

La sauvegarde des droits, par assistance ou par représentation

(Pour la rationalisation du nombre de mesures de protection juridique)

Gilles RAOUL-CORMEIL

Professeur à l'Université de Caen Normandie,
Directeur du master Droit civil, protection des personnes vulnérables,
Membre de l'Institut Caennais de Recherche Juridique (ICREJ)

1. Origines et contexte de la proposition de substituer une « sauvegarde des droits ». – La curatelle et la tutelle sont des termes usés jusqu'à la corde¹. Sans être populaires, ces termes sont connus du grand public mais ils ne traduisent plus l'esprit de la législation relative à la protection des majeurs les plus vulnérables. Naguère, le doyen Carbonnier avait averti du besoin d'employer des termes courtois, doux et apaisants² ; aussi, la loi du 3 janvier 1968 a-t-elle introduit

le « majeur en curatelle³ » et « le majeur en tutelle⁴ », une terminologie respectueuse⁵ que la loi du 5 mars 2007 s'est efforcée de conserver⁶ au point d'éviter le terme de majeur incapable⁷. Pourtant, beaucoup de professionnels continuent

* *Note de l'auteur.* La présente étude reprend la communication prononcée le vendredi 5 avril 2024, pour le quatrième séminaire, intitulé « Pluralité des mesures ou mesure unique », du cycle *Penser le droit des majeurs vulnérables* (2023-2024), sous la direction scientifique des Professeurs Emmanuel Jeuland, Florence Bellivier, Xavier Lagarde, Christophe Vernières et Sophie Prétot, sous l'égide de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne (IRJS). Que les organisateurs de ce séminaire, spécialement Sophie Prétot, trouvent ici l'expression chaleureuse de la gratitude de l'auteur.

¹ Appliquée à un tissu, un vêtement, cette expression signifie au sens propre que l'étoffe râpée dévoile un tissage éclairci. Appliquée à un argument, l'expression signifie au sens figuré qu'il est rebattu.

² J. CARBONNIER, « Les incapables majeurs », *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 63 à 78, spéc. p. 73 : « sauvegarde, tutelle, curatelle – quelques précautions qu'on ait eue d'employer des mots courtois et apaisants, n'est-ce pas un statut du malade mental qui est évoqué, donc une mise à part des autres, une ségrégation par le droit ? ». Extrait également présent in *Droit civil*, t. 1 : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. *Quadrige Manuels*, éd. 2004, n° 323, p. 630. Ainsi, non seulement la tutelle et la curatelle remplaçaient l'interdiction et le conseil judiciaire mais les nouvelles mesures introduites par la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 étaient subordonnées à la constatation médicale d'une altération des facultés personnelles (C. civ., art. 490). Il n'était donc plus besoin de démontrer devant le juge un « état habituel d'imbecillité, de démence ou de fureur » (C. Nap., art. 489), cependant que la prodigalité, l'oisiveté et l'intempérance permettaient l'ouverture

d'une curatelle ou d'une tutelle, sans certificat médical (C. civ., art. 488, al. 3, issu de la *Loi n° 2005-308 du 3 janv. 1968*).

³ V. not. l'intitulé du « Chapitre III : des majeurs en tutelle », du titre XI, du livre premier du Code civil, résultant de la Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968. *Adde*, C. civ., art. 1399, al. 1^{er} (*Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968*) : « Le majeur en tutelle ou en curatelle ne peut passer de conventions matrimoniales sans être assisté, dans le contrat, de ceux qui doivent consentir à son mariage ». L'assistance est requise pour la validité de l'acte.

⁴ V. not. l'intitulé du « Chapitre IV : des majeurs en curatelle », du titre XI, du livre premier du Code civil, résultant de la Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968. *Adde*, C. civ., art. 510, al. 1^{er} (*Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968*) : « Le majeur en curatelle ne peut, sans l'assistance de son curateur, faire aucun acte qui [...] requerrait une autorisation du conseil de famille ». L'assistance est requise pour la validité de l'acte.

⁵ F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, Dalloz, coll. *Précis*, 8^e éd., 2012, n° 603, texte et note 7, p. 637 : « Le “sous” évoque la soumission, quand le “en” évoque le lieu, l'état ».

⁶ V. par ex. : C. civ., art. 467, al. 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Le majeur en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille ». L'assistance est requise pour la validité de l'acte (C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 2^o). *Adde*, C. civ., art. 476, al. 1^{er} : « La personne en tutelle peut, avec l'autorisation du juge [...], être assistée ou au besoin représentée par le tuteur pour faire des donations ». L'assistance ou la représentation, ainsi que l'autorisation, sont requises pour la validité de l'acte (C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 2^o à 4^o).

⁷ V. spéc. : J. HAUSER, « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. famille, mai 2007*, étude n° 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 ; A.-M. LEROYER, « Chronique de législation française », *RTD civ.* 2007, p. 394 à 407. Sur ce constat, à propos de la subsidiarité, v. notre recherche : « Le conjoint de la personne

de dire sans sourciller qu'un homme ou une femme a été placée « sous tutelle » ou « sous curatelle ». La dissonance n'est pas neutre ; la distorsion entre le verbe juridique et le vocabulaire usuel annonce la présence du spectre de la contrainte que la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs avait justement repoussé et tenu éloigné en disposant que la mesure de protection juridique « est instaurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne⁸ », qu'elle « favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci⁹ ». De ce point de vue, les mesures de protection juridique des majeurs sont étrangères et heureusement indépendantes des dispositifs de la procédure pénale ou des soins psychiatriques sans consentement. Gouvernées par le Code civil, elles ne changent pas de nature lorsqu'elles entrent dans le Code de la santé publique, le Code électoral, le Code de procédure pénale ou le Code pénitentiaire¹⁰ qui montrent toutefois moins de bienveillance à l'égard des majeurs protégés.

2. Signification de la sauvegarde des droits. –

Conscients de l'ambivalence attachée aux mesures de protection juridique¹¹ et des représentations qu'elles véhiculent dans la société, conscients aussi des attentes parfois illusoire que

placent des responsables publics ou privés dans les mandataires judiciaires à la protection des majeurs (Services communaux et élus de la République, bailleurs sociaux), les membres du groupe de travail interministériel et interprofessionnel sur l'évolution de la protection juridique des personnes travaillant sous la présidence de Mme Anne Caron-Déglise¹², ont pris acte des différents reproches avancés par le Défenseur des droits¹³, la Cour des comptes¹⁴ ainsi que le comité des droits des personnes handicapées¹⁵ pour l'application de l'article 12 de la Convention onusienne du 30 mars 2007. C'est dans ce contexte que le rapport préconise l'abandon des termes « tutelle » et « juge des tutelles » en raison des effets stigmatisants qu'ils produisent¹⁶. En revanche, l'appellation de sauvegarde de justice, pourtant issue – avec la curatelle et la tutelle – de la même législation Carbonnier, n'a pas la même connotation négative. Sous le terme de « sauvegarde des droits¹⁷ », elle pourrait devenir une mesure unique de protection, bâtie sur le modèle de la curatelle simple, et qui se déclinerait, en cas de besoin, vers l'assistance renforcée ou la représentation. La réforme est peut-être plus formelle que réelle, tant les cadres actuels de la curatelle et de la tutelle, d'une part, de l'habilitation familiale par assistance ou par représentation, d'autre part, et du mandat de protection future, par ailleurs, demeurent « indispensables dans un

vulnérable (L'articulation du système matrimonial et du système tutélaire) », *Defrénois* 2008, art. 38791, p. 1303 à 1319.

⁸ C. civ., art. 415, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

⁹ C. civ., art. 415, al. 3 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

¹⁰ V. en dernier lieu : A. CERF-HOLLENDER et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Le majeur protégé face à la justice pénale*, IFJD, 2023, coll. Colloque & Essai, t. 180.

¹¹ Persistante, l'ambivalence est ancienne : 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, tutela vel curatio. De là, une dernière 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 traduisit par [...] l'introduction de certaines garanties protectrices auxquelles le droit ancien n'avait pas songé ». Si l'on soustrait le mot « sexe » qui désignait l'ancienne incapacité de la femme mariée, l'analyse est modérée, lumineuse et, contre toute attente, moderne.

¹² Sur la composition du groupe de travail, V. A. CARON-DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, *Rapp. de mission interministérielle* : 21 sept. 2018, vol. 2, annexe 1, p. 2.

¹³ Défenseur des droits, *Rapport : Protection juridique des majeurs vulnérables*, Sept. 2016. Adde, I. MARIA, « L'aspect subversif des droits de l'homme en cause dans le domaine de protection juridique », *Dr. famille* 2016, comm. 238.

¹⁴ Cour des comptes, *Rapport : La protection juridique des majeurs. Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, 4 oct. 2016. Adde, I. MARIA, « Nouveau bilan d'application de la réforme de la protection juridique des majeurs », *Dr. famille* 2016, comm. 264 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Les rapports de la Cour des comptes et du Défenseur des droits en matière de protection juridique des majeurs », *Petites aff.*, n° 227 du 14 nov. 2017, p. 7 à 19.

¹⁵ CRDP/C/11/4, observation générale sur l'art. 12 de la Convention, relatif à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, Comité des droits des personnes handicapées, 11^e session, 30 mars – 11 avril 2014, point 10 de l'ordre du jour [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DGCArticle12_fr.doc]. Adde, C. DEVANDAS-AGUILAR, *Rapp. sur les droits des personnes handicapées, Conseil des droits de l'homme*, Session du 25 févr.-22 mars 2019 : ONU, A/HCR/40/54/Add.1.

¹⁶ A. CARON-DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, *Rapp. de mission interministérielle* : 21 sept. 2018, vol. 1, p. 68.

¹⁷ En ce sens, A. CARON-DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, préc., p. 68.

certain nombre de situations¹⁸ ». Pour le reste, le rapport s'efforce d'aller plus loin et, sur le modèle du mandat de protection future, d'organiser la protection juridique des sujets les plus vulnérables sans diminuer le principe de leur pleine capacité juridique¹⁹.

3. La réception critique de la sauvegarde des droits.

– Structuré en 104 propositions, le rapport sur *L'évolution de la protection juridique des majeurs* a suscité des réactions contrastées. Prise à la lettre, comme une mesure exclusive, non graduée et non incapacitante, la mesure unique de protection a suscité des réprobations franches et absolues²⁰. On a reproché à ce rapport d'entériner les conclusions des défenseurs des droits fondamentaux²¹ sans avoir conscience des difficultés pratiques rencontrées par les professionnels (banques, assureurs, bailleurs sociaux, contractants en général). D'autres plumes ont développé une critique plus constructive en mettant en évidence les atouts de cette proposition mais aussi les faiblesses qu'il faudra éviter²². C'est dans cet

esprit que cette étude a été menée. Éprouvée par une analyse contradictoire, « la sauvegarde des droits » peut, sous réserve d'une adaptation, en sortir refondée (I.). Sous ce nom unique, la loi déclinerait une mesure graduée, où l'assistance d'un tiers-protecteur laisserait place à sa représentation, pour aider la personne à préserver ses intérêts tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux. La technique des incapacités d'exercice de protection pourrait être limitée aux actes les plus graves dans le domaine de la protection de la personne car la responsabilité du tiers-protecteur est une sanction suffisante ; en revanche, la sécurité juridique des contrats justifie de maintenir l'incapacité d'exercice (sanctionnée par la nullité) dans le domaine de la protection des biens. Par ailleurs, la mesure pourrait s'anticiper sous une forme contractuelle ou être prononcée *in extremis* par un juge de la protection juridique des majeurs à la suite d'une requête, accompagnée par un certificat circonstancié médical, dans un contexte de cohésion ou de discordance familiale. Tel est le petit bouquet rationalisé de mesures que peut réunir sur son nom de sauvegarde des droits une nouvelle triade de mesure de protection : par assistance, par assistance renforcée ou par représentation, la sauvegarde des droits serait contractuelle ou judiciaire (II.).

I.- La refondation de la sauvegarde des droits

4. **Refonte, réforme, réécriture : une suite de changements.** – Le fondement de la mesure de protection juridique a évolué avec les époques. 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 humaine²³ » de « protection²⁴ », traversant les siècles après des périodes

¹⁸ En ce sens, A. CARON-DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, préc., p. 68.

¹⁹ En ce sens, A. CARON-DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, préc., p. 68 : « Cette proposition présente l'avantage [...] de donner le signe fort et clair que la personne protégée conserve en principe sa capacité juridique ».

²⁰ 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 » ; *Adde*, A. BATTEUR et L. MAUGER-VIELPEAU, *Droit des personnes, de la famille et des majeurs protégés*, LGDJ, coll. Manuel, 12^e éd., 2023, n° 1325 *in fine*, p. 543, où les autrices présentent l'apport de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 à la protection juridique des majeurs puis ajoutent : « Tout ceci constitue au fond "une petite toilette" sans grande gravité. Si l'on devait consacrer la mesure unique en tant que dispositif d'accompagnement non assorti d'incapacité, la réforme serait autrement plus importante, la protection des majeurs protégés n'étant plus assurée efficacement. Espérons que l'on évitera cette catastrophe ».

²¹ V. not. D. NOGUÉRO, « Agitation ou tempête pour le droit des majeurs protégés ? », *JCP G.* 2018, 698 ; I. MARIA, « Nouveau rapport sur la protection juridique des personnes : feu l'incapacité juridique ? », *Dr. famille* 2018, comm. 266 ; Comp. notre recherche, « Les distorsions entre la théorie et la pratique du droit des majeurs protégés », *JCP., éd. G.*, 2019, 121, étude, p. 226 à 229.

²² En ce sens, N. PETERKA, « Réflexions sur la création d'une mesure unique de protection à la française », in *Regards humanistes sur le droit, Mélanges Annick Bateau*, LGDJ, 2021, p. 451 à 462. Comp. G. MILLERIOUX, *La capacité juridique des majeurs vulnérables*, Thèse Univ. Lyon 3, 2021, IFJD, coll. Thèses, 2022, p. 397 et s., spéc. n° 437 *in fine*, p. 430, où 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 Mme Anne Caron-Déglipe peuvent être atteints « sans avoir à chambouler l'architecture des mesures ». *Adde*, notre recherche : « Le droit de la protection des majeurs », in B. TEYSSIÉ, dir., *Les métamorphoses du droit des personnes*, LexisNexis, 2023, p. 301 à 329, spéc. II.

²³ G. MAY (1848-1940), *Éléments de droit romain*, préc. (*ad notam* 11).

²⁴ 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

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 ».

Cela dit, l'interdiction qui fut faite au majeur en tutelle de rédiger un testament après l'ouverture de la tutelle²⁵ et l'autorisation du conseil de famille à laquelle était subordonnée la formation du mariage du majeur en tutelle²⁶ montraient que l'intérêt du majeur protégé pouvait céder devant celui de sa famille. La loi Carbonnier n'avait pas osé placer l'intérêt de la personne protégée en surplomb de l'exercice des mesures de protection juridique.

Quarante ans plus tard, la loi du 5 mars 2007 a rééquilibré les plateaux de la balance. Pour autant, même après la loi du 23 mars 2019 ayant supprimé, en matière familiale²⁷, les autori-

sations judiciaires de se marier²⁸, de divorcer²⁹ ou de conclure un pacte civil de solidarité³⁰, on a continué à se demander si la recherche du meilleur intérêt n'était pas un moyen d'imposer au majeur une protection encore paternaliste³¹. Le reproche est un tantinet exagéré, car la réforme entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 avait consacré la catégorie des actes strictement personnels que la personne protégée peut prendre seule, sans assistance, ni représentation³². Néanmoins, au cours de ces quinze dernières années, l'influence de l'article 12 de la Convention onusienne du 30 mars 2007 continue de croître, si bien que l'intérêt du majeur protégé s'apprécie, en principe, à partir de sa volonté, de ses préférences ou du souci de respecter la personnalité du sujet et ce n'est qu'en

expert : Le droit des personnes protégées après la loi de réforme pour la Justice : *Sol. Not. Hebdo* 2019, n° 15, p. 19 à 21.

²⁸ C. civ., art. 460 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « La personne chargée de la protection est préalablement informée du projet de mariage du majeur qu'il assiste ou représente ». Comp. C. civ., art. 460, al. 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Le mariage d'une personne en curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur ou, à défaut, du juge ».

²⁹ C. civ., art. 249, alinéa 1^{er} (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « Dans l'instance en divorce, le majeur en tutelle est représenté par son tuteur et le majeur en curatelle exerce l'action lui-même, avec l'assistance du curateur ». Comp. C. civ., art. 249, alinéa 1^{er} (*Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, mod. Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Si une demande en divorce doit être formée au nom d'un majeur en tutelle, elle est présentée par le tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille s'il a été constitué ou du juge des tutelles. Elle est formée après avis médical et, dans la mesure du possible, après audition de l'intéressé, selon le cas, par le conseil de famille ou le juge ».

³⁰ C. civ., art. 462, alinéa 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, abrogé par Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « La conclusion d'un pacte civil de solidarité par une personne en tutelle est soumise à l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, après audition des futurs partenaires et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage ». La loi du 23 mars 2022 a maintenu l'assistance du tuteur à la préparation de la convention de PACS, alignant le régime de la tutelle sur celui de la curatelle.

³¹ Sur le Rapport n° 2075 en conclusion des travaux d'une mission d'information sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, présenté par Mme C. ABADIE et M. A. PRADIÉ, députés : P. BOUTTIER, « Le primat de la volonté, un risque pour la protection des personnes vulnérables ? », *Dr. famille* 2019, comm. 251, p. 48.

³² C. civ., art. 458 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) ; Sur cette catégorie, v. G. CORNU, *Droit des personnes*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 13^e éd., 2007, n° 104, spéc. p. 230 ; N. PETERKA et A. CARON-DÉGLISE, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz action, 6^e éd., 2021, n° 221-41, p. 360. V. aussi, sur le lointain cousinage entre cette sphère d'autonomie irréductible et la capacité naturelle : F. BELLIVIER, *Droit des personnes*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 2^e éd., 2023, n° 174, p. 189. V. enfin : A. BATTEUR et L. MAUGER-VIELPEAU, *Droit des personnes, de la famille et des majeurs protégés*, préc., n° 1414, p. 580, où les autrices montrent les difficultés d'articuler cette catégorie du droit des personnes avec « les principes généraux du droit de la famille qui comporte des remèdes auquel on peut avoir recours ».

*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}, 7^e éd., Paris, 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 ».*

²⁵ C. civ., art. 504, alinéa 1^{er} (*Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968*) : « Le testament fait après l'ouverture de la tutelle sera nul de droit » ; Alinéa 2 : « Le testament antérieurement fait restera valable, à moins qu'il ne soit établi que, depuis l'ouverture de la tutelle, a disparu la cause qui a déterminé le testateur à disposer » ; L'interdiction de tester a duré du 1^{er} novembre 1968 au 1^{er} janvier 2007. Comp. C. civ., art. 504, alinéa 1^{er} (*Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006*) : « Le testament fait par le majeur après l'ouverture de la tutelle est nul de droit, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé préalablement le majeur à tester avec l'assistance du tuteur. Toutefois, le majeur en tutelle peut seul révoquer le testament fait avant comme après l'ouverture de la tutelle » ; Alinéa 2 : « Le tuteur ne peut représenter le majeur pour faire son testament, même avec l'autorisation du conseil de famille ou du juge » ; Alinéa 3 : « Le testament antérieurement fait reste valable, à moins qu'il ne soit établi que, depuis l'ouverture de la tutelle, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu ».

²⁶ C. civ., art. 506, alinéa 1^{er} (*Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968*) : « [...] le mariage d'un majeur en tutelle n'est permis qu'avec le consentement d'un conseil de famille spécialement convoqué pour en délibérer. Le conseil ne peut statuer qu'après audition des futurs conjoints ».

²⁷ V. not. L. MAUGER-VIELPEAU, « Union et désunion du majeur protégé (mariage, pacs, divorce) », in G. RAOUL-CORMEIL, M. REBOURG, I. MARIA (dir.), *Majeurs protégés : bilan et perspectives*, LexisNexis, 2020, p. 385 à 395 ; *Addé*, notre recherche : « L'union du majeur protégé (mariage, divorce, pacs) », in N. PETERKA (dir.), *Dossier*

cas de difficulté que le juge des tutelles est saisi pour statuer dans le meilleur intérêt du majeur protégé.

À ce stade, l'évolution de la matière est-elle arrivée à un point satisfaisant ou convient-il d'aller plus loin ? La question soulève des oppositions. Au titre des arguments contraires (A.) à l'évolution de la législation, l'analyse retiendra la confusion du droit des personnes handicapées et du droit des personnes à protéger (Première objection), et l'illusion de la protection non incapacitante (Seconde objection). Il existe aussi des arguments favorables qui, à la réflexion, justifient de réécrire la matière (B.) : ceux-ci résident dans le besoin de rationaliser l'offre trop vaste de mesures de protection juridique (Premier moyen), et le besoin de rendre plus effective la graduation des pouvoirs dans la protection des majeurs (Second moyen). L'ambition de la refondation est peut-être plus formelle que substantielle.

A.- Arguments contra

1^o Première objection : la confusion du droit des personnes handicapées et du droit des personnes à protéger

5. La portée contingente de la Convention onusienne du droit des personnes handicapées. – Préparée de longue date, murie à la lumière d'une bonne connaissance de la pratique judiciaire³³, la loi du 5 mars 2007 fut accueillie comme une réforme importante, promise à faire face au vieillissement de la population et donc au surcroît de demandes de protection juridique. L'adoption puis la ratification de la Convention internationale du droit des personnes handicapées ne devaient rien y changer. Du reste, les premiers commentaires du texte onusien du 30 mars 2007 n'abordaient pas le droit des majeurs protégés³⁴, tant le droit de l'aide et de l'action sociales et

le droit civil de la protection des majeurs empruntent des chemins différents. En effet, le Code de l'action sociale et des familles réserve aux personnes en situation de handicap des principes généraux³⁵, des institutions spécifiques (maisons départementales des personnes handicapées³⁶) et des aides financières propres (allocation aux adultes handicapés³⁷, prestation de compensation³⁸...), si bien que les mesures de protection juridique³⁹ peuvent être prononcées au profit de personnes en situation de handicap⁴⁰, ou de grand âge⁴¹, ou ne relevant ni de l'une ni de l'autre de ces catégories de bénéficiaires d'aides sociales. Si la superposition est possible, elle n'est donc pas systématique. Le Conseil constitutionnel en a d'ailleurs tiré une leçon en abrogeant l'incapacité de recevoir à titre gratuit de l'auxiliaire de vie qui travaille à domicile et, corrélativement, l'incapacité de disposer à titre gratuit à son profit. La personne en situation de handicap physique conserve son autonomie morale : dès lors, si la loi l'empêchait de disposer de ses biens au profit de son auxiliaire de vie, la surprotection constitutionnelle de son droit de propriété serait disproportionnée. À l'égard de cette personne handicapée, les Sages de la rue Montpensier ont jugé infondée la présomption irréfragable de vulnérabilité⁴².

personnes handicapées (JO 3 janv. 2010, p. 121) », *RTD civ.* 2010, p. 162 à 165 ; A. BOUJEKA, « Le handicap entre confluence, confluence et confrontation des normes », in *Mélanges Hervé Rihal*, Bruylant, 2021, p. 53 à 70.

³⁵ CASF, art. L. 114 à art. L. 114-5.

³⁶ CASF, art. L. 146-3 à art. L. 146-12-2.

³⁷ CASF, art. L. 244-1 ; art. R. 244-1.

³⁸ CASF, art. L. 245-1 à art. L. 245-12.

³⁹ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, LGDJ, coll. Précis Domat droit public, 12^e éd., 2024, n° 219 et s., p. 275 à 282, où est étudiée la protection des personnes vulnérables.

⁴⁰ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, préc., n° 364 et s., p. 449 à 447, où est étudiée « l'aide aux personnes handicapées ».

⁴¹ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, préc., n° 294 et s., p. 375 à 522, où est étudiée « l'aide aux personnes âgées ».

⁴² Cons. Const., n° 2020-888 QPC du 12 mars 2021 qui, en son article 1^{er}, abroge les mots « ou d'un service soumis à agrément ou à déclaration mentionné au 2^o de l'article L. 7231-1 du code du travail » figurant au premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 116-4 du code de l'action sociale et des familles, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations et les mots « ainsi qu'aux salariés mentionnés à l'article L. 7221-1 du code du travail accomplissant des services à la personne définis au 2^o de l'article L. 7231-1 du même code » figurant au second alinéa du même paragraphe sont contraires à la Constitution ; Sur cette décision, v. B. ALIDOR, « Le propriétaire âgé peut (à nouveau) disposer de ses biens en faveur de l'aide à domicile », *Defrénois*, 15 avril 2021, n° 20025, p. 13 ; J. CASEY ; « Des réalités de terrain oubliées », *AJ Famille*, avril 2021, n° 4, p. 231 ; M. COTTET, « Qui

³³ En ce sens, Th. FOSSIER, « Le législateur des pauvres en esprit », in *Mélanges Jean Hauser*, Dalloz-LexisNexis, 2012, p. 94 à 109, spéc. p. 97, texte et note 12, où est évoqué le premier groupe de travail mis en place en 1996. Le Professeur Jean Hauser a pu compter sur la présence et le travail de M. Thierry Fossier, d'abord, de M. Thierry Verheyde et de Mme Anne Caron-Dégli, ensuite, qui ont été, tour à tour, juges d'instance exerçant la fonction de juge des tutelles, et président de l'Association Nationale des Juges d'Instance (ANJI).

³⁴ V. not. A. BOUJEKA, « La convention des nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées et son protocole facultatif », *RDSS* 2007, p. 799 à 809 ; M. BACACHE, « Droits des handicapés. Convention des Nations unies. Loi n° 20071791 du 31 déc. 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des

6. L'examen du grief des prises de décision substitutives. – Le comité de suivi de la convention onusienne reprocha en 2014 à la législation française d'organiser une prise de décision substitutive plutôt que de garantir aux personnes en situation de handicap un accompagnement pour être soutenu dans l'exercice de ses droits⁴³. Le grief ne justifiait pas d'abroger toutes les mesures de protection par représentation qui demeurent, pour une grande part, complètement légitimes⁴⁴. Est-il besoin de rappeler le bien-fondé

dit âgé ne dit pas nécessairement vulnérable », *Daloz actualité*, 25 mars 2021 ; M. GRIMALDI, « Le droit d'être généreux envers ceux qui vous assistent à domicile », *RTD civ.* 2021/2, n° 3, p. 464 ; M. NICOD, « Les aides à domicile peuvent de nouveau recevoir des libéralités », *Dr. famille* 2021, comm. 75, p. 32 ; D. NOGUÉRO, « Incapacité de recevoir une libéralité, atteinte au droit de disposer librement du patrimoine, vulnérabilité et inconstitutionnalité de l'article L. 116-4, I, du Code de l'action sociale et des familles », *LPA*, n° 231, 1^{er} juin 2021, p. 38 ; N. PETERKA, « L'incapacité de recevoir à titre gratuit des professionnels accomplissant des services d'aide à la personne à domicile : le Conseil constitutionnel censure l'article L. 116-4 du CASF ! », *JCP N* 2021, n° 12, p. 5 ; D. POLLET, « Quand le Conseil constitutionnel dénonce la discrimination par l'âge », *AJ fam.* avril 2021, n° 4, p. 230 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Levée de l'interdiction des dons et legs aux professionnels de l'aide à domicile », *RDS* 2021, n° 102, p. 571 ; N. REBOUL-MAUPIN, « Vulnérabilité *versus* propriété : un équilibre à trouver dans la protection », *D.* 2021, Point de vue, p. 750 ; B. REYNIS, « Les incapacités de recevoir dans le viseur du Conseil constitutionnel », *Deffrénois* 25 mars 2021, n° 170c8, « Éditorial », p. 1.

⁴³ CRDP/C/11/4, observation générale sur l'art. 12 de la Convention, relatif à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, Comité des droits des personnes handicapées, 1^{re} session, 30 mars – 11 avril 2014, point 10 de l'ordre du jour [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DGCArticle12_fr.doc], spéc. n° 13, p. 4 : « Dans la plupart des rapports d'États parties que le Comité a examinés à ce jour, on constate un amalgame entre les notions de capacité mentale et de capacité juridique, de sorte que, lorsque la capacité de décider d'une personne est jugée déficiente, souvent en raison d'un handicap cognitif ou psychosocial, sa capacité juridique de prendre une décision particulière lui est retirée » ; Adde, P. APPELBAUM, « Il y a toutes sortes de droits : les problèmes posés par l'article 12 et son interprétation », in B. EYRAUD, J. MINOC et C. HANON (coord.) et le Collectif Contrast, *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées (Colloque : Paris, 30 oct. 2015)*, Doin, coll. Polémiques, 2018, p. 35 à 51.

⁴⁴ V. en ce sens : D. NOGUÉRO, « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées », *RD sanit. soc.* 2016, p. 964 ; E. PECQUEUR, A. CARON-DÉGLISE et Th. VERHEYDE, « Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées. La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est-elle compatible avec l'article 12 de cette Convention ? », *D.* 2016, chron. 958 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Changer de paradigme à droit constant ? Lire la loi [du 5 mars 2007] à la lumière des droits fondamentaux », in *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, préc., p. 249 à 255 ; Mise en ligne sur Cairn.info le 25/03/2021 ; Comp. H. FULCHIRON, « L'accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau

de la tutelle aux biens et à la personne qui fut prononcée au bénéfice de Vincent Lambert et dont la charge fut attribuée à son épouse⁴⁵ ? Est-il également besoin de faire état de toutes les situations où les notaires refusent de dresser un acte authentique lorsqu'ils ont acquis la conviction, au terme d'un entretien, que la personne vulnérable n'est pas saine d'esprit au sens de l'article 414-1 du Code civil⁴⁶ ? L'argument justifie au fond de maintenir les mesures de représentation ; mais il ne justifie pas de maintenir, côte à côte, la tutelle, l'habilitation familiale générale par représentation et le mandat de protection future, sans oublier les autres dispositifs de représentation (représentation judiciaire entre époux⁴⁷, mandat spécial prononcé dans le cadre d'une sauvegarde de justice, habilitation familiale simple). Un tel « millefeuille de représentation⁴⁸ » mérite une réécriture rationnelle : un dispositif resserré peut se concevoir pour permettre au juge de choisir la mesure la plus appropriée et adaptée à l'état et à la situation de la personne à protéger, suivant son environnement familial et l'ampleur du pouvoir créé (durée de l'exercice, domaine et périmètre du pouvoir, existence et forme du contrôle).

concept juridique, nouvelle conception de la protection », *Dr. famille* 2017, étude 19 ; M. BAUDEL, « Repenser la protection des majeurs protégés au regard de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », *Dr. famille* 2018, étude 8.

⁴⁵ Cass., 1^{er} civ., 8 déc. 2016, n° 16-20.298 : *AJ fam.* 2017, p. 68, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *JCP G* 2017, 79, note J. HAUSER ; *Dr. famille* 2017, comm. 48, obs. I. MARIA ; *RGDM* 2017, n° 62, p. 133, étude G. RAOUL-CORMEIL.

⁴⁶ Sur la proposition d'élargir l'objet du mandat de protection future à l'assistance pour couvrir la zone grise, v. S. DAVID et V. PRADO, Rapport du 116^e Congrès des Notaires de France, Protéger : les vulnérables, les proches, le logement, les droits, octobre 2020, § 1181 p. 80, où la « zone grise » désigne cette période où la personne traverse des moments de lucidité et des moments d'égarement si bien que le notaire, l'ayant interrogée à différents moments, ne peut se faire la conviction qu'elle est saine d'esprit et que son acte ne pourrait pas être annulé sur le fondement de l'article 414-2 du Code civil.

⁴⁷ C. civ., art. 219 ; CPC, art. 1286, al. 2 et 1289. Antérieurs à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, ces textes fondent-ils un pouvoir de représentation entre époux sans limite ou soumis à l'article 1155 du Code civil ? Soit un pouvoir général qui n'embrasse que les actes d'administration ; soit un pouvoir spécial qui désigne l'acte de disposition ? L'enjeu est lié au dépassement de pouvoir et la sanction protège mieux le tiers contractant que l'époux vulnérable (C. civ., art. 1156). Adde, N. PETERKA, « Les implications de la réforme du droit des obligations en droit des personnes protégées », *AJ fam.* 2016, p. 533.

⁴⁸ B. MALLET-BRICOUT, « La nouvelle habilitation familiale ou le millefeuille de la représentation des majeurs protégés », *RTD civ.* 2016, p. 190.

2° Seconde objection : l'illusion de la protection non incapacitante

7. Le sens et l'étendue restreinte des incapacités de protection. – C'est à la lumière des atouts des mesures de protection incapacitantes que l'illusion de la protection non incapacitante se dévoile. D'un côté, la loi du 5 mars 2007 dispose que la personne en sauvegarde de justice conserve sa capacité d'exercice⁴⁹. Il en est de même de celle qui bénéficie d'une mesure d'accompagnement judiciaire⁵⁰. De l'autre, ces proclamations sont symboliques dès lors que la loi pose le principe en termes généraux : toute personne majeure bénéficie, sauf exception⁵¹, de la pleine capacité juridique⁵². La capacité est présumée⁵³ ; c'est donc l'incapacité, la notion contraire⁵⁴, qui doit être annoncée en raison de ses conséquences sur la liberté individuelle du sujet. Quelle que soit sa nature (incapacité de jouissance ou interdiction⁵⁵ ; incapacité

d'exercice ou tiercéisation⁵⁶), l'incapacité repose sur un triple critère : *primo* un fondement, *secundo* un dispositif de publicité, et *tertio* une nullité de protection.

8. Pas d'incapacité sans texte. – *Primo*, depuis leur création, les curatelles, les tutelles et les habilitations familiales générales emportent des incapacités générales d'exercice, essentiellement en matière patrimoniale. La loi et, par délégation, le juge qui procède à une analyse *in concreto* élèvent une incapacité d'exercice en attribuant à la personne en charge de la protection un pouvoir « *corrélatif*⁵⁷ » d'assistance ou de représentation par lequel le tiers-protecteur définit l'intérêt de la personne protégée. En curatelle simple, la loi confère au curateur un pouvoir d'assistance pour les seuls actes de disposition⁵⁸. En curatelle renforcée, elle le dote d'un pouvoir supplémentaire de représentation pour percevoir ses revenus et payer ses dépenses à partir d'un compte bancaire ouvert à son seul nom⁵⁹. En tutelle, la loi attribue au tuteur un pouvoir de représentation pour passer tous les actes patrimoniaux⁶⁰, à l'exception des actes usuels que le majeur en tutelle peut continuer à accomplir seul. De surcroît, le tuteur ne peut passer seul que les actes de

⁴⁹ C. civ., art. 435, al. 1^{er} : « La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné en application de l'article 437 ».

⁵⁰ C. civ., art. 495-3 : « Sous réserve des dispositions de l'article 495-7, la mesure d'accompagnement judiciaire n'entraîne aucune incapacité. ».

⁵¹ Et les exceptions existent aussi bien dans la sauvegarde de justice que dans la mesure d'accompagnement judiciaire. En sauvegarde de justice, le juge qui a désigné un mandataire spécial a diminué la pleine capacité d'exercice du majeur protégé ; celui-ci est représenté par celui-là à peine de nullité de l'acte énuméré par le juge. Dans la mesure d'accompagnement judiciaire, le mandataire judiciaire à la protection des majeurs représente le majeur protégé pour gérer ses prestations sociales et familiales ; c'est une autre incapacité spéciale d'exercice (C. civ., art. 495-7).

⁵² C. civ., art. 414 : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ».

⁵³ C. civ., art. 1145, al. 1^{er} : « Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi ».

⁵⁴ Sur la symétrie entre l'autonomie et les incapacités, v. notre recherche : « L'autonomie du majeur protégé », in F. DEBOVE (dir.), *Magistrat*, 10^e éd., Dalloz, 2024, p. 174 à 202. *Adde*, en dernier lieu, G. TAFFIN, *La capacité de la personne représentée*, Thèse Bordeaux, sous dir. A. GOUTTENOIRE, 2024, 472 p.

⁵⁵ Spéciale, et non plus générale depuis l'abrogation de l'esclavage (Loi du 27 avril 1848) et de la mort civile (Loi du 31 mai 1854), l'incapacité de jouissance peut se définir comme une interdiction ou le retrait d'un droit subjectif par le législateur, dans le but de protéger un état de grande vulnérabilité ou de durcir une règle de probité. Sur les incapacités de suspicion et de protection, v. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2012, n° 297, p. 282 : « L'incapacité de protection procède d'une cause personnelle au sujet qui l'empêche de pourvoir seul à ses intérêts, alors que l'incapacité de défiance procède d'une cause personnelle au sujet contre lequel il convient de protéger autrui, car l'incapacité risque d'agir au détriment de ceux avec lesquels il entre en relation ». L'interdiction faite au majeur en tutelle de constituer une sûreté en garantie de la dette d'autrui (C. civ., art. 509, 1^o) illustre la première ; l'interdiction faite au mandataire judiciaire à la protection des majeurs de recevoir

une donation du majeur en tutelle (C. civ., art. 909, al. 2) illustre la seconde.

⁵⁶ L'incapacité d'exercice se traduit par une tiercéisation au sens un tiers-protecteur, habilité à assister, autoriser ou représenter la personne protégée, participe à l'élaboration d'un acte juridique qui engage celui-ci dans ses rapports avec autrui. Ce tiers-protecteur est habilité par la loi (C. civ., art. 488-1-1 sur l'administrateur légal des biens du mineur) ou par le juge (Not. C. civ., art. 440 sur la curatelle et la tutelle judiciaires).

⁵⁷ Sur le rapport symétrique entre l'incapacité et le pouvoir de protection, v. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, préc., n° 293, p. 548 : « à l'incapacité, correspond un pouvoir corrélatif ». *Adde*, M. BEAURUEL, *La théorie générale du pouvoir en droit des majeurs protégés*, préf. A. BATTEUR, IFJD, coll. Thèses, t. 185, 2019.

⁵⁸ C. civ., art. 467, al. 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille ». Il aurait été plus simple et surtout exact que le périmètre des pouvoirs du curateur soit expressément arrêté aux actes de disposition (Décr. n° 2008-1484 du 22 déc. 2008, art. 2).

⁵⁹ C. civ., art. 472, al. 1^{er} : « Le juge peut également, à tout moment, ordonner une curatelle renforcée. Dans ce cas, le curateur perçoit seul les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de cette dernière. Il assure lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers et dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains ».

⁶⁰ C. civ., art. 473, al. 1^{er} : « Sous réserve des cas où la loi ou l'usage autorise la personne en tutelle à agir elle-même, le tuteur la représente dans tous les actes de la vie civile ».

conservation et d'administration⁶¹, car il doit être autorisé par le juge à conclure les actes de disposition⁶², pourvu qu'il ne s'agisse pas d'un acte interdit⁶³. Cette protection graduée se retrouve dans les habilitations familiales générales, à quelques nuances près en ce qui concerne spécialement les actes soumis à autorisation du juge⁶⁴. Mais la différence tient à l'étendue du contrôle de l'activité du tiers-protecteur, non pas à l'étendue de l'incapacité d'exercice du majeur protégé.

9. Pas d'incapacité sécurisée sans publicité. – *Secundo*, toutes les mesures générales de protection font l'objet d'une publicité passive grâce à l'émargement de l'acte de naissance de l'intéressé⁶⁵. Il est heureux que les familles et les mandataires judiciaires à la protection des majeurs informent personnellement les tiers contractants⁶⁶ car la connaissance de l'obligation de vérifier la capacité juridique de son contractant, d'une part,

et les moyens mis en œuvre pour y parvenir⁶⁷, d'autre part, échappent aux citoyens et même à tous les professionnels, à l'exception des notaires. Le système mis en place en 1968 est également à bout de souffle en raison du changement de regard sociétal porté sur l'état civil. De surcroît, les officiers de l'état civil manquent de diligence et de rigueur lorsqu'ils procèdent à l'émargement des actes de naissance⁶⁸. Leur retard et leur négligence ne sont pas sans conséquence : le défaut de mention de la date de l'émargement retarde ou neutralise l'opposabilité de plein droit de la mesure aux tiers. Le cas échéant, ceux-ci peuvent alors légitimement ignorer la mesure de protection, s'il n'est prouvé qu'ils en ont été personnellement informés⁶⁹.

10. Pas d'incapacité de protection sans nullité. – *Tertio*, le défaut d'assistance ou de représentation de la personne protégée est sanctionné par la nullité relative de l'acte qui lui est préjudiciable⁷⁰. Le bien-fondé de la nullité est subordonné à la démonstration d'un préjudice seulement lorsque le majeur devait être protégé par l'assistance du

⁶¹ C. civ., art. 504, al. 1^{er} : « Le tuteur accomplit seul les actes conservatoires et, sous réserve des dispositions du second alinéa de l'article 473, les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine de la personne protégée ».

⁶² C. civ., art. 505, al. 1^{er} : « Le tuteur ne peut, sans y être autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, le juge, faire des actes de disposition au nom de la personne protégée ».

⁶³ C. civ., art. 509 : « Le tuteur ne peut, même avec une autorisation : 1° Accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée sauf ce qui est dit à propos des donations, tels que la remise de dette, la renonciation gratuite à un droit acquis, [...] 3° Exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la personne protégée ; [...] 5° Transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé ».

⁶⁴ V. spéc. Cass. 1^{re} civ., avis, 20 octobre 2022, n° 22-70.011 ; *AJfam.* 2022, p. 605, obs. V. MONTOURCY ; *D.* 2022, p. 2081, note J.-J. LEMOULAND et G. RAOUL-CORMEIL, et 2023, p. 1201, obs. D. NOGUÉRO ; *Dr. famille* 2023, comm. 11, note I. MARIA et L. MAUGER-VIELPEAU ; *RCA* 2023, comm. 81, note S. LAMBERT. Par cet avis, la Cour de cassation a précisé que les interdits en tutelle l'étaient aussi dans l'habilitation familiale par représentation. Le périmètre des actes soumis à autorisation du juge ne peut être étendu par le juge ; il comprend la disposition du logement (C. civ., art. 426), les actes de disposition à titre gratuit (C. civ., art. 494-6, al. 2) et les actes pour la conclusion desquels la personne habilitée est en opposition d'intérêts (C. civ., art. 494-6, al. 4).

⁶⁵ C. civ., art. 444, al. 1^{er} : « Les jugements portant ouverture, modification ou mainlevée de la curatelle ou de la tutelle ne sont opposables aux tiers que deux mois après que la mention en a été portée en marge de l'acte de naissance de la personne protégée selon les modalités prévues par le code de procédure civile » ; *Adde*, C. civ., art. 494-6, al. 6 : « Les jugements accordant, modifiant ou renouvelant une habilitation générale font l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance selon les conditions prévues à l'article 444. Il en est de même lorsqu'il est mis fin à l'habilitation pour l'une des causes prévues à l'article 494-11 ».

⁶⁶ C. civ., art. 444, al. 2 : « Toutefois, même en l'absence de cette mention, ils sont opposables aux tiers qui en ont personnellement connaissance ».

⁶⁷ CPC, art. 1059, al. 1^{er} : « La publicité des demandes, actes et jugements est réalisée par une mention en marge de l'acte de naissance de l'intéressé. Cette mention est faite à la diligence du greffier du tribunal judiciaire ou, le cas échéant, à celle du service central d'état civil. Elle est constituée par l'indication " RC " suivie de la référence sous laquelle la demande, l'acte ou le jugement a été conservé » ; *Adde*, CPC, art. 1061, al. 1^{er} : « Des copies des extraits conservés au répertoire civil peuvent être délivrées à tout intéressé ».

⁶⁸ V. notre recherche : « État civil et capacité : quelle mention pour la vulnérabilité ? », in A. GOGOS-GINTRAND et S. ZEIDENBERG (dir.), *État civil et identité : évolutions contemporaines*, LEH, coll. À la croisée des regards, 2024, p. 121 à 142.

⁶⁹ V. toutefois : CA Caen, 24 sept. 2020, RG n° 19/00004. Un majeur protégé n'avait pas restitué à la tutrice professionnelle son chéquier, prétextant l'avoir perdu. Il a cependant contracté avec un cuisiniste un contrat d'entreprise après le prononcé de la tutelle et lui a remis quatre chèques pour s'acquitter du paiement de la somme de 8 318 €. Croyant à tort que la nullité des actes conclus pendant la période suspecte (C. civ., art. 464) était déconnectée de la publicité de la mesure, d'une part, et de plein droit, d'autre part, la tutrice a dénoncé le contrat, obtenu la restitution de deux chèques non encaissés et le remboursement des sommes que l'entrepreneur avait perçues en encaissant les deux autres chèques ! Le contractant du majeur protégé croyait pouvoir obtenir par le droit de la responsabilité ce qu'il avait perdu en acceptant cette offre de nullité conventionnelle (C. civ., art. 1178). Or, il fut débouté : la tutrice n'avait pas commis de faute dans l'exercice de son mandat judiciaire.

⁷⁰ C. civ., art. 1147.

curateur⁷¹ ou de la personne habilitée⁷². La nullité est « de plein droit⁷³ » lorsque la personne est protégée par une mesure de représentation en matière patrimoniale⁷⁴, au sens où le demandeur à l'action n'a pas besoin de rapporter la preuve d'un préjudice. La nullité n'a rien d'automatique ; elle doit être consentie par les contractants ou prononcée par le juge. Le cas échéant, elle assure l'efficacité de la protection, tandis que la publicité de la mesure devrait inviter les futurs contractants à se montrer prudents et à accepter l'anéantissement d'un acte préjudiciable au majeur protégé⁷⁵.

II. La prise en compte de l'objection pour refonder la sauvegarde des droits. – Dans son rapport, Mme Anne Caron-Dégliose proposait que la personne protégée bénéficie en principe de sa pleine capacité juridique. On a pu penser que « *la mesure unique de protection judiciaire laisse intacte la capacité juridique de la personne protégée*⁷⁶ ». Cette proposition résultait alors d'une transposition du mandat de

protection future. Le cas échéant, il serait inutile d'émarger les actes de naissance des personnes protégées. Les signes de faiblesse du système de publicité et sa méconnaissance par le grand public ajouteraient un argument à son abandon. Cela dit, la protection serait illusoire ou difficile à mettre en œuvre : seul un acte lésionnaire ou conçu par une personne insane pourrait être annulé⁷⁷. La transposition du régime du mandat de protection future n'est donc pas convaincante⁷⁸ ; en revanche, celle de maintenir une nullité pour défaut d'assistance ou de représentation l'est davantage. Précisément, « *la limitation de la capacité juridique est le fondement même de l'intervention du juge*⁷⁹ ». La nouvelle sauvegarde de droits devra donc limiter, dans la mesure strictement nécessaire la capacité juridique de la personne protégée, et l'incapacité devra continuer à être sanctionnée par la nullité relative. Quant à la publicité, la diligence et la prudence doivent s'allier pour organiser, à partir de 2027, l'alimentation du fichier national dématérialisé des mesures de protection juridique⁸⁰ et pour l'interroger dans le souci de préserver pour préserver l'équilibre entre la protection du sujet, le respect de la dignité humaine et la sécurité juridique des tiers. C'est donc sous la condition de rendre incapacitante la sauvegarde des droits par assistance ou par représentation que les arguments favorables à la sauvegarde des droits peuvent maintenant être déployés.

⁷¹ C. civ., art. 465, al. 1^{er} : « À compter de la publicité du jugement d'ouverture, l'irrégularité des actes accomplis par la personne protégée [...] est sanctionnée dans les conditions suivantes : [...] 2° Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être assistée, l'acte ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice ».

⁷² C. civ., art. 494-9, al. 2 : « Si elle accomplit seule un acte dont l'accomplissement nécessitait une assistance de la personne habilitée, l'acte ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice ».

⁷³ C. ATIAS, « De plein droit », *D.* 2013, p. 2183 à 2184. L'éminent auteur précise que « *prise à la lettre, l'expression est trompeuse. Ce "droit plein" est seulement plus plein que la situation pourrait le laisser supposer* » (n° 5) ; « *le législateur et les juges qui emploient l'expression "de plein droit" n'entendent pas seulement donner à la règle un caractère plus impératif. Ils la dotent d'une efficacité moins conditionnée que d'autres [...] la liberté d'appréciation judiciaire est restreinte* » (n° 4), ainsi que l'illustre l'article 465, al. 1^{er}, 3° du Code civil.

⁷⁴ C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 3° : « Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être représentée, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice » ; C. civ., art. 494-9, al. 1^{er} : « Si la personne à l'égard de qui l'habilitation a été délivrée passe seule un acte dont l'accomplissement a été confié à la personne habilitée, celui-ci est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice ».

⁷⁵ C. civ., art. 1151, al. 1^{er} (*Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016*) : « Le contractant capable peut faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci ». La charge de la preuve de l'absence de préjudice repose sur le défendeur à l'action en nullité de plein droit engagée par le représentant judiciaire de la personne protégée.

⁷⁶ N. PETERKA, « Réflexions sur la création d'une mesure unique de protection à la française », préc. (*ad notam* 22), spéc. n° 6, p. 454 : « *Telle qu'elle est envisagée, la mesure unique de protection judiciaire laisse intacte la capacité juridique de la personne protégée, laquelle se trouve érigée en principe [...]. C'est dire qu'elle prend ici pour modèle le mandat de protection future [...] sans en esquiver les imperfections* ».

⁷⁷ C. civ., art. 488.

⁷⁸ N. PETERKA, « Réflexions sur la création d'une mesure unique de protection à la française », préc. (*ad notam* 22), spéc. n° 14 : « *La consécration d'une mesure unique de protection judiciaire, non incapacitante, impliquerait nécessairement de revoir ce système de sanctions* ». Rapp. G. MILLERIOUX, *La capacité juridique des majeurs vulnérables*, thèse préc. (*ad notam* 22), n° 415, p. 415. V. déjà la très belle étude de Mme D. FENOUILLET, « Le mandat de protection future ou la double illusion » : *Defrénois* 2009, art. 38882, p. 142 à 177. Outre le but à attendre (la protection), l'étude souligne les insuffisances de la technique employée pour y parvenir (le contrat).

⁷⁹ G. MILLERIOUX, *La capacité juridique des majeurs vulnérables*, thèse préc. (*ad notam* 22), n° 416, spéc. p. 417.

⁸⁰ C. civ., art. 427-1 (*Loi n° 2024-317 du 8 avril 2024*). Sur lequel, v. N. PETERKA, « Personnes vulnérables. De la jurisprudence à la pratique notariale », *JCP N* 2024, n° 27, étude 1148, spéc., n° 5, p. 41 ; I. MARIA, « La loi sur le bien-vieillir enfin adoptée ! », *Dr. famille* 2024, n° 5, comm. 70 ; J. COMBRET et N. BAILLON-WIRTZ, « Bien-vieillir et autonomie : les modestes apports de la loi du 8 avril 2024 », *JCP N* 2024, n° 5, étude 556, p. 5 à 8, spéc. p. 6 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Bâtir la société du bien-vieillir : slogan ou réforme ? (Commentaire de la loi n° 2024-317 du 8 avril 2024) », *RGDM*, n° 92, sept. 2024, p. 87 à 109, spéc. p. 104 et s. ; M. LONG et H. RIHAL, « La loi n° 2024-317 du 8 avril 2024 portant mesures pour bâtir la société du bien-vieillir et de l'autonomie », *RDSS* 2024, p. 700.

B.- Arguments pro

r° Premier argument : plus de rationalité dans le nombre de mesures de protection

12. De trois à six mesures. – Le titre onzième du Livre premier du Code civil s’ouvre sur des dispositions générales et communes à toutes les mesures de protection juridique. Celles-ci sont aujourd’hui au nombre de six. À la triade de la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle, créée par la Loi de 1968, la réforme de 2007 ajoute le mandat de protection future et la mesure d’accompagnement judiciaire, complétées en 2015 par l’habilitation familiale. D’emblée, écartons la mesure d’accompagnement judiciaire (MAJ) qui, en droit comme en fait, est assez peu pratiquée. Un mandataire judiciaire à la protection des majeurs reçoit du juge des tutelles le pouvoir de représenter la personne en situation de précarité⁸¹ mais son pouvoir de protection est réduit à la gestion de ses prestations sociales et familiales, ce qui ne lui laisse guère de marge de manœuvre. Les statistiques parlent d’elles-mêmes⁸² : les mesures d’accompagnement social personnalisé sont, jusqu’à leur forme judiciaire, un échec. Appliqué aux mesures restantes, le chiffre de cinq mesures de protection juridique ne serait pas excessif s’il reflétait la réalité de l’offre législative. Or, chacune d’elles se subdivise à l’infini.

⁸¹ C. civ., art. 495-2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « La mesure d’accompagnement judiciaire ne peut être prononcée qu’à la demande du procureur de la République qui en apprécie l’opportunité au vu du rapport des services sociaux prévu à l’article L. 271-6 du code de l’action sociale et des familles. » ; *Adde*, CASF, art. L. 271-6, al. 1^{er} : « Lorsque les actions prévues au présent chapitre n’ont pas permis à leur bénéficiaire de surmonter ses *difficultés à gérer les prestations sociales* qui en ont fait l’objet et que *sa santé ou sa sécurité en est compromise*, le président du conseil départemental transmet au procureur de la République un rapport comportant une évaluation de la situation sociale et pécuniaire de la personne ainsi qu’un bilan des actions personnalisées menées auprès d’elle en application des articles L. 271-1 à L. 271-5. Il joint à ce rapport, sous pli cacheté, les informations dont il dispose sur la situation médicale du bénéficiaire » ; Alinéa 2 : « Si, au vu de ces éléments, le procureur de la République saisit le juge des tutelles aux fins du prononcé d’une sauvegarde de justice ou de l’ouverture d’une curatelle, d’une tutelle ou d’une mesure d’accompagnement judiciaire, il en informe le président du conseil départemental ». (*C’est l’auteur qui souligne*)

⁸² Selon les *Chiffres-Clés de la Justice*, parus en octobre 2024, le nombre de mesures d’accompagnement judiciaire a encore diminué ; il n’est plus de 500 (*Chiffres-Clés de la Justice*, éd. 2023, p. 13) mais de 470, alors que le nombre de mesures de protection est aujourd’hui estimé à plus d’un million.

13. Les trois sauvegardes de justice. – *Primo*, la sauvegarde de justice ouverte pour un an, est médicale⁸³ ou judiciaire⁸⁴ ; non incapacitante, le prononcé de cette mesure ne fait pas grief⁸⁵. Il en est autrement lorsque le juge désigne un mandataire spécial et lui attribuer un pouvoir de représentation pour conclure au nom du majeur protégé les actes nécessaires qu’il a identifiés, en attendant de déterminer si le besoin de protection est passager⁸⁶ ou pérenne. Susceptible d’un recours, la désignation d’un mandataire spécial, entraîne une incapacité spéciale d’exercice, limitée aux actes juridiques patrimoniaux⁸⁷ ou personnels⁸⁸ énumérés par le juge.

14. Les trois curatelles et leur triple déclinaison. – *Secundo*, la curatelle est simple⁸⁹, aménagée⁹⁰ ou renforcée⁹¹, en ce qui concerne la protection des biens. Elle est prononcée par le juge pour cinq ans⁹², au maximum ; elle peut être renouvelée⁹³. Certains juges des tutelles aménagent la curatelle renforcée. Le nombre de curatelles peut être porté au triple, car elles se déclinent dans leur domaine d’application, suivant l’étendue du pouvoir de protection et le nombre de curateurs. D’abord, les curatelles peuvent être complètes, limitées à la protection des biens⁹⁴ ou à celle

⁸³ C. civ., art. 433 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, pour l’une des causes prévues à l’article 425, a besoin d’une protection juridique temporaire ou d’être représentée pour l’accomplissement de certains actes déterminés » ; Alinéa 2 : « Cette mesure peut aussi être prononcée par le juge, saisi d’une procédure de curatelle ou de tutelle, pour la durée de l’instance ».

⁸⁴ C. civ., art. 434 : « La sauvegarde de justice peut également résulter d’une déclaration faite au procureur de la République dans les conditions prévues par l’article L. 3211-6 du code de la santé publique ».

⁸⁵ CPC, art. 1249, al. 2 : « Ce placement ne peut faire l’objet d’aucun recours ».

⁸⁶ C. civ., art. 439 : « Sous peine de caducité, la mesure de sauvegarde de justice ne peut excéder un an, renouvelable une fois dans les conditions fixées au quatrième alinéa de l’article 442 ».

⁸⁷ C. civ., art. 437, al. 2 : « Le juge peut désigner un mandataire spécial, dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles 445 et 448 à 451, à l’effet d’accomplir un ou plusieurs actes déterminés, même de disposition, rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée. ».

⁸⁸ C. civ., art. 438 : « Le mandataire spécial peut également se voir confier une mission de protection de la personne dans le respect des articles 457-1 à 463. ».

⁸⁹ C. civ., art. 467.

⁹⁰ C. civ., art. 471 (reprod. *Infra* : *ad notam* 126).

⁹¹ C. civ., art. 472, al. 1^{er} (cf. *supra* : *ad notam* 59).

⁹² C. civ., art. 441, al. 1^{er}.

⁹³ C. civ., art. 442.

⁹⁴ C. civ., art. 447, al. 3 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Le juge peut diviser la mesure de protection entre un curateur [...] chargé de la protection de la personne et un curateur [...] chargé de la gestion

de la personne. Ensuite, en ce qui concerne la protection de la personne en curatelle, le juge peut choisir une curatelle sèche et ne laisser au curateur que les prérogatives spéciales fixées par la loi en matière familiale⁹⁵ ou médicale⁹⁶. Le juge peut aussi attribuer au curateur un pouvoir d'assistance à la personne⁹⁷, pour lui permettre de manifester son consentement avec plus d'assurance et de fermeté. Les professionnels de la santé sont libérés de leur secret professionnel seulement si le majeur protégé autorise le tiers-protecteur, en charge de la protection de sa personne, à assister à ses entretiens médicaux ou à recevoir les informations médicales⁹⁸. Enfin, le juge peut désigner des cocurateurs et décider de la manière dont ils exerceront leurs pouvoirs de protection en matière patrimoniale ou personnelle⁹⁹.

15. Les deux tutelles et leur triple déclinaison. – *Tertio*, la tutelle est prononcée par le juge pour cinq à dix

patrimoniale. Il peut confier la gestion de certains biens à un curateur [...] adjoint ».

⁹⁵ C. civ., art. 175 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « Le [...] curateur peut former opposition, dans les conditions prévues à l'article 173, au mariage de la personne qu'il assiste [...] » ; C. civ., art. 249 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « Dans l'instance en divorce, [...] le majeur en curatelle exerce l'action lui-même, avec l'assistance de son curateur » ; C. civ., art. 461 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, mod. Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011*) : « La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, signer la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité. Aucune assistance n'est requise lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire prévue au premier alinéa de l'article 515-3 ».

⁹⁶ V. par ex. CSP, art. L. 1122-2, III, al. 2 (*Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020*) : « Lorsqu'une recherche impliquant la personne humaine est effectuée sur une personne majeure en curatelle, le consentement est donné par l'intéressé assisté par son curateur. [...] ».

⁹⁷ C. civ., art. 459, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection ».

⁹⁸ CSP, art. L. 1111-2, III, al. 2 (*Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020*) : « Elle [L'information médicale] peut être délivrée à la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec assistance à la personne si le majeur protégé y consent expressément ».

⁹⁹ C. civ., art. 447, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Celui-ci [Le juge] peut, en considération de la situation de la personne protégée, des aptitudes des intéressés et de la consistance du patrimoine à administrer, désigner plusieurs curateurs [...] pour exercer en commun la mesure de protection. Chaque curateur [...] est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu des autres le pouvoir de faire seul les actes [d'administration] pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation ».

ans¹⁰⁰ ; elle peut être renouvelée et allongée pour vingt ans¹⁰¹. Le nombre de tutelles peut être porté au triple, car elles se déclinent dans leur domaine d'application, suivant l'étendue du pouvoir de protection et le nombre de tuteurs. Complète, limitée à la protection des biens¹⁰² ou à celle de la personne, elle peut aussi être aménagée en ce qui concerne l'étendue du domaine de la protection ou l'étendue de l'incapacité d'exercice du majeur protégé¹⁰³. En ce qui concerne la protection de la personne, le juge peut choisir une tutelle sèche et ne laisser au tuteur que les prérogatives spéciales fixées par la loi en matière familiale¹⁰⁴ ou médicale¹⁰⁵. Par ailleurs, au vu du certificat médical circonstancié, le juge peut attribuer au tuteur un pouvoir d'assistance à la personne¹⁰⁶. Il peut aussi prononcer une tutelle avec représentation relative à la personne¹⁰⁷. Dans ce cas seulement, le tuteur est destinataire de toutes les informations médicales du patient en tutelle¹⁰⁸ ;

¹⁰⁰ C. civ., art. 441, al. 2.

¹⁰¹ C. civ., art. 442.

¹⁰² C. civ., art. 447, al. 3 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Le juge peut diviser la mesure de protection entre un [...] tuteur chargé de la protection de la personne et un [...] tuteur chargé de la gestion patrimoniale. Il peut confier la gestion de certains biens à un [...] tuteur adjoint ».

¹⁰³ 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 ».

¹⁰⁴ C. civ., art. 175 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « Le tuteur [...] peut former opposition, dans les conditions prévues à l'article 173, au mariage de la personne qu'il [...] représente » ; C. civ., art. 249 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « Dans l'instance en divorce, le majeur en tutelle est représenté par son tuteur [...]. Toutefois, la personne protégée peut accepter seule le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci. » ; C. civ., art. 462 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « La personne en tutelle est assistée de son tuteur lors de la signature de la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité. Aucune assistance ni représentation ne sont requises lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire prévue au premier alinéa de l'article 515-3 ».

¹⁰⁵ V. par ex. CSP, art. L. 1122-2, III, al. 3 (*Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020*), sur le pouvoir de représentation dévolu en tuteur en cas de recherche impliquant la personne humaine est effectuée sur une personne majeure en tutelle.

¹⁰⁶ C. civ., art. 459, al. 2 (*ad notam* 97).

¹⁰⁷ C. civ., art. 459, al. 2 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*) : « Au cas où cette assistance ne suffirait pas, il peut, le cas échéant après [...] l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser la personne chargée de cette [...] de cette mesure à représenter l'intéressé, y compris pour les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle ». *Adde*, v. notre recherche, « La "protection juridique avec représentation relative à la personne" ou le renvoi trop discret à l'article 459, alinéa 2 du Code civil », *Gaz. Pal.* 10 avril 2024, p. 26 à 29.

¹⁰⁸ CSP, art. L. 1111-2, III, al. 2 (*Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020*) : « Cette information [médicale] est

en outre, mais seulement si la personne protégée ne peut pas consentir seule, ni même avec son assistance, le tuteur dispose du pouvoir de consentir pour elle en matière personnelle¹⁰⁹. Enfin, le juge peut désigner des cotuteurs et décider de la manière dont ils exerceront leurs pouvoirs de protection en matière patrimoniale ou personnelle¹¹⁰.

16. Les trois mandats de protection future. – *Quarto*, le mandat de protection future est pour soi ou pour autrui. Dans les deux cas, c'est une mesure hybride que le droit japonais nomme « *tutelle conventionnelle*¹¹¹ ». En France, la mesure se forme comme un contrat et sa prise d'effet, subordonnée à un contrôle formel du greffier¹¹², est extrajudiciaire. Lorsque ce contrat est conclu sous seing privé, le mandataire a les mêmes pouvoirs qu'un tuteur¹¹³. Lorsqu'il est conclu en la forme authentique, le mandataire a plus de pouvoir qu'un tuteur en matière patrimoniale¹¹⁴; en revanche, il ne dispose pas du pouvoir d'assistance ni de représentation en matière personnelle que seul le juge peut octroyer¹¹⁵. Conclu pour soi, le mandat de protection future peut aussi être conclu pour autrui mais la forme notariée est requise *ad validitatem*¹¹⁶.

également délivrée à la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne. ».

¹⁰⁹ CSP, art. L. 1111-4, al. 8 (*Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020*) : « Le consentement [à l'acte médical] de la personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne doit être obtenu si elle est apte à exprimer sa volonté, au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection. Lorsque cette condition n'est pas remplie, il appartient à la personne chargée de la mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne de donner son autorisation en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée ».

¹¹⁰ C. civ., art. 447, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Celui-ci [Le juge] peut, en considération de la situation de la personne protégée, des aptitudes des intéressés et de la consistance du patrimoine à administrer, désigner plusieurs [...] tuteurs pour exercer en commun la mesure de protection. Chaque [...] tuteur est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu des autres le pouvoir de faire seul les actes [d'administration] pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation ».

¹¹¹ K. YAMASHIRO, « La situation des majeurs protégés, parmi les minorités sexuées, sexuelles et genrées », in Y. ITO, B. MORON-PUECH, T. SAITO, dir., *Droits humains des minorités sexuées, sexuelles et genrées. Regards franco-japonais (Colloque : Tokyo, 5 et 6 nov. 2022)*, Société de législation comparée, 2024, p. 237 à 259, spéc. p. 244.

¹¹² C. civ., art. 479, al. 2 ; CPC, art. 1258-2.

¹¹³ C. civ., art. 493, al. 1^{er}.

¹¹⁴ C. civ., art. 490, al. 1^{er}. Le mandataire ne doit solliciter l'autorisation du juge que s'il veut accomplir un acte de disposition à titre gratuit (C. civ., art. 490, al. 2), disposer du logement de la personne protégée (C. civ., art. 426) ou modifier ses comptes bancaires (C. civ., art. 427).

¹¹⁵ C. civ., art. 459, al. 2, applicable par renvoi de l'art. 479.

¹¹⁶ C. civ., art. 477, al. 3.

17. Les trois habilitations familiales et leur triple déclinaison. – *Quinto*, l'habilitation familiale prononcée par le juge est spéciale ou générale et, dans le second cas, par assistance ou par représentation. Le nombre des habilitations familiales peut être porté au triple, car elles se déclinent elles-aussi dans leur domaine d'application, suivant l'étendue du pouvoir de protection et le nombre de personnes habilitées. Spéciale¹¹⁷, elle s'apparente au mandat spécial dans la sauvegarde de justice avec la particularité de ne pas être limitée à un an ; cette habilitation prend fin lorsqu'elle n'a plus d'objet, parce que les actes énumérés par le juge sont accomplis. Générale, elle est prononcée pour dix ans, renouvelable pour vingt ans au maximum¹¹⁸. Elle peut être étendue à la protection de la personne et des biens ou limitée dans son domaine¹¹⁹. Par assistance, l'habilitation familiale générale s'apparente à la curatelle simple¹²⁰ ; par représentation, elle s'apparente au mandat de protection future notarié¹²¹, à ceci près que la personne est protégée par une incapacité d'exercice¹²². De surcroît, le juge peut moduler le pouvoir de protection en matière personnelle. Quelle que soit l'habilitation familiale, il peut attribuer à la personne habilitée un pouvoir d'assistance. Et lorsque l'habilitation familiale est prononcée avec représentation, il peut lui attribuer un pouvoir de représentation. Par ailleurs, le juge peut prendre une cohabilitation familiale, pourvu qu'il précise le seuil en deçà duquel les personnes habilitées disposent d'un pouvoir concurrent et au-delà duquel leur pouvoir de protection est conjoint¹²³.

18. Des combinaisons illimitées qu'il faut rationaliser. – L'extraordinaire éventail des mesures de protection juridique nous montre que la législation ne contient pas cinq ou six mesures mais, suivant ses déclinaisons, plus

¹¹⁷ C. civ., art. 494-1, al. 1^{er} (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*).

¹¹⁸ C. civ., art. 494-6, al. 5 (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*).

¹¹⁹ C. civ., art. 494-6, al. 1^{er} et al. 3 (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*).

¹²⁰ C. civ., art. 494-1, al. 1^{er} (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*), grâce au renvoi opéré à « l'art. 467 [et suivants] ».

¹²¹ C. civ., art. 494-6, al. 1^{er} (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*) : « L'habilitation peut porter sur : un ou plusieurs des actes que le tuteur a le pouvoir d'accomplir, seul ou avec une autorisation, sur les biens de l'intéressé ». Rapp. C. civ., art. 490, al. 1^{er}.

¹²² C. civ., art. 494-9, al. 1^{er} (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*).

¹²³ V. spéc. TJ Evry-Courcouronnes, JCP Juvisy-sur-O., 2 févr. 2021, n° 20/00148 : *Dr. famille* 2021, Comm. 179, note G. RAOUL-CORMEIL ; *JCP éd. N.*, 2022, 1118, note N. PETERKA. *Add.*, notre recherche, « La pluralité des organes de protection juridique (cotutelle, curatelle, mandat de protection future et cohabilitation familiale) », *Petites aff.*, n° 7, déc. 2021, p. 29 à 40.

d'une trentaine. On a beau jeu de dire que la législation est conforme au principe d'individualisation¹²⁴ et qu'elle permet au juge d'ajuster la mesure au plus près du besoin de protection de la personne très vulnérable suivant son état et sa situation (médicale, familiale, patrimoniale et sociale) ; une fois prononcée, la mesure doit être comprise par les personnes en charge de la mettre en œuvre, ainsi que par tous les professionnels qui devront connaître la nature et l'étendue des pouvoirs de celle-ci. Or, plus la mesure est individualisée et plus il devient délicat de la présenter sans remettre une copie du jugement qui contient des données personnelles couvertes par le respect de la vie privée¹²⁵. L'efficacité de la mesure repose sur la simplicité de l'offre... et c'est la raison pour laquelle il serait plus rationnel de rapporter l'ensemble des mesures à la sauvegarde de droits par assistance ou par représentation. Inutilement complexe, la législation devient illisible et donc inefficace.

2° Second argument : plus de flexibilité dans la gradation de la protection

19. La distinction de la mesure et de la modalité de mesure ? – Aux griefs tirés d'une analyse quantitative de la législation en vigueur s'ajoute une critique qualitative. Le Conseiller Massip avait été attentif à l'addition des termes « à tout moment » par la loi du 5 mars 2007 dans le prononcé de la curatelle aménagée¹²⁶ ou renforcée¹²⁷. Il y voyait la consécration d'une jurisprudence car « *les juges des tutelles n'hésitaient pas, en pratique, à ouvrir une curatelle renforcée par une décision postérieure à son ouverture*¹²⁸ ». Il soutenait donc, et de manière très audacieuse, que le renforcement ou « *l'aménagement de la curatelle*¹²⁹ » ne se présentaient pas comme des mesures distinctes de la curatelle simple mais

comme les modalités d'une même mesure. En conséquence, Massip soutenait qu'il n'était pas nécessaire d'assortir la décision du juge d'une publicité par émargement de l'acte de naissance¹³⁰. Originale, cette proposition doctrinale aurait permis au juge d'individualiser la mesure au fur et à mesure que le besoin de protection évolue. L'intérêt pratique est considérable pour les juges des tutelles, au regard de leurs difficultés à mettre en place la mesure de protection juridique avec assistance ou représentation relative à la personne, au sens de l'article 459, alinéa 2 du Code civil, ainsi que les y oblige l'ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020, ayant pour objet d'harmoniser le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles avec le Code civil. Cela dit, cette proposition est incompatible avec les exigences procédurales de l'article 442, alinéa 4 du Code civil qui subordonne le renforcement de la mesure à une saisine du juge par requête¹³¹, d'une part, à la présence d'un certificat médical circonstancié sanctionné par l'irrecevabilité de la requête¹³², d'autre part, et à l'audition du majeur protégé¹³³ de troisième part. *De lege lata*, la formule « à tout moment » est donc d'un intérêt réduit, car la lecture qu'en faisait le Conseiller Massip ne vaut qu'en cas d'allègement de la mesure. *De lege feranda*, les difficultés éprouvées par les juges des tutelles pour réviser les mesures exposées à la caducité le 18 février 2025 parce qu'elles ont été prononcées pour une durée supérieure à vingt ans ou prises pour plus de dix ans sans certificat médical¹³⁴ ni avis de non-évolution favorable de l'état de santé au regard des données actuelles de la science met en évidence le besoin de distinguer la mesure et la modalité de mesure. Seul le passage d'une mesure d'assistance à une mesure de représentation

¹²⁴ C. civ., art. 428, al. 2. V. toutefois sur ce point la belle étude de Mme D. FENOUILLET, « La diversification des mesures de protection », *Dr. famille* 2023, dossier 2.

¹²⁵ C. civ., art. 9. *Adde*, CASF, art. R. 471-2, sur le serment du mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

¹²⁶ C. civ., art. 471 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « 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 ».

¹²⁷ C. civ., art. 472, al. 1^{er} (*ad notam* 59).

¹²⁸ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois 2009, n° 490.

¹²⁹ Comp. J. MASSIP, « Renouvellement et aménagement d'une curatelle renforcée », note sous Cass., 1^{re} civ., 16 sept. 2014, n° 13-22.929 : *Petites aff.*, n° 65 du 1^{er} avril 2015, p. 13.

¹³⁰ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, préc., n° 492.

¹³¹ C. civ., art. 430.

¹³² C. civ., art. 431.

¹³³ C. civ., art. 432 ; CPC, art. 1220-2.

¹³⁴ Loi n° 2015-177 du 16 février 2015, art. 26, aux termes duquel les mesures de curatelle et de tutelle révisées pour une durée supérieure à dix ans entre le 1^{er} janvier 2009 et le 18 février 2015 doivent faire l'objet d'une nouvelle révision avant le 18 février 2015, soit dix ans après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle du 16 février 2015, sous peine de devenir caduques. En revanche, si les mesures révisées ont été prises pour une durée comprise entre dix et vingt ans avant le 18 février 2015, elles peuvent aller à leur terme à la double condition qu'un certificat médical ait pu être produit lors du renouvellement indiquant qu'aucune amélioration de l'état de santé du majeur n'était envisageable. *Adde*, Cass., 1^{re} civ., 15 juin 2017, n° 15-23.066 ; *D.* 2017, Jur., p. 1506, note D. NOGUÉRO ; *Dr. famille* 2017, Comm., 189, note I. MARIA ; *LEFP* 2017, 2017/8, n° 1104, p. 5, obs. G. RAOUL-CORMEIL.

doit justifier la procédure la plus protectrice. Il ne faut pas voir un effet de crantage dans le passage d'une assistance limitée à une assistance renforcée. Le renforcement n'est acté qu'en cas de prononcé d'une mesure de représentation. La procédure peut être simplifiée en amont dès lors que le majeur protégé et sa famille disposent en aval de la faculté d'exercer un recours. En somme, la législation devra contenir la flexibilité dont les juges ont besoin pour gérer, de manière raisonnable, les trois à cinq milliers de mesures qui leur sont confiées à chacun. Les scories qui nuisent à la législation actuelle ne tiennent pas seulement à un excès de rigidité. D'autres marquent des lacunes dans le régime du mandat de protection future et de l'habilitation familiale.

20. Les angles-morts du mandat de protection future.

– Le mandat de protection future, cette jeune institution¹³⁵, contient des angles-morts. Le législateur n'a pas envisagé de protection par l'assistance ; il laisse au mandataire le choix de l'opportunité de la mise en place de la mesure sans offrir à la personne protégée, grâce aux formalités de la prise d'effet, de période suspecte dans les deux ans précédents celle-ci. Le passage de la pleine autonomie à la représentation (limitée à la matière patrimoniale) risque selon les cas d'être anticipé ou retardé ; en cette période de doute, la protection par l'assistance fait cruellement défaut¹³⁶. Les notaires auraient pu créer une obligation contractuelle d'assistance de transition à la charge du mandataire à la protection future au premier signe d'alerte, quitte à habiliter un mandataire à l'alerte ou à confier au contrôleur ce devoir d'alerte. L'argument « Qui peut le plus peut le moins » justifiait cette audace contractuelle... mais il faut convenir que la distinction entre ce qui est disponible et ce qui ne l'est pas n'est pas nette. L'entrée du mandat de protection future marque un fort retrait du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

¹³⁵ Sur lequel, v. J. HAUSER, « L'enfance du mandat de protection future » : *Mélanges en l'honneur du Professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 709 à 722.

¹³⁶ Le mandat de protection future par assistance fut proposé en 2018 : V. not. A. CARON-DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, préc., p. 45, et la contribution de N. PETERKA, « Les insuffisances du mandat de protection future en droit français (L'exemple du mandat de protection extrajudiciaire belge) », t. 2, annexe, p. 329 à 350. Puis en 2020 : 116^e Congrès des notaires de France, Protéger : les vulnérables, les proches, le logement, les droits, Oct. 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. Hebdo*, 2020, n° 31, p. 16 à 20. La loi n° 2024-317 du 8 avril 2024 pour bâtir le bien-vieillir en France (réf. *ad notam* 80) n'a pas comblé cette lacune mais la proposition de loi, adoptée en première lecture, avait cette ambition.

mais certaines dispositions légales marquent un doute du législateur. Ainsi, d'un côté, le mandat de protection future s'étend à la protection de la personne mais le mandataire est soumis au droit commun¹³⁷. À ce titre, le mandat de protection future ne peut conférer au mandataire un pouvoir d'assistance en matière personnelle, ni même un pouvoir de représentation, car cette habilitation est réservée au « juge¹³⁸ ». La loi du 23 mars 2019 qui a renforcé le principe de subsidiarité en rehaussant le mandat de protection future qui a pris effet¹³⁹ aurait pu offrir aux contractants plus de liberté dans la protection de la personne, au risque de rendre cette mesure contractuelle insuffisante. Les pouvoirs publics ont cependant entendu les reproches et introduit le mandat de protection future dans le Code de la santé publique dans certaines dispositions spéciales¹⁴⁰ mais l'essentiel reste à faire. Les incertitudes en la matière sont si nombreuses qu'elles justifient à elles-seules de repenser le mandat de protection future et se demander si l'absence d'homologation judiciaire¹⁴¹ n'est pas une erreur à corriger. Le cas échéant, la sauvegarde des droits par assistance ou par représentation, celle-là même qui peut être prononcée par le juge, peut être anticipée en la forme contractuelle.

21. Les angles-morts de l'habilitation familiale.

– L'habilitation familiale contient aussi des angles-morts, et cela malgré la loi de ratification du 18 novembre 2016 qui a corrigé et donc modifié l'ordonnance du 15 octobre 2015, malgré aussi la loi du 23 mars 2019 qui l'a également

¹³⁷ C. civ., art. 479, al. 1^{er} : « Lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne, les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2. Toute stipulation contraire est réputée non écrite ».

¹³⁸ C. civ., art. 459, al. 2 (*ad notae* 97 et 107). La loi de 2007 permet au juge de prononcer une tutelle complémentaire du mandat de protection future (C. civ., art. 485). Sur cette articulation, v. L. GATTI, *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne*, préf. R-N. SCHÜTZ, t. 75, Thèse Poitiers (2015), LGDJ-P.U. Poitiers, n° 127, p. 101.

¹³⁹ C. civ., art. 428, al. 1^{er}. *Adde*, Cass., 1^{re} civ., 4 janv. 2017, *AJfam.* 2017, p. 144, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *D.* 2017, p. 191, note D. NOGUÉRO ; *Defrénois* 2017, p. 245, note A. BATTEUR ; *RTD civ.* 2017, p. 100, obs. J. HAUSER. *Adde*, N. PETERKA, « Le mandat de protection future : bilan et perspectives », *Defrénois* 2017, n° 8, p. 497 à 508.

¹⁴⁰ De rares textes spéciaux, réécrits par l'ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020, visent les trois mesures (mandat de protection future qui a pris effet, tutelle et habilitation familiale par représentation) : CSP, art. L. 1122-2, al. 12 (recherche médicale) ; art. L. 3212-2 (soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent) ; art. L. 6322-2 (chirurgie esthétique). Mais pourquoi la formule n'a-t-elle pas été définie dans un texte général ?

¹⁴¹ Homologation judiciaire nécessaire en droit québécois et monégasque.

améliorée. D'abord, l'absence de renvoi aux articles 503, 510 à 515 du Code civil¹⁴², libère la personne habilitée de deux devoirs impératifs : faire dresser un inventaire, en début de mesure, puis l'actualiser en cas de besoin, d'une part, établir des comptes-rendus annuels de gestion, d'autre part. Fréquente dans le discours des notaires où l'accent est porté sur la simplification des devoirs des « *protecteurs naturels*¹⁴³ », promue et justifiée par la concorde familiale¹⁴⁴, cette présentation habituelle de l'habilitation familiale est cependant tronquée. En cas de difficulté¹⁴⁵, dont il est averti par le signalement d'un tiers, le juge convoque la personne habilitée et lui demande de se justifier sur la manière dont sont gérés les revenus du majeur protégé et sont prises les garanties pour sauvegarder ses intérêts tant personnels que patrimoniaux. La légèreté de la personne habilitée risque de lui faire ombrage et justifier sa décharge. Ce discours est également tronqué dans la mesure où les héritiers du majeur protégé disposent, contre la personne habilitée, des recours que les héritiers d'un mandant tiennent contre un mandataire¹⁴⁶. Les auteurs de l'ordonnance du 15 octobre 2015 ont péché par excès d'idéalisme ; ils ont offert aux personnes habilitées de prendre en charge la personne et les biens d'un majeur

en grande vulnérabilité pour une durée de dix à vingt ans¹⁴⁷, sans se demander si, avec le temps, de mauvaises habitudes ne seraient pas prises, faute de contrôle.

Autre angle-mort, il est regrettable que les pouvoirs d'assistance de la personne habilitée soient définis par un renvoi limité à l'article 467 du Code civil. Il aurait fallu viser les articles 467 à 472 du Code civil. Bien sûr la jurisprudence pourrait combler cette lacune et juger que le renvoi est moins formel que substantiel. Ainsi, l'assistance de la personne habilitée devrait être également requise pour introduire une action en justice ou y défendre¹⁴⁸.

Dernier angle-mort, lorsque le juge des tutelles met fin à l'habilitation familiale¹⁴⁹, il est dessaisi et ne peut donc pas, s'il n'est pas à nouveau saisi par une requête conforme aux articles 430 et 431 du Code civil, prononcer une curatelle ou une tutelle pour maintenir la protection. En attendant la réécriture du titre XI du Livre premier du Code civil, la jurisprudence pourrait passer outre cette absence de passerelle¹⁵⁰ et maintenir sa saisine sur le fondement du devoir général de surveillance du juge des tutelles¹⁵¹, car il a été valablement saisi par une requête et un certificat médical circonstancié.

Tous ces petits défauts pourraient être corrigés par ordonnance. Mais, en réécrivant le titre XI du Livre premier du Code civil, les auteurs du projet d'ordonnance découvrirait le besoin de repenser la matière et de la simplifier tout en maintenant, à hauteur de principes, le besoin de rédiger une législation claire, efficace et cohérente. Un tel travail est l'apanage du législateur car la protection juridique des majeurs demeure du domaine de la loi. Alors, d'une main tremblante, dessinons à grands traits ce que pourrait être le régime de la sauvegarde des droits.

¹⁴² Comp. C. civ., art. 472, al. 3 (curatelle renforcée) et 486 (mandat de protection future).

¹⁴³ CA Lyon, 17 nov. 1952, *D.* 1953, Jur., p. 253, note P. GERVÉSIE ; *JCP.*, éd. G., 1953, II, 7541, note R. SAVATIER. Selon cet arrêt, « *avant d'entreprendre un traitement ou de procéder à une opération chirurgicale, le médecin est tenu, hors le cas de nécessité [c'est-à-dire d'urgence], d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade ou, dans le cas où il serait hors d'état de le donner, celui des personnes qui sont investies à son égard d'une autorité légale, ou que leurs liens de parenté avec lui désignent comme des protecteurs naturels* ». L'arrêt de la Cour d'appel de Lyon a été maintenu par Cass., 1^{re} civ., 8 nov. 1955, *JCP.*, éd. G., 1955, 9414, note R. SAVATIER.

¹⁴⁴ C. civ., art. 494-4, al. 2 (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*) : « Le juge s'assure de l'adhésion ou, à défaut, de l'absence d'opposition légitime à la mesure d'habilitation et au choix de la personne habilitée des proches mentionnés à l'article 494-1 qui entretiennent des liens étroits et stables avec la personne ou qui manifestent de l'intérêt à son égard et dont il connaît l'existence au moment où il statue ».

¹⁴⁵ C. civ., art. 494-10, al. 1^{er} (*Loi n° 2010-222 du 23 mars 2010*) : « Le juge statue à la demande de tout intéressé ou du procureur de la République sur les difficultés qui pourraient survenir dans la mise en œuvre du dispositif ».

¹⁴⁶ C. civ., art. 494-1, al. 1^{er} *in fine* (*Ord. n° 2015-1288 du 15 octobre 2015*) : « Lorsqu'une personne est dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts [...], le juge des tutelles peut habiliter une ou plusieurs personnes [...] à la représenter, à l'assister dans les conditions prévues à l'article 467 ou à passer un ou des actes en son nom dans les conditions et selon les modalités prévues à la présente section et à celles du titre XIII du livre III qui ne lui sont pas contraires, afin d'assurer la sauvegarde de ses intérêts ». *Add.*, C. civ., art. 1992 : « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion ».

¹⁴⁷ C. civ., art. 494-6, al. 5 (*Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015*).

¹⁴⁸ C. civ., art. 468, al. 3.

¹⁴⁹ C. civ., art. 494-11.

¹⁵⁰ Comp. TI Caen, Juge des tutelles, 10 octobre 2017, n° 17/A/00663 ; *Ajffam.* 2018, p. 127, obs. G. RAOUL-CORMEIL, où le juge des tutelles de Caen a prononcé une tutelle après avoir mis fin à une habilitation familiale générale par représentation.

¹⁵¹ V. au titre des dispositions communes à toutes les mesures de protection juridique, y compris l'habilitation familiale : C. civ., art. 416 : « Le juge des tutelles et le procureur de la République exercent une surveillance générale des mesures de protection dans leur ressort ».

II.- L'architecture de la « sauvegarde des droits »

22. Une mesure à trois entrées dissociées d'un régime à trois vitesses. – La mesure de sauvegarde des droits devra être par assistance ou par représentation. La dualité devra être maintenue, car elle est un héritage du passé. 1804, l'interdiction et le conseil judiciaire ; 1968, la curatelle et la tutelle ; 2019, l'habilitation familiale par assistance et par représentation. Mais cette nouvelle mesure, à deux niveaux, doit avoir un régime qui ne dépende pas seulement de ses causes : judiciaire, « *para-judiciaire*¹⁵² » ou contractuelle. Il n'est pas compréhensible que le mandataire à la protection future qui a contracté, devant notaire, avec le mandant qui l'a choisi soit nécessairement soumis à un inventaire et un compte-rendu de gestion¹⁵³, alors que la personne habilitée, dans l'habilitation familiale générale par représentation en soit systématiquement dispensé. La sauvegarde des droits par assistance et la sauvegarde des droits par représentation doivent être des mesures distinctes¹⁵⁴, ce qui ne signifie pas que le juge ne puisse pas, à l'intérieur des branches de cette *summa divisio*, moduler la protection en fonction du besoin individuel de protection. L'assistance peut être simple ou renforcée. Le notaire doit aussi, dans les limites fixées par la loi, pouvoir moduler le pouvoir de protection, en fonction de la situation et de l'état du mandant. C'est là l'essentiel : la mesure doit être pensée au regard des seuls besoins de la personne protégée (A.). Le contexte de sa préparation est important et peut justifier des règles spéciales mais la possibilité d'anticiper ou l'urgence de désigner un tiers-protecteur, ne doit pas avoir l'influence exorbitante qu'elle a aujourd'hui sur le régime de la protection. Les passerelles entre les modalités d'exercice, les conditions de changement de protecteur et le régime des tiers-protecteurs doivent aussi être pensés dans des dispositions communes pour éviter les angles-morts (B.).

A.- Une protection graduée suivant le besoin de protection

1° Premier axe : une protection graduée dans le domaine patrimonial

23. Philosophie générale. – La curatelle et de la tutelle doivent inspirer la dualité de la sauvegarde des droits, par assistance et par représentation. La distinction des pouvoirs du tiers-protecteur doit être nette, fixe, car la préservation des intérêts patrimoniaux de la personne protégée doit être mise en œuvre dans le souci de respecter la sécurité juridique des contrats. Les futurs contractants doivent savoir à quoi s'en tenir ; la connaissance de la mesure, l'identité du tiers-protecteur et l'étendue de ses pouvoirs de protection doivent donc être accessibles. Il faudra donc revoir le régime du fichier national dématérialisé des mesures de protection juridique¹⁵⁵ et envisager des accès directs et cloisonnés aux notaires, aux auxiliaires de justice, aux banques, aux assureurs, aux services juridiques des hôpitaux, pour leur permettre d'avoir les informations qui leur sont nécessaires. Il faudra aussi se demander si cette publicité numérique s'ajoute ou remplace la publicité par émargement des actes de naissance qui est aujourd'hui encore directement accessible à tout intéressé.

24. L'assistance en matière patrimoniale. – La sauvegarde des droits par assistance doit devenir le régime de référence, au sens où le juge des tutelles doit aujourd'hui envisager la curatelle avant la tutelle¹⁵⁶. La loi du 5 mars 2007 avait conçu des régimes parfaitement gradués et hiérarchisés. L'héritage du droit patrimonial doit être préservé dans ce droit de la protection des majeurs où les aspects personnels croisent les enjeux patrimoniaux¹⁵⁷. Les pouvoirs d'assistance du tiers-protecteur doivent être déterminés de manière claire, directe et démystifiée, non plus par renvoi comme c'est aujourd'hui le cas depuis 1968 où les pouvoirs du curateur sont définis suivant le tracé des pouvoirs du tuteur¹⁵⁸. Non

¹⁵² B. TEYSSIÉ, *Droit civil, Les personnes*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^e éd., 2024, n° 1214, p. 671, car l'auteur place l'habilitation familiale dans les modes contractuels de la protection, en raison de sa nature hybride.

¹⁵³ C. civ., art. 486 et 491 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

¹⁵⁴ Sur l'individualisation de la mesure grâce à la dissociation de la source et des pouvoirs, v. déjà notre recherche, « Le droit de la protection des majeurs », in B. TEYSSIÉ (dir.), *Les métamorphoses du droit des personnes*, LexisNexis, coll. Hors collection, 2023, p. 301 à 329, spéc. n° 21 et s.

¹⁵⁵ C. civ., art. 427-1 (*Loi n° 2024-317 du 8 avril 2024*).

¹⁵⁶ C. civ., art. 440 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

¹⁵⁷ Sur la théorie générale des actes mixtes esquissés par les auteurs du colloque de Caen du 21 mars 2014, v. J. ROCHFELD, Th. VERHEYDE, N. PETERKA, A. BATTEUR, L. MAUGER-VIELPEAU et J. HAUSER, in J.-M. PLAZY et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 267 à 382.

¹⁵⁸ C. civ., art. 510 (*Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968*) : « [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 ». Les mots mis entre crochets sont ceux qui ont

seulement la tutelle ne doit plus être le régime de référence mais le périmètre des pouvoirs du tiers-protecteur ne doit plus être déterminé sur son modèle. D'abord, le régime des actes d'administration¹⁵⁹ peut rester unitaire et contenir un espace d'autonomie pour la personne protégée. Ensuite, le régime des actes de disposition¹⁶⁰ peut également être homogène. La personne protégée doit être assistée pour l'accomplissement de ces actes mais la nullité n'est encourue que si elle a perçu un préjudice. La consécration d'une jurisprudence¹⁶¹ par la loi du 5 mars 2007 fut une décision juste¹⁶², d'autant plus sage que le contentieux est assez restreint¹⁶³. Aucun acte de

disposition interdit au majeur en tutelle ne doit l'être à un majeur en sauvegarde des droits par assistance¹⁶⁴. Le recours au juge des tutelles doit être limité aux hypothèses d'un désaccord¹⁶⁵. On peut même se demander si l'autorisation du juge des tutelles doit encore être requise pour la modification des comptes bancaires¹⁶⁶. Quant à la protection du logement, l'autorisation du juge des tutelles pourrait être limitée à la résidence principale¹⁶⁷. Les règles devront être précises et autonomes, plus complètes et lisibles qu'elles ne le sont aujourd'hui ; elles pourraient, en cas de besoin, connaître des modulations selon que la protection est contractuelle ou judiciaire, et dans ce cas, selon que le contexte est à la concorde ou à la discorde.

25. L'assistance renforcée en matière patrimoniale. – La sauvegarde des droits par assistance pourrait être modulée à tout moment : être aménagée ou renforcée. Suivant le conseil de Jacques Massip, cette modulation de mesure pourrait être faite par le juge après le prononcé de la mesure, à tout moment. L'aménagement de la sauvegarde des droits ne pose pas de difficultés ; en revanche, il faudra être rigoureux en ce qui concerne la forme renforcée de la sauvegarde des droits par assistance. L'idée de confier à un tiers-protecteur le pouvoir de percevoir les revenus au nom du majeur protégé et de payer ses dettes à partir d'un compte bancaire ouvert à son nom doit reposer sur la constatation sociale et médicale que la personne n'est pas apte à prendre en mains la gestion de son patrimoine dans les actes de la vie courante¹⁶⁸. Derrière cette idée, il y a celle de confier au tiers-protecteur le devoir de sauvegarder les droits sociaux et de remplir les déclarations et les formulaires nécessaires.

été substitués par le législateur de 2007, à l'article 467, alinéa 1^{er}, du Code civil aujourd'hui encore en vigueur. En 1968, ce renvoi substantiel de la curatelle à la tutelle était un acte de pédagogie du législateur car il permettait de saisir la gradation du pouvoir dans la protection des biens. La règle offrait ainsi une comparaison des deux régimes principaux de protection des biens en croisant la distinction exprimée (curatelle et tutelle) avec la distinction sous-entendue (actes d'administration et de disposition). Mais cette règle est devenue un trompe-l'œil dans la législation réformée : le renvoi de la curatelle à la tutelle n'est plus opérationnel dans la gestion patrimoniale. Non seulement le renvoi n'aurait pas dû être repris par la loi du 5 mars 2007 (premier angle mort, né de l'introduction des « actes interdits » définis à l'article 509 du Code civil) mais il aurait dû être corrigé par la loi du 23 mars 2019 (second angle mort, né de l'introduction des « actes de disposition déjudiciarisés » en tutelle, tels que l'acceptation pure et simple d'une succession en présence d'une attestation notariée selon laquelle l'actif est manifestement supérieur au passif, cf. art. 507-1 C. civ.).

¹⁵⁹ Décr. n° 2008-1484 du 22 déc. 2008, art. 1^{er}.

¹⁶⁰ Décr. n° 2008-1484 du 22 déc. 2008, art. 1^{er}.

¹⁶¹ Cass., civ. 1^{re}, 16 octobre 1985, n° 84-11.123 P ; *D.* 1986, Jur., p. 154, note J. MASSIP ; *Defrénois* 1986, art. 33690, n° 11, p. 334, obs. J. MASSIP ; H. CAPITANT, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 14^e éd. par F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, Dalloz, 2024, t. 1, n° 75, p. 577.

¹⁶² C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 2^o (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

¹⁶³ V. par ex., à propos d'un contrat de téléphonie mobile : Comp., à propos de la téléphonie mobile : CA Amiens, 8 juill. 2021, n° 19/06070, *Dr. fam.*, n° 5, mai 2022, p. 39, note D. GUÉRIN ; Récurrente est, en revanche, la nullité des assignations du seul majeur en curatelle lorsque le curateur n'a pas non plus été assigné, ainsi que l'exige l'article 468, alinéa 3 du Code civil. V. not. Cass., 1^{re} civ., 16 mars 2016, n° 15-13.745, B ; *AJ fam.* 2016, p. 267, obs. Th. VERHEYDE ; *RTD civ.* 2016, p. 322, obs. J. HAUSER ; Cass., 1^{re} civ., 15 nov. 2023, n° 22-15.511, FS-B ; *Dalloz actualité*, 22 nov. 2023, obs. C. HÉLAINE ; *RJPF* 2024-291/2, p. 10 à 18, spéc. p. 15, obs. G. RAOUL-CORMEIL où la percée de l'autonomie reconnue au majeur en curatelle d'ester en justice ou d'exercer un recours paraît limiter aux actes strictement personnels (Comp. Cass., 1^{re} civ., 6 nov. 2013, n° 23-10.096, B. ; n° 12-23.766, *AJ fam.* 2013, p. 717, obs. T. VERHEYDE ; *D.* 2014, p. 467, note G. RAOUL-CORMEIL, et p. 2261, obs. J.-M. PLAZY ; *RTD civ.* 2014, p. 84, obs. J. HAUSER) et à la contestation du maintien de soins psychiatriques sans consentement (Cass., 1^{re} civ., 5 juill. 2023, n° 23-10.096, B., *AJ fam.* 2023, p. 466, obs. V. MONTOURCY ; *D.* 2023, p. 1498, note J.-J. LEMOULAND et G. RAOUL-CORMEIL ; *Dr. famille* 2023, n° 48, note I. MARIA ; *RTD civ.* 2023, p. 599, obs. A.-M. LEROYER).

¹⁶⁴ Cass., 1^{re} civ., avis, 6 déc. 2018, n° 18-70.011 : « 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 Famille* 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

¹⁶⁵ C. civ., art. 469, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

¹⁶⁶ C. civ., art. 427, al. 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*, mod. *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*).

¹⁶⁷ C. civ., art. 426 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) ; Rapp. C. civ., art. 490-2 (*Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968*). Sur lequel, v. G. GOUBEAUX, *Les personnes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 1989, n° 569 et s., p. 479 à 484.

¹⁶⁸ C. civ., art. 512 (*Loi n° 68-5 du 3 janv. 1968*) ou 472 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*). La Cour de cassation est vigilante sur le critère de la curatelle renforcée. V. la jurisprudence citée par D. NOGUÉRO, « Mise en place à motiver de la curatelle renforcée », *D.* 2023, Pan., p. 1195.

Il faudra conserver l'obligation faite au tiers protecteur de déposer l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou de le lui verser entre ses mains. Il faudra préciser qu'il a l'obligation d'établir un budget avec l'intéressé, de dresser un inventaire et d'établir un compte-rendu de gestion. Le principe pourrait être aménagé par le juge au regard de la situation de l'intéressé ou de sa volonté s'il a choisi la forme contractuelle de la sauvegarde des droits.

26. La représentation en matière patrimoniale. – La sauvegarde des droits par représentation pourrait être justifiée par le seul besoin d'être représenté dans tous les actes de la vie civile¹⁶⁹. Il faudra soustraire au pouvoir général de représentation en matière patrimoniale la faculté pour la personne protégée d'accomplir seuls des actes usuels, c'est-à-dire des actes de la vie courante non lésionnaires et exercés habituellement. Si le tiers protecteur est un professionnel, on peut imaginer sans difficulté que son pouvoir de représentation comprend les actes conservatoires, les actes d'administration et certains actes de disposition, déjudiciarisés¹⁷⁰ : tous ceux qui peuvent être pris sur l'évaluation d'un autre professionnel (assureur, banquier, notaire). Par contraste, ce tiers protecteur ne peut passer, en principe, les actes de disposition. Et que les actes de disposition les plus graves méritent d'être soustraits à son pouvoir de disposition, même avec une autorisation du juge. La liste établie en 2007 pour le tuteur¹⁷¹ pourrait être révisée à la lumière de celle posée pour l'administrateur légal des biens du mineur¹⁷². La renonciation à un droit acquis sans contrepartie, l'acquisition d'un droit contre le majeur protégé ou l'exercice du commerce ou d'une profession libérale demeurent le socle des actes interdits. Il faudra se montrer plus flexible lorsque la sauvegarde des droits aura

été anticipée sous la forme d'un contrat, quitte à instituer un double consentement, celui du tiers protecteur et d'un contrôleur de l'exercice du pouvoir de représentation, en s'assurant qu'aucun n'est en opposition d'intérêts. Au titre des actes protégés toujours soumis à l'autorisation du juge, qui peuvent être des actes d'administration (tel le bail), peut demeurer la disposition du logement. Cela dit, on peut envisager de réduire la portée de l'article 426 du Code civil à la résidence principale et de déjudiciariser l'acte si le tiers protecteur est soutenu dans sa démarche par un tiers contrôleur.

2° Second axe : une protection graduée dans le domaine extrapatrimonial

27. Philosophie générale. – L'esprit du droit positif de la protection majeur réside dans l'article 415 du Code civil. La mesure de protection doit favoriser, autant qu'il est possible, l'autonomie de la personne. Tel le tuteur lié au pied de tomate, la personne en charge de la protection doit soutenir le sujet protégé dans l'exercice de ses droits ; non pas pour l'abaisser ainsi que le suggèrent maladroitement les expressions « sous curatelle » ou « sous tutelle » mais pour lui permettre de se tenir debout en société. *De lege lata*, être « en curatelle » ou « en tutelle », *de lege ferenda*, être « en sauvegarde de ses droits », ce n'est pas être au-dessus des autres citoyens mais ne pas être moins bien traités que les sujets non protégés. Les mesures de protection juridique sont un moyen de mettre en œuvre le principe d'égalité devant la loi. La mesure doit être mise en œuvre dans le seul intérêt du majeur protégé ; la prescription de l'article 415, alinéa 3 du Code civil, ne signifie se soustraire à l'intérêt général. L'autonomie de la personne protégée n'est pas seulement un objectif à atteindre ; elle a pour socle – respect de la dignité humaine oblige¹⁷³ – l'ensemble des actes strictement personnels que seule la personne protégée peut accomplir, sans assistance ni représentation¹⁷⁴. La loi du 5 mars 2007 a introduit la catégorie juridique et lui a donné un contenu en posant une présomption irréfragable de qualification¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Rappr. C. civ., art. 440, al. 3 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « La personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, doit être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile, peut être placée en tutelle ».

¹⁷⁰ V. not. N. PETERKA, « Réforme de la justice. La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019 Progrès ou recul de la protection ? », *JCP*, éd. G. 2019, doctr. 437 ; J.-J. LEMOULAND, « Simplifier et recentrer le rôle du juge dans le domaine de la protection des majeurs. Les apports de la loi du 23 mars 2019 », *D.* 2020, chron., p. 827 ; J. COMBRET, D. NOGUÉRO, « Personnes vulnérables [...] et statut personnel : réforme de la justice et prospective », *Deffrénois* 4 avr. 2019, n° 14, p. 28 ; S. PRÉTOT, « Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : une nouvelle déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille », *Droit & patr.*, 2019, n° 297, p. 140 à 19.

¹⁷¹ C. civ., art. 509 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*). *Adde*, Cass. 1^{re} civ., avis, 20 octobre 2022, n° 22-70.011 (*ad notam* 64).

¹⁷² C. civ., art. 387-2 (*Ord. n° 2015-1288 du 15 octobre 2015*).

¹⁷³ C. civ., art. 415, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

¹⁷⁴ C. civ., art. 458, al. 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée ».

¹⁷⁵ C. civ., art. 458, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Sont réputés strictement personnels [l'indication du nom de la mère ou du père dans] la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance,

La catégorie des actes strictement personnels s'est ouverte à des actes cependant soumis à une autorisation du juge (testament¹⁷⁶, directives médicales anticipées¹⁷⁷, désignation d'une personne de confiance¹⁷⁸). En matière personnelle, l'autonomie peut être poussée plus loin : elle s'étend à l'acte de choisir son lieu de vie¹⁷⁹, son entourage¹⁸⁰ et toutes les décisions qui touchent au quotidien de la vie¹⁸¹. Dans un souci de rendre la mesure de protection juridique plus supportable, le législateur de 2007 s'est efforcé d'adoucir son poids dans le quotidien de la vie.

28. La graduation dans la protection de la personne.

– Les limites à l'autonomie de la personne protégée sont d'abord d'ordre factuel ; elles tiennent à l'empêchement de l'intéressé de prendre les décisions qui tiennent à son intimité. La désignation d'un tuteur à la personne, ayant reçu le pouvoir de la représenter en matière personnelle, permet de pallier son impossibilité de désigner une personne de confiance. La faculté laissée à l'enfant ou à sa mère de

demander un acte de notoriété au notaire¹⁸² ou d'agir en recherche de paternité¹⁸³ permet de pallier l'impossibilité pour un homme de reconnaître son enfant. Le législateur de 2022 a ouvert une alternative à l'impossibilité pour un jeune majeur de consentir à sa propre adoption simple¹⁸⁴. Si ces limites à l'autonomie de la personne gênent la personne dans son quotidien pour prendre des décisions, le juge, pourvu qu'il se fonde sur le certificat médical circonstancié, peut octroyer au tiers protecteur un pouvoir d'assistance¹⁸⁵ à la personne ou de représentation¹⁸⁶ à la personne. La loi du 23 mars 2019 a levé les autorisations à mariage¹⁸⁷, souhaitant soumettre les majeurs protégés aux seules protections du droit commun¹⁸⁸. La décision de s'unir ou de se désunir est personnelle et le tiers-protecteur a un rôle limité à la sécurisation de la mise en œuvre de cette décision, ainsi que l'illustre parfaitement le droit du pacte civil de solidarité¹⁸⁹. Toute cette bienveillance peut être maintenue *de lege feranda*. La sauvegarde des droits permettra de traiter de manière égale tous les majeurs protégés. Rien ne justifie aujourd'hui que les majeurs en curatelle et en tutelle soient inéligibles, alors que les personnes protégées par une habilitation familiale par assistance ou par représentation restent éligibles, ainsi que celles et ceux dont le mandat de protection future a pris effet¹⁹⁰.

les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant ».

Adde, Cass., 1^{re} civ., 6 nov. 2013, n° 23-10.096 (*ad notam* 164).

¹⁷⁶ C. civ., art. 476, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Elle [La personne en tutelle] ne peut faire seule son testament après l'ouverture de la tutelle qu'avec l'autorisation du juge [...], à peine de nullité de l'acte. Le tuteur ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion ». *Adde*, Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-10.340 ; *AJ fam.* 2017, p. 250, note G. RAOUL-CORMEIL ; *Petites affiches*, 2017, n° 84, note D. NOGUÉRO ; *Dr. famille* 2017, Comm. 109, note I. MARIA ; *RTD civ.* 2017, p. 354, obs. J. HAUSER.

¹⁷⁷ CSP, art. L. 1111-11, al. 7 (*Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020*) : « Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, elle peut rédiger des directives anticipées avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. La personne chargée de la mesure de protection ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion ».

¹⁷⁸ CSP, art. L. 1111-6, al. 4 (*Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020, mod. Loi n° 2024-317 du 8 avril 2024*) : « Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, elle peut désigner une personne de confiance avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Dans l'hypothèse où la personne de confiance a été désignée avant la mesure de protection, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut confirmer la désignation de cette personne ou la révoquer ».

¹⁷⁹ C. civ., art. 459-2, al. 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « La personne protégée choisit le lieu de sa résidence ».

¹⁸⁰ C. civ., art. 459-2, al. 2 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « Elle entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non. Elle a le droit d'être visitée et, le cas échéant, hébergée par ceux-ci ».

¹⁸¹ C. civ., art. 459, al. 1^{er} (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « [...] la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet ».

¹⁸² C. civ., art. 317 (*Ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005, mod. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*).

¹⁸³ C. civ., art. 327 (*Loi n° 93-22 du 8 janv. 1993 ; Ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005*).

¹⁸⁴ C. civ., art. 350 (*Loi n° 2022-219 du 21 février 2022, mod. Ord. n° 2022-1292 du 5 oct. 2022*) : « 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 ». Sur ce texte, v. not. S. PRÉTOT, « La réforme de l'adoption ou le symptôme d'un législateur mal en point », *JCP*, éd. N., n° 14 du 8 avril 2022, p. 27 à 34.

¹⁸⁵ C. civ., art. 459, al. 2 *in limine* (*ad notam* 97).

¹⁸⁶ C. civ., art. 459, al. 2 *in fine* (*ad notam* 107).

¹⁸⁷ C. civ., art. 460 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, ad notam* 28).

¹⁸⁸ C. civ., art. 175 (*Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, ad notae* 95 et 104). Il aurait convenu d'écrire que la personne en charge de la protection a qualité pour s'opposer au mariage du majeur protégé, au lieu de s'en tenir à la curatelle et à la tutelle, car les enfants ne peuvent pas s'opposer au mariage de leurs parents.

¹⁸⁹ V. spéc. C. civ., art. 462, al. 3 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*) : « La personne en tutelle peut rompre le pacte civil de solidarité par déclaration conjointe ou par décision unilatérale. La formalité de signification prévue au cinquième alinéa de l'article 515-7 est opérée à la diligence du tuteur. Lorsque l'initiative de la rupture émane de l'autre partenaire, cette signification est faite à la personne du tuteur ».

¹⁹⁰ Les majeurs en curatelle et en tutelle ne peuvent être élus conseiller municipal (C. élec., art. L. 230), conseiller départemental (C. élec., art. L. 200), député (C. élec., art. LO129), sénateur (C. élec. art. LO296),

Il existe des incapacités de jouissance de protection. Lorsque le juge prononce une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, il déclenche une série d'interdits ; la loi interdit aux personnes les plus vulnérables de faire don de leur sang¹⁹¹, de leurs organes entre vifs¹⁹², de leurs tissus¹⁹³ et, à leur mort, de leur corps à la science¹⁹⁴. Au fond, il est donc difficile de rejeter complètement les techniques de l'incapacité de jouissance et d'exercice de la protection de la personne. En la forme, le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles s'articulent mieux que naguère avec le Code civil mais les dispositions les plus protectrices pourraient être écrites de manière plus intelligible¹⁹⁵. Le contenu de la sauvegarde des droits par assistance ou par représentation doit être dissocié du contexte dans lequel la mesure est préparée.

B.- Une protection dissociée du contexte de sa préparation

29. La sauvegarde contractuelle des droits. – *De lege lata*, le mandat de protection future est un progrès même s'il n'est pas encore entré complètement dans nos mœurs et nos usages juridiques¹⁹⁶. Cet acte juridique permet à tout à chacun d'anticiper sur sa propre inaptitude et d'attirer

conseiller territorial de Saint-Barthélemy (C. élec., art. LO481), de Saint-Martin (C. élect., art. LO508) et de Saint-Pierre-et-Miquelon (C. élect., art. LO536).

¹⁹¹ CSP, art. L. 1 221-5 (*Loi n° 2021-1017, 2 août 2021*).

¹⁹² CSP, art. L. 1 231-2 (*Loi n° 2021-1017, 2 août 2021*).

¹⁹³ CSP, art. L. 1 241-2 (*Loi n° 2021-1017, 2 août 2021*).

¹⁹⁴ CSP, art. L. 1 261-1 (*Loi n° 2021-1017, 2 août 2021*).

¹⁹⁵ Les majeurs en curatelle et en tutelle ne peuvent être élus conseiller municipal (C. élec., art. L. 230), conseiller départemental (C. élec., art. L. 200), député (C. élec., art. LO129), sénateur (C. élec. art. LO296), conseiller territorial de Saint-Barthélemy (C. élec., art. LO481), de Saint-Martin (C. élect., art. LO508) et de Saint-Pierre-et-Miquelon (C. élect., art. LO536). On ne reviendra pas sur le rétablissement du droit de vote des majeurs en tutelle. Sur cette métamorphose, v. D. NOGUÉRO, « Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés », *JDSAM*, 2017, n° 16, p. 128 à 137 ; reprod. in G. RAOUL-CORMEIL et A. CARON-DÉGLISE, coord., *La vie privée de la personne protégée, In memoriam Thierry Verheyde*, éd. Mare & Martin, 2019, p. 75 à 104. J.-F. DE MONTGOLFIER, « Une question civile et politique ! À propos de la privation du droit de vote des majeurs sous tutelle », *RTD civ.* 2018, p. 41 ; C. AYNÈS, « le vote du "fou" : citoyenneté et capacité à la lumière de la réforme du 23 mars 2019 », *Jus Politicum, Rev. dr. pol.*, 2021, n° 26, p. 245 à 255.

¹⁹⁶ Sur la présomption d'inadaptation et d'inefficacité de la loi, v. J. HAUSER, « Les mesures judiciaires, solutions subsidiaires au mandat de protection future ? », in G. RAOUL-CORMEIL (coord.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 13 à 24, spéc. p. 16.

l'attention du mandataire ou des mandataires qu'il s'est choisi sur ses préférences et les points de vigilance dans la gestion de son patrimoine. Le mandat de protection future présente trois difficultés. L'anticipation peut donner le vertige sur l'ampleur du domaine de la protection : la personne et les biens, la vieillesse et la fin de vie, les mesures de conservation et la possibilité de réaliser des libéralités lorsque l'opportunité se présentera¹⁹⁷. La réflexion est nécessaire et rien n'empêche d'actualiser le contrat de protection tant que les conditions de sa prise d'effet ne sont pas réunies. Autre difficulté, le mandant et son notaire doivent disposer du personnel nécessaire pour mettre en œuvre la protection organisée : il faut des mandataires exécutifs, des mandataires suppléants en cas d'opposition d'intérêts et des mandataires contrôleurs. Il faut aussi faire face à l'impossibilité du mandataire d'honorer son engagement ou accepter sa décision de le résilier avant la prise d'effet.

De lege feranda, la mesure de sauvegarde des droits doit pouvoir être contractuelle. Le législateur devrait laisser aux contractants la possibilité d'aménager les pouvoirs du mandataire-protecteur. Les dispositions impératives doivent accorder une place aux dispositions supplétives. Ainsi, par exemple, la disposition du logement pourrait ne pas être systématiquement soumise à l'autorisation du juge des tutelles¹⁹⁸ mais le majeur protégé devrait pouvoir saisir le juge en cas de désaccord. L'obligation d'inventaire devrait être maintenue ; on pourrait même envisager que cet acte extrajudiciaire soit préparé pour les besoins de la formation du contrat. L'obligation d'établir un compte-rendu de gestion pourrait être assouplie à partir de la deuxième ou de la troisième année. La prise d'effet de la sauvegarde contractuelle des droits pourrait rester extrajudiciaire lorsque le mandataire n'a besoin que d'un pouvoir d'assistance ; en revanche, il conviendrait de la soumettre à l'homologation

¹⁹⁷ Cass., 1^{re} civ., avis, 15 déc. 2021, n° 21-70.022 ; *Dr famille* 2022, comm. 40, note I. MARIA et L. MAUGER-VIELPEAU ; *JCP*, éd. G. 2022, 278, conclusions H. FULCHIRON ; *JCP*, éd. G. 2022, 279, note G. RAOUL-CORMEIL ; *JCP*, éd. N. 2022, 1103, obs. N. PETERKA ; *LPA* 28 févr. 2022, n° 2, p. 57, note D. NOGUÉRO ; *Droit & patrim.*, 2022, n° 322, p. 12 à 17, note G. MILLERIOUX ; *D.* 2022, Somm., p. 1184, obs. J.-J. LEMOULAND.

¹⁹⁸ Dans son analyse du mandat de protection future, introduit par la loi du 5 mars 2007, le Conseiller Massip soutenait que le contrat « pourrait autoriser expressément le mandataire à [disposer des droits par lesquels est assuré le logement du majeur protégé] puisque, lorsqu'il a été donné, le mandant était libre de disposer comme il l'entendait de tous ses biens » (J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, préc., n° 581, spéc. p. 483). L'autorisation du juge des tutelles (C. civ., art. 426) constitue un contrôle exagéré.

du juge si la constatation de l'altération des facultés personnelles justifiait de déclencher un pouvoir de représentation. La mesure deviendrait incapacitante et la protection serait ainsi mieux assurée.

30. La place du juge dans la sauvegarde des droits.

– La place du juge dans les mesures de protection juridique des personnes les plus vulnérables doit demeurer majeure¹⁹⁹. Le juge doit conserver un pouvoir de surveillance sur toutes les mesures prononcées dans le ressort de sa juridiction²⁰⁰. L'office du juge est gracieux²⁰¹ ; son pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction²⁰² lui permet, dans ce cadre, de lever les doutes pour avoir, sur la situation et l'état de la personne protégée ou à protéger, les connaissances les plus complètes, les plus précises et les plus actuelles. Le juge doit être éclairé par un certificat médical circonstancié²⁰³. Il est heureux que cette pièce procédurale soit exigée à peine de recevabilité de la requête mais il faudra mieux former les médecins inscrits sur la liste du procureur de la République.

La sauvegarde des droits repose sur un idéal de mieux respecter l'autonomie des personnes les plus vulnérables mais cet idéal n'a de sens que si l'autonomie est bien évaluée²⁰⁴. Un juge dédié à la protection juridique des majeurs est une institution fondamentale ; ce juge doit rester accessible à tous les majeurs protégés ; les recours contre leur décision doivent demeurer faciles à exercer pour les personnes protégées et leur famille, car la jurisprudence doit se construire et s'affiner sur de nombreuses questions, longtemps restées

dans l'ombre des cabinets des juges des tutelles (achat et usage d'une voiturette²⁰⁵, sort de l'animal de compagnie²⁰⁶).

La déjudiciarisation fut un très mauvais signal adressé aux juges des tutelles en 2019 ! En particulier, la déjudiciarisation du divorce²⁰⁷ a, plus que celle du mariage ou du pacte civil de solidarité, créé un vide pour des situations très délicates²⁰⁸. L'office du juge de la protection des majeurs est essentiel parce qu'il est le gardien des libertés individuelles²⁰⁹ et que la mesure de protection juridique, quel que soit son nom, peut être le moyen d'abaisser la personne et de l'atteindre dans sa dignité et son estime de soi. La Chancellerie a entendu les demandes des juges des tutelles de confier à des professionnels qualifiés un pouvoir de contrôler bien davantage que la sincérité et la complétude des comptes-rendus de gestion ; ces derniers doivent leur signaler les actes de disposition qui auraient été accomplis sans autorisation préalable²¹⁰. Le risque de

¹⁹⁹ Y compris lorsque la mesure est contractuelle. Sur la figure permanente du juge dans le mandat de protection future, v. J. HAUSER, « Les mesures judiciaires, solutions subsidiaires au mandat de protection future ? », préc., p. 17.

²⁰⁰ C. civ., art. 416 (*Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*).

²⁰¹ V. notre recherche : « La métamorphose de la procédure tutélaire », in I. PÉTEL-TEYSSIE et C. PUIGELIER (ss dir.) *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)* : éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 329 à 355 ; *Adde*, E. JEULAND, « La nature juridique de la procédure des tutelles : pour la reconnaissance d'un lien procédural de protection », *RTD civ.* 2018, p. 271 à 284.

²⁰² CPC, art. 1221 (*Décr. n° 2008-1276 du 5 déc. 2008*).

²⁰³ CPC, art. 1219 (*Décr. n° 2008-1276 du 5 déc. 2008*).

²⁰⁴ Sur les constats sévères portés sur l'autonomie laissée au majeur protégé et sur le besoin de mieux apprécier les altérations de facultés personnelles, v. A. CARON-DÉGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, préc., p. 24 à 35.

²⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 2013, n° 11-28.307 : *AJF* 2013, p. 304, obs. Th. VERHEYDE ; *LEFP* 2013, n° 056, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *Dr. famille* 2013, comm. 58, obs. I. MARIA ; *RJPF* 2013/4, p. 25, obs. A. CHEYNET DE BEAUPRÉ ; *RTD civ.* 2013, p. 350, obs. J. HAUSER. V. déjà : TI Vire, ord. Juge des tutelles, 14 mars 2011, in *Dr. famille* 2011, n° 116, p. 47, note G. RAOUL-CORMEIL ; Caen, 8 sept. 2011, n° 11/1501.

²⁰⁶ TI Charleville-Mézières, ord. JT, 6 mai 2011, citée par Th. VERHEYDE et L. PÉCAUT-RIVOLIER, « L'animal et les majeurs protégés », *AJF* 2012, p. 78 ; Reprint : « L'animal du majeur protégé », in G. RAOUL-CORMEIL et A. CARON-DÉGLISE (coord.), *La vie privée de la personne protégée, In memoriam Thierry Verheyde*, éd. Mare & Martin, 2019, étude 44, p. 442 à 446, spéc. p. 443. *Adde*, notre recherche : « L'animal domestique du majeur protégé », in F.-X. ROUX-DEMARE (dir.), *L'animal et la santé*, éd. Mare et Martin, 2021, p. 265 à 276.

²⁰⁷ V. l'analyse fine et complète de Mme L. MAUGER-VIELPEAU, « Le divorce du majeur protégé : humanisme ou contre-humanisme ? », in *Regards humanistes sur le droit, Mélanges Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p. 401 à 420, spéc. n° 33.

²⁰⁸ Comp. C. civ., art. 462, al. 5 : « La rupture unilatérale du pacte civil de solidarité peut également intervenir sur l'initiative du tuteur, autorisé par le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué, après audition de l'intéressé et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage ».

²⁰⁹ Constitution du 4 oct. 1958, art. 66.

²¹⁰ Circulaire n° C1/2.1.12./202430000903 du 24 sept. 2024 de présentation des dispositions relatives au contrôle des comptes de gestion des majeurs protégés par un professionnel qualifié, issues de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, du décret n° 2024-659 du 2 juillet 2024 relatif au contrôle des comptes de gestion pris en application de l'article 512 du 2 code civil et modifiant le décret n° 2021-1625 du 10 décembre 2021 relatif aux compétences des commissaires de justice, de l'arrêté du 4 juillet 2024 fixant la rémunération du professionnel qualifié chargé du contrôle des comptes de gestion en application de l'article 512 du code civil, et de l'arrêté du 4 juillet 2024 relatif aux modèles de compte de gestion, d'attestation d'approbation et de rapport de difficulté.

fractionnement de l'exercice de la mesure et du contrôle de celle-ci existe ; il faut au moins laisser à la tête du dispositif de protection juridique des majeurs une autorité soucieuse de faire respecter les droits fondamentaux.

*
**

31. Observation finale. – Cette nouvelle analyse critique sur le droit de la protection des majeurs est bien trop prospective pour appeler une conclusion. L'avenir dira si le législateur sera attentif à la pensée rigoureuse et humaniste d'un juriconsulte :

Malgré les apparences et ses constructions juridiques très élaborées, le droit des personnes protégées n'est ni une pure technique, ni une recette d'activiste de la charité ou de fonctionnaires des bureaux de l'aide sociale. Il a un souffle immense : l'amour du faible, du petit et de celui que la vie a broyé²¹¹.

²¹¹ Ph. MALAURIE, *Dictionnaire d'un droit humaniste*, LGDJ – Université Panthéon Assas, 2015, *v*^o « Personnes protégées », p. 190. *Adde*, du même auteur, « La réforme de la protection juridique des majeurs », in *LPA* n° 63, 28 mars 2007 ; *Defrénois* 2007, art. 38569, p. 557 à 572, spéc. n° 5 : « Cessons de récriminer contre le manque d'humilité, les illusions sur la liberté, la détaillomanie, le manque de souffle, l'indifférence à l'histoire, la langue, le style, la lourdeur, la surjuridicisation et le coût. Tout cela, finalement, n'a guère d'importance, à côté du grand vent de compassion et de la prise de conscience du naufrage de nombreux êtres qui irradie la loi : l'honneur du droit ».