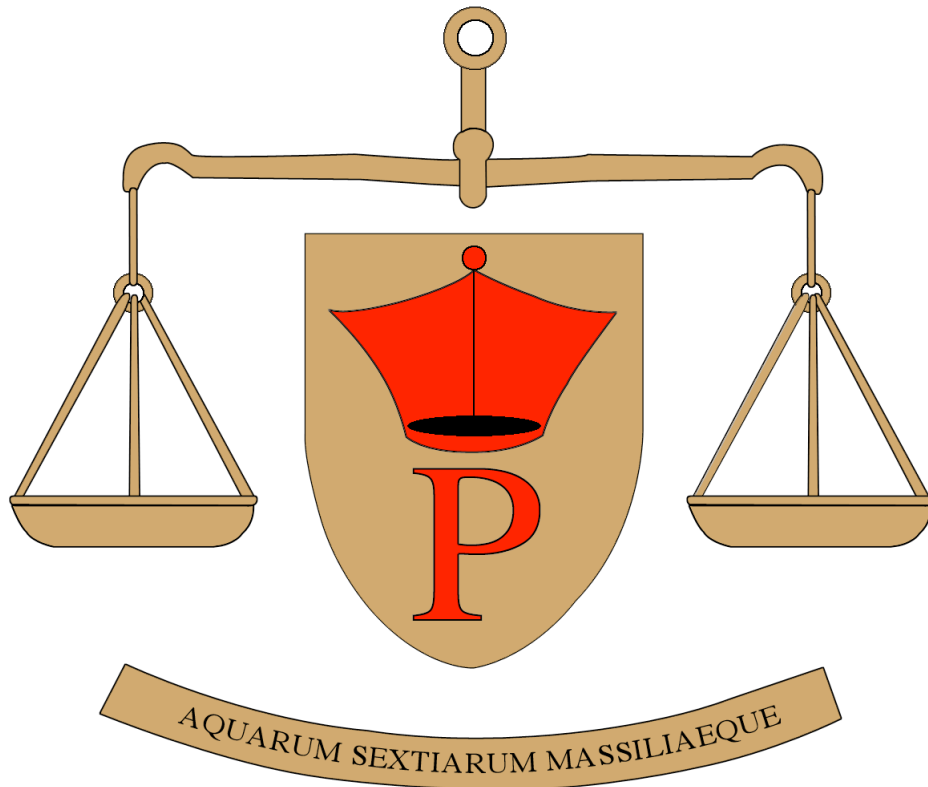


DROIT PROSPECTIF

FACULTAS JURIS



Matthieu CARON

Pierre Mendès France et les institutions de la V^e République

Hélène AUBRY

Règles déontologiques et loi

Raphaël MATTA-DUVIGNAU

La pharmacovigilance : un service public en restructuration

Johann ABRAS

*Prohibition des clauses léonines : beauté et vérité ou
« Clause léonines : observations relatives à l'exactitude d'une séduisante prohibition »*

Cécile SALCEDO

La police administrative de l'indécence audiovisuelle aux États-Unis

LE CERTIFICAT MÉDICAL POUR L'OUVERTURE DES MESURES DE PROTECTION DES MAJEURS

Par

David NOGUÉRO

Professeur à l'Université de Paris Descartes

La trilogie des principes de subsidiarité, de nécessité et de proportionnalité est une espèce de vade-mecum pour l'ouverture, l'organisation, le fonctionnement et la cessation des diverses mesures de protection du majeur¹. Après la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2009, grâce à ces principes, l'objectif est aussi, pragmatiquement, de diminuer le nombre de mesures, nous indique-t-on². Des textes les évoquent implicitement, comme la loi de 1968 le faisait³. Le législateur de 2007 a mis en tête d'affiche ces principes⁴ dans les dispositions communes aux mesures judiciaires (section II) au sein des mesures de protection des majeurs (chapitre II)⁵. La place dans la section est trompeuse et il vaut mieux retenir celle dans le chapitre qui comprend le mandat de protection future, semble-t-il, du moins assurément pour la nécessité. On peut même estimer que cet esprit de la protection, immanent au code dès 1968, transcende les mesures d'incapacité, gagnant la mesure d'accompagnement judiciaire⁶.

S'interrogeant sur la valeur juridique de ces directives, avec des nuances intermédiaires, certains les voient comme des règles emphatiques, des guides interprétatifs à disposition, d'autres carrément comme des ordres plus contraignants. À l'évidence, ces principes de bon sens ne sont pas à négliger. Pas toujours à propos,

¹ F. DELBANO, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », *D.* 1999, chr., p. 408 ; Th. FOSSIER, « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », *Deffrénois* 2005, art. 38076, p. 3 ; V. NORGUIN, « Droit processuel et protection judiciaire civile des majeurs vulnérables », *D.* 2011, p. 1842 ; M. REBOURG, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* 2007, Étude 16 ; S. THOURET, « Régimes de protection judiciaires : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », *Deffrénois* 2009, art. 38884, p. 185.

² L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Les mesures concrètes pour simplifier l'exercice des mesures et diminuer leur nombre », *AJ fam.*, n° 1/2009, p. 10. Et V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réforme de la protection des majeurs : protéger mieux, davantage de personnes et à moindre coût ! », *Dr. fam.*, mars 2007, Repère, 3.

³ C. civ., anc. art. 498.

⁴ C. civ., art. 428 et 440.

⁵ Titre XI De la majorité et des majeurs protégés par la loi.

⁶ C. civ., art. 495 et 495-1.

des plaideurs vont être tentés d'invoquer leur non-respect dans telle ou telle affaire⁷. Toutefois, la « sanction » de ces principes est la vie même des mesures protectrices dont ils sont le soubassement sur les fondations de la liberté et de l'égalité. Par exemple, on ne se plaindra pas isolément que le principe de nécessité a été violé ; on relèvera que le certificat médical n'a pas été donné au juge.

Se cumulant avec la subsidiarité, la nécessité et la proportionnalité sont les autres directives posées par la loi, sous-jacentes dès 1968. À y regarder de plus près, elles s'entremêlent avec la première et se fondent entre elles. Pour savoir ce qu'il faut exactement sélectionner comme mode de protection, encore faut-il déterminer quel est le degré de nécessité de la protection qui doit s'adapter au majeur. Le besoin et l'individualisation qui traduisent l'adjonction des effets des deux directives réunies, conduisent inexorablement à la modulation des régimes⁸. Bien que ces différentes notions soient imbriquées, y compris dans leur fonction respective, il y a lieu de s'intéresser ici au principe de nécessité, en liaison avec la problématique choisie du certificat médical, étape sur le parcours de la mise en place d'une mesure protectrice⁹.

L'exigence résulte toujours de la formulation légale négative qui consiste à n'ordonner la mesure « qu'en cas de nécessité »¹⁰. Manifestement, si la mesure est inutile, elle n'a pas lieu d'être, la capacité juridique étant le principe. La mesure doit être indispensable, ce qui pourrait finalement rappeler la subsidiarité. Comprendons que la mesure doit répondre à un besoin qui est à vérifier impérativement dans son existence et dans le temps. Si l'on voulait restituer une chronologie fictive, n'intervient aucun questionnement sur la subsidiarité tant que le besoin de protection n'est pas au préalable démontré¹¹. Pour vérifier cette condition, on devine le rôle primordial du certificat médical¹². L'altération des facultés personnelles de la personne à protéger, médicalement constatée, est une condition de fond de la protection¹³.

⁷ Par ex. : un rejet fondé sur le droit non encore en vigueur, Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 09-68.671, inédit ; D. 2011, Pan., p. 2501, spéc. 2507, obs. D. NOGUÉRO.

⁸ C. civ., art. 473, al. 2 et art. 471 ; anc. art. 501 et anc. art. 511, tutelle et curatelle, aussi art. 442. Et, CPC, art. 1228 ; anc. art. 1254.

⁹ A. BATTEUR, « Les conditions d'ouverture des régimes de protection des majeurs », *Dr. et patr.*, avr. 2009, n° 180 ; D. NOGUÉRO, « La publicité des mesures de protection des majeurs (ouverture, vie et fin) », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, « Personnes, Famille, Acte juridique », Dalloz-Litec, à paraître en 2012.

¹⁰ C. civ., art. 428, al. 1^{er}. Et art. 415, al. 1^{er} : « Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre ».

¹¹ On retrouve les causes de la protection auxquelles nous renvoyons pour le détail, qui sont les raisons de fait qui autorisent à accorder limitativement la protection. Sommairement, on passe des causes identifiées avant la réforme (C. civ., anc. art. 488 ; 491 ; 492 ; 508 ; 508-1) à la répercussion de l'altération des facultés personnelles après (C. civ., art. 425 ; 433 ; 440 ; 477 ; 481). La jurisprudence rendue pour les mesures judiciaires sera transposable quant à la cause de l'altération tant au mandat pour soi - pour le mandant - qu'à celui pour autrui - pour le bénéficiaire du mandat -.

¹² Ex. : absence d'altération constatée médicalement, d'où un principe de nécessité faisant manifestement défaut pour une curatelle, en vertu des art. 425 et 428 c. civ., CA Bastia, 9 mars 2011, n° RG 10/00820 ; D. 2011, Pan., p. 2501, spéc. 2508, obs. D. NOGUÉRO.

¹³ C. civ., art. 425, al. 1^{er} ; anc. art. 490. Renvoi pour la sauvegarde de justice, art. 433, al. 1^{er} ; anc. art. 491 et, implicitement, art. 434 ; anc. art. 491-1 ; pour la curatelle et la tutelle, art. 440 ; anc. art. 508 ; anc. art. 492 ; pour le mandat de protection future, art. 477, al. 1^{er} et 3 ; art. 481. V. *infra* sur la recevabilité de la demande de protection.

Demander que le besoin soit établi sert évidemment la liberté de tout majeur contre d'éventuels abus tout en préservant sa capacité juridique. Essentiellement, la nécessité permet de mesurer exactement l'étendue de l'altération des facultés et ses répercussions sur l'activité juridique en fonction du contexte affectif, familial, patrimonial. Cette alchimie fait le régime protecteur.

En photographiant la situation globale actuelle et en se projetant raisonnablement, le juge confectionne pour l'avenir le cadre de l'activité du majeur dans lequel celui-ci va se mouvoir. La protection organisée regarde devant, au contraire de celle inorganisée qui revient en arrière occasionnellement pour un acte juridique. Un statut se dessine plus ou moins structuré. Les tiers ont un interlocuteur valable et sont invités à suivre la procédure prévue pour entretenir des rapports avec le majeur protégé qui reste sur la scène. Si la protection prononcée doit être pleinement efficace, il ne faut pas la mettre en place à la légère pour s'apercevoir ensuite qu'elle est inadaptée et essayer de rattraper les conséquences de l'authentification défailante du départ par un replâtrage à l'arrivée. C'est que le choix du régime a une incidence forte sur l'appréciation ultérieure de la régularité des actes.

Autre idée, dans la continuité, un régime protecteur doit être justifié parce qu'il se mérite, sinon c'est offrir à tort une protection au mépris de la sécurité juridique. Afin de protéger du mieux possible les vrais incapables, il faut limiter à sa juste proportion le bouclier de l'incapacité et ne pas travestir les causes de la faiblesse pour détourner cet instrument. Dès avant la réforme de 2007, qui a entendu réagir, l'accent a été mis sur des dérives rencontrées en pratique consistant à « offrir » l'incapacité pour des asociaux et autres laissés-pour-compte souffrant essentiellement de difficultés socio-économiques¹⁴.

La nécessité s'inscrit également dans la durée. L'incapacité n'est pas un jugement définitif sur l'aptitude ou l'inaptitude de fait d'une personne sauf à considérer sa permanence justifiée jusqu'à la mort du majeur¹⁵. Le principe de nécessité oblige à doser le régime dans le temps. Le lien construit entre la cause concrète de l'altération des facultés personnelles et l'inaptitude juridique qui en est déduite ne peut se désolidariser indéfiniment du lien réel duquel il tire sa raison d'être. Il faut actualiser la vérification du besoin de protection.

En bref, le principe de nécessité sert l'authentification du besoin de protection dans le respect de la liberté du majeur. Le certificat médical en est la pierre angulaire, avant comme après la réforme de 2007¹⁶. Sous la loi de 1968, c'est déjà une disposition générale aux trois régimes à laquelle chacun renvoie : « l'altération des facultés mentales ou corporelles doit être médicalement établie »¹⁷. Avec la loi

¹⁴ Sur l'adaptation, là aussi, C. civ., art. 495-4, al. 2.

¹⁵ Sur le renouvellement, la modification et la substitution, C. civ., art. 442. Nous intéressent à l'ouverture de la protection, c'est par simple comparaison, à l'occasion, que nous évoquerons cette autre problématique.

¹⁶ C. JONAS, « Les aspects médicaux de la protection des majeurs », *Dr. fam.* 2007, Étude 15 ; F. FRESNEL, « Le certificat médical dans la protection juridique des majeurs », *RJPF*, juin 2008, p. 8 ; « Le certificat médical, une pièce maîtresse de la mesure de protection des majeurs », *D.* 2010, Point de vue, p. 2656.

¹⁷ C. civ., anc. art. 490, al. 3.

de 2007, toutes les mesures résultent « d'une altération médicalement constatée » des mêmes facultés¹⁸. Le principe de nécessité dicte l'exigence. Cependant, il faut parfois se résoudre à se passer de certificat pour mettre en place une protection. C'est le cas de dispense de certificat. Le législateur comme le juge ont sérieusement réduit son domaine, peau de chagrin. On examinera successivement une exigence renforcée par la lettre (I) et une dispense altérée dans l'esprit (II).

I. Une exigence renforcée par la lettre

L'indéniable exigence légale du certificat (A) est une garantie qui nécessite de déterminer l'auteur du certificat, les modalités pratiques comme le contenu et la force du certificat (B).

A. L'exigence légale du certificat

Le législateur exprime l'exigence de production d'un certificat médical. Il n'envisage pas ouvertement toutes les incidences de son ordre. On distinguera, d'abord, le secret et la confiance, ensuite la nécessité et la date, et, enfin, la formalité substantielle.

1. Secret et confiance

On peut songer à opposer la violation du secret professionnel médical¹⁹. L'interrogation a été levée dans une hypothèse où des dommages-intérêts étaient demandés par la majeure au médecin traitant ayant remis à son fils requérant un certificat médical sur son état de santé psychique nécessitant une mesure. Une sauvegarde de justice avait été ordonnée le temps de l'instance au terme de laquelle, après examen médical, le juge a refusé d'ouvrir la curatelle. La Cour suprême a cependant considéré que par l'effet d'une disposition²⁰, « le professionnel est déchargé de son obligation au secret relativement aux faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession », « en l'absence de révélation de toute autre information sur l'état de santé de sa patiente » que celle topique²¹. Aussi, lorsqu'un texte légal prévoit la délivrance d'un tel certificat, en respectant strictement la mission, le professionnel de la santé peut remettre le document établi au(x) seul(s) destinataire(s) désigné(s).

Y compris après la réforme, la dérogation est à généraliser pour les tiers habilités à solliciter la mesure²². Les textes qui désignent les personnes susceptibles

¹⁸ C. civ., art. 425, al. 1^{er}.

¹⁹ CSP, art. L. 1110-4. *Adde* M. COUTURIER, « Secret médical et protection des personnes atteintes de troubles psychiques », *RDSS* 2009, p. 277.

²⁰ C. civ., anc. art. 490-1, alors.

²¹ Civ. 1^{re}, 13 janv. 2004, n° 01-16.823, *Bull. civ. I*, n° 15, p. 12 ; *RTD civ.* 2004, p. 264, obs. J. HAUSER ; *D.* 2004, Somm., p. 1853, obs. J.-J. LEMOULAND ; *Dr. fam.* 2004, n° 58, note Th. FOSSIER ; *Defrénois* 2004, art. 37926, n° 40, p. 597, obs. J. MASSIP.

²² Aussi, la preuve de l'insanité pour la nullité des actes juridiques : Civ. 1^{ère}, 22 mai 2002, n° 00-16.305, *Bull. civ. I*, n° 144, p. 111 ; Civ. 1^{re}, 2 mars 2004, n° 01-00.333, *Bull. civ. I*, n° 69, p. 55 ; *RTD civ.* 2004, p. 485, obs. J. HAUSER ; Civ. 1^{re}, 8 mars 2005, n° 03-12.044, inédit. - Comp. jurisprudence en application de C. civ., art. 1975. - Et secret, santé, vie privée et conciliation des intérêts, Com. 15 mai

de solliciter une mesure de protection et qui exigent, pour ce faire, la production d'un certificat médical sur l'altération des facultés, valent logiquement autorisation de se procurer le document contenant les informations à récolter et de le délivrer.

Il demeure qu'une certaine confidentialité est à observer²³. « Le certificat est remis par le médecin au requérant sous pli cacheté, à l'attention exclusive du procureur de la République ou du juge des tutelles »²⁴. C'est une discrétion textuelle qui n'a vraisemblablement aucune efficience pratique si elle est comprise de façon trop rigide. Disons que c'est un décorum de secret plus qu'autre chose. En pratique, il est assez illusoire de croire que celui qui va prendre l'initiative de solliciter la mesure, limitativement désigné par la loi, souvent dans la proximité de vie du majeur à protéger, va ignorer la situation concrète. Et, à supposer qu'une relative incertitude règne sur l'étendue exacte de l'atteinte, on devine qu'il ne poursuivra pas son investigation ou sa démarche si le médecin lui signale qu'il n'a rien relevé motivant une demande devant le juge. Il y a dès lors fort à parier qu'il interrogera le médecin de la liste prévue par la loi pour savoir, avec insistance, comme le majeur qui peut être curieux ou passif. Sauf à mettre celui-ci dans une situation assez inconfortable, on voit mal comment le médecin pourrait cacher au requérant le résultat de son intervention. Il ne s'agit pas de donner tous les détails mais de jouer le sémaphore : rouge, orange ou vert²⁵. Une comparaison peut aider : le type d'information recueilli par le médecin-conseil auprès de l'assuré sur sa santé pour transmettre un avis sur la garantie à l'assureur. Le requérant doit savoir si, oui ou non, la mesure projetée est nécessaire. Le procureur comme le juge sont dépositaires du rapport détaillé. Il faudra suivre l'analyse de la jurisprudence pour confirmation en cas de litige.

Le souci de l'intimité mérite de s'étendre un peu. Pour le mandat de protection future, le mandataire produit le certificat médical du médecin choisi sur la liste prévue par la loi, au greffe du tribunal de grande instance²⁶. Cette incursion dans la sphère intime du mandant ou du bénéficiaire du mandat se comprend. Il faut bien prendre l'initiative de mettre en route la protection conventionnelle. Or, fréquemment, le destinataire de la protection sera inapte à le faire. La loi a chargé le mandataire des formalités. Au-delà, on pourrait considérer que, en concluant son mandat, le mandant a consenti par avance à renoncer à opposer le secret de sa santé à son représentant. Par extension, il faudrait aussi l'admettre, indirectement, pour le bénéficiaire du mandat qui n'en est pas le « mandant ». Du point de vue du secret, il suffirait au médecin de certifier au mandataire qu'il peut saisir le greffier au regard de la situation de santé. Serait alors remis le pli cacheté pour le greffe.

2007, n° 06-10.606, *Bull. civ.* IV, n° 130, p. 146 ; *RTD civ.* 2007, p. 753, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2007, n° 154, note Th. FOSSIER.

²³ J. MASSIP, « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs », *Defrénois*, 2009, n° 284, p. 238 : pour l'auteur, si le requérant est une personne privée, comme le conjoint ou un parent, « il n'aura pas connaissance du contenu du certificat établi par le médecin habilité, du moins au début de la procédure ».

²⁴ CPC, art. 1219, al. 3. - Circulaire de la Direction des affaires civiles et du Sceau DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 févr. 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, BOMJ n° 2009-01 du 28 févr. 2009.

²⁵ Pour l'accès au dossier, ultérieurement, CPC, art. 1222.

²⁶ C. civ., art. 481, al. 2.

2. Nécessité et date

L'étape du certificat médical est cruciale. Ceux qui sont habilités à solliciter la mesure²⁷, les proches spécialement, peuvent se montrer hésitants. On ne voudrait pas faire des vagues en prenant le « risque » de demander une incapacité dont on craint les effets perturbateurs. On peut psychologiquement avoir du mal à se résigner à agir, y compris face à l'évidence²⁸. Il est délicat d'annoncer à la personne qu'on veut ou va la faire examiner pour décider officiellement de son inaptitude. C'est un pas. Il faut néanmoins préparer le terrain. Il est donc important de plaider pour vanter des mesures qui aident le majeur et son entourage. Le passage de la vérification du besoin reste inévitable. Le certificat est certes la preuve de l'altération des facultés personnelles mais il a aussi « une valeur propre, car c'est une garantie contre une mesure arbitraire »²⁹.

C'est pourquoi, même si la loi est silencieuse sur la durée de validité du certificat obtenu, l'on peut penser que celui qui souhaite diligenter la protection et l'aura en sa possession, ne tardera pas à former la demande³⁰. Cela semble rendre inutile de fixer une péremption de ce papier qui est la pièce charnière de l'ouverture de la mesure. Au pire, le juge peut solliciter des informations complémentaires si le certificat lui paraît un peu ancien. Le principe de nécessité peut justifier une vérification supplémentaire³¹. En présence de certificats qui seraient en sens opposé, rien n'empêche de recourir à la mesure d'instruction contradictoire qu'est l'expertise.

Pour les mesures judiciaires, la date du certificat médical n'est pas limitée dans le temps. Il ne faut pas confondre le moment où doit intervenir la remise du certificat, avec la date à laquelle il doit être élaboré. À propos du maintien de la mesure, il ne se justifie que si l'altération des facultés persiste, point que doit justifier le certificat³². Le majeur protégé n'a pas à « produire des justifications médicales qui viendraient indiquer que la mesure de protection dont il bénéficie n'est plus adaptée »³³.

Le mandat de protection future nécessite un certificat récent, établi par le médecin figurant sur la liste prévue par la loi, datant de deux mois au plus, tant pour le mandant ou le bénéficiaire du mandat³⁴ que, dans le mandat pour autrui, le cas

²⁷ C. civ., art. 430 ; anc. art. 493.

²⁸ À l'opposé, chantage possible par désistement de l'instance, D. NOGUÉRO, « Privatisation procédurale de la protection des majeurs sans bémol. (À propos d'un simple avis du 20 juin 2011) », *LPA*, 22 juill. 2011, n° 145, p. 10.

²⁹ J. CARBONNIER, t. 1 : *Les personnes. Personnes, incapacités, personnes morales*, 21^e éd., 2000, coll. Thémis, PUF, n° 162, p. 337.

³⁰ Comp. la durée précisée pour le mandat de protection future.

³¹ Ex. : pour une curatelle, expertise confiée au médecin listé ayant établi le certificat initial pour la requête, CA Bastia, 6 juill. 2011, RG n° 10/00906.

³² Ex. : tutelle, Civ. 1^{re}, 27 mai 2010, n° 09-12.193, inédit ; D. 2010, Pan., p. 2127, obs. J.-J. LEMOULAND.

³³ Civ. 1^{re}, 5 nov. 2008, n° 07-17.907, *Bull. civ.* I, n° 249, p. 212 ; *RTD civ.* 2009, p. 94, obs. J. HAUSER ; D. 2009, Pan., p. 2192, obs. J.-J. LEMOULAND ; *Defrénois* 2009, art. 38910, n° 7, p. 557, obs. J. MASSIP ; *AJ fam.* 2008, p. 478, obs. L. PÉCAUT-RIVOLIER ; *JCP* 2008, IV, 2940 ; *RJPF* avr. 2009, p. 17 : mainlevée refusée d'une curatelle renforcée.

³⁴ Respectivement, CPC, art. 1258, 2° ; art. 1258-1, al. 2, 3°.

échéant, pour le « mandant »³⁵. En effet, pour le mandat pour autrui, s'il n'est pas décédé, le « mandant » doit se trouver hors d'état d'assumer la protection, d'où l'exigence d'un certificat de décès ou d'un certificat médical de moins de deux mois. Il en va semblablement pour la fin du mandat par le rétablissement des facultés³⁶, un certificat de moins de deux mois étant exigé³⁷. À défaut, il faudrait renouveler la procédure, la demande étant irrecevable à raison d'un certificat plus assez récent³⁸. Il est vrai que le texte est silencieux sur la sanction mais les vérifications que doit opérer le greffier empêchent normalement d'apposer le visa qui déclenche le mandat. Le greffier opère un contrôle formel de la réunion des diverses pièces énumérées dont le certificat. En pratique, en cas de doute sur l'opportunité de la mesure, rien ne l'empêche de contacter le procureur de la République pour lui signaler.

3. *Formalité substantielle*

Sous la loi de 1968, lors de la requête en vue de l'ouverture de la mesure, le certificat du médecin spécialiste listé doit être joint³⁹. Après la loi de 2007, la demande est accompagnée du certificat circonstancié⁴⁰. Avant la réforme, la jurisprudence a affirmé qu'il s'agissait d'une formalité substantielle préalable à l'ouverture de la mesure⁴¹. Par principe, le certificat en question ne peut être remplacé par un autre document⁴². *A fortiori*, l'ouverture de la protection ne saurait intervenir en l'absence de tout certificat.

La loi de 2007 précise clairement qu'à défaut de production du certificat idoïne la demande d'ouverture est irrecevable⁴³. La jurisprudence l'a affirmé clairement⁴⁴. L'ordre public protecteur se manifeste⁴⁵.

Protégeons celui qui est à protéger en scrutant techniquement la réalité du besoin⁴⁶. Le juge devrait rejeter d'office toute demande incomplète sous cet aspect. Sous la loi de 1968, il a été décidé que si le certificat est bien une formalité substantielle, condition de fond, « le fait que le juge des tutelles ait omis de mentionner

³⁵ CPC, art. 1258-1, al. 2, 2°.

³⁶ C. civ., art. 483, 1°.

³⁷ CPC, art. 1259, al. 1^{er}.

³⁸ Assurément, pour le déclenchement du mandat.

³⁹ CPC, anc. art. 1244, al. 1^{er}.

⁴⁰ C. civ., art. 431, al. 1^{er}.

⁴¹ Curatelle : Civ. 1^{re}, 18 janv. 1972, n° 70-10.321, *Bull. civ. I*, n° 21, p. 20 ; *D.* 1972, p. 373, note M. CONTAMINE RAYNAUD ; *Defrénois* 1972, art. 30129, p. 760, note J. MASSIP. Comp., pour le jeu de l'anc. art. 489-1 C. civ., exigeant une requête pour l'ouverture d'une curatelle ou tutelle, Civ. 1^{ère}, 11 mars 1975, n° 73-12.687, *Bull. civ. I*, n° 101, p. 88 : requête non accompagnée du certificat médical exigé par l'art. 890 (anc.) CPC, d'où une saisine non valable du juge des tutelles.

⁴² Curatelle : Paris, 30 juin 1972, *Gaz. Pal.* 1972, 2, 875, note V. AMZALAC. - Implicite, Civ. 1^{ère}, 15 juin 1994, n° 92-19.680, *Bull. civ. I*, n° 213, p. 155 ; *RTD civ.* 1994, p. 834, obs. J. HAUSER ; *D.* 1994, IR 178 ; *D.* 1995, p. 37, note J. MASSIP ; *Defrénois* 1994, art. 35945, n° 153, p. 1450, obs. J. MASSIP.

⁴³ C. civ., art. 431, al. 1^{er} ; répété, CPC, art. 1218, 1°.

⁴⁴ Civ. 1^{re}, 29 juin 2011, n° 10-21.879 ; *Bull. civ. I* - V. *infra*, la dispense.

⁴⁵ J. MASSIP, *op. cit.*, n° 283, p. 236 : « La fin de non-recevoir tirée du défaut de production du certificat médical doit être considérée comme d'ordre public et pourrait être relevée d'office par le juge ».

⁴⁶ Pas de nouveau certificat à produire lors d'un recours contre la décision ouvrant la mesure, par l'effet dévolutif, Civ. 1^{re}, 15 mars 1988, n° 86-15.768, *Bull. civ. I*, n° 77, p. 51. - Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, n° 95-15.287, inédit ; *Defrénois* 1998, art. 36753, n° 14, p. 327, obs. J. MASSIP.

dans sa décision l'avis du médecin traitant n'a pas pour effet de rendre la procédure irrégulière dès lors qu'il résulte des constatations du tribunal de grande instance que la décision du juge des tutelles a été précédée de l'avis du médecin traitant, lequel a établi (...) un certificat figurant au dossier »⁴⁷. Désormais, l'absence du certificat idoïne avec la requête se traduit par une fin de non-recevoir. Il en va ainsi pour les mesures judiciaires que sont la curatelle et la tutelle.

En sauvegarde de justice judiciaire, le juge valablement saisi procède à l'ouverture et il sollicite l'avis médical⁴⁸. Pour la sauvegarde de justice médicale, la déclaration émane d'un membre du corps médical avec des garanties⁴⁹. La déclaration du médecin qui donne ses soins, au procureur de la République, doit s'accompagner de l'avis conforme d'un psychiatre qui n'a pas à figurer obligatoirement sur la liste du procureur de la République. Lorsque la personne est soignée dans un établissement de santé, le médecin doit déclarer la situation au procureur. On constate qu'on se dispense alors du certificat ciconstancié du médecin listé.

La mesure conventionnelle est à présenter sous cet aspect. Pour le déclenchement du mandat de protection future, est indispensable la preuve du fait que le mandant ou le bénéficiaire du mandat (malgré le silence du texte pour celui-ci), « ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts »⁵⁰. L'altération des facultés personnelles du majeur à protéger doit également être médicalement constatée selon le mode du certificat médical émanant d'un médecin figurant sur la liste établie par le procureur de la République⁵¹. Le greffier est tenu de vérifier la production de ce certificat médical qui doit dater de deux mois au plus avant la comparution⁵². En l'absence d'intervention du juge, cette actualité du document est destinée à bien mettre en corrélation la protection conventionnelle avec le besoin qui la justifie. En pratique, on peut penser que la mise en œuvre du mandat ne traînera pas après l'obtention de cette pièce essentielle⁵³. En sus, pour le mandat de protection future pour autrui, si le « mandant » n'est pas décédé, il faut également un certificat inférieur à deux mois démontrant son altération des facultés⁵⁴.

B. L'auteur, les modalités pratiques, le contenu et la force du certificat

On examinera ces quatre points tour à tour.

1. Auteur du certificat

Il faut distinguer le médecin traitant du médecin listé, seul le second étant habilité à dresser le certificat recherché.

⁴⁷ Civ. 1^{re}, 3 janv. 2006, n° 03-16.783, inédit.

⁴⁸ C. civ., art. 433, al. 1^{er} et 3 ; plus net, anc. art. 491-1, al. 2.

⁴⁹ CSP, art. L. 3211-6. Renvoi par C. civ., art. 434.

⁵⁰ C. civ., art. 481, al. 1^{er}.

⁵¹ C. civ., art. 481, al. 2.

⁵² CPC, art. 1258, 2° ; art. 1258-1, 3° ; comp. le parallélisme sur la fin du mandat, art. 1259.

⁵³ Pour la sanction, V. *supra*.

⁵⁴ CPC, art. 1258-1, 2°.

a. Médecin traitant

Un louable souci de collaboration dans l'indépendance marquait la loi de 1968 lorsqu'il était indiqué que « les décisions par lesquelles le juge des tutelles organise la protection des intérêts civils sont précédées de l'avis du médecin traitant »⁵⁵. Pour faciliter la protection du majeur, encore, selon les circonstances, fallait-il connaître ce médecin traitant et ne pas se heurter à une opposition du secret professionnel.

Sous la loi de 1968, la jurisprudence a précisé ce qu'il fallait entendre par la notion de médecin traitant⁵⁶. Le pourvoi estimait qu'il fallait prendre en compte l'ancienneté décennale du médecin de famille. La Haute Cour affirme le pouvoir souverain d'appréciation. D'ajouter, pour l'éclairage, que « le tribunal a estimé que le médecin hospitalier qui avait pris en charge (la majeure) lors de ses hospitalisations de plus en plus fréquentes en rapport avec l'affection ayant justifié l'ouverture de la curatelle avait la qualité de médecin traitant au sens » de l'ancien article 490-1, alinéa 3⁵⁷. Est retenu un praticien effectivement en charge du majeur au moment de la protection, pas de façon épisodique⁵⁸.

La loi de 2007 semble avoir une préférence pour le médecin figurant sur une liste, certainement moins aux avant-postes mais, à tort ou à raison, jugé plus impartial⁵⁹. Toutefois, bien que passant au second plan, le rôle du médecin traitant n'est pas négligé⁶⁰. Parmi d'autres informations, la requête aux fins d'ouverture de la mesure mentionne son nom si son existence est connue du requérant⁶¹. « Pour l'application du dernier alinéa de l'article 426 et de l'article 431, le médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431 peut solliciter l'avis du médecin traitant de la personne qu'il y a lieu de protéger »⁶². Cette simple faculté désormais aura son

⁵⁵ C. civ., anc. art. 490-1, al. 3 ; et pour la modulation de la capacité, anc. art. 501 ; anc. art. 511 ; le logement, anc. art. 490-2, al. 3 ; le mariage en tutelle, anc. art. 506, al. 3 ; l'audition, CPC, anc. art. 1246, al. 2.

⁵⁶ G. MÉMETEAU, « Le médecin et la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs », *RTD civ.* 1973, p. 403 ; R. VIALATTE, « Des rôles du médecin traitant et du médecin spécialiste dans la protection des incapables majeurs », *D.* 1972, chr., p. 165. Et A. MARCELLI, « Le médecin, le juge, l'avocat et l'incapable », *Gaz. Pal.* 1998, 1, doctr., 25.

⁵⁷ Curatelle : Civ. 1^{ère}, 22 oct. 2002, n° 01-00.383, *Bull. civ.* I, n° 237, p. 183 ; *RTD civ.* 2003, p. 60, obs. J. HAUSER ; *D.* 2004, Somm., p. 1852, obs. J.-J. LEMOULAND, 1^{er} moyen.

⁵⁸ Comp. la jurisprudence à propos de l'incapacité de défiance de C. civ., art. 909. Dernièrement, Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010, n° 07-21.303, *Bull. civ.* I, n° 222 ; *RTD civ.* 2011, p. 163, obs. M. GRIMALDI ; *JCP* 2010, Act. 1143, p. 2156, obs. J.-C. BONNEAU ; *JCP* 2011, 251, n° 7, p. 448, obs. R. LE GUIDEC ; *JCP* 2011, 398, p. 666, n° 26, obs. J. KULLMANN ; *JCP N* 2011, 1054, note J. MASSIP ; *RGDA* 2011, p. 164, note J. KULLMANN ; *Dr. fam.* 2011, n° 9, note B. BEIGNIER ; *Deffrénois* 2011, art. 39230, n° 14, p. 837, obs. J. MASSIP ; *L'essentiel, Droit des assurances*, n° 3, déc. 2010, p. 1, obs. M. LEROY ; *LPA*, 24 mars 2011, n° 59, p. 3, note S. VANUXEM ; *Gaz. Pal.* 29-30 avr. 2011, n° 119-120, p. 43, note X. LEDUC.

⁵⁹ C. civ., logement, art. 426, al. 3 ; renouvellement de la mesure, art. 442.

⁶⁰ Le médecin auteur de l'avis des art. 426 et 432, non-retour à domicile et non-audition, reçoit un paiement de 25 €, C. pr. pén., art. R. 217-1, al. 3.

⁶¹ CPC, art. 1218-1, al. 1^{er}.

⁶² C. civ., art. 431-1.

utilité selon les cas divers⁶³. Le plus souvent, on ne peut qu'inciter à recueillir un tel éclairage⁶⁴.

b. Médecin listé

La loi de 1968 prévoit un médecin spécialiste sur une liste officielle. Rédigée pour la tutelle mais d'application générale, une disposition prévoit que « le juge ne peut prononcer l'ouverture d'une tutelle que si l'altération des facultés mentales ou corporelles du malade a été constatée par un médecin spécialiste choisi sur une liste établie par le procureur de la République »⁶⁵. Pour le détail, il est expressément renvoyé au Code de procédure civile⁶⁶. Sous la loi de 1968, « la liste des médecins spécialistes est établie chaque année par le procureur de la République, après consultation du préfet »⁶⁷. C'est donc un médecin spécialiste sur une liste officielle, différent du médecin traitant.

La jurisprudence a apporté des précisions. Principe clair, le médecin doit être mentionné sur la liste⁶⁸. *Brevitatis causa*, on pourrait dire un « médecin listé ». La liste permet d'agréer en amont ceux qui vont procéder à l'examen médical du majeur. Le but consiste à ne pas ergoter *ad vitam aeternam* en aval. La jurisprudence s'est exprimée, avant la réforme de 2007, par des solutions qui méritent d'être reconduites quant à l'appartenance à la liste. Il est vain de discuter de la spécialité adéquate du médecin s'il se trouve inscrit sur la liste⁶⁹. Il n'est nul besoin de préciser sa spécialité s'il figure sur cette liste. Pour la Cour de cassation, le point de savoir si les avis émanent du médecin traitant, lorsque son avis est à solliciter, ou du spécialiste figurant sur une liste, est une question de fait, qui ne peut donc être soulevée pour la première fois à ce stade de la procédure⁷⁰. Déterminer si le médecin qui a constaté l'altération des facultés est un médecin de la liste reste une question de fait échappant au contrôle de la Haute Cour⁷¹.

La loi de 2007 reprend la formalité d'un certificat médical établi par un médecin figurant sur une liste mais sans allusion à la spécialité⁷². Cette suppression

⁶³ CPC, art. 1220-1, al. 3 : « Le juge peut, s'il l'estime opportun, procéder à cette audition en présence du médecin traitant ou de toute autre personne ».

⁶⁴ Pour autant, le certificat du médecin listé prévaut. Pour une curatelle : Civ. 1^{ère}, 6 juill. 2011, n° 10-22.742, inédit ; *D.* 2011, Pan., p. 2501, spéc. 2508, obs. D. NOGUÉRO.

⁶⁵ C. civ., anc. art. 493-1, al. 1^{er}. CPC, anc. art. 1244, al. 1^{er} et 2.

⁶⁶ C. civ., anc. art. 493-1, al. 2.

⁶⁷ CPC, anc. art. 1245.

⁶⁸ Curatelle : Civ. 1^{ère}, 3 janv. 2006, n° 02-20.321, inédit.

⁶⁹ Civ. 1^{ère}, 24 nov. 1987, n° 85-18.006, *Bull. civ.* I, n° 306, p. 219 ; *Defrénois* 1988, art. 34186, n° 10, p. 323, obs. J. MASSIP ; *Gaz. Pal.* 1988, 1, 332, note J. MASSIP ; *JCP* 1988, II, 21129, obs. Th. FOSSIER, 1^{er} moyen : psychiatrie pour une tutelle.

⁷⁰ Tutelle : Civ. 1^{ère}, 4 avr. 1991, n° 89-15.902, *Bull. civ.* I, n° 116, p. 78 ; *Defrénois* 1991, art. 35088, n° 71, p. 955, obs. J. MASSIP, 1^{er} moyen. - Tutelle, médecin traitant : Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2001, n° 99-19.056, inédit.

⁷¹ Tutelle pour trisomie : Civ. 1^{ère}, 17 déc. 1996, n° 94-20.128, inédit ; *Defrénois* 1997, art. 36634, n° 105, p. 999, obs. J. MASSIP. - Curatelle : Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1990, n° 87-13.902, *Bull. civ.* I, n° 23, p. 16 ; *Defrénois* 1990, art. 34791, n° 50, p. 696, obs. J. MASSIP ; *JCP N* 1990, II, 281, obs. Th. FOSSIER. - Curatelle renforcée : Civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, n° 96-14.646, inédit ; *Dr. fam.* 1999, n° 35, note Th. FOSSIER.

⁷² C. civ., art. 431, al. 1^{er} ; mandat de protection future, art. 481, al. 2.

serait due à une question de démographie médicale⁷³. On peut ouvrir le recrutement à des gériatres, des neurologues, voire des généralistes. Avec la pénurie, il faut également tenir compte des profils variés des majeurs protégés, notamment des situations liées au grand âge qui font appel à d'autres compétences techniques. Il en va d'autant plus ainsi que l'intervention de ce praticien ne se limite pas à l'ouverture de la mesure. Sa fonction dépasse celle de médecin certificateur pour la mise en place du régime⁷⁴.

Après la loi de 2007, le médecin est toujours choisi sur une liste dressée par le procureur de la République, sans consultation obligatoire du préfet, sans mention textuelle de la fréquence de révision⁷⁵. Il faudra veiller, en pratique, à bien réactualiser la liste, comme à chaque fois qu'il est fait appel à des experts. Dans son élection, il paraît de bon sens que le procureur choisisse des praticiens ayant une compétence dans les maladies mentales (la psychiatrie) ou/et dans les affections liées à l'âge (la gérontologie), voire une expérience dans l'examen des personnes à protéger et protégées. Sélectionner de tels professionnels par une liste a pour finalité d'éviter le médocastre. Toutefois, ce qui importe est la sélection et la mention sur la liste, sans référence à une spécialité quelconque. Si l'on préfère, la compétence est déduite de la simple inscription sur la liste. La jurisprudence qui décidait que le médecin doit figurer sur la liste et qu'il s'agit d'une question de fait sera maintenue.

Des nuances sont à apporter. En sauvegarde de justice par déclaration médicale, c'est un praticien de la santé qui prend l'initiative, qui pose donc un diagnostic. Par précaution, lorsque la déclaration est facultative pour tout médecin qui donne ses soins, le médecin traitant habituel au premier chef souvent généraliste, doit s'adjoindre l'avis conforme d'un psychiatre, spécialiste donc, tandis que c'est inutile pour le médecin de l'établissement⁷⁶. Il ne s'agit pas de praticiens figurant obligatoirement sur la liste du procureur. Si le majeur est placé par le juge sous sauvegarde de justice pour la durée de l'instance qui doit se prononcer sur une curatelle ou une tutelle, par hypothèse, le certificat du médecin de la liste aura été transmis⁷⁷. Il devrait en aller semblablement pour la mesure de sauvegarde de justice temporaire et autonome⁷⁸.

En revanche, le médecin qui établit le certificat médical attestant de l'altération des facultés du majeur, dans la perspective du déclenchement du mandat de protection future, doit figurer sur la liste dressée par le procureur de la République, comme pour les mesures judiciaires de curatelle et de tutelle⁷⁹. Le greffier doit vérifier que le certificat émane bien de ce type de médecin⁸⁰.

⁷³ Circ., 9 févr. 2009, préc.

⁷⁴ Ex. : réexamen ou renouvellement de la mesure, C. civ., art. 442 ; dispense d'audition, C. civ., art. 432, al. 2 ; finalité de l'accueil dans un établissement, C. civ., art. 426, al. 3.

⁷⁵ F. FRESNEL, « Le médecin choisi inscrit sur la liste et la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *Gaz. Pal.* 2007, 9/10 nov., p. 2 ; C. JONAS, « Le point de vue d'un médecin spécialisé », *AJ fam.* avr. 2011, dossier Majeurs protégés : bilan de la réforme, p. 183.

⁷⁶ CSP, art. L. 3211-6 ; comp. C. civ., anc. art. 491-1, al. 1^{er}.

⁷⁷ C. civ., art. 433, al. 2 ; comp. anc. art. 491-1, al. 2.

⁷⁸ C. civ., art. 433, al. 1^{er} ; comp. anc. art. 491. - V. *infra*, des opinions partagées.

⁷⁹ Renvoi à l'art. 431, C. civ., art. 481, al. 2. - Parallélisme pour le rétablissement des facultés et la levée du mandat, art. 483, al. 1^{er}, 1^o.

⁸⁰ CPC, art. 1258, al. 2, 2^o ; art. 1258-1, al. 2, 2^o et 3^o. - Parallélisme pour la levée, CPC, art. 1259, al. 1^{er}.

2. Modalités pratiques du certificat

Nous sommes invités à nous interroger sur le déroulement des opérations en vue de l'établissement de ce certificat, ainsi que sur la charge et le coût de l'intervention du praticien.

L'appellation de certificat médical sur le document est à conseiller, bien qu'elle ne paraisse pas indispensable pour retenir cette qualification. Le contenu du document qui a pour sujet un individu permet surtout de distinguer un réel certificat d'une simple ordonnance ou d'un rapport d'expertise voire d'une consultation, par exemple.

En pratique, ce constat médical dépend de la situation concrète de chacun. Normalement, ce doit être une rencontre, pas un examen sur pièces. Afin de dresser le certificat, il apparaît bien que l'examen de la personne s'impose, ne serait-ce que sous l'aspect déontologique⁸¹. Sur rendez-vous, le médecin de la liste recevra le majeur ou fera le déplacement dans la maison de retraite ou l'établissement de santé, ou à domicile (résidence), avec des frais de déplacement⁸². Il viendra constater la situation, souvent en présence d'autres personnes que l'examiné. Il veillera toujours à se réserver un moment de stricte intimité avec le majeur à protéger afin de bien soupeser le profil soumis à sa sagacité.

Sur le déroulement de l'examen clinique, la jurisprudence a indiqué, pour une expertise psychiatrique, que « l'entretien personnel que le ou les experts ont avec une personne soumise à un examen mental revêt, par sa nature même, un caractère intime »⁸³. On peut étendre cette règle pour l'examen qui donne lieu à la délivrance du certificat médical circonstancié en vue de l'ouverture du régime protecteur.

En fait, c'est celui qui sollicite la protection qui va assumer le paiement de l'intervention du médecin de la liste qu'il aura sollicité, au moins pour l'obligation à la dette avant une contribution éventuellement différente, ordinairement à la charge du majeur⁸⁴. Plus largement, le principe est le financement de la mesure par le majeur concerné⁸⁵. Les dépenses relatives aux procédures pour les majeurs protégés sont assimilées aux frais de justice pénale⁸⁶, spécialement pour le recouvrement⁸⁷. Si le majeur en supporte la charge, le juge peut décider de désigner une autre partie pour cela, par exemple le requérant. À défaut de ressources suffisantes du majeur, point constaté par ordonnance, les frais sont avancés et recouverts comme en matière

⁸¹ CSP, art. R. 4127-76 : des constatations à faire ; art. R. 4127-35 : examen évoqué ; art. R. 4127-50 : pour des avantages à obtenir. Pas de certificat de complaisance, art. R. 4127-28.

⁸² C. pr. pén., art. R. 217-1, al. 4.

⁸³ Civ. 1^{ère}, 25 avr. 1989, n° 87-19.253, *Bull. civ. I*, n° 169, p. 111 ; *Deffrénois* 1989, art. 34574, n° 93, p. 1013, obs. J. MASSIP : rendu à propos de l'anc. art. 503 C. civ., pour décider que les experts ne sont « pas tenus d'admettre les conseillers médicaux de l'une des parties à assister à l'examen clinique de l'incapable ».

⁸⁴ C. pr. pén., art. R. 217.

⁸⁵ C. civ., art. 419.

⁸⁶ C. pr. pén., art. R. 93, 3°.

⁸⁷ CPC, art. 1256.

de frais de justice. Si le Trésor public a fait une avance, il peut également supporter la charge définitive, à l'occasion. Si c'est le requérant possible qui est financièrement hésitant, il sollicitera probablement le procureur de la République pour la mise en place du régime.

Avec la réforme de 2007 innovante, le « coût » du certificat par le médecin figurant sur la liste et autres avis médicaux est fixé par décret⁸⁸. Cela permet une adaptation plus aisée aux évolutions économiques. Pour l'heure, il est de 160 €, outre les frais de déplacement pour un praticien mandaté par le juge ou le procureur. Lorsque le médecin qui accomplit la mission ordonnée par le procureur ou le juge se heurte à un obstacle de la part du majeur, un certificat de carence est tarifé à 30 €⁸⁹. Transition dans le temps, ce décret « s'applique aux certificats et avis médicaux établis à compter du premier jour du mois qui suit celui de sa publication »⁹⁰, soit le 1^{er} janvier 2009, date d'entrée en vigueur de la réforme. Lorsque le certificat médical est requis par le procureur de la République ou ordonné par le juge des tutelles, les frais sont pris en charge⁹¹. Pour le mandat de protection future, la loi ne renvoie pas ouvertement à un tarif réglementé. Afin de considérer que le tarif des mesures judiciaires s'applique, il faudrait admettre que le renvoi à l'article 431 comprend celui au tarif fixé par décret.

3. Contenu du certificat

Au terme « certificat », la loi de 2007 a ajouté l'adjectif « circonstancié » car, en pratique, il advenait que certains certificats soient quelque peu sommaires, pour ne pas dire superficiels et impersonnels, alors qu'il s'agit pourtant d'individualiser un besoin particulier de protection. Cependant, malgré cet état de fait, sans nul doute, le droit antérieur imposait déjà de rendre compte de l'état de santé du majeur avec le détail précis des circonstances et la description de tout ce qui constituait la situation. Reste à déterminer si un adjectif dans le marbre de la loi peut suffire, à lui seul, à modifier des pratiques dans le bon sens. Ceux qui seraient tentés de torpiller l'exigence fondamentale ne pourront pas prétendre qu'ils n'ont pas été prévenus.

Le contenu minimum du certificat est désormais textuellement spécifié⁹². Le guide fourni forge les directives à suivre pour établir un modèle administratif facilitant le travail des praticiens, leur permettant de cocher des cases sans forcément se priver du commentaire personnalisé sur tel ou tel point (les vides en blanc). Il ne s'agit pas d'un froid questionnaire à choix multiples mais d'un guide de travail à personifier⁹³. Ainsi, successivement, le certificat : « 1° Décrit avec précision l'alté-

⁸⁸ C. civ., art. 431, al. 2. - Décr. n° 2008-1485 du 22 décembre 2008 relatif à la tarification des certificats et avis médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs. - Et C. pr. pén., art. R. 217-1 ; art. R. 224-2, 6°.

⁸⁹ C. pr. pén., art. R. 217-1, al. 2.

⁹⁰ Décr. n° 2008-1485 du 22 décembre 2008, art. 5.

⁹¹ CPC, art. 1256, renvoi C. pr. pén., art. R. 93, 3°. - Y compris pour les avis des art. 426 et 432.

⁹² CPC, art. 1219, al. 1^{er} et 2. - F. FRESNEL, « Le certificat médical dans la protection juridique des majeurs », préc. ; « Le certificat médical, une pièce maîtresse de la mesure de protection des majeurs », préc. Suggérant une modification du texte dans un sens moins contraignant, J. MASSIP, « De quelques problèmes posés par la protection juridique des majeurs », *JCP N* 2011, Étude 1244, spéc. p. 29.

⁹³ Comp. Crim., 4 juin 2009, n° 08-85.630, inédit.

ration des facultés du majeur à protéger ou protégé ». C'est le socle inévitable, la fonction première au regard du principe de nécessité. Il ne suffit pas de se borner à une affirmation non étayée selon laquelle la personne a besoin d'une mesure de protection. Ensuite : « 2° Donne au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération ». La mesure est faite pour s'occuper de l'avenir, autant se projeter un peu, autant que possible, et mesurer la durée de protection à accorder⁹⁴. Encore : « 3° Précise les conséquences de cette altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation du majeur dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel, ainsi que sur l'exercice de son droit de vote ». Sur le dernier aspect, la précision se comprend au regard du droit électoral, spécialement du majeur sous tutelle. Sur le point précédent, plus général, c'est la répercussion sur l'activité juridique du majeur avec le double objectif de la protection à individualiser. Enfin : « le certificat indique si l'audition du majeur est de nature à porter atteinte à sa santé ou si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté »⁹⁵. C'est une donnée utile eu égard à l'audition ou à des notifications à venir, par exemple. On le voit, il s'agit d'une base assez peu contraignante et large, qui pourrait être complétée à l'occasion⁹⁶.

Sous la loi de 1968, sans l'adjectif « circonstancié », on peut penser qu'une bonne pratique suivait *grosso modo* ces étapes. Dans les faits, les médecins de la liste vont devoir prendre l'initiative de descendre un peu plus dans le détail, pour davantage d'éclairage et de motivation. La pratique de chaque juridiction pourra faire varier le contenu du certificat. Le type de maladie rencontré peut moduler un questionnaire et un rapport. En définitive, on perçoit la mission du médecin. Son rôle ne se limite pas à un froid constat de l'altération des facultés personnelles. Après récapitulation du passé, description du présent et suggestion pour l'avenir, il la met en situation⁹⁷. Pour cela, il sera amené, comme hier, à préciser notamment des relations familiales (entouré chaleureusement, seul, isolé, influencé...), le mode de vie (hygiène, lieu de vie, état du logement, alimentation...).

Pour le mandat de protection future, l'article 481, alinéa 2, du Code civil dispose que le certificat médical établit que le mandant ou le bénéficiaire du mandat (oublié littéralement) se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425. Hormis cette précision, le contenu du document n'est pas spécialement réglementé. On peut penser que, pour le moins, le praticien s'inspirera de celui réglementé pour les mesures judiciaires. Il devrait être circonstancié c'est-à-dire suffisamment explicite et motivé, sans forcément suivre l'énumération légale. Pour autant, il ne semble pas avoir l'obligation de suivre le contenu dicté pour le certificat circonstancié⁹⁸. Il en va ainsi pour le droit de vote, assurément.

⁹⁴ C. civ., art. 441. Les premières décisions appliquant la réforme montrent une tendance à l'uniformité du délai retenu de soixante mois, soit le seuil maximum légal de cinq ans.

⁹⁵ CPC, art. 1219, al. 2.

⁹⁶ Comp. pour l'expert, CPC, art. 245

⁹⁷ Comp. mention de la requête pour l'ouverture, CPC, art. 1218-1, al. 1^{er}.

⁹⁸ CPC, art. 1219, placé dans une section I sur les Dispositions relatives aux mesures judiciaires.

4. Force du certificat

Sous la loi de 1968, la jurisprudence a admis que le fait de donner son avis sur l'opportunité d'une mesure de protection entrainait bien dans la mission du médecin spécialiste⁹⁹. Il demeure que le juge reste libre du choix du type de mesure à arrêter, sans être tenu de suivre le praticien dans sa suggestion, ni le requérant d'ailleurs.

À titre de comparaison, le certificat n'étant pas une expertise au sens strict, il n'y a pas de contradiction avec le contenu de la mesure d'instruction confiée à un technicien qui doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis sans « jamais porter d'appréciations d'ordre juridique »¹⁰⁰. La jurisprudence l'a retenu pour une curatelle¹⁰¹. Habituellement, le juge est souverain quant à l'appréciation de la portée d'un rapport d'expertise. Il peut faire siennes les constatations ou conclusions ou ne pas les suivre¹⁰². Il reste que, pour les mesures protectrices des majeurs, le juge qui est le protecteur des majeurs qu'il visite s'il le souhaite¹⁰³, peut ordonner des mesures d'instruction, comme une enquête sociale¹⁰⁴, et, pourquoi pas, une fois la demande recevable, solliciter un médecin afin qu'il livre un autre avis que celui précédemment recueilli ou qu'il le confirme.

En matière d'incapacité, cependant, il ne peut en aller totalement ainsi - les appréciations de l'expert - et il convient donc de nuancer. Il y a déjà l'ordre de la loi qui exige une altération médicalement constatée pour respecter le principe de nécessité¹⁰⁵. Aussi, le juge ne peut pas prononcer la mesure à défaut de constat officiel de l'altération¹⁰⁶. Il est lié par cette étape indispensable. Il ne peut fuir les résultats de l'homme de l'art, bien qu'il puisse en solliciter un nouveau. Si le juge dénaturait le rapport en sens inverse, ce serait critiquable (principe de nécessité).

Reste à savoir qu'elle est la marge d'appréciation du juge si le certificat atteste que les facultés personnelles sont atteintes. En fait, si les autres conditions sont réunies, le juge aura souvent tendance à ouvrir la protection. Il s'agit alors d'un juge souverain aux petits pieds. En droit, il semble libre de ne pas suivre l'avis de l'expert de la santé¹⁰⁷. D'autres facteurs peuvent expliciter sa position dans le

⁹⁹ Curatelle : Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1990, n° 87-13.902, *Bull. civ. I*, n° 23, p. 16 ; *Defrénois* 1990, art. 34791, n° 50, p. 696, obs. J. MASSIP ; *JCP N* 1990, II, 281, obs. Th. FOSSIER. - Déjà, curatelle : Civ. 1^{ère}, 17 oct. 1978, n° 77-10.324, *Bull. civ. I*, n° 304, p. 235, 1^{er} moyen. - Implicite : Civ. 1^{ère}, 13 janv. 2004, n° 01-16.823, *Bull. civ. I*, n° 15, p. 12 ; *RTD civ.* 2004, p. 264, obs. J. HAUSER ; *D.* 2004, Somm., p. 1853, obs. J.-J. LEMOULAND ; *Dr. fam.* 2004, n° 58, note Th. FOSSIER.

¹⁰⁰ CPC, art. 238. De surcroît, aucune disposition ne sanctionne de nullité l'inobservation de cette obligation, le juge étant en droit de s'approprier l'avis, contiendrait-il une opinion d'ordre juridique excédant la mission.

¹⁰¹ Civ. 1^{ère}, 17 oct. 1978, n° 77-10.324, *Bull. civ. I*, n° 304, p. 235, 1^{er} moyen.

¹⁰² CPC, art. 246.

¹⁰³ C. civ., art. 416 ; anc. art. 490-3.

¹⁰⁴ CPC, art. 1221.

¹⁰⁵ C. civ., art. 425 et 431.

¹⁰⁶ Aucune pour une curatelle : Civ. 1^{ère}, 15 juin 1994, n° 92-19.680, *Bull. civ. I*, n° 213, p. 155 ; *RTD civ.* 1994, p. 834, obs. J. HAUSER ; *D.* 1994, IR 178 ; *D.* 1995, p. 37, note J. MASSIP ; *Defrénois* 1994, art. 35945, n° 153, p. 1450, obs. J. MASSIP. Au-delà, la Cour de cassation a toujours veillé à ce que le juge caractérise l'altération des facultés, par un contrôle de la motivation.

¹⁰⁷ En ce sens, J. CARBONNIER, t. 1, *op. cit.*, n° 162, p. 337. - J. MASSIP, *op. cit.*, n° 284, p. 238. - Comp. CA Douai, 24 mars 2010, *AJ fam.* 2010, p. 236.

respect des principes de subsidiarité et de nécessité. Il faudra alors qu'il motive sérieusement son refus d'ouverture. La perspective du recours limité se dessine éventuellement.

En principe, le juge n'intervient pas pour la mise en place du mandat de protection future. Les pièces exigées sont présentées au greffier, y compris le certificat médical. La vérification est formelle. Le greffier n'a pas de pouvoir d'appréciation lorsque, avec les autres pièces, lui est remis un certificat médical pour la mise en œuvre du mandat de protection future. Soit ce document affirme l'altération des facultés personnelles et c'est la prise d'effet ; soit il n'en est rien et c'est le rejet¹⁰⁸. Il faudrait peut-être réserver le cas où le greffier a des raisons de penser que le certificat travestit la réalité. Avec une telle fraude, on passe alors aux mesures de surveillance pour tout majeur. S'agissant de mise en œuvre du mandat, il existe également la possibilité d'un recours¹⁰⁹.

Dans l'ensemble, sous différents aspects, on a constaté un renforcement de l'exigence quant au certificat, par la lettre de la loi. Toutefois, il s'agit d'un domaine où la souplesse doit intervenir, parfois, pour faciliter la protection justifiée. Là, un certain recul se fait jour.

II. Une dispense altérée dans l'esprit

Il peut se présenter des obstacles face à l'exigence du certificat médical, levés ou non¹¹⁰. Dans la comparaison poursuivie du droit antérieur et de celui issu de la réforme, on présentera, en premier lieu, la dispense logiquement évanouie (A), et, en second lieu, celle abruptement écartée (B).

A. La dispense logiquement évanouie

Envisageons le cas de la curatelle pour vice et la saisine par le procureur de la République requérant.

1. Curatelle pour vice

Disparue après la loi de 2007, la curatelle pour vice¹¹¹, n'a pas besoin de certificat médical pour une ouverture spéciale à cette cause¹¹². Toutefois, la demande de protection peut cumuler les cas d'ouverture, pour vice et pour altération des facultés personnelles. Dans cette dernière hypothèse, ressurgit l'exigence du certifi-

¹⁰⁸ CPC, art. 1258-2 ; art. 1258-3.

¹⁰⁹ C. civ., art. 484 ; CPC, art. 1259-3.

¹¹⁰ V. *supra*, le secret professionnel médical déjà.

¹¹¹ C. civ., anc. art. 488, al. 3 et art. 508-1.

¹¹² Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1978, n° 76-13.365, *Bull. civ.* I, n° 4, p. 4 ; *Gaz. Pal.* 1978, I, Pan., 70 ; J. not. 1980, art. 55651, n° 13 et n° 14, p. 1002 et p. 1003, obs. A. RAISON, 2^e moyen. - Civ. 1^{ère}, 24 oct. 1995, n° 93-21.590, *Bull. civ.* I, n° 372, p. 258 ; *D.* 1995, IR 242 ; *D.* 1997, p. 22, note B. FILLION-DUFOULEUR ; *RTD civ.* 1996, p. 132, obs. J. HAUSER ; *JCP* 1995, IV, 2633 ; *JCP* 1996, II, 22698, note F. KESSLER ; *JCP* 1996, I, 3970, n° 11, obs. B. TEYSSIÉ ; *LPA*, 19 juin 1996, n° 74, p. 32, note J. MASSIP ; *Defrénois* 1996, art. 36354, n° 49, p. 733, obs. J. MASSIP, 2^e moyen. - Implicite : Civ. 1^{ère}, 11 mars 2009, n° 07-21.580, inédit ; *D.* 2009, Pan., p. 2192, obs. J.-J. LEMOULAND ; *RJPF* juin 2009, p. 21.

cat médical. Au-delà, il peut y avoir un intérêt procédural à produire un tel document et gagner du temps. En effet, la jurisprudence a admis que la prétention pour le placement sous curatelle pour vice tendait aux mêmes fins¹¹³ que celle pour curatelle pour altération des facultés¹¹⁴. Il demeure que ce cas de dispense n'existe plus après le 1^{er} janvier 2009.

2. Procureur de la République requérant.

Sous la loi de 1968, lorsque la saisine aux fins de protection est faite par le procureur de la République, il y a dispense de production du certificat médical par un médecin de la liste¹¹⁵. Il s'agit d'une interprétation prétorienne de l'ancien article 1244 du Code de procédure civile, muet. La doctrine rappelait la dispense pour le procureur¹¹⁶. À admettre la recevabilité de la demande, il fallait encore, par la suite, qu'une pièce médicale puisse établir l'altération pour le choix d'une mesure adaptée, peut-on penser.

Après la réforme de 2007, le nouvel article 1218 du Code de procédure civile n'est pas davantage disert. Le texte ne distinguant pas, on peut y voir une généralisation de l'exigence d'un certificat joint à toute requête ou un entérinement discret de la dispense antérieure¹¹⁷. La doctrine unanime privilégie l'exigence du certificat médical, désormais¹¹⁸. Pour une certitude de droit positif, il faut fréquemment attendre la prise de position des juges. Protecteur de la personne, on imagine bien, en fait, que le parquet n'agira pas à la légère¹¹⁹. Lorsque le procureur sera le requérant, on peut penser que, en droit, le principe de nécessité pourrait conduire à lui imposer la production du certificat, exigé à peine d'irrecevabilité de la demande¹²⁰. La dispense devrait donc disparaître¹²¹. C'est ce qui résulte implicitement mais nécessairement de la position de la Cour de cassation jugeant irrecevable la demande d'ouverture d'une mesure judiciaire par le procureur de la République, à défaut de production du certificat médical, malgré l'opposition du majeur à protéger¹²².

¹¹³ CPC, art. 565.

¹¹⁴ Civ. 1^{re}, 25 janv. 2000, n° 98-12.366, *Bull. civ. I*, n° 18, p. 12 ; *RTD civ.* 2000, p. 293, obs. J. HAUSER ; *D.* 2001, *Somm.*, p. 1509, obs. Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *Dr. fam.* 2000, n° 66, note Th. FOSSIER : expertise médicale sollicitée en appel.

¹¹⁵ Civ. 1^{ère}, 18 déc. 1979, n° 78-12.422, *Bull. civ. I*, n° 325, p. 265 ; *Gaz. Pal.* 1980, 2, 722, note J. M. ; *Deffrénois* 1980, art. 32494, n° 97, p. 1464, obs. J. MASSIP ; *J. not.* 1980, art. 55651, n° 15, p. 1003, obs. A. RAISON, 2^e moyen : curatelle. - Civ. 1^{re}, 25 juin 1980, n° 79-11.879, *Bull. civ. I*, n° 199, p. 160 ; *Gaz. Pal.* 1980, 2, *Pan.*, 555, 2^e moyen. - Civ. 1^{re}, 22 nov. 1989, n° 87-15.300, *Bull. civ. I*, n° 359, p. 242 ; *D.* 1989, IR 324 ; *JCP N* 1990, II, 109, obs. Th. FOSSIER : CPC, anc. art. 1244 non applicable.

¹¹⁶ J. CARBONNIER, t. 1, *op. cit.*, n° 162, p. 337.

¹¹⁷ Un argument réversible, CPC, art. 1219 *in fine*.

¹¹⁸ J. MASSIP, *op. cit.*, n° 282, p. 236.

¹¹⁹ CPC, art. 1212, faculté de faire examiner le majeur ; art. 1256, prise en charge financière.

¹²⁰ C. civ., art. 431. Le texte ne distingue pas suivant le requérant.

¹²¹ En ce sens, *Circ.*, 9 févr. 2009, *préc.* : « l'article 431 du code civil impose à tout requérant d'une demande d'ouverture d'une mesure de protection juridique, y compris lorsque la requête est présentée par le procureur de la République, d'accompagner la demande "à peine d'irrecevabilité", d'un certificat médical circonstancié ».

¹²² Civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n° 10-21.879 ; *Bull. civ. I* ; *D.* 2011, *AJ*, p. 1819 ; *D.* 2011, *Pan.*, p. 2501, *spéc.* 2502, obs. J.-M. PLAZY ; *RTD civ.* 2011, p. 511, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.*, sept. 2011, p. 431, obs. Th. VERHEYDE ; *LPA*, 30-31 août 2011, n°s 172-173, p. 14, note L. GATTI ; *Dr. fam.* 2011, n° 133, note I. MARIA ; *JCP* 2011, 987, p. 1643, note N. PÉTERKA. Et J. MASSIP, « De quelques problèmes posés par la protection juridique des majeurs », *JCP N* 2011, *Étude* 1244, p. 27.

Pour les inquiets, puissions du réconfort *a posteriori* dans cette démarche. Sous la loi de 1968, on sait que le juge des tutelles peut se saisir d'office afin d'ouvrir une mesure protectrice, ce qui n'est plus possible après la loi de 2007. « Quand le juge se saisit d'office aux fins d'ouverture d'une tutelle, il commet un médecin spécialiste, choisi sur la liste prévue à l'article 493-1 du code civil, afin de constater l'état de la personne à protéger »¹²³. Par la force des choses, le juge ne produit pas immédiatement le certificat. Toutefois, il est tenu de procéder à l'examen médical de l'intéressé pour poursuivre la mise en place de la mesure¹²⁴. Le juge désigne lui-même un médecin spécialiste listé. Recueillir l'avis du technicien respecte le principe de nécessité et a son utilité en vue d'une dispense d'audition du majeur¹²⁵. La saisine d'office pouvait permettre de rattraper l'irrégularité du requérant ne joignant pas le certificat¹²⁶.

B. La dispense abruptement écartée.

Afin de mieux appréhender le tempérament sérieusement bousculé en cas de résistance du majeur, il faut déjà présenter concrètement la situation à laquelle on peut se trouver confronté. On abordera alors le droit souple antérieur à la réforme qui offre des solutions différentes de celles résultant du droit interprété par la Cour de cassation après la réforme, qui reste à apprécier en raison du refus de dispense exceptionnelle de certificat qui en résulte.

1. Situation de résistance

Pour l'ouverture d'une mesure judiciaire, le législateur n'a pas accordé de dispense de production du certificat médical pour atteinte possible à la santé du majeur à protéger, à l'instar de l'audition. Celui-ci étant, en principe, juridiquement capable, il faut bien renverser la situation avec des éléments solides. Certains s'y livreront de bonne grâce ou plus ou moins consciemment. Toutefois, on peut se heurter au vif refus d'examen du majeur à protéger, malgré la diligence du requérant. Il s'oppose à rencontrer un quelconque médecin. Est à rapprocher la situation dans laquelle le majeur aurait préalablement consenti à se faire examiner, mais refuse ensuite la rencontre ou, face au praticien, adopte un comportement ne permettant pas une analyse fructueuse. Le dérangement du praticien est à régler forfaitairement malgré la carence du majeur¹²⁷.

Pourquoi s'opposer ainsi ? Le naïf ou le pragmatique aura tendance à dire que si l'on s'estime sain d'esprit, il n'y a rien à craindre d'un tel examen qui fera éclater au grand jour l'inanité de la demande de protection. Il n'y a qu'à s'y prêter,

¹²³ CPC, anc. art. 1244, al. 2.

¹²⁴ Implicite, une curatelle : Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1974, n° 71-14.510, *Bull. civ.* I, n° 3, p. 3, *D.* 1974, p. 755, 1^{er} moyen.

¹²⁵ CPC, art. 1219, al. 2.

¹²⁶ Exemples : Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1974, préc. - Civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, n° 96-14.646, inédit ; *Dr. fam.* 1999, n° 35, note Th. FOSSIER. - Pour une transformation ou mainlevée de la mesure : Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2009, n° 08-14.836, inédit.

¹²⁷ C. pr. pén., art. R. 217-1, al. 2 : 30 €.

le petit dérangement valant mieux qu'un long débat. Pour lever le moindre doute, allons-y.

Il y aura certainement plus de volontarisme pour la mainlevée même si, là aussi, le certificat doit émaner du médecin figurant sur la liste, du moins sans nuance sous la loi de 1968¹²⁸. Après la loi de 2007, le juge statue « *au vu d'un certificat médical* »¹²⁹, sans précision autre. Un médecin ne figurant pas sur la liste pourrait donc se trouver sollicité. Il en va ainsi pour aller dans le sens de l'allègement de la mesure judiciaire ou sa fin (faveur pour la liberté), non pas pour son renforcement qui obéit au certificat médical circonstancié de l'article 431.

Le farouche défenseur des libertés rétorquera que chacun a sa dignité, l'intimité de sa vie privée, et qu'il est vexatoire de se soumettre à un tel examen si on l'estime parfaitement injustifié¹³⁰. C'est un paradoxe mais la personne qui aurait besoin de protection demeure capable tant que son besoin n'est pas authentifié et cette capacité juridique lui permet de s'opposer à l'intrusion pour connaître son état. Le soupçonneux aura la crainte d'une collusion entre le demandeur à la protection et le certificateur médical malgré la précaution du recours au médecin mentionné sur la liste¹³¹. Certes, la perfection n'est pas de ce monde et la vertu est répandue inégalement. Des proches pourraient trouver une entente avec le médecin traitant et circonvenir le majeur, d'où l'intervention d'un praticien officiel. Si l'on veut une sécurité absolue par le médecin de la liste, encore faut-il se demander qui le sollicite et lui verse effectivement ses honoraires et si, exceptionnellement bien sûr, la promesse d'un cachet à la hausse en espèces ne réveillera pas le malandrin. Tous les caractères et les travers sont dans la nature. Il faut faire la part des choses.

Du candide au vétilleux, la même jurisprudence s'impose. Elle pourrait être appliquée au mandat de protection future où l'opiniâtreté n'est pas à exclure, avec le retour du juge au cœur de cette mesure conventionnelle au départ¹³².

¹²⁸ Insuffisant le seul avis d'un médecin psychiatre sollicité par la majeure pour lever la curatelle renforcée, Civ. 1^{ère}, 3 janv. 2006, n° 02-19.537, *Bull. civ.* I, n° 4, p. 3 ; *RTD civ.* 2006, p. 282, obs. J. HAUSER.

¹²⁹ C. civ., art. 442, al. 4.

¹³⁰ Comp. un divorce aux torts exclusifs ainsi que l'octroi de dommages-intérêts (injure grave), la faute de l'épouse ayant été retenue à raison de son « insistance procédurière devant le juge des tutelles » consistant à solliciter des mesures de protection pour son mari, Civ. 2^e, 14 nov. 2002, n° 01-03.217, *Bull. civ.* II, n° 256, p. 201 ; *RTD civ.* 2003, p. 66, obs. J. HAUSER. Comp. pour la compétence de la juridiction judiciaire pour juger de l'action en responsabilité d'une collectivité publique, après le signalement du majeur au juge des tutelles, Trib. confl., 6 juin 2011, n° 3795 ; *AJ fam.*, sept. 2011, p. 435, obs. Th. VERHEYDE ; *Dr. fam.* 2011, n° 136, obs. I. MARIA.

¹³¹ Civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, n° 96-14.646, inédit ; *Dr. fam.* 1999, n° 35, note Th. FOSSIER : médecin devenu le mari de l'une des requérante. - À l'opposé, pour ne pas s'en « apercevoir », Crim., 4 juin 2009, n° 08-85.630, inédit.

¹³² Illustration saisissante, Civ. 1^{ère}, 12 janv. 2011, n° 09-16.519, *Bull. civ.* I ; *D.* 2011, *AJ*, p. 239 ; *D.* 2011, p. 1204, note D. NOGUÉRO ; *D.* 2011, Pan., p. 2501, spéc. 2510, obs. D. NOGUÉRO et spéc. 2516, obs. J.-M. PLAZY ; *RTD civ.* 2011, p. 323, obs. J. HAUSER ; *JCP N* 2011, 168, p. 6 ; *JCP N* 2011, 1115, p. 37, note D. BOULANGER ; *JCP* 2011, 416, p. 691, note N. PÉTERKA ; *Dr. fam.* 2011, n° 42, note I. MARIA ; *AJ fam.* 2011, p. 110, note Th. VERHEYDE ; *LPA*, 17 févr. 2011, n° 34, p. 10, note L. GATTI ; *Deffrénois* 2011, art. 39224, p. 690, note J. MASSIP ; *RJPF avr.* 2011, p. 11, note A. CARON-DÉGLISE.

Le refus d'examen est possible et, contre sa liberté, on ne peut contraindre de force le majeur à protéger à se soumettre à l'examen par le technicien. Sans même invoquer l'inviolabilité du corps humain ou le motif légitime, le majeur ne refuse pas ainsi son concours à la justice pour la manifestation de la vérité¹³³. Si les strictes conditions en sont respectées, n'oublions pas toutefois qu'une hospitalisation d'office ou des soins psychiatriques, selon le nouveau vocabulaire, peut permettre d'obtenir, par suite, un certificat pour les mesures civiles¹³⁴.

Par inspiration comparatiste avec le droit de la filiation, à défaut de certificat spontanément obtenu, on aurait pu penser que l'expertise était de droit et que seul un motif légitime pouvait s'y opposer. La loi exigeant le constat de l'altération des facultés personnelles, le secret ne pourrait être mis en avant. L'opposition du sujet de l'examen peut au moins servir au juge à tirer les conséquences d'une abstention ou d'un refus¹³⁵. La mesure d'instruction nécessite aussi une relative collaboration du majeur. Exceptionnellement, elle pourrait s'imposer contre le « vœu » du majeur concerné si, par exemple, outre l'enjeu de la mise en place d'une mesure de protection, s'ajoutait une interrogation sur l'existence d'un délit comme l'abus de faiblesse, voire une séquestration ou une maltraitance, dont les éléments seraient à vérifier.

2. *Droit souple antérieur*

Face au défaut de production de certificat, pourtant formalité substantielle, le majeur à protéger ne peut pas se prévaloir de son opposition¹³⁶. Il ne peut arguer du non accomplissement de la formalité résultant de son propre fait¹³⁷. Évidemment, auparavant, il convient d'apporter au juge des éléments montrant la tentative vaine pour obtenir la rencontre médicale avec le « lauréat » du régime de protection. Certes, injustifiée, la résistance peut traduire l'enfermement dans la maladie mais, tout autant, légitime, elle peut être le signe d'un caractère fort. Le majeur porte sur lui-même une appréciation et se décide de la sorte. On peut très bien ne pas voir du tout le majeur se dérober. Comment se déterminer dans de telles circonstances ? Rien de plus fuyant que l'évidence. Celle de l'un n'est pas celle de l'autre. Il faut rendre le refus signifiant : circonstancié.

¹³³ C. civ., art. 10.

¹³⁴ Réforme par la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge. Néanmoins, selon CSP, art. L. 3211-8, en vigueur au 1^{er} août 2011 : « La personne faisant l'objet de soins psychiatriques en application des chapitres II et III du présent titre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale peut être placée en curatelle ou en tutelle dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles 425 et 440 du code civil ».

¹³⁵ CPC, art. 11.

¹³⁶ J. CARBONNIER, t. 1, *op. cit.*, n° 167, p. 349 : « C'est la transposition d'une double solution qui avait été admise avant 1968 pour l'interrogatoire par les juges, tel que le prévoyait l'ancien a. 496 : formalité substantielle aussi en principe (Req. 7 févr. 1893, *D.* 93, 1, 152), le tribunal pouvait s'en dispenser si le malade s'y dérobaient par mauvaise volonté (Civ. 16 févr. 1875, *D.* 76, 1, 49). Mais l'interrogatoire judiciaire était seulement pro libertate, l'examen médical est aussi pro veritate et pourrait paraître dès lors plus indispensable ».

¹³⁷ Civ. 1^{ère}, 18 janv. 1972, n° 70-10.321, *Bull. civ.* I, n° 21, p. 20 ; *D.* 1972, p. 373, note M. CONTAMINE RAYNAUD ; *Defrénois* 1972, art. 30129, p. 760, note J. MASSIP. - Civ. 1^{ère}, 10 juill. 1984, n° 83-10.653, *Bull. civ.* I, n° 223, p. 188 ; *D.* 1984, p. 547, note J. MASSIP ; *Defrénois* 1984, art. 33429, n° 109, p. 1434, obs. J. MASSIP.

Tempérament pour faire jouer la dérogation à l'impératif premier de production du certificat médical, le juge va demander des indices par d'autres moyens libres. À cette époque, le juge qui peut se saisir d'office peut suppléer au défaut de la formalité initiale du certificat en désignant d'office un médecin spécialiste chargé d'élaborer un rapport¹³⁸. Sans user de cette voie, le juge doit toujours examiner ce qui permet d'établir l'altération des facultés. En soi, le refus avéré de se soumettre à l'examen non accompagné d'une pièce significative est impuissant à déclencher la protection. Il faut gratter un peu et délivrer d'autres documents¹³⁹. Un certificat du médecin traitant peut s'avérer utile comme l'audition du majeur, s'il ne s'y oppose pas, là aussi. Les auteurs évoquaient des lettres, le comportement de l'intéressé, des témoignages... On ne peut statuer sans le certificat, ou, du moins, si l'altération n'a pu être établie en raison de la carence de l'intéressé, qu'en vérifiant qu'elle résulte d'autres éléments du dossier¹⁴⁰. La garantie est alors celle d'une analyse sur pièces¹⁴¹. Indirectement, l'expédient pourrait être une façon de tenir compte du risque éventuel pour la santé représenté par les répercussions d'une auscultation. À le supposer admissible, ce principe supérieur de sauvegarde n'aurait vocation à jouer que dans de rares cas.

3. Droit interprété après la réforme

La jurisprudence antérieure nuancée nous paraissait transposable au dispositif nouveau¹⁴². Dans cet esprit, selon les circonstances, l'absence de production d'un certificat ne doit pas conduire irrémédiablement à l'irrecevabilité de la demande. Il faut naviguer entre le principe de nécessité, la garantie des droits de la personne et la recherche de l'information la plus précise possible en vue de la protection. Les travaux parlementaires étaient plutôt dans le sens de la reprise du tempérament¹⁴³. Des voix autorisées confirmaient cette continuité¹⁴⁴. En toute hypothèse, par principe, la production du certificat médical demeure une étape primordiale dans la mise en place de la protection du majeur. Le tempérament demeure exceptionnel.

¹³⁸ J. CARBONNIER, t. 1, *op. cit.*, n° 167, p. 349. - *Contra* après la réforme, J. MASSIP, *op. cit.*, n° 281, p. 235.

¹³⁹ Civ. 1^{re}, 23 mai 1979, n° 77-10.082, *Bull. civ. I*, n° 152, p. 123 ; *D.* 1979, IR 407 ; *J. not.* 1980, art. 55651, n° 12, p. 1002, obs. A. RAISON : dérobadés successives, mais aucun document versé au dossier pour justifier la tutelle. - Civ. 1^{re}, 10 juill. 1984, préc. : lettres, actes inconséquents, dettes, pour passer de la curatelle à la tutelle. - Auparavant, directement : Civ. 1^{re}, 18 janv. 1972, préc.

¹⁴⁰ Curatelle : Civ. 1^{re}, 3 janv. 2006, n° 02-20.321, inédit.

¹⁴¹ Comp. pour un internement, CEDH, 5 oct. 2000, req. 31365/96, *Varbanov c/Bulgarie*. - Encore, dans un domaine hautement sensible pourtant, sur des situations conduisant à se dispenser des garanties habituelles relatives aux certificats pour l'admission, CSP, nouv. et anc. art. L. 3212-3.

¹⁴² Argument du certificat de carence, C. pr. pén., art. R. 217-1, al. 2.

¹⁴³ Rapport Sénat n° 212, H. DE RICHEMONT, 7 févr. 2007, p. 130 : « selon une jurisprudence que le projet de loi ne remet pas en cause même s'il ne la consacre pas : la personne placée sous un régime de protection n'est pas fondée à se prévaloir de l'absence de certificat médical lorsque, par son propre fait, elle a rendu cette constatation impossible en se refusant à tout examen médical ». - Comp. le silence, *Circ.*, 9 févr. 2009 préc.

¹⁴⁴ J. MASSIP, *op. cit.*, n° 283, p. 237 : « Le législateur de 2007 n'a pas entendu condamner cette jurisprudence mais a au contraire voulu la confirmer ». Pratique à adapter, selon l'auteur conseiller doyen honoraire à la Cour de cassation : « le juge n'ayant plus la possibilité de se saisir d'office, il conviendra qu'il invite le requérant à s'adresser au procureur de la République qui après avoir commis un médecin figurant sur la liste qu'il a établie et recueilli tous les éléments utiles saisira le juge des tutelles ».

Mais, sans la moindre nuance pragmatique, alors que le jugement déféré s'appuyait sur la jurisprudence passée, la Cour de cassation a retenu la lettre de l'article 431 du Code civil¹⁴⁵, visé et reproduit en chapeau, qui énonce que « la demande est accompagnée, à peine d'irrecevabilité, d'un certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République »¹⁴⁶. Pour ce revirement de jurisprudence ou, si l'on préfère, cette interprétation stricte de la loi nouvelle dès lors que la saisine d'office du juge a disparu, la Cour a retenu la violation de la loi, par refus d'application, dans une hypothèse d'école quant à l'opposition du majeur, alors que protecteur attitré des personnes, le procureur de la République sollicitait la mesure. En effet, « cette requête était accompagnée d'une lettre rédigée par un médecin agréé attestant du refus par (la majeure) de se soumettre à un examen médical ». Subissant la censure, le Tribunal de Mont-de-Marsan « a estimé que celle-ci n'était pas fondée à se prévaloir de l'absence de certificat médical circonstancié dès lors que, par son propre fait, elle avait rendu impossible ce constat ».

On manifestera une préférence pour la jurisprudence montoise qui s'inscrivait dans la continuité du dispositif antérieur à la réforme, insistant sur l'intérêt du majeur¹⁴⁷. En effet, il a été jugé que « l'article 431 du Code civil ne saurait remettre en cause les jurisprudences établies quant à l'application de ces dispositions, selon lesquelles la personne placée sous une mesure de protection n'était pas fondée à se prévaloir d'un défaut de certificat médical dans son dossier, dès lors que par son propre fait, elle a rendu impossible ce constat en se refusant à participer à tout examen médical (cass. Civ. 1^{ère}, 10 juillet 1984) ; que l'exigence d'un certificat médical circonstancié accompagnant la demande d'ouverture d'une mesure de protection a incontestablement pour but d'éviter que des procédures de protection des incapables majeurs soient mises en oeuvre sans nécessité, étant rappelé que la loi du 5 mars 2007 a prévu plusieurs possibilités d'aide pour les majeurs en dehors de mesures de protection telles que tutelle ou curatelle ; que cependant il est incontestable que la volonté du législateur n'était pas d'empêcher la protection d'un majeur qui en aurait besoin, or lorsque ce majeur, isolé par exemple, refuse de participer à l'examen médical ordonné, il est de son intérêt que le juge des tutelles puisse intervenir après avoir été saisi par le Procureur de la République ou une des personnes visées à l'article 430 du Code civil ; que dans ce cas là, il ne s'agira pas d'une saisine d'office, le juge des tutelles ayant été saisi par le parquet ou par l'une des personnes visées par l'article 430 du Code civil »¹⁴⁸. Médiatement, on peut relever un nouvel inconvénient de la suppression de la saisine d'office du juge¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Irrecevabilité rappelée par CPC, art. 1218.

¹⁴⁶ Civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n° 10-21.879 ; *Bull. civ.* I. On peut se demander si cette jurisprudence n'a pas été influencée par une affaire particulière. V. J. MASSIP, « L'affaire Bettencourt et la procédure de tutelle », *JCP* 2010, 1196, p. 2264 ; L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Affaire Bettencourt : le juge des tutelles est-il dessaisi ? », *D.* 2010, Entretien, p. 2960.

¹⁴⁷ I. MARIA, note préc. sous Civ. 1^{ère}, 29 juin 2011 : suggérant une interprétation téléologique des textes, pour retrouver l'esprit de la protection et protéger le majeur vulnérable malgré lui.

¹⁴⁸ Moyen annexé reprenant le jugement du Tgi Mont-de-Marsan, 8 oct. 2009, *D.* 2010, p. 2052, note Th. VERHEYDE.

¹⁴⁹ Cass. avis, 20 juin 2011, n° 011-00007P ; *D.* 2011, Pan., p. 2501, spéc. 2503, obs. J.-M. PLAZY ; *RTD civ.* 2011, p. 512, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.*, juill.-août 2011, p. 377, obs. Th. VERHEYDE ; *Dr. fam.* 2011,

Toutefois, il a pu être défendu que la jurisprudence ancienne n'était pas abandonnée mais qu'en l'occurrence, au-delà du constat de l'opposition du majeur et de la carence, il manquait simplement des éléments de preuve pour établir l'altération des facultés¹⁵⁰. Dès lors, avec un certificat de carence, la requête serait recevable¹⁵¹ et il faudrait apporter des éléments de preuve pour caractériser la réalité de l'altération. Même à admettre qu'en l'espèce ces éléments faisaient défaut dans le dossier, c'est peut-être une opinion optimiste à l'excès, bien que l'on aimerait y croire. Au-delà du visa net, malgré le certificat de carence, et l'insistance du procureur, les juges ont bien retenu l'irrecevabilité de la requête, non pas qu'elle était mal fondée pour défaut de preuve complémentaire. C'est bien une fin de non-recevoir car la production du certificat médical circonstancié n'est pas une simple condition de fond pour le prononcé de la mesure mais une condition de recevabilité de la requête¹⁵².

4. *Appréciation du refus de dispense exceptionnelle*

Sans certificat médical joint à la requête, quel qu'en soit le motif, il n'y a pas de mesure de protection possible. La critique doctrinale s'est manifestée. Des praticiens ont fait valoir la solution impraticable pour nombre de situations. Paradoxalement, un majeur ayant un impérieux besoin de protection pourrait paralyser celle-ci par l'effet de sa propre maladie le conduisant à refuser tout examen¹⁵³. Pensez à un paranoïaque fuyant l'inquisition médicale. On n'ose imaginer la transposition de ce principe au mandat de protection future qui ne pourrait être déclenché.

Quelles suggestions face à cette prise de position ferme de la Haute Cour ? Il y a le *statu quo ante* après la secousse, c'est-à-dire que rien ne change et donc que l'on conserve le principe de l'irrecevabilité affiché. Il faudrait alors biaiser. On pourrait passer par les constatations médicales résultant d'une hospitalisation pour maladie mentale avec le risque de l'internement abusif. C'est sûrement une voie de l'excès, celui de l'audace abusive en vue d'une protection. Dans l'intérêt des majeurs, on pourrait plaider pour un revirement jurisprudentiel et un retour au compromis équilibré de la loi de 1968. C'est peu probable, indépendamment de la fraîcheur de la prise de position prétorienne.

Autre direction, il y a la réforme de la loi (code civil et code de procédure civile). Elle peut prendre plusieurs formes. La demande ne serait pas forcément irrecevable, à défaut de production du certificat. Du moins, on peut réserver la

n° 134, note I. MARIA. Et D. NOGUÉRO, « Privatisation procédurale de la protection des majeurs sans bémol. (À propos d'un simple avis du 20 juin 2011) », préc.

¹⁵⁰ N. PÉTERKA, note préc. sous Civ. 1^{ère}, 29 juin 2011 : la liberté de la preuve ne serait pas totale, l'altération devant être médicalement constatée selon l'art. 425 C. civ., d'où des documents médicaux exigés. Une mesure d'instruction ne saurait être ordonnée. Encore J. HAUSER, obs. préc. sous Civ. 1^{ère}, 29 juin 2011 : « la motivation ne nous paraît pas condamner la jurisprudence précitée, ce qui serait inconcevable et conduirait à une impasse ».

¹⁵¹ Déjà, sur cette recevabilité défendue à partir d'un certificat de carence, F. FRESNEL, « Le certificat médical, une pièce maîtresse de la mesure de protection des majeurs », préc.

¹⁵² J. MASSIP, « De quelques problèmes posés par la protection juridique des majeurs », préc., p. 29 : auparavant, le certificat était une condition de fond.

¹⁵³ Th. VERHEYDE, note préc. sous Tgi Mont-de-Marsan, 8 oct. 2009.

production d'un certificat mais de carence, pour la recevabilité. La suppression de la sanction dans l'alinéa 1^{er} de l'article 431 n'est pas dans le sens de l'histoire, vraisemblablement. Tous les requérants pourraient ne pas être visés également par cette dispense qui existe pour l'audition du majeur¹⁵⁴. Ce pourrait être exclusivement une saisine par le seul procureur de la République qui ne manquerait pas, au cours de l'instruction, de faire opérer les vérifications élémentaires.

Plus détaillée, le législateur pourrait introduire la dérogation de l'impossibilité de procéder à l'examen médical par le fait de l'opposition du majeur à protéger. C'est l'ajout d'un alinéa, avec le maintien de la règle de l'irrecevabilité. Livrons une proposition réflexive à améliorer, en s'inspirant de la jurisprudence ancienne : « Par dérogation, la personne qui a sollicité ou fait l'objet d'une demande de mesure de protection n'est pas fondée à se prévaloir de l'absence de constatation médicale de l'altération de ses facultés par la production d'un certificat médical circonstancié lorsque, par son propre fait, elle a rendu cette constatation impossible en se refusant à tout examen. Hormis la personne à protéger, le requérant confronté à cette impossibilité démontrée par la production d'un certificat de carence doit apporter tout élément rendant vraisemblable l'altération des facultés personnelles de l'intéressé ». Il serait optionnel de rappeler que l'absence de certificat médical circonstancié ne dispense pas de l'exigence de la preuve de l'altération des facultés personnelles, par tout moyen, véritable condition de fond, car le principe de nécessité y suffit. Le texte serait délicat à rédiger pour tenir compte, à la fois, de la situation de dispense, comme l'opposition paraissant injustifiée du majeur, et des éléments à prendre en considération afin de respecter les libertés de chacun. On préférerait la souplesse de l'intervention du juge face à la diversité des cas se présentant, mais la règle affichée de l'irrecevabilité amène à augmenter encore le verbe de la loi. En réalité, on serait progressivement conduit à une quasi-obligation d'examen médical.

Autre possibilité, si le requérant se heurte au refus de la personne à protéger, peut-être pourrait-il demander au juge de diligenter une mesure d'instruction, si, en cette matière gracieuse, un texte à créer permettait une espèce de mesure *in futurum*¹⁵⁵. Pour ne pas suppléer à la carence de preuve du demandeur¹⁵⁶, celui-ci pourrait apporter des éléments tels des témoignages notamment, comme une espèce de commencement de démonstration de l'état justifiant une protection.

Cette voie vers la réforme de la réforme n'est pas totalement saugrenue. Un rapprochement peut s'avérer instructif. En sauvegarde de justice, le juge ne peut plus se saisir d'office. Néanmoins, dès lors qu'il est régulièrement saisi, il dispose de la faculté de placer le majeur sous sauvegarde de justice pour la durée de l'instance¹⁵⁷. Grâce à cette possibilité, le majeur bénéficie immédiatement d'une protection dans l'attente de connaître la décision sur la curatelle ou la tutelle. En vertu de l'article 1249, alinéa 2, du Code de procédure civile, la Cour de cassation décide classiquement que la décision prise par le juge des tutelles de placer un majeur sous la sauvegarde de justice pour la durée de l'instance en tutelle ou en curatelle, quel que

¹⁵⁴ C. civ., art. 432, al. 2 et, en sauvegarde de justice, art. 433, al. 3.

¹⁵⁵ Comp. CPC, art. 145.

¹⁵⁶ CPC, art. 146.

¹⁵⁷ C. civ., art. 433, al. 2.

soit le mode de sa saisine, y compris lorsqu'il a décidé de se saisir d'office, ne peut faire l'objet d'aucun recours. À l'occasion de l'application de cette disposition, un placement a été confirmé, avec un moyen rejeté qui doit attirer l'attention¹⁵⁸. Sa critique portait sur le défaut d'audition préalable et l'absence de sa motivation¹⁵⁹, ainsi que sur le défaut de signature et de paraphe par le médecin du rapport joint au certificat médical signé¹⁶⁰. Sur le second point qui nous retient seul, le rapport allait dans un sens identique au certificat et faisait corps avec celui-ci, si bien qu'il émanait du praticien dans le respect de la loi. Malgré l'absence de recours ouvert, le principe de nécessité était concrètement respecté¹⁶¹. Toutefois, dans le principe, les garanties procédurales habituelles sont potentiellement menacées.

Ce qui domine est la nature provisoire de la sauvegarde de justice qui est décidée pour le temps de l'instance, alors que la mise en place d'une tutelle était en vue¹⁶². Pragmatiquement, une protection est accordée le plus vite possible. On se souciera ultérieurement, une fois la mesure adéquate sélectionnée, de respecter les principes garantissant les droits du majeur. Introduire le débat à cette étape par le recours, revient à anéantir l'objectif premier de célérité. C'est dans cette logique que la Cour de cassation décide que du fait que « le placement sous sauvegarde de justice ne pouvait, en application de l'article 1249 du code de procédure civile, faire l'objet d'aucun recours et avait une fonction de protection du majeur concerné, c'est, à bon droit, que la cour d'appel a décidé que cette décision, qui ne pouvait faire grief à (la majeure), était exécutoire de droit dès son prononcé nonobstant son absence de notification » au requérant et à la personne protégée¹⁶³. La doctrine relève que sous l'empire du droit antérieur, en pratique, il advenait que le juge qui pouvait se saisir d'office, « décide, à titre conservatoire, de placer l'intéressé sous la sauvegarde de justice avant même que l'altération des facultés n'ait été médicalement constatée. Cette pratique utile mériterait d'être conservée »¹⁶⁴.

On émettra une réserve sur la portée de cette solution. La sauvegarde de justice peut s'étirer dans le temps¹⁶⁵. Dans cette hypothèse, malgré la légèreté de la mesure qui n'enlève pas, par principe, sa capacité juridique au majeur, néanmoins fragilisée¹⁶⁶, la fermeture du recours fait que des étapes essentielles comme celle du certificat et de l'audition ne seront pas forcément respectées. La dispense éventuelle

¹⁵⁸ Civ. 1^{re}, 16 juin 2011, n° 10-21.036, inédit ; *D.* 2011, Pan., p. 2501, spéc. 2506, obs. D. NOGUÉRO ; *Dr. fam.* 2011, n° 135, obs. I. MARIA.

¹⁵⁹ C. civ., art. 433, al. 3.

¹⁶⁰ C. civ., art. 431 ; CPC, art. 1219.

¹⁶¹ C. civ., art. 415, 425 et 428.

¹⁶² C. civ., art. 439, al. 4. Des nuances/inquiétudes sur le caractère provisoire, J. MASSIP, « La sauvegarde de justice, le mandataire spécial et la garantie des droits de la personne protégée », *JCP* 2011, 1183, p. 1966.

¹⁶³ Civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n° 10-18.960, *Bull. civ.* I ; *D.* 2011, Pan., p. 2501, spéc. 2507, obs. D. NOGUÉRO ; *RTD civ.* 2011, p. 513, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2011, n° 135, obs. I. MARIA, 2nd moyen : est rejeté le pourvoi arguant de la violation des articles 1249 et 503 du code de procédure civile par l'ordonnance s'appuyant sur l'article 514 prévoyant l'exécution provisoire de plein droit.

¹⁶⁴ J. MASSIP, *op. cit.*, n° 286, p. 241.

¹⁶⁵ C. civ., art. 433, al. 1^{er} ; art. 439, al. 1^{er} : un an.

¹⁶⁶ C. civ., art. 435. Comp. mandat de protection future, art. 488.

est peut-être excessive alors¹⁶⁷. Les juges sont habituellement vigilants pour préserver les garanties procédurales¹⁶⁸, jusqu'à engager la responsabilité, le cas échéant¹⁶⁹. En toute hypothèse, l'exigence textuelle du certificat médical¹⁷⁰ peut s'avérer de simple façade, dans les faits.

Il faudra patienter pour mesurer l'étendue des conséquences pratiques du refus de dispense de droit positif. Toujours, pour entrer dans le monde de la protection des majeurs, la constatation médicale demeure essentielle. Fréquemment, l'on insiste sur le phénomène avéré, dans nos sociétés, du vieillissement de la population, accompagné des altérations de la santé et du refroidissement corrélatif de nombre d'aptitudes. Selon la Cour suprême, en 2010, plus de 700 000 personnes sont aujourd'hui placées sous un régime de protection par le juge des tutelles¹⁷¹. Quelques décennies auparavant, l'idée était de faire une place civile au malade mental afin de ne pas l'enfermer dans sa maladie et ses traitements, en écho prolongé au renversement copernicien du dix-neuvième siècle sur la perception des aliénés par Pinel et Esquirol, pères d'une autre psychiatrie, à l'époque, libérant le malade, avec la loi du 30 juin 1838 dépassée depuis. Le traitement civil se détachait du traitement médical, réciproquement¹⁷², et aussi des soubresauts de la psychiatrie, avec ses théories et pratiques. Mais, toujours, l'étape du praticien de la santé est indispensable et continuera à l'être afin de mettre en place un régime de protection du majeur faible.

¹⁶⁷ *Contra* : J. MASSIP, *op. cit.*, n° 286, p. 241, n° 300, p. 257 : justifiant l'allègement des garanties par l'urgence et la vocation conservatoire de la mesure, et invoquant les travaux parlementaires pour se dispenser de l'obligation d'entendre préalablement le majeur ou de recueillir l'avis du médecin expert.

¹⁶⁸ P. MARGUÉNAUD, « Les aspects procédurals de la protection des majeurs vulnérables au regard de la CEDH », *LPA*, 4 nov. 2010, n° 220, p. 10 ; V. NORGUIN, « Droit processuel et protection judiciaire civile des majeurs vulnérables », préc. ; E. PUTMAN, « Les aspects procédurals de la protection des majeurs vulnérables au regard des décrets des 5 décembre 2008 et 23 décembre 2009 », *LPA*, 4 nov. 2010, n° 220, p. 15 ; F. VASSEUR-LAMBRY, « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme ? », *Dr. fam.* 2011, Étude 3.

¹⁶⁹ Comp. CA Bordeaux, 8 nov. 2010, cité *D.* 2011, Pan., p. 2501, spéc. 2506, obs. J.-M. PLAZY : décision « qui condamne l'État à verser une indemnité de 5000 euros sur le fondement d'une perte de chance de se défendre. En l'espèce, la personne placée sous curatelle renforcée n'avait pas reçu notification de la possibilité, qui lui était offerte, de consulter son dossier médical, sur lequel le juge s'est appuyé pour mettre en place la mesure d'assistance. La mesure ayant ensuite été annulée, la personne engage la responsabilité de l'État pour un manquement imputable au juge et à son greffier. La juridiction estime que la faute commise a fait perdre au majeur une chance de mieux adapter sa défense pour éviter l'ouverture de la mesure ou limiter sa gravité. Après la consécration des droits de la personne à consulter son dossier (art. 1222-1 c. pr. civ.), il était logique d'en retirer toutes les conséquences sur le plan de la responsabilité ».

¹⁷⁰ CPC, art. 1218.

¹⁷¹ Cass. Rapport annuel 2009.

¹⁷² C. civ., anc. art. 490-1 ; délocalisation, CSP, nouv. et anc. art. L. 3211-8.