'un

(126) M. Rebourg, *Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs : Dr. famille* 2007, n° 5, étude 16, spéc. n° 23. – Et du même auteur, *La distinction de la mesure et des pouvoirs de la personne en charge de la protection : réflexions sur la protection de la personne*, in *Regards humanistes sur le droit : Mél. A. Batteur*, LGDJ, 2021, p. 501 à 521, spéc. p. 514, sur l'inapplication judiciaire.

(127) V. toutefois Th. Fossier et al., *Curatelle, Tutelle, Accompagnements*, préc. (V. supra, note 61), n° 632 : la loi du 5 mars 2007 « permet au juge de "découpler" et de moduler de manière différenciée la protection des biens et de la personne ».

(128) C. civ., art. 458. Cette catégorie n'existe pas en tant que telle en droit des mineurs.

(129) Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 2008, n° 07-16.094 P : *Dr. famille* 2008, comm. 173, p. 29, note P. Murat ; *JCP G* 2009, II, 10012, note Y. Favier ; *RTD civ.* 2008, p. 655, obs. J. Hauser : « le consentement d'un majeur protégé à sa propre adoption qui est un acte strictement personnel ne peut être donné en ses lieu et place par son tuteur ».

(130) V. not. P. Salvage-Gerest, *Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence : Dr. famille* 2009, étude 17. Adde, C. civ., art. 348-7, réd. L. n° 2022-219, 21 févr. 2022, qui donne au juge ce pouvoir.

(131) V. A. Batteur, *Le majeur protégé et l'enfant*, in G. Raoul-Cormeil (ss dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 223 à 242, not. p. 228 (contraception), p. 229 (stérilisation), p. 231 (interruption de grossesse), p. 234 (accouchement sous X).

(132) V. A. Caron-Déglise et G. Raoul-Cormeil, *La fin de vie de la personne protégée et l'office du juge des tutelles. Réflexions sur la recherche du consentement des personnes vulnérables*, in D. Salas (ss dir.), *La fin de vie, qui en décide ? : Cah. just.* 2017/3, p. 443 à 455.

(133) V. A. Batteur, *Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables : Dr. famille* 2011, étude 5.

(134) En choisissant les mots « atteinte grave », la Chancellerie avait limité la saisine du juge à la certitude et refusé le risque, comme le vise parfois le Code de la santé publique. Il s'agissait donc de l'amputation d'un membre ou de l'ablation d'un organe. V. par ex., Tl Caen, ord. juge tutelles, 17 mai 2010, n° 89/8520, à propos d'une néphro-urétérectomie gauche. – Tl Caen, ord. juge tutelles, 26 juill. 2013, autorisant l'amputation trans-fémorale de la jambe droite d'une personne en tutelle « dans l'intérêt de sa santé ».

(135) V. par ex., à propos d'une coloscopie : Tl Nice, ord. juge tutelles, 4 févr. 2009 : *D.* 2009, jurispr. p. 1397, note Th. Verheyde ; *Dr. famille* 2009, comm. 147, p. 67, note L. Tabarico ; *RTD civ.* 2010, p. 530, obs. J. Hauser. – Adde J. Massip, *Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle : Dr. famille* 2010, étude 18, p. 18, spéc. n° 7. – V. aussi la discussion menée sur l'arrachage d'une dent, de toutes les dents ou seulement celles du bas ou du haut de la mâchoire par rapport à ce critère : G. Raoul-Cormeil, *Les incapacités médicales*, in *Mél. G. Mémeteau*, t. 2, LEH, 2015, p. 109 à 127, spéc. p. 121.

critère précis. Même la question récurrente du mariage du majeur protégé⁽¹³⁶⁾ a longuement retenu l'attention, tant elle a permis d'expliquer des notions voisines mais distinctes, telle la distinction de l'insanité et de l'incapacité juridique⁽¹³⁷⁾, celle de l'autorisation et de l'opposition à mariage⁽¹³⁸⁾. Par l'abrogation de ces dispositions spéciales⁽¹³⁹⁾ et l'habilitation donnée au gouvernement de réécrire le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles⁽¹⁴⁰⁾, la loi du 23 mars 2019 a rééquilibré le dispositif de protection de la personne, si bien que le respect de l'autonomie imposé par les dispositions graduées de l'article 459 du Code civil est apparu comme l'apport majeur de la loi du 5 mars 2007.

§ 2. – L'émanation d'une *summa divisio* et d'une éthique de protection

14. – Protection avec ou sans représentation relative à la personne. Entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020, l'ordonnance du 11 mars 2020 introduit la notion de mesure de protection juridique « avec représentation relative à la personne » dans le Code de l'action sociale et des familles et le Code de la santé publique⁽¹⁴¹⁾. Passablement obscure⁽¹⁴²⁾, cette formulation est, au fond, inexacte : le protecteur

(136) Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC : *AJ fam.* 2012, p. 463, obs. Th. Verheyde ; *D.* 2012, p. 1899, obs. G. Raoul-Cormeil ; *RTD civ.* 2012, p. 510, obs. J. Hauser. – Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 2015, n° 14-25.777 P : *AJ fam.* 2016, p. 107, obs. Th. Verheyde ; *Dr. famille* 2016, comm. 36, I. Maria ; *D.* 2016, p. 875, note G. Raoul-Cormeil ; *RTD civ.* 2016, p. 83, obs. J. Hauser. – CEDH, 25 oct. 2018, n° 37646/13 : *AJ fam.* 2018, p. 693, obs. G. Raoul-Cormeil ; *D.* 2019, pan. p. 910, obs. J.-J. Lemouland ; *RTD civ.* 2019, p. 80, obs. A.-M. Leroyer.

(137) Cass. 1^{re} civ., 20 avr. 2017, n° 16-15.632 P : *D.* 2017, pan. p. 1496, obs. J.-J. Lemouland, et jurispr. p. 1963, note G. Raoul-Cormeil ; *Dr. famille* 2017, comm. 141, obs. I. Maria.

(138) Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2019, n° 18-15.830 : *Dr. famille* 2019, n° 184, note I. Maria ; *D.* 2019, jurispr. p. 1865, note G. Raoul-Cormeil ; *RTD civ.* 2019, p. 554, obs. A.-M. Leroyer.

(139) Sur la suppression de l'autorisation à mariage en curatelle et en tutelle et la déjudiciarisation de la conclusion du PACS en tutelle, V. not. les réf. préc. *supra*, note 90). Quant à la notion d'acte portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle, déplacée de l'alinéa 3 à l'alinéa 2 de l'article 459 du Code civil, la modification aboutit à supprimer l'autorisation du juge des tutelles et à augmenter l'autonomie du majeur protégé, sauf lorsque le protecteur dispose expressément d'un pouvoir d'assistance ou de représentation en matière personnelle.

(140) L. n° 2019-222, 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 9 IV (JO n° 0071, 24 mars 2019, texte n° 2) : « Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est habilité à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de douze mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure relevant du domaine de la loi visant à modifier, dans un objectif d'harmonisation et de simplification, les dispositions fixant les conditions dans lesquelles est prise une décision portant sur la personne d'un majeur qui fait l'objet d'une mesure de protection juridique et, selon les cas, intervenant en matière de santé ou concernant sa prise en charge ou son accompagnement social ou médico-social ». « Un projet de loi de ratification est déposé au Parlement, au plus tard le premier jour du sixième mois suivant la publication de l'ordonnance ».

(141) Ord. n° 2020-232, 11 mars 2020, relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, art. 46 : JO n° 061, 12 mars 2020, texte n° 03. Si l'ordonnance n'a pas encore été ratifiée par le Parlement, elle a fait l'objet d'un projet de loi de ratification déposé le 9 décembre 2020 sur le bureau de l'Assemblée nationale. Sans le dépôt de ce projet de loi de ratification, l'ordonnance serait devenue caduque, en vertu de l'article 38 de la Constitution. Fixée au 1^{er} septembre 2020 (L. n° 2019-232, 11 mars 2019, art. 9, IV, al. 2nd), l'échéance pour déposer le projet de loi de ratification a été reportée au 1^{er} janvier 2021 (L. n° 2020-290, 23 mars 2020, art. 14). Depuis le revirement du Conseil constitutionnel (QPC n° 2020-843, 28 mai 2020, *Force 5*, § 11), les conditions sont réunies pour que les dispositions de l'ordonnance aient acquis une valeur légale et, partant, soient susceptibles d'être soumises à un contrôle de constitutionnalité.

(142) A. Bateur et al., *Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante !* : *D.* 2020, point de vue, p. 993. – L. Mauger-Vielpeau, *La protection de la personne du majeur protégé mal ordonnée* : *Dr. famille* 2020, comm. 107. – G. Raoul-Cormeil, *La recodification du droit de la santé du majeur protégé : le pour et le contre* : *RGDM* juin 2020, n° 75, p. 99 à 114. – L. Gatti, *Le nouveau régime des décisions de santé des majeurs protégés*, op. cit., p. 115 à 133. – S. Moisdon-Chataigner, *Quelles avancées juridiques pour les décisions médicales et sociales des personnes vulnérables ?* : *RJPF* 2020/5, p. 2.

reçoit du juge un pouvoir de représenter *la* personne *en matière* personnelle, au sens de l'article 459, alinéa 2 du Code civil. Et, ainsi que le précise ce texte, cette prérogative est limitée à la tutelle et à l'habilitation familiale par représentation. En la forme, l'expression « mesure de protection avec représentation relative à la personne » donne l'impression de la nouveauté alors qu'elle a pour seul objet d'harmoniser le Code civil avec les codes suivants : le Code de l'action sociale et des familles et le Code de la santé publique, fâcheuse impression renforcée lorsque le législateur a introduit cette expression dans le Code civil⁽¹⁴³⁾ ! Or, sans une référence à l'article 459, alinéa 2 du Code civil, le lien entre le pouvoir du protecteur en matière personnelle et le régime de son attribution par le juge échappe au plus grand nombre, à l'exception des initiés. Par-delà la forme, le choix judiciaire d'attribuer au protecteur un pouvoir de représentation de la personne en matière personnelle, au sens de l'article 459, alinéa 2 du Code civil, est lourd de conséquences. Il délie le professionnel de santé de son secret professionnel puisqu'il l'oblige à délivrer au protecteur les informations médicales⁽¹⁴⁴⁾ sans lesquelles il ne peut autoriser l'acte médical, lorsque l'intéressé ne peut y consentir lui-même, même avec son assistance⁽¹⁴⁵⁾. La décision du juge prive aussi le majeur protégé de la liberté de désigner une personne de confiance⁽¹⁴⁶⁾ ou de rédiger des directives anticipées⁽¹⁴⁷⁾. Elle l'empêche absolument de faire don de son sang⁽¹⁴⁸⁾, de ses organes⁽¹⁴⁹⁾ ou de ses tissus⁽¹⁵⁰⁾ de son vivant et, à sa mort, de faire don de son corps à la science⁽¹⁵¹⁾. À l'inverse, si le juge n'a pas attribué ce pouvoir de représentation sur le fondement de l'article 459, alinéa 2 du Code civil, alors le protecteur – même s'il est un tuteur ayant reçu un pouvoir général de « représenter et d'administrer la personne et les biens »⁽¹⁵²⁾ – n'aura pas le pouvoir de consentir pour le majeur protégé⁽¹⁵³⁾. Insuffisante, la mesure de protection devra être révisée et même renforcée pour atteindre son but.

15. – Rayonnement de cette distinction entre les personnes protégées. Présente dans soixante-trois dispositions légales⁽¹⁵⁴⁾, la distinction entre les mesures de protection avec représentation relative à la personne et les autres connaît un domaine

(143) C. civ., art. 348-7 (L. n° 2022-232, 21 févr. 2022), déplacé à l'art. 350 (Ord. n° 2022-1292 du 5 oct. 2022, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 2023) : « Le tribunal peut prononcer l'adoption, si elle est conforme à l'intérêt de l'adopté, (...) d'un majeur protégé hors d'état d'y consentir personnellement, après avoir recueilli l'avis (...) de la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne ».

(144) CSP, art. L. 1 111-2, III (Ord. n° 2020-222, 11 mars 2020). *Adde*, CSP, art. L. 6 322-2 (Ord. n° 2020-222, 11 mars 2020) : chirurgie esthétique.

(145) CSP, art. L. 1 111-4, al. 8 (Ord. n° 2020-222, 11 mars 2020).

(146) CSP, art. L. 1 111-6, al. 5 (Ord. n° 2020-222, 11 mars 2020). Une autorisation du juge est nécessaire.

(147) CSP, art. L. 1 111-11, al. 7 (Ord. n° 2020-222, 11 mars 2020). Une autorisation du juge est nécessaire.

(148) CSP, art. L. 1 221-5 (L. n° 2021-1017, 2 août 2021).

(149) CSP, art. L. 1 231-2 (L. n° 2021-1017, 2 août 2021).

(150) CSP, art. L. 1 241-2 (L. n° 2021-1017, 2 août 2021).

(151) CSP, art. L. 1 261-1 (L. n° 2021-1017, 2 août 2021).

(152) TI Pontoise, 8 avr. 2009, n° 08/00319, ouvrant une tutelle complète. – TI Pontoise, 21 mars 2014, renouvelant la tutelle pour vingt ans. – TI Pontoise, ord. juge tutelles, 9 févr. 2021, refusant de modifier le pouvoir de protection.

(153) CA Versailles, 10 déc. 2021, n° 21/01249 : *JurisData* n° 2021-022289 ; *Dr. famille* 2022, comm. 59, note G. Raoul-Cormeil, réformant l'ordonnance du juge des tutelles du 9 février 2021 (*V. supra*, note 152), à propos du consentement à la vaccination contre la Covid-19. – *Adde*, L. Gatti et G. Raoul-Cormeil, *Covid-19 : le consentement à l'acte vaccinal des majeurs vulnérables ou l'éprouvante réception du régime des décisions de santé des majeurs protégés* : *RGDM* mars 2021, n° 78, p. 121. – P. Véron, *Vaccination des personnes âgées en EHPAD* : *JCP G* 2021, 110.

(154) D'abord, l'ordonnance du 11 mars 2020 a introduit 46 fois cette expression, 22 fois dans le Code de la santé publique et 24 fois dans le Code de l'action sociale et des familles (*JCP G* 2020, act. 331). Puis la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique utilise la formule « mesure de protection juridique avec représentation (relative) à la personne » dans 16 dispositions

considérable. Toutefois, tous les actes personnels ne sont pas concernés par cette distinction. Trois dispositifs dérogent à cette *summa divisio* : la stérilisation thérapeutique⁽¹⁵⁵⁾, la recherche médicale impliquant la personne humaine⁽¹⁵⁶⁾ et le prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse⁽¹⁵⁷⁾, sans adopter le même régime. Pour la première, le contrôle judiciaire est systématique ; pour les deux autres, la protection y est graduée, suivant l'éventail des mesures de protection. Par ailleurs, le législateur continue parfois de garder le silence sur certains actes médicaux, tel l'exercice de l'interruption de grossesse⁽¹⁵⁸⁾, ce qui confère au majeur protégé une capacité spéciale car, « en toute hypothèse, dans le silence ou l'ambiguïté des textes, ceux-ci doivent être interprétés dans un sens favorable à la capacité de la personne protégée »⁽¹⁵⁹⁾. Le reproche fait à l'ancienne législation d'être « souvent imprécise et élaborée sans perspective d'ensemble »⁽¹⁶⁰⁾ nous porte à accepter cette nouvelle distinction entre les majeurs protégés qui, dans le silence du jugement, conservent une autonomie de principe et les autres pour lesquels le juge, en prononçant une protection avec représentation relative à leur personne, permet au protecteur d'autoriser un acte personnel. En dehors des actes strictement personnels⁽¹⁶¹⁾, le protecteur disposera donc du moyen de débloquent la situation avec le praticien concerné.

16. – Méthode éthique de protection et difficultés pratiques. La subsidiarité de la mesure de protection ordonne parfois au juge son éviction, cantonnant son office à statuer sur des désaccords entre le majeur protégé et son protecteur⁽¹⁶²⁾ ; le même principe ordonne au protecteur son effacement ponctuel lorsque l'intéressé est en état de consentir lui-même. Dès lors, même s'il tient du juge un pouvoir de représentation, le protecteur n'a pas vocation à l'exercer systématiquement ; le pouvoir est attribué pour n'être exercé que dans l'hypothèse où le majeur protégé n'est plus en état de consentir seul, ni même de consentir avec l'assistance de son tuteur. La règle clairement posée par le Code de la santé publique⁽¹⁶³⁾ répond dorénavant au Code civil, siège depuis la loi de 2007 de cette distinction mobile entre l'assistance et la représentation en matière personnelle⁽¹⁶⁴⁾. Respectueux des libertés individuelles et de

du Code de la santé publique et du Code pénal, dont 9 fois en entier (RGDM 2021, n° 81, p. 59 à 75, note 20). Enfin, la loi du 21 février 2022 sur l'adoption s'y réfère, à son tour, une fois dans le nouvel article 348-7 du Code civil.

(155) CSP, art. L. 2 123-2 (Ord. n° 2020-222, 11 mars 2020). Une autorisation du juge est toujours nécessaire.

(156) CSP, art. L. 1 122-2, III (Ord. n° 2020-222, 11 mars 2020), où le texte distingue la « personne hors d'état de manifester sa volonté » (al. 4), le « majeur [en] sauvegarde de justice » (al. 1^{er}), celui en « curatelle » (al. 2), celui partie à un « mandat de protection future » [ayant pris effet], en « habilitation familiale [par représentation] », en « tutelle, avec représentation relative à la personne » (al. 3).

(157) CSP, art. L. 2 141-4 (Ord. n° 2020-222, 11 mars 2020).

(158) CSP, art. L. 2 212-1 (L. n° 2022-295, 2 mars 2022). Seule la jeune femme mineure et non émancipée doit être accompagnée du majeur de son choix, dans le cas particulier où elle demande à bénéficier du secret et refuse l'information de ses parents : CSP, art. L. 2 212-7, al. 3 (L. n° 2001-588, 4 juill. 2001).

(159) Cass. 1^{re} civ., avis, 6 déc. 2018, n° 18-10.011 : *AJ fam.* 2019, p. 41, note G. Raoul-Cormeil ; *D.* 2019, p. 365, note N. Peterka ; *Defrénois* 2019, n° 7, p. 21, note A. Gosselin-Gorand ; *JCP N* 2019, act. 158, note N. Baillon-Wirtz ; *JCP G* 2018, 1338, note D. Noguéro.

(160) J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, préc. (V. *supra*, note 28), n° 431, spéc. p. 360.

(161) CSP, art. L. 2 141-11, al. 4 (L. n° 2021-1017, 2 août 2021). Sur le consentement au prélèvement de gamètes pour préserver la fertilité et la critique de ce dispositif, V. G. Raoul-Cormeil, *La loi bioéthique du 2 août 2021 et le droit des majeurs protégés : un bouclier ou un filet ?*, in Dossier « La loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique » : RGDM déc. 2021, n° 81, p. 59 à 75, spéc. p. 72.

(162) C. civ., art. 428.

(163) CSP, art. L. 1 111-4, al. 8 *in fine*, rééd. Ord. n° 2020-222, 11 mars 2020.

(164) En revanche, la distinction de l'assistance et de la représentation est, sécurité juridique oblige, figée dans la sphère patrimoniale. G. Raoul-Cormeil, *Assistance et représentation dans la protection juridique des personnes : Dr. famille* 2021, dossier 17.

la dignité de la personne, un tel dispositif est cependant délicat à mettre en œuvre pour au moins deux raisons. En amont, les juges peuvent avoir tendance, pour éviter d'avoir à renforcer la mesure dans un délai contraint, de prononcer des mesures de protection avec représentation relative à la personne. Ce risque est celui auquel sont déjà confrontés les juges de paix belges qui attribuent aux protecteurs plus de pouvoirs qu'ils n'ont besoin dès lors qu'ils sont soumis, dans leur exercice, à la règle de la double subsidiarité⁽¹⁶⁵⁾. En aval, le dispositif prête le flanc à la critique du défaut de publicité⁽¹⁶⁶⁾. La sauvegarde de l'autonomie et l'idéal de respect de la dignité humaine ont un prix : c'est la difficulté pour le professionnel de santé d'identifier un protecteur ayant un tel pouvoir d'autoriser l'acte médical sur le corps d'autrui. Face aux administrations (établissements hospitaliers ou médico-sociaux, services de l'état civil, préfetures, officiers de police judiciaire) qui continuent *contra legem* d'exiger systématiquement la signature du tuteur sans vérifier le dispositif du jugement ni solliciter l'intéressé, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs doivent s'armer de patience, pour expliquer aux praticiens que le majeur protégé a conservé la capacité juridique de prendre lui-même la décision qui concerne sa personne (acte médical, y compris acte portant gravement atteinte à l'intégrité de son corps⁽¹⁶⁷⁾, changement de prénom⁽¹⁶⁸⁾, de nom de naissance⁽¹⁶⁹⁾ ou de nom d'usage⁽¹⁷⁰⁾, dépôt d'une plainte). La difficulté ne serait pas si grande au quotidien s'il était entré dans l'usage des greffes de remettre des extraits de jugement que le protecteur communiquerait aux praticiens pour souligner l'étendue de l'autonomie ou de la protection⁽¹⁷¹⁾. En définitive, aucun système n'est idéal ; chacun a les défauts de ses avantages⁽¹⁷²⁾. Assurément, la protection de la personne a réalisé sa métamorphose dans la lettre du Code civil, mais un travail de formation des praticiens doit encore être engagé. Le second défi porte sur le panel des mesures qu'il est nécessaire de rationaliser pour redonner à la matière la fluidité et la cohérence qu'elle a perdues avec les réécritures postérieures à 2007.

Comp. F. Terré et D. Fenouillet, *ibid.* (V. *supra*, note 123) : « On peut justifier cela de deux façons, soit en jugeant que l'incapacité du sujet en matière patrimoniale ne préjuge pas de son aptitude à décider en matière personnelle, soit en jugeant que l'aptitude nécessaire en matière personnelle est moindre que celle requise en matière patrimoniale : la première justification peine à convaincre, au moins dans la tutelle ; quant à la seconde, elle peine à convaincre hors le domaine des actes usuels, déjà traités à part dans la tutelle ».

(165) Rapp. N. Gallus, *La protection des personnes vulnérables*, Anthémis, 2014, p. 49, à propos du principe de « double subsidiarité » : d'abord la capacité est le principe et l'incapacité l'exception, ensuite l'assistance doit toujours être mise en œuvre avant la représentation. – Adde, T. Van Halteren, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, Wolters Kluwer, 2018, n° 89, p. 183.

(166) C. civ., art. 444 ; CPC, art. 1059. La mention « RC » sur l'acte de naissance du majeur protégé est un mode de publicité imparfait ; elle doit éveiller la curiosité des futurs contractants en les invitant à se renseigner auprès du greffe du tribunal judiciaire tenant le répertoire civil dans le ressort duquel est né l'intéressé, tout en ménageant le respect de sa vie privée. Sur cet équilibre, V. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1 : *Introduction. Les personnes (...)*, PUF, coll. « Quadrige manuels », 2004, n° 262, spéc. p. 488.

(167) C. civ., art. 459, al. 1^{er} et 2.

(168) C. civ., art. 60, al. 1^{er} (L. n° 2022-301, 2 mars 2022, entrée en vigueur le 1^{er} juill. 2022).

(169) C. civ., art. 61 et 458, al. 2.

(170) C. civ., art. 225-1, réd. L. n° 2013-404, 17 mai 2013 ; art. 311-24-2 (L. n° 2022-301, 2 mars 2022).

(171) CPC, art. 1233. Un extrait de jugement reprenant la partie du dispositif qui les intéresse. V. par ex. : TJ Valence, 17 oct. 2022, RG n° 22A00298 : « Dit qu'en application de l'article 459 du Code civil, et hors les cas prévus à l'article 458 de ce même code, le tuteur devra représenter la personne protégée pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne, lorsque son état ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, y compris pour les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle ».

(172) D. Noguéro, *L'humanisme juridique et les actes simplement et strictement personnels des majeurs protégés. Incursion dans la protection de la personne et autonomie*, in *Regards humanistes sur le droit : Mél A. Batteur*, LGD, 2021, p. 421 à 450, spéc. III, p. 442, où l'étude des procédures permet une conclusion optimiste.

LA GRADATION DES MESURES DE PROTECTION

17. – **Vertus et limites du pluralisme.** La partition légale des mesures de protection juridiques se présente sous la forme d'une gradation. Les quatre premières, déjà en vigueur sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968, révèlent la structure par étage du système de protection juridique : sauvegarde de justice sans mandat spécial⁽¹⁷³⁾, curatelle simple⁽¹⁷⁴⁾ ou renforcée⁽¹⁷⁵⁾, tutelle aux biens et à la personne⁽¹⁷⁶⁾. Révisé par la loi du 5 mars 2007, le panel des mesures a connu deux vagues de diversification. D'abord, la loi du 5 mars 2007 a ajouté la mesure d'accompagnement judiciaire⁽¹⁷⁷⁾ et le mandat de protection future pour soi⁽¹⁷⁸⁾ et pour autrui⁽¹⁷⁹⁾. Ensuite, l'ordonnance du 15 octobre 2015 et la loi du 23 mars 2019 ont offert deux autres alternatives : l'habilitation familiale générale par assistance ou par représentation. Le point commun de ces neuf mesures réside dans la sécurité juridique : leur nom détermine la nature et l'étendue des pouvoirs du protecteur. Tel n'est pas le cas de toutes les mesures intermédiaires que le juge peut aménager au vu des éléments transmis par le requérant⁽¹⁸⁰⁾ ou parvenus à sa connaissance lors d'une audition⁽¹⁸¹⁾ : mandat spécial dans une sauvegarde de justice⁽¹⁸²⁾, habilitation familiale simple⁽¹⁸³⁾, curatelle aménagée⁽¹⁸⁴⁾ ou tutelle aménagée⁽¹⁸⁵⁾. Au total, jamais le nombre de mesures n'aura été aussi élevé et l'écart entre

(173) C. civ., art. 433 et 434, pour le renvoi à la sauvegarde de justice médicale (CSP, art. L. 3211-6). La première résulte d'un jugement, la seconde d'une déclaration d'un psychiatre au procureur de la République (CPC, art. 1248). Elles obéissent au même régime de fonctionnement : publicité sur un registre spécial, durée d'un an, renouvelable une fois.

(174) C. civ., art. 440, al. 1^{er} et 467. Le prononcé de la curatelle simple est subordonné au besoin d'être « assisté ou contrôlé d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile ». Sur le contrôle judiciaire exercé par la Cour de cassation sur l'existence de ce besoin, v. not. Cass., 1^{re} civ., 12 oct. 2022, n° 21-12.268 et n° 21.11-090 : *Dr. famille* 2022, comm. 181, note L. Mauger-Vielpeau.

(175) C. civ., art. 472. Le prononcé de la curatelle simple est subordonné à la constatation de l'incapacité de percevoir seul ses revenus et d'en faire une utilisation normale. Le juge doit ainsi justifier l'attribution au curateur d'un pouvoir de représentation pour percevoir les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de celle-ci et assurer lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers. La loi du 5 mars 2007 oblige le curateur à déposer l'excédent entre les mains du curatelaire ou à le déposer sur un compte laissé à sa disposition. Sur le contrôle judiciaire exercé par la Cour de cassation sur l'existence de ce besoin, v. not. Cass., 1^{re} civ., 12 oct. 2022, n° 21-11.090.

(176) C. civ., art. 440, al. 3, 473 et 496, al. 1^{er}. Le prononcé de la tutelle est subordonné au besoin d'être « représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile ».

(177) C. civ., art. 495 à 495-9. Cette mesure ne peut être prononcée par le juge qu'en cas d'échec d'une mesure d'accompagnement social personnalisée (CASF, art. L. 271-1 à L. 271-8). Ni la MASP, ni la MAJ n'est, à proprement parler, une mesure de protection juridique. De surcroît, les MASP sont limitées en pratique, tant elles dépendent de la politique sociale des Conseils départementaux (enveloppe budgétaire et quotas financiers).

(178) C. civ., art. 477 à 494.

(179) C. civ., art. 477, al. 3.

(180) CPC, art. 1218-1.

(181) Sur l'audition de la personne à protéger, V. C. civ., art. 432 et CPC, art. 1220-3. – Sur l'audition des membres de l'entourage de la personne à protéger, V. CPC, art. 1220-4.

(182) C. civ., art. 435.

(183) C. civ., art. 494-1 et 494-6.

(184) C. civ., art. 471 : « À tout moment, le juge peut, par dérogation à l'article 467, énumérer certains actes que la personne en curatelle a la capacité de faire seule ou, à l'inverse, ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée ». *Addé*, C. civ., art. 425, al. 2 : « 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 ». *Addé*, C. civ., art. 459, al. 2, sur le renforcement de la curatelle par un pouvoir d'assistance pour les actes relatifs à la personne.

(185) C. civ., art. 473, al. 2 : « Toutefois, le juge peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire seule ou avec l'assistance du tuteur ». *Addé*, C. civ., art. 425, al. 2, sur la tutelle limitée à la protection des biens ou, à l'inverse, limitée à la protection de la personne, tel CA Douai,

la théorie et la pratique de la protection juridique si grand. Le doyen Carbonnier pensait qu'une pluralité de mesures permettrait d'individualiser⁽¹⁸⁶⁾ le régime de protection en répondant aux cas récurrents comme aux cas particuliers, d'abord, et suivant les forces en présence à conjuguer, ensuite. Un demi-siècle plus tard, M^{me} Anne Caron-Dégliise a soutenu que le choix de la mesure et le périmètre des pouvoirs du protecteur seraient mieux arrêtés si le juge avait pu bénéficier d'une période temporaire d'observation au cours de laquelle serait réalisée une « évaluation médico-sociale pluridisciplinaire et multidimensionnelle intégrant (...) l'organisation des soutiens à l'exercice des droits »⁽¹⁸⁷⁾. La proposition de fondre les mesures de protection juridique dans une mesure unique de protection, appelée la « sauvegarde des droits »⁽¹⁸⁸⁾ et bâtie sur un modèle d'assistance, a reçu un accueil mitigé en doctrine⁽¹⁸⁹⁾. Nul ne remet en cause l'objectif de la législation qui est d'individualiser la protection de la personne et des biens. En revanche, les moyens offerts ne sont pas à la hauteur de l'enjeu. Non seulement chaque mesure a ses propres lacunes mais leur accumulation, réalisée en silo, traduit d'autres faiblesses. Un tel constat oblige à proposer des remèdes ponctuels (§ 1) puis à rechercher le moyen de coordonner les leviers d'orientation de la mesure (anticipation du majeur à se protéger ou situation d'urgence, confiance dans la famille ou situation préoccupante) tout en retrouvant une offre réduite de protections graduées (§ 2).

§ 1. – Les défauts consécutifs à l'accumulation des mesures

18. – Un besoin d'harmoniser la proclamation de la capacité résiduelle. Il aurait été plus clair et plus net⁽¹⁹⁰⁾ que le législateur précise une fois pour toutes que la personne protégée conserve l'exercice de ses droits autres que ceux dont l'exercice est confié à la personne en charge de la protection de sa personne ou de ses biens. La règle est posée dans la sauvegarde de justice avec mandataire spécial⁽¹⁹¹⁾,

2 févr. 2012, n° 11/5594 : *Gaz. Pal.* 2012, doct. p. 2133, note G. Raoul-Cormeil. *Adde* C. civ., art. 459, al. 2, sur le renforcement de la tutelle par un pouvoir d'assistance, voire de représentation, pour les actes relatifs à la personne. Tel CA Versailles, 10 déc. 2021, n° 21/01.249 : *Dr. famille* 2022, comm. 59, p. 42, note G. Raoul-Cormeil.

(186) J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, préc. (V. *supra*, note 28), n° 6, p. 7.

(187) A. Caron-Dégliise, Rapport de mission interministérielle, *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Doc. fr., sept. 2018 (www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_pjm_dacs_rapp.pdf), spéc. p. 33 à 38, et les propositions n°s 28 et 50. En attendant, le juge peut, à cette fin et même d'office, ordonner toute mesure d'instruction (CPC, art. 1221).

(188) A. Caron-Dégliise, Rapport de mission interministérielle, préc., p. 68 à 70.

(189) Plutôt pour en dépit de difficultés soulevées : N. Peterka, *Réflexions sur la création d'une mesure unique de protection à la française*, in *Regards humanistes sur le droit* : Méli A. Batteur, LGD, 2021, p. 451 à 462. – Franchement contre : D. Noguéro et J.-J. Lemouland, *Droit des majeurs protégés* : D. 2019, pan. p. 1412 : « l'actualité est aussi celle qui résulte de plusieurs rapports, visant à faire évoluer le droit des majeurs protégés vers un objectif auquel il ne semble plus politiquement correct de résister : celui de l'autonomie. Voilà le nouveau credo, porté par une idéologie dogmatique, malgré ses limites évidentes, ses contradictions intrinsèques et les risques patents qu'il présente sur le plan juridique dans le domaine concerné ». – Analytique, critique et constructif : G. Millérioux, *La capacité juridique des majeurs vulnérables* : Thèse Univ. Lyon 3, 2021, p. 403 et s., spéc. n° 437, p. 431, le dernier chapitre de la thèse consacré à une recherche sur la perspective d'une mesure judiciaire unique s'achève par cette conclusion intermédiaire : les objectifs de la mesure unique mis en évidence par le rapport de M^{me} Anne Caron-Dégliise peuvent être atteints « sans avoir à chambouler l'architecture des mesures ».

(190) Sur l'esprit de la réforme, V. not. Th. Fossier, *L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer* : *Deffrénois* 2005, art. 38076. – J. Hauser, *Des incapables aux personnes vulnérables* : *Dr. famille* mai 2007, étude 14, p. 5.

(191) C. civ., art. 435, al. 1^{er}.

dans la mesure d'accompagnement judiciaire⁽¹⁹²⁾ et dans l'habilitation familiale⁽¹⁹³⁾. Elle fait défaut dans la curatelle, la tutelle et le mandat de protection future⁽¹⁹⁴⁾. Ces silences paraissent sans incidence pratique car, en droit des contrats⁽¹⁹⁵⁾, ils traduisent « un principe philosophique qui les dépasse : la capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Le texte est empreint d'un accent de liberté et d'égalité civile. Il emporte cette conséquence qu'il ne peut exister d'incapacité qu'en vertu d'une loi »⁽¹⁹⁶⁾. Cela dit, toutes les incapacités juridiques ou contractuelles ne se reconnaissent pas aussi aisément. Les incapacités spéciales de jouissance sont celles qui connaissent le plus de variations : une interdiction peut s'exprimer par la sanction à laquelle s'expose l'acte du majeur protégé⁽¹⁹⁷⁾ ; elle peut aussi être déguisée par une limitation du pouvoir du protecteur⁽¹⁹⁸⁾. Par contraste, toutes les incapacités d'exercice ont en commun l'institution d'un protecteur qui autorise, assiste ou représente la personne protégée dans la conclusion d'un acte juridique ou d'une catégorie d'actes. Si instable soit le verbe qui annonce l'incapacité contractuelle, la sanction qui frappe son non-respect est heureusement constante ; l'incapacité contractuelle est sanctionnée par la nullité relative⁽¹⁹⁹⁾, laissant à la personne protégée par la règle ou son représentant la possibilité d'y renoncer ou de confirmer l'acte nul. La nullité est prévisible lorsque la mesure de protection juridique est opposable aux tiers grâce à la publicité de la mesure⁽²⁰⁰⁾. Malheureusement, la nullité de l'acte conclu par le majeur en sauvegarde de justice, au lieu d'avoir été passé par son mandataire spécial, est susceptible de surprendre son cocontractant, car l'accès au registre lui est refusé⁽²⁰¹⁾. À l'inverse, la loi pêche parfois par excès⁽²⁰²⁾ : elle annonce vouloir maintenir la capacité du majeur en habilitation familiale par assistance⁽²⁰³⁾ alors qu'elle confère à un protecteur – institué par jugement – un pouvoir d'assistance pour conclure les actes de disposition⁽²⁰⁴⁾, organise la publicité de la mesure

(192) C. civ., art. 495-3.

(193) C. civ., art. 494-8, al. 1^{er}.

(194) Sur le pouvoir de protection, partiellement ou complètement détaché de l'incapacité, V. la thèse de M^{me} M. Beauruel, *La théorie générale du pouvoir en droit des majeurs protégés* : IFJD, 2019, vol. 185, p. 153 à 266.

(195) Code Napoléon, art. 1123. Rapp. C. civ., art. 1145, al. 1^{er} (Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016). Sur lequel, V. N. Peterka, *Les implications de la réforme du droit des obligations en droit des personnes protégées* : *AJ fam.* 2016, p. 533. – J.-J. Lemouland, *Réforme du droit des contrats et majeurs protégés* : *D.* 2016, pan. p. 1527. – G. Raoul-Cormeil, in Th. Douville (ss dir.), *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 102.

(196) J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1 : *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. « Quadrige manuels », 2004, n° 295, p. 551. L'éminent auteur ajoutait, à propos du caractère exceptionnel des incapacités, « mais il ne faudrait pas aller jusqu'à dire que les lois qui établissent une incapacité sont toujours d'interprétation stricte ».

(197) V. par ex. : C. civ., art. 504, al. 1^{er} (L. n° 68-5, 3 janv. 1968) : « Le testament fait après l'ouverture de la tutelle sera nul de droit (...) ».

(198) V. par ex. : C. civ., art. 509 (L. n° 2007-308, 5 mars 2007) : « Le tuteur ne peut, même avec une autorisation (...) 3^e Exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la personne protégée ».

(199) C. civ., art. 1147. *Adde*, C. civ., art. 1150 renvoyant aux articles 435 (sauvegarde de justice), 465 (curatelle et tutelle), 494-9 (habilitation familiale générale par assistance ou représentation).

(200) C. civ., art. 444 (curatelle ou tutelle) et 494-6, al. 8 (habilitation familiale générale par assistance ou représentation).

(201) CPC, art. 1251-1.

(202) En ce sens : N. Peterka, *La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019. Progrès ou recul de la protection ?* : *JCP G* 2019, 437, spéc. n° 29 : « L'on peut sans doute déduire de ces dispositions une incapacité implicite mais l'interprétation heurte l'ambiance de bannissement de l'incapacité et de promotion des droits fondamentaux qui baigne la matière ».

(203) C. civ., art. 494-8, al. 1^{er}. La réserve d'une incapacité d'exercice est limitée par le texte à l'habilitation familiale par représentation.

(204) D. Noguéro, *Assistance en habilitation familiale : principe et étendue* : *Defrénois* 2 juill. 2020, p. 26. *Adde*, *Organisation de l'habilitation familiale* : *Dr. famille* 2022, Étude 26, spéc. n° 13, p. 24.

par émargement de l'acte de naissance⁽²⁰⁵⁾ et prévoit l'annulation de l'acte conclu sans l'assistance de la personne habilitée. L'incapacité avance ici masquée.

19. – Un besoin d'harmoniser la protection pendant l'exercice de la capacité résiduelle. Les majeurs protégés ne sont plus incapables parce qu'ils bénéficient d'une capacité contractuelle résiduelle, limitée aux actes courants pour ceux dont le patrimoine est protégé par un régime de représentation. Celle-ci est étendue aux actes d'administration dans les régimes d'assistance (ou la protection des biens est limitée aux actes de disposition). Or, au titre des oublis consécutifs à la diversification des mesures, on ajoutera la possibilité d'agir en nullité ou en réduction d'un acte lésionnaire. La lésion est un vice du consentement d'ordre économique. *Ratione personae*, elle est ouverte restrictivement au mineur⁽²⁰⁶⁾, au majeur bénéficiant d'une sauvegarde de justice⁽²⁰⁷⁾, au majeur en curatelle ou en tutelle⁽²⁰⁸⁾ et au majeur dont le mandat de protection future a pris effet⁽²⁰⁹⁾. Malheureusement, l'article 494-9 du Code civil, auquel renvoie l'article 1150 du même code, ne vise pas la nullité pour lésion d'un acte juridique que la personne protégée par une habilitation familiale aurait pu faire seule⁽²¹⁰⁾. « On peut penser qu'il ne s'agit que d'un oubli du législateur que les juges pourraient être amenés à corriger »⁽²¹¹⁾, dès lors que le Code civil subordonne dorénavant la qualification d'« actes courants autorisés par la loi ou l'usage » au fait qu'ils aient été « conclus à des conditions normales »⁽²¹²⁾. Sur un autre point, le Code civil garde également le silence dans l'habilitation familiale de la possibilité d'agir en nullité d'un acte consenti sous l'empire d'un trouble mental⁽²¹³⁾ : heureusement, le défaut total de consentement est un cas autonome de nullité du contrat⁽²¹⁴⁾ et le prononcé d'une mesure de protection juridique ne fait pas obstacle à cette protection de droit commun⁽²¹⁵⁾, mais ce qui va sans dire va mieux en le disant. Il ne serait pas inutile de rationaliser les textes sur la capacité résiduelle du majeur protégé et de déterminer les conditions dans lesquelles la

(205) C. civ., art. 494-6 *in fine*.

(206) C. civ., art. 1149 (Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016) qui vise le mineur. Dépourvu de volonté de rupture, le nouveau texte tranche cependant avec l'ancien article 1305 du Code civil (L. n° 64-1230, 14 déc. 1964) qui limitait la rescision pour simple lésion au mineur non émancipé. Solution justifiée par C. civ., art. 413-6.

(207) C. civ., art. 435, al. 2 (L. n° 2007-308, 5 mars 2007), et ce sans distinguer le cas où un mandataire spécial est désigné. La lésion profite donc au majeur protégé qui a conservé l'exercice de tous ses droits (sauvegarde de justice sans mandataire).

(208) C. civ., art. 465, 1° (L. n° 2007-308, 5 mars 2007).

(209) C. civ., art. 488, al. 2 (L. n° 2007-308, 5 mars 2007).

(210) C. civ., art. 494-8 (Ord. n° 2015-1288, 15 oct. 2015). Dans l'habilitation familiale simple, la personne protégée peut accomplir seule tous les actes qui n'ont pas été confiés au pouvoir exclusif de la personne habilitée. Dans l'habilitation familiale générale par représentation, la personne protégée peut accomplir seule les actes courants, autorisés par la loi ou l'usage (C. civ., art. 494-6, al. 3 et 473, al. 1^{er} combinés). Dans l'habilitation familiale générale par assistance, on ajoutera les actes d'administration, même si le texte modifié (L. n° 2019-222, 23 mars 2019) ne pose aucune limite à la capacité d'exercice du majeur protégé.

(211) F. Terré, Y. Lequette, Ph. Simler et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2019, n° 433, spéc. p. 486.

(212) C. civ., art. 1148 qui vise « toute personne incapable de contracter ». Grâce à cette formule, le texte est applicable aux majeurs protégés par une habilitation familiale par représentation (C. civ., art. 494-8). Il devrait l'être aussi au profit des majeurs protégés par une mesure d'accompagnement judiciaire (C. civ., art. 494-3), en dépit du paradoxe à affirmer que la mesure « n'entraîne aucune incapacité », d'une part, mais à poser, au titre d'une réserve, une incapacité spéciale d'exercice à propos de la gestion des prestations sociales et familiales confiée à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJP/M), d'autre part.

(213) C. civ., art. 494-9 qui ne prévoit pas que le prononcé d'une habilitation familiale, quelle qu'elle soit, ne fait pas obstacle à l'application des articles 414-1 et 414-2 du Code civil.

(214) C. civ., art. 1129.

(215) C. civ., art. 466 (curatelle et tutelle) et art. 488 (mandat de protection future).

nullité pourrait être demandée. La distinction entre un régime d'assistance et de représentation suffirait pour indiquer la personne ayant qualité à agir en nullité et le régime de la confirmation de l'acte nul.

20. – Un besoin de corriger les incohérences tenant aux renvois. L'existence d'un droit commun évite les répétitions. En revanche, les régimes d'assistance et de représentation doivent être détaillés de manière autonome sans exiger du protecteur qu'il raisonne par analogie. La meilleure illustration en est la règle selon laquelle « [la personne] en curatelle ne peut, sans l'assistance de son curateur, faire aucun acte qui, [en cas de tutelle], requerrait une autorisation [du juge ou] du conseil de famille »⁽²¹⁶⁾. En 1968, ce renvoi de la curatelle à la tutelle était un acte de pédagogie du législateur car il permettait de saisir la protection graduée des biens. La règle unique offrait une comparaison des deux régimes principaux de protection des biens en croisant la distinction exprimée (curatelle et tutelle) et la distinction sous-entendue (actes d'administration et de disposition). Mais cette règle est devenue doublement trompeuse depuis que le renvoi de la curatelle à la tutelle n'est plus opérationnel dans la gestion patrimoniale. Le renvoi n'aurait pas dû être repris par la loi du 5 mars 2007 puis aurait dû être corrigé par la loi du 23 mars 2019. D'abord, la loi de 2007 a introduit les actes interdits, définis comme « des actes [patrimoniaux] que le tuteur ne peut accomplir même avec une autorisation »⁽²¹⁷⁾ du juge. Cette sous-catégorie d'actes de disposition est propre aux régimes de représentation (tutelle, administration légale et, par renvoi, mandat de protection future et habilitation familiale générale par représentation)⁽²¹⁸⁾. Il n'existe aucun acte interdit au curatelaire. La solution a été fixée par la jurisprudence à propos de l'exercice du commerce ou d'une profession libérale en curatelle⁽²¹⁹⁾. Les actes énoncés à l'article 509 du Code civil sont, en curatelle, des actes de disposition que le majeur en curatelle peut conclure, si son intérêt l'impose, avec l'assistance de son curateur. Ensuite, la loi du 23 mars 2019 a opéré la déjudiciarisation de certains actes patrimoniaux, mais en la limitant à la tutelle⁽²²⁰⁾. S'il est tentant de combiner les dispositions modifiées en 2019 avec le renvoi opéré par l'article 467 du Code civil, il n'est pas de bonne interprétation de soutenir, par exemple, que le majeur en curatelle peut dorénavant accepter seul une succession lorsque l'actif dépasse manifestement le passif⁽²²¹⁾. En effet, si le législateur de 2019 a souhaité relâcher le contrôle du juge sur la gestion du tuteur, familial ou professionnel, il n'a pas voulu priver le majeur en curatelle de sa protection. De surcroît, le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 attribuant aux actes patrimoniaux – déjudiciarisés – la qualification d'actes

(216) C. civ., art. 510 (L. n° 68-5, 3 janv. 1968). Les mots mis entre crochets sont ceux qui ont été substitués par le législateur de 2007, à l'article 467, alinéa 1^{er} du Code civil.

(217) C. civ., art. 509 (L. n° 2007-308, 5 mars 2007).

(218) Cass., 1^{re} civ., avis, 20 oct. 2022, n° 22-70.011 ; *Dr. famille* 2023, comm. 11, note I. Maria et L. Mauger-Vielpeau.

(219) Cass., 1^{re} civ., avis, 6 déc. 2018, n° 18-10.011 : « En toute hypothèse, dans le silence ou l'ambiguïté des textes, ceux-ci doivent être interprétés dans un sens favorable à la capacité de la personne protégée ». *Adde, AJ fam.* 2019, p. 41, note G. Raoul-Cormeil ; *Defrénois* 2019, n° 7, p. 21, note A. Gosselin-Gorand ; *JCP N* 2019, act. 158, note N. Baillon-Wirtz ; *JCP G* 2018, 1338, note D. Noguéro ; *D.* 2019, p. 365, note N. Peterka.

(220) V. not. C. civ., art. 507-1, al. 2 (acceptation pure et simple d'une succession, sur attestation du notaire que l'actif dépasse manifestement le passif). – C. assur., art. L. 132-4-1, al. 2 (conclusion d'un contrat obsèques).

(221) V. la formulation très prudente de M^{me} N. Peterka (in *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz Action, 5^e éd., 2020, n° 343-5) : « la déjudiciarisation de principe (...) pourrait conduire à remettre en cause cette solution ».

de disposition est toujours en vigueur et il n'est pas prévu de le modifier⁽²²²⁾. Mais ces arguments d'interprétation – ignorés d'un grand nombre de praticiens – se heurtent à la lettre trompeuse de l'article 467 du Code civil. Il est donc devenu nécessaire d'écrire sobrement que la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, accomplir un acte de disposition au sens de l'article 496 du Code civil, et ce sans faire de référence à la tutelle. Une telle charge menée contre l'article 467 du Code civil est de nature à discréditer l'article 494-1 du même code qui renvoie à ce texte pour fonder l'habilitation familiale par assistance⁽²²³⁾. Les juges sont d'ailleurs peu enclins à prononcer cette mesure tant son régime juridique est incertain. Admettons qu'un majeur protégé par cette mesure puisse conclure seul un acte d'administration et doive être assisté de la personne habilitée pour conclure un acte de disposition ; mais alors, que décider pour une action en justice⁽²²⁴⁾ ? L'assistance a le vent en poupe ; elle mériterait un régime plus détaillé, plus précis et, partant plus sûr. Le principe de nécessité et, son corollaire, la proportionnalité conduisent à soutenir que l'assistance doit être adossée à toutes les mesures de représentation, y compris le mandat de protection future⁽²²⁵⁾. Il est curieux que le mandant doive s'effacer, du jour au lendemain, devant son mandataire pour la conclusion de tous les actes patrimoniaux, sans la certitude qu'il n'est ni trop tôt ni trop tard. L'introduction d'une phase d'assistance permettrait de préparer les parties à l'exécution du contrat avec un souci de sécuriser les affaires courantes. Au total, l'esprit de modération et de gradation pénètre difficilement les alternatives à la curatelle et à la tutelle.

§ 2. – L'individualisation de la mesure grâce à la dissociation de la source et des pouvoirs

21. – **La triple entrée.** La possibilité de graduer la mesure ne doit pas dépendre des conditions de son prononcé. L'étendue de l'incapacité de protection et, corrélativement, le périmètre des pouvoirs de protection doivent être fixés en fonction seulement de l'état et de la situation de la personne à protéger ou protégée, tels qu'ils ont été constatés et appréciés par le médecin inscrit sur la liste du procureur de la République et, le cas échéant, par le juge des tutelles des majeurs. Dit

(222) En ce sens : D. Noguéro, *Majeurs protégés (juin 2018-mai 2019)* : D. 2019, pan. p. 1412, spéc. p. 1420. – J.-M. Plazy, *La protection des personnes vulnérables après la loi de programmation et de réforme pour la Justice* : Defrénois 18 juin 2020, p. 32 et s., spéc. p. 36.

(223) V. réf. préc. (V. *supra*, note 221).

(224) C. civ., art. 468, al. 3 : « [L']assistance [du curateur] est également requise pour introduire une action en justice ou y défendre ». Étrange renvoi de l'article 494-1 à l'article 467, qui englobe l'alinéa 3 (« À peine de nullité, toute signification faite à cette dernière [la personne en curatelle] l'est également au curateur ») sur la signification, mais fait fi du régime de l'action en justice. La difficulté peut être résolue en donnant au texte de renvoi un sens global et substantiel. Ainsi, la personne protégée par une habilitation familiale générale par assistance devra être assistée de la personne habilitée pour la conclusion de tous les actes de disposition, tous ceux que le curatelaire ne peut conclure sans son curateur. Aux juges d'être précis dans leur jugement et de reprendre les dispositions des articles 467 à 470, en les adaptant à l'habilitation familiale.

(225) V. not. A. Caron-Dégliuse, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, rapport préc., p. 45. – Rapport du 116^e Congrès des notaires de France, *Protéger : les vulnérables, les proches, le logement, les droits*, 2020, § 1181, p. 80. Sur cette proposition, ses vertus et les difficultés de mise en œuvre, V. G. Raoul-Cormeil, *Le mandat de protection future par assistance* : Sol. Not. 1^{er} oct. 2020, n° 31, p. 16 à 20.

autrement, la triple entrée – contractuelle, judiciaire et « para-judiciaire »⁽²²⁶⁾ – de la mesure de protection juridique doit être dissociée du régime de protection. Cette triple entrée présente néanmoins de considérables avantages qu'il faut maintenir. En premier lieu, il est heureux de permettre à tout adulte d'anticiper sur sa propre inaptitude et de veiller à ce que ses intérêts soient sauvegardés. La possibilité d'homologuer le mandat de protection future pour sécuriser sa prise d'effet et introduire des nullités de protection devrait être rendue possible ; elle est une nécessité lorsque le majeur à protéger, atteint d'anosognosie, est réfractaire à la prise d'effet du mandat qu'il a cependant souhaité. En revanche, la dualité impérative de régime⁽²²⁷⁾ des mandats de protection future se justifie assez peu. Elle est une source de complexité, inutile et assez mal comprise dès lors que les textes ne permettent pas assez au mandant qui a pris l'initiative du contrat de protection de définir et de moduler, sur le conseil du notaire ou de l'avocat, ses points de vigilance. Il faudrait que le mandant bénéficie, dès lors qu'il est lucide et sain d'esprit au jour où il contracte, d'une plus grande liberté contractuelle dans la détermination des pouvoirs de protection et de contrôle⁽²²⁸⁾. La liberté contractuelle ne doit pas être regardée comme un risque dès lors que le juge des tutelles peut être saisi à tout moment par un tiers intéressé pour mettre fin à ce mode contractuel de protection⁽²²⁹⁾. En deuxième lieu, il faut également permettre aux familles unies de bénéficier d'un régime simplifié de protection juridique qui s'apparente davantage à la prise d'effet d'une procuration de secours qu'à une alternative de tutelle ou de curatelle. Certes, toutes les familles ne sont pas bienveillantes, ni unies. Mais lorsqu'elles présentent des garanties, ces familles doivent au moins pouvoir faire désigner un protecteur dans les plus brefs délais, suivant une procédure d'urgence. Cela dit, les passerelles avec un régime judiciaire devraient toujours être possibles, comme la désignation d'un mandataire judiciaire à la protection des majeurs pour répondre, en cas de difficulté passagère, à une situation d'opposition d'intérêts. Jusqu'à ce jour, le régime des habilitations familiales est semé d'embûches et il est regrettable que la loi, mal écrite ou silencieuse, conduise les juges à devoir créer, de toute pièce, des institutions nouvelles⁽²³⁰⁾. En dernier lieu, on ne dira jamais assez combien doit au juge des tutelles l'efficacité de la protection juridique des majeurs. Ce juge qui est facile à saisir est à même de réorienter le requérant, en invitant notamment une épouse à le saisir sur le fondement de l'article 217 ou 219 du Code civil, lorsque son conjoint est hors d'état de manifester son consentement. Les déjudiciarisation opérées par la loi du 23 mars 2019 ont donné un très mauvais signal aux magistrats qui ont exercé leurs fonctions de juge des tutelles après l'entrée en vigueur de cette loi. Le juge conserve un pouvoir

(226) B. Teyssié, *Droit civil, Les personnes, op. cit.*, n° 1170, p. 643.

(227) C. civ., art. 489 à 491 (mandat notarié) et art. 492 à 494 (mandat sous seing privé).

(228) Des autorisations du juge des tutelles doivent être levées : C. civ., art. 426 (disposition du logement). – C. civ., art. 427, al. 2 (ouverture ou clôture des comptes bancaires). – En revanche, l'exercice d'un pouvoir en situation d'opposition d'intérêts doit faire l'objet d'un contrôle approprié du mandataire (rapp. C. civ., art. 455). – De même, le passage de l'assistance à la représentation dans la protection des biens doit faire l'objet d'une nouvelle appréciation médicale et d'une déclaration au greffe au tribunal judiciaire (rapp. C. civ., art. 481).

(229) C. civ., art. 483, 4°.

(230) Sur la « cohabilitation familiale par assistance renforcée », V. T. J. Évry-Courcouronnes, JCP Juvisy-sur-Orge, 2 févr. 2021 : *Dr. famille* 2022, comm. 179, note G. Raoul-Cormeil ; JCP N 2022, 1118, note N. Peterka. – Sur le « représentant judiciaire » désigné au sein de la famille pour être informé du changement de régime matrimonial des père et mère du majeur protégé, personnes cohabilitées, V. CA Nancy, 9 mai 2022, n° 21/01869 : *AJ fam.* 2022, p. 439, note C. Pierrey et D. Pollet.

d'initiative⁽²³¹⁾ et de contrôle⁽²³²⁾ ; il ne peut rester passif et attendre de la famille ou du ministère public les éléments justifiant la révision de la mesure ou la décharge d'une fonction de protecteur⁽²³³⁾.

22. – Dualité des mesures de protection. Désolidarisées des conditions de son prononcé judiciaire ou de sa prise d'effet extrajudiciaire, les mesures de protection peuvent retrouver la binarité de la curatelle et de la tutelle. Au régime de principe de la sauvegarde des droits par assistance, pourrait s'ajouter une sauvegarde des droits par représentation. Pour la protection des biens, ces deux régimes sont nécessaires : l'assistance parce qu'elle est un soutien à l'exercice des droits dans le respect de la personnalité, et la représentation qui permet de prendre en charge les personnes dont les facultés personnelles sont si grandement altérées qu'elles connaissent des périodes où elles sont hors d'état de manifester leur volonté. C'est l'équilibre entre les deux modèles qu'il faut mieux orienter⁽²³⁴⁾. Dans les deux cas, le curseur pourrait être évidemment déplacé entre l'assistance et la représentation par le juge, en fonction des aptitudes discernées par le médecin inscrit sur la liste du procureur de la République. Autant l'autonomie que les besoins de protection doivent être évalués et, sur ce point, le besoin de formation des médecins inscrits reste essentiel. Mais les tiers ont besoin de se faire une idée plus claire de l'étendue des pouvoirs du protecteur tant en matière de protection des biens que de protection de la personne⁽²³⁵⁾.

23. – Dualité des modes de répartition des pouvoirs. Les pouvoirs d'assistance ou de représentation peuvent continuer à s'exercer selon les périmètres actuellement définis mais leur énoncé doit être direct⁽²³⁶⁾, plus net et, surtout, le changement de modalités doit être possible. Ainsi, selon le mode classique ou abstrait de répartition des pouvoirs, les qualifications d'actes d'administration et de disposition déterminent les pouvoirs de protection de l'assistant ou du représentant dans la protection des biens. En vigueur dans la curatelle simple, la tutelle et le mandat de protection future sous seing privé, cette répartition peut être maintenue, à condition que les seuils soient mieux définis par la loi, sans renvoi ni détour par la tutelle. Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont accommodés à

(231) Sur la possibilité accordée au juge de se saisir d'office en cas d'opposition d'intérêts, V. C. civ., art. 455, al. 2. – Sur la possibilité reconnue au juge de se saisir d'office pour éviter la caducité de la mesure de protection juridique mais sans le pouvoir de renforcer la mesure, V. C. civ., art. 442, al. 4.

(232) Sur la mesure de surveillance générale et la prérogative de visiter ou faire visiter les personnes protégées, V. C. civ., art. 416, al. 1^{er} et 2.

(233) V. not. I. Maria, *Fin de l'habilitation familiale : entre ombre et lumière : Dr. famille* 2022, Étude 28, n° 13, p. 31, où l'auteur vise toutes les situations dans lesquelles la personne habilitée ne peut plus exercer son pouvoir de protection (décès, incapacité juridique, divorce, séparation de corps ou rupture de la vie commune) et qui justifierait une intervention du juge pour modifier l'habilitation familiale.

(234) Telle est la position de M^{me} A. Caron-Déglise, Rapport préc., p. 70. Les curatelles ont mis du temps à compter dans les statistiques. Longtemps elles ont été éclipsées par les tutelles. « En 1997, 25 411 curatelles ouvertes et 28 710 tutelles » (J. Massip, *Les incapacités, Étude théorique et pratique*, Deffrénois, 2002, n° 700, p. 595). En 2017, la Chancellerie dénombre 36 154 curatelles et 37 544 tutelles (*Chiffres-clés de la Justice*, 2020, p. 11). La donne est inversée dans le recensement de 2020 : 28 909 curatelles et 26 318 tutelles (*Chiffres-clés de la Justice*, 2021, p. 10). Toutefois, il faut y ajouter 28 495 habilitations familiales qui, pour l'essentiel (car les statistiques ne le précisent pas), sont encore des régimes de représentation.

(235) Sur laquelle, V. *supra* (Première partie).

(236) Il faut cesser de définir, par référence aux pouvoirs du tuteur, ceux du curateur (C. civ., art. 467), du cocurateur (C. civ., art. 447, al. 2), du mandataire à la protection future (C. civ., art. 490 et 493) et de la personne habilitée (C. civ., art. 494-6).

cette répartition abstraite des pouvoirs ; en pratique, la distinction de l'acte d'administration et de l'acte de disposition devrait être individualisée, chiffrée, et justifiée au regard du budget et de l'inventaire. Si cette répartition des pouvoirs de gestion est trop abstraite pour les familles, elle ne peut pas leur être fermée car c'est le mode de gestion le plus sécurisé. Le second mode de répartition des pouvoirs fut instauré par le législateur en 2007 pour le mandat notarié de protection future ; transposé à l'habilitation familiale générale par représentation, il y rencontre un succès. Le protecteur aux biens exerce seul un pouvoir de représentation qui est encadré. D'un côté, il doit laisser au majeur protégé, s'il le peut, la possibilité de conclure seul des actes courants. D'un autre côté, pour les actes patrimoniaux les plus graves, la loi doit détailler les actes soumis à une autorisation du juge⁽²³⁷⁾ et ceux qui lui sont interdits⁽²³⁸⁾. Cette délimitation concrète des pouvoirs du protecteur peut être maintenue pour les familles. Elle mériterait toutefois d'être repensée, en ce qui concerne le traitement des oppositions d'intérêts.

24. – Contrôle de la protection. Comme le mode de répartition des pouvoirs de protection, les modalités de contrôle de l'exercice de ces pouvoirs doivent être laissées à l'appréciation des parties au mandat de protection future comme à celle du juge. Bien sûr la loi peut être supplétive et imposer des préférences. Mais les choix qui ont été faits jusqu'alors traduisent des orientations opposées. Ainsi, d'un côté, le mandat de protection future fut créé sur le modèle de la prudence : comme un tuteur, le mandataire doit faire dresser un inventaire⁽²³⁹⁾ et remettre chaque année un compte-rendu de gestion au notaire, chargé d'alerter le juge des tutelles⁽²⁴⁰⁾. D'un autre côté, l'habilitation familiale fut fondée sur l'autel de la confiance : la personne habilitée est dispensée de dresser un inventaire et de rendre compte de sa gestion chaque année. Une telle distorsion se justifie assez mal aujourd'hui. Pourquoi ne pas laisser au mandant la possibilité de déterminer, sur le conseil de son avocat ou notaire, les modalités de contrôle et d'envisager leur coût ? Le régime de protection des biens dont le pouvoir de représentation s'exerce suivant la distinction des actes d'administration et de disposition, a vocation à recevoir le plus grand contrôle : inventaire et compte-rendu de gestion. Par contraste, celui dont le pouvoir de représentation s'exerce suivant un mode simplifié et concret n'appelle pas ces modalités de contrôle. La différence de régime doit être proposée aux parties à un mandat de protection future sans dépendre de la forme du contrat ; il est rassurant que tout intéressé puisse, quel que soit le régime choisi, saisir le juge des tutelles en cas de difficulté⁽²⁴¹⁾.

(237) Sur la disposition du logement, V. C. civ., art. 426 (applicable au mandat de protection future et aux habilitations judiciaires). – Sur l'ouverture et la clôture d'un compte bancaire, V. C. civ., art. 427 (autre disposition générale applicable au mandat de protection future, mais neutralisée dans l'habilitation familiale sauf décision contraire du juge : C. civ., art. 494-7). – Sur l'acte de disposition à titre gratuit, C. civ., art. 490, al. 2 (mandat notarié de protection future), art. 493 (mandat sous seing privé de protection future) et art. 494-6, al. 4 (habilitation familiale par représentation). – Sur l'opposition d'intérêts, V. C. civ., art. 494-6, al. 5.

(238) Cass., 1^{er} civ., avis, 20 oct. 2022, n° 22-70.011 ; D. 2022, p. 2081, note J.-J. Lemouland et G. Raoul-Cormeil. La Cour de cassation est d'avis que l'article 494-6 du Code civil ne confère pas au juge le pouvoir de délivrer une habilitation familiale en représentation pour les actes visés à l'article 509 du Code civil et, *a fortiori*, celui d'autoriser la personne habilitée en représentation à accomplir ces actes

(239) C. civ., art. 486.

(240) C. civ., art. 491.

(241) Après la prise d'effet du mandat de protection future, V. C. civ., art. 483, 4^e. – Dans l'habilitation familiale, V. C. civ., art. 494-10, al. 1^{er}.

25. – **Conclusions.** En définitive, la métamorphose du droit de la protection des majeurs est à venir, mais les bienfaits de la précédente sont encore présents. Les institutions et les mécanismes phares sont nés avec la grande loi du 3 janvier 1968 ; ils ont connu, grâce aux profondes améliorations de la loi du 5 mars 2007 et de ses décrets d'application, une cure de jouvence. C'est le but d'une réforme que de sauvegarder une législation qui a fait ses preuves, que de lui permettre de faire face aux difficultés pratiques à venir. Cela dit, le mandat de protection future et les habilitations familiales sont aujourd'hui le laboratoire d'essai d'une nouvelle réforme. En attendant qu'elle adienne, la vénérable trilogie (sauvegarde de justice, curatelle et tutelle) cohabitent avec les nouveaux dispositifs. De leur application, il résulte des tensions et des insuffisances qui pourraient être rectifiées dans un esprit de rationalité. Le grand défi n'est pas de tenir la plume, ni d'obtenir le soutien de tous les acteurs de la protection des majeurs, mais de trouver les moyens financiers pour que suive l'intendance⁽²⁴²⁾.

(242) V. déjà les regrets exprimés par J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 3, p. 3 : « Le pouvoir exécutif n'a pas pris les mesures nécessaires à la réussite des principes posés par la loi. L'intendance n'a pas suivi ». Adde, J. Hauser, obs. in *RTD civ.* 2017, p. 357 et s. : « En droit français, il paraît qu'il faudrait aussi refaire la loi de 2007 pour tenir compte du nombre de personnes âgées vulnérables et que "l'accompagnement" serait désormais une solution alternative... encore que l'accompagnement judiciaire prévu en 2007 pour les surendettés ait échoué faute de moyens (C. civ., art. 495). Il restera seulement à définir ce qu'on entend par personnes vulnérables, question redoutable puisqu'il s'agit des droits de la personnalité de chacun, puis à obtenir les moyens pour faire fonctionner ce système généralisé. Carbonnier ne les avait pas obtenus en 1968 et jamais le service public des tutelles ne fut vraiment créé. On ne les a pas obtenus en 2007 non plus, les juges des tutelles peuvent en témoigner. Est-ce en utilisant des euphémismes chers au droit international qu'on noiera le poisson ? Il ne suffit pas en la matière, de grandes idées à la mode qui confinent souvent au conformisme intellectuel, fussent-elles nouvelles, de conventions internationales ou de conseils émanant du défenseur des droits pour améliorer les choses : ce ne sont pas eux qui ont les moyens ».

