

# Revue de la Recherche Juridique

---

*Droit prospectif*

Rédacteur en chef  
Emmanuel Putman

2019-1  
XLIV - 176

**droit public** histoire du droit et des idées politiques **droit comparé**  
philosophie du droit **droit civil** théorie générale droit des affaires  
**droits étrangers** liberté et droits fondamentaux **droit international**  
bioéthique **droit administratif** droit processuel droit maritime



# PROTECTION DE LA PERSONNE ET AUTONOMIE DES MAJEURS PROTÉGÉS : LES ACTES SIMPLEMENT ET STRICTEMENT PERSONNELS

---

David NOGUÉRO

*Professeur à l'Université de Paris Descartes Sorbonne Paris Cité  
(IDS - UMR-INSERM 1145)*

**Abstract:** *The protection of vulnerable adults gives a large place to autonomy in the field of the person. The reform of March 5, 2007 has dedicated it. Autonomy requires an aptitude for so-called simple or strictly personal acts. Multiple difficulties can nevertheless be encountered. The law or the case law makes it possible to apprehend them. However, the construction of positive law must be appreciated. This is all the more so in the presence of a more general movement of diversion, which also affects protected adults. The withdrawal of the judge has an impact on the autonomy lived.*

Depuis la réforme du 5 mars 2007, la protection dans le domaine de la personne comme l'autonomie des majeurs protégés ont fait une percée. Dans le cadre imparti, sera livrée une opinion, avec quelques provocations, sans pouvoir s'attarder toujours sur l'appareil scientifique extrêmement nourri en la matière.

**Art législatif.** Longtemps délaissées, les incapacités ont attiré l'attention de la doctrine lors de la réforme de 2007. Par la suite, par épisodes, se constatent des manifestations d'intérêt pour certains sujets. En marge, il existe les effets de mode. On en vient parfois à s'attacher à des questions assez marginales voire à créer artificiellement des problématiques creuses. Dans le prolongement, se dessine aussi un engouement pour des sources internationales ou/et les vertus supposées de la proportionnalité judiciaire. Fréquemment, en sont tirées des conclusions présentées comme révolutionnaires, sur les cimes des grands principes, en occultant la salissure du cambouis à laquelle se frottent quotidiennement les artisans de terrain.

Paré des atours du respect de l'individu, de sa dignité, de ses libertés et de ses droits fondamentaux, le droit pensé et proclamé d'en haut, diraient certains, est-il toujours du droit? Est-ce un droit, même en construction, ou une espèce particulière de psychologie à appliquer à la règle disponible, quelle qu'elle soit, pour entamer sans cesse sa texture et glisser vers un instrument malléable à l'infini, support sciemment altéré afin de transformer le traitement de tout et de tous en cas systématiquement particulier? La démarche est souvent celle d'appeler constamment à l'évolution et à la réforme, au nom des mutations incessantes du matériau « faits », seraient-ils exceptionnels. Dans cet esprit, il convient de

transiter par des nouveaux paradigmes, concepts ou notions, peu important leur imprécision ou leur vacuité. Cela permet *a minima* une expression lors de nombreux colloques et autres « productions » doctrinales.

Avec ces prismes, il n'y a pas à s'occuper vraiment de l'essentiel : le réel bilan de l'acquis, son amélioration technique éventuelle, et la mise en œuvre concrète et réaliste. Cette vision du droit, qui se veut souple, au moins en apparence, conduit souvent au panjuridisme. Le droit devrait être quasiment partout et, en outre, réglerait tout... s'il était correctement orienté, y compris par sa seule force symbolique ! Pour mieux l'imposer, est habituellement opérée la critique du corpus en place, jugé inadapté, alors que souvent la question est moins celle du texte lui-même que celle de son application par des moyens matériels ou/et des pratiques critiquables à modifier. L'homme (sens générique) nouveau, nécessite ce droit nouveau, dit moderne ou progressiste, pour ne pas dire humaniste, tant le discours est politique. Toujours à marée haute, une telle conception – on n'ose dire idéologie, car l'opposant à ce mouvement est décrit comme un aigri passéiste quand il n'est pas purement et simplement ignoré – laisse peu de place aux lois des normes juridiques, et grignote en permanence la possibilité de préserver des domaines de l'emprise nouvelle du droit.

À trop se polariser sur l'individu, n'oublie-t-on pas que le droit fournit des règles régissant les rapports des hommes en société, et qu'il doit, dans ce but, hiérarchiser des intérêts et opérer des choix qui ne peuvent être toujours en faveur de chaque individu ? Nos systèmes juridiques doivent-ils, sans cesse, produire des lois d'autorisation et de reconnaissance, pour consacrer à l'infini des droits subjectifs ou des libertés, au gré des revendications, éternelles comme le désir inassouvi, sans trop se préoccuper de leur conciliation et de leur nécessaire articulation au sein d'une collectivité ? L'observation nous paraît particulièrement forte s'agissant des majeurs à protéger ou protégés. Centrer à outrance les règles sur le majeur vulnérable en occultant qu'il doit se mouvoir dans un groupe, et que les membres de ce groupe ont également besoin de repères et certitudes, afin de l'accueillir et d'entrer en relation, est contre-productif, à terme, pour la protection du premier.

Habituellement, la sécurité juridique est plus évidente à percevoir pour la protection dite patrimoniale. Il nous semble qu'elle ne doit en rien être négligée pour la protection de la personne des majeurs. Peut-être plus discrète, elle y est néanmoins à l'œuvre et devrait permettre de penser l'encadrement par le droit. Des incertitudes demeurent sur les solutions à apporter à telle ou telle situation, eu égard notamment à des critiques doctrinales sur certaines règles applicables. De façon sous-jacente, sans toujours l'exprimer ouvertement, des positionnements peuvent conduire à suggérer un statut pour des catégories de personnes lorsqu'est évoquée la spécificité de la personne âgée ou de celle handicapée. Dans cette logique, se juxtapose également un maillage médico-social, qui peut déjà apparaître tentaculaire, au risque d'une culture transgénique du droit civil. En

parallèle, est vantée l'autonomie de l'individu, sujet de droit conservant sa personnalité juridique, à favoriser tant dans le domaine patrimonial qu'en dehors, surtout en gagnant les rives du champ intime. Mais il ne suffit pas d'invoquer l'autonomie, car, sous le même mot, l'acception diverge.

L'article 428 du code civil<sup>1</sup> trace les principes directeurs de la protection réunis sous le triptyque subsidiarité, nécessité et proportionnalité. Est évoquée la mesure la « moins contraignante », non la moins protectrice. L'idée est que la protection est assurée grâce à une mesure qui entame moins la capacité juridique de l'individu qu'une autre technique. La distinction « mesure incapacitante » ou non a fait florès. Elle consiste à classer les mesures de protection entre celles qui seraient privatives de capacité juridique et les autres laissant une initiative au majeur protégé, avec une option de faveur pour ces dernières. Si la formule n'est pas dépourvue d'intérêt, elle demeure insuffisamment précise et tend à présenter de façon trop schématique les différentes mesures de protection qui sont bien plus nuancées.

Toutefois, la présentation binaire des mesures de protection permet de se cantonner au stade des grandes lignes. En arrière-plan, l'incapacité est vue comme une diminution de la personnalité, une atteinte aux libertés, voire sur ce chemin excessivement simpliste, comme une discrimination. Dans une telle optique, poussée à son paroxysme, le Comité de droits en charge de la convention internationale sur les personnes handicapées de l'ONU exige la condamnation de tout système de décision dite substitutive, au profit d'un accompagnement. Si la tutelle, mesure de représentation, est visée au premier chef, il nous semble que l'analyse porte plus loin, qui évoque d'ailleurs la curatelle, comme la critique des soins psychiatriques contraints. Pour nous, trop insister sur des aspects négatifs, conduit à négliger d'abord qu'une mesure est prioritairement instituée, dans le respect de garanties procédurales et de fond, pour protéger un majeur ! Le sujet faible ne peut être traité comme le sujet ordinaire ou « normal », normalité non au sens d'un jugement de valeur mais d'un pur constat factuel. Il a besoin d'une compensation qui entraîne certes quelques inconvénients, mais dont le but est louable. Le remède, qui a ses contraintes, et des effets secondaires parfois, n'est-il pas indispensable au malade ? Ensuite, la diffusion d'un tel message a une incidence sur la perception des mesures protectrices par le public destinataire. Du coup, les mesures sont craintes et le martellement du discours pousse à décourager de se renseigner et, le cas échéant, de recourir à des mesures qui, pourtant, seraient réellement nécessaires. Il convient d'appivoiser les mesures de protection des majeurs plutôt que de leur jeter l'opprobre. Sous cet aspect, la loi de 2007 est assez paradoxale qui, d'un côté, cherche à favoriser l'anticipation de la situation de faiblesse par une offre d'outils, et, d'un autre, opère une gradation des mesures, sans énoncer expressément aussi leur vertu protectrice primordiale, ce qui laisse place à une interprétation péjorative de ce

<sup>1</sup> Réd. modifiée, art. 29, L. n° 2019-22 du 23 mars 2019.

que sont les incapacités (sens générique) dites désormais mesures de protection juridique. Il demeure qu'elle cherche, en reconnaissant le principe de l'autonomie, à faire montre d'humanisme.

L'humanisme a plusieurs significations. Parmi celles-ci, nous pouvons nous appuyer sur l'attitude philosophique qui tient l'homme (non « genré ») pour la valeur ou référence suprême. Il faut la rapprocher du mouvement d'autodétermination qui traverse depuis quelques années, avec des pics d'intensité, le droit des majeurs protégés ou protégeables, si l'on ose dire.

**Loi de 1968.** Nous ne ferons pas une étude des textes antiques pour prôner leur supériorité. Toutefois, relevons que la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs n'était pas totalement oublieuse du domaine de la personne, contrairement à certains discours convenus, notamment par les faiseurs de lois nouvelles en autopromotion.

Le pragmatisme et l'intuition du Doyen Carbonnier, lumineux inspirateur du dispositif, l'ont conduit à penser qu'il fallait dissocier les champs pour obtenir rapidement une loi<sup>2</sup>. Sinon, il aurait fallu attendre un arbitrage délicat entre les chapelles de ceux chargés des soins psychiatriques, voyant souvent d'un mauvais œil l'incursion du juge judiciaire, pourtant gardien de notre liberté individuelle au regard de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958. La loi n° 90-567 du 27 juin 1990 (réformée depuis, avec l'influence des jurisprudences constitutionnelle et européenne) est bien intervenue plus de deux décennies après celle sur la protection patrimoniale. La leçon de stratégie est là : mieux vaut une œuvre législative modeste mais cohérente et efficace, plutôt qu'une communication très ambitieuse sans se soucier vraiment de sa réalisation concrète. La sociologie juridique, qui s'intéresse notamment à la réception des règles par leurs destinataires, a dû livrer des enseignements utiles. En outre, dans le domaine personnel, la loi de 1968 réglementait certains actes : le mariage, par exemple. Elle contenait également un renvoi exprès à la tutelle des mineurs, en précisant opportunément qu'était exclue une éducation de l'adulte<sup>3</sup>. De plus, il ne faut jamais omettre que le droit positif ne se cantonne pas aux seuls textes. Confrontée aux réalités de terrain, la jurisprudence apporte son écot, avec sa souplesse pour l'adaptation aux cas singuliers.

---

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, « Essais sur les lois », *Répertoire du notariat Defrénois*, 1979, p. 60.

<sup>3</sup> C. civ., anc. art. 495. Et C. civ., anc. art. 450, al. 1<sup>er</sup> : la réserve de la loi et de l'usage pour agir soi-même. Comp. pour l'accompagnement judiciaire (MAJ), C. civ., art. 495-7, al. 3. Avec la gageure de rendre autonome (C. civ., art. 495) une personne assistée, mais capable (C. civ., art. 495-3), devenue fracassant échec au contact de la réalité. V. La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante, Rapport de la Cour des comptes, sept. 2016.

En réaction contre la loi des aliénés de 1838<sup>4</sup>, la loi de 1968 proclamait de façon heureuse, au sein du code civil, l'indépendance des traitements juridique (les intérêts civils) et médical de la vulnérabilité (les soins), belle frontière empreinte d'humanisme<sup>5</sup>. La loi 1968 marque là un virage net, fort protecteur de la personne, pleinement justifié<sup>6</sup>. Dans son ambition modérée mais importante de renouveau, la loi organisait la collaboration du juge et du praticien de la santé, tout en rappelant les frontières. Ce n'est pas un État fédéral; c'est une union des nations dans le but de la protection. C'est dire que, aux extrêmes, vous pouvez être interné sans régime de protection, ou, chez vous avec vos pilules mais sous tutelle. Toutes les combinaisons existent. Sûrement, rien n'empêche de vous placer sous tutelle si vous êtes hospitalisé pour maladie mentale. Ce qui est rompu est le lien obligatoire entre les traitements. En lui-même, le traitement médical n'a aucune conséquence sur la capacité juridique du malade ou la gestion de ses biens<sup>7</sup>. Il y a toute latitude pour individualiser la mesure de protection, sans obstacle des soins à fournir, et inversement. Comme la valeur de la paix après l'armistice issu de combats sur les plages normandes, il faut garder en mémoire l'importance de cet apport véritablement essentiel pour la protection de la personne.

La réforme attendue et faite de la loi de 1968 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009 disant se préoccuper davantage de la personne des majeurs. Il n'y a pourtant plus trace dans le code civil d'une disposition équivalente sur l'indépendance des traitements. On pourrait être saisi d'effroi à l'idée d'un retour en arrière. Du moins, on peut s'étonner d'une absence de reprise textuelle de cette grande règle au sein de l'ancêtre des codes, alors que le législateur et si prompt à multiplier les principes, certains sans grande portée pratique, ou à répéter à l'identique des dispositions dans plusieurs codes, sans même évoquer le pouvoir réglementaire. Mais, qu'on se rassure, il n'y a pas d'abandon. C'est un acquis, *ante* révolution aux petits pieds pour mettre la personne au centre. On est déjà dans

---

<sup>4</sup> Sous la loi du 30 juin 1838, tout malade mental placé dans un hôpital psychiatrique (asile d'aliénés) était automatiquement frappé d'une incapacité. Avant la loi de 1968, parmi les raisons évoquées, le mélange des genres a certainement contribué à la désaffection des familles afin de recourir à une incapacité, notamment pour l'interné.

<sup>5</sup> C. civ., anc. art. 490-1. Avec la reconnaissance néanmoins de la collaboration privilégiée du médecin traitant, quelque peu réhabilité post promulgation de la loi de 2007 (ex. C. civ., art. 431, al. 1<sup>er</sup>). En outre, principe de nécessité, signalons le rôle du certificat médical par un médecin spécialiste devenu en 2007 certificat médical circonstancié par un médecin listé.

<sup>6</sup> Si le législateur n'a pu avoir l'ambition de réformer à la même période, à la fois, les dispositions sur l'hospitalisation des fous et les règles civiles de gestion de leur patrimoine avec leur incapacité, au moins a-t-il clairement affiché un principe qui n'a pas été remis en cause par la loi du 27 juin 1990 qui a profondément modifié les règles sur l'internement abrogeant la loi de 1838.

<sup>7</sup> Colmar, 14 nov. 1973, *JCP* 1974. IV. 6443.

la délocalisation. Il faut gagner le code de la santé publique<sup>8</sup>. On peut être surpris de la suppression du message de l'indépendance, probablement jugé patent, car la réforme de 2007 est avide d'affichage de grands principes dans le code civil. On peut y voir un beau signe de progrès effectif. On aurait souhaité plus de déférence. Un rappel dans le code civil n'aurait pas été que symbolique. À tort ou à raison, nombre de familles ont des idées confuses en ce domaine, surtout que le message de défiance envers les mesures de protection est entretenu à tort au nom de l'autonomie. C'est la vertu pédagogique de la loi civile que de les éclairer simplement par son accessibilité et sa lisibilité.

**Réforme de 2007.** La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs continue de réglementer spécifiquement certains actes relatifs à la personne. Elle n'a pas retouché les règles sur le divorce créées par la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 (à la différence de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019)<sup>9</sup>. Certains ont vivement regretté l'occasion manquée par la réforme d'une remise à plat et en ordre de la protection de la personne, en constatant l'éclatement au sein du code civil et à la dispersion hors du code civil. Placé dans la section II des dispositions communes aux majeurs protégés, du Chapitre I Des dispositions générales du titre XI, l'article 415 du code civil, en ses alinéas 2 et 3, contient des principes généraux de la protection. La protection « favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de » la personne protégée. Cette autonomie n'est en rien définie, à cette occasion, mais elle concerne tous les domaines de la protection<sup>10</sup>. Les conceptions de celle-ci ne sont pas unanimes. C'est une directive qu'il faut lire dans son intégralité qui est une philosophie. L'autonomie est à rechercher mais pas dans

<sup>8</sup> Qui n'était alors pas forcément à jour (version en vigueur du 22 juin 2000 au 1<sup>er</sup> août 2011) de la dernière numérotation des textes, nécessitant un toilettage pour le renvoi correct aux dispositions du code civil. Sur l'indépendance des traitements, CSP, art. L. 3211-8, réd. enfin actualisée, L. 2011-803 du 5 juill. 2011. La mise sous protection juridique est facultative. Mais, on tremble un peu rétrospectivement (CSP, art. L. 3211-5, sur les antécédents psychiatriques). En voilà, une belle évidence. Néanmoins, pendant l'hospitalisation, où l'on comprend qu'il faut surtout soigner le malade, on fait tout pour restreindre le moins possible vos libertés (CSP, art. L. 3211-3).

<sup>9</sup> Intervenant dans le domaine personnel, plus largement. V. J. COMBRET et D. NOGUÉRO, « Personnes vulnérables, régimes matrimoniaux et statut personnel: réforme de la justice et prospective », *Defrénois* 4 avril 2019, n° 14, doctr., 147k8, p. 27; G. RAOUL-CORMEIL, « Les distorsions entre la théorie et la pratique du droit des majeurs protégés », *JCP G* 2019, Étude 121; J.-J. LEMOULAND, « Simplifier et recentrer le rôle du juge dans le domaine de la protection des majeurs. Les apports de la loi du 23 mars 2019 », *D.* 2019, doctr., p. 827; I. MARIA, « Personnes protégées. Protection juridique des majeurs: une nouvelle réforme dans l'attente d'une autre », *Dr. fam.* 2019, Étude 15; N. PETERKA, « La loi du 23 mars 2019 et la réforme du droit des personnes vulnérables: quelles conséquences pour la pratique notariale? », *JCP N* 2019, Étude 1157, et « La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019. Progrès ou recul de la protection? », *JCP G* 2019, Étude 437; S. VALORY, « Mini-réforme du droit des majeurs vulnérables », *Gaz. Pal.* 21 mai 2019, n° 19, doctr., 353a7, p. 14; E. PECQUEUR, « Sort des majeurs protégés dans la réforme », *AJ fam.* 2019, p. 266.

<sup>10</sup> Sur l'évaluation croisée pluridisciplinaire de l'autonomie en vue de l'ouverture d'une mesure judiciaire, C. civ., art. 431, al. 2, réd. L. n° 2019-222 du 23 mars 2019, renvoyant au décret, donc au futur.

l'acharnement. On ne mime pas l'indépendance pas plus qu'on ne la décrète. Elle doit se vivre avec les moyens du bord.

Il est incontestable que la réforme de 2007 a consacré des dispositions plus étoffées à la protection de la personne, au sein de la fameuse sous-section 4 Des effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne (C. civ., art. 457-1 à art. 463)<sup>11</sup>. Ce n'est pas l'usage qui autorise le majeur à agir mais la loi<sup>12</sup>. L'ambition est de fixer un cadre général. Il s'agit d'actes de la vie civile mis à part. Toutefois, il n'y a pas eu une démarche globale cohérente afin d'appréhender l'ensemble des difficultés liées à la protection de la personne. Dans cette optique, le législateur n'a pas coordonné entièrement ses actions.

Il a notamment été insisté sur le problème d'articulation du code civil avec le code de la santé publique<sup>13</sup>. Ce constat a conduit à habilitier le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance<sup>14</sup>, de façon réitérée avec l'article 9, IV, de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice<sup>15</sup>. Même à admettre, par fort optimisme, que le nouveau délai de douze mois à compter de la publication de la loi permette de satisfaire la directive fixée, il faudrait s'intéresser aux choix réalisés et à la qualité du travail législatif. Comme trop souvent, il faut relever que le législateur est amnésique de ses propres réalisations antérieures et qu'il agit de manière compartimentée. La répétition de la « réforme(s) » par mandature peut nuire à la réflexion, à la préparation sérieuse et à la stabilité nécessaire pour la réception des normes par leurs destinataires.

<sup>11</sup> Th. FOSSIER, « La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », *JCP G* 2007, I, 118 et « La protection de la personne, un droit flexible », *Dr. fam.* 2007, chr. 17.

<sup>12</sup> Comp. en tutelle, C. civ., art. 473, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>13</sup> A. BATTEUR, « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr. fam.* 2011, Étude 5. Et F. ARHAB-GIRARDIN, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS* 2009, p. 875, et « L'aide à la décision médicale de la personne âgée vulnérable », *RDSS* 2018-5, p. 779 ; S. BERNHEIM-DESVAUX, « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », *RJPF* 2010-4/12 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Remèdes à l'éclatement du régime juridique des actes médicaux portant sur les majeurs protégés », in G. Raoul-Cormeil (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. « Thèmes commentaires », 2012, p. 151.

<sup>14</sup> Déjà, l'échec par inaction, malgré un délai de dix-huit mois accordé, art. 211, L. n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé. Dans ce contexte, l'affaire Vincent Lambert sur la fin de vie, en tutelle, demeure toujours d'actualité. Les douze mois courent à compter du 24 mars 2019 jusqu'à la limite du printemps 2020.

<sup>15</sup> Publiée par la Chancellerie, circulaire CIV/04/2019 du 25 mars 2019 de présentation des entrées en vigueur des dispositions civile de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, *BOMJ* 29 mars 2019, n° 2019-03, et ses annexes. Annexe 8 sur l'autonomie pour les actes personnels. Pravda pour la déjudiciarisation derrière l'affichage des droits fondamentaux.

Malgré des courants idéologiques émancipateurs<sup>16</sup>, la loi de 2007 demeure aujourd'hui encore la matrice pour les actes simplement et strictement personnels, même si la loi du 23 mars 2019 a modifié la rédaction de l'article 459 du code civil<sup>17</sup>. Auparavant, en doctrine ou en jurisprudence, pouvaient être évoqués des actes éminemment personnels et le gouvernement (ou la tutelle) de la personne<sup>18</sup>. Cette dernière expression conduisait à préciser les pouvoirs d'un organe protecteur dans le domaine de la protection de la personne, et leurs modalités d'exercice, tandis que la première évoquait une sphère réservée au majeur protégé lui-même. Il était insisté sur la lucidité. Même provisoire, dans un moment de discernement, le fonctionnement normal des facultés mentales fluctuantes offrait l'opportunité de comprendre avec clarté et justesse, et d'émettre par intermittence un acte de volition qui ne soit pas une coquille vide, sans rattachement à la conscience. Même à éclipse, l'être de raison et de chair est susceptible de se manifester et de se décider. Le cas échéant, il faut alors prendre en considération cet état.

Toujours de droit positif, la loi de 2007 conduit à tenir compte de la capacité naturelle dans le champ de la protection de la personne<sup>19</sup>. À bien distinguer de la capacité juridique, il s'agit d'une aptitude de fait, à détecter et accueillir si elle existe, malgré une protection juridique en place exerçant son influence plus ou moins grande sur la capacité juridique. L'autonomie se glisse ainsi dans les interstices. Pour certains actes, il convient de s'intéresser au consentement malgré la mesure de protection. La logique est différente de celle privilégiée pour la protection patrimoniale pour laquelle la marge d'initiative du majeur est principalement encadrée

---

<sup>16</sup> Axé sur les droits fondamentaux version internationaliste, onusienne, Rapport de mission interministérielle. L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables, groupe Anne Caron-Dégliose, 21 sept. 2018. Pour certains points de la réforme du 23 mars 2019, on peut deviner l'influence de certaines propositions, même non toujours entièrement entérinées. Nous renvoyons à la lecture du document pour le surplus (pour les actes personnels, strictement ou « protégés », et mixtes, spéc. p. 62 s., p. 95-97). Encore, Rapport d'information n° 2075 du 26 juin 2019, Assemblée Nationale, sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

<sup>17</sup> Déjà, art. 116, L. n° 2009-526 du 12 mai 2019, modifiant aussi l'art. 459-1 C. civ.

<sup>18</sup> J. HAUSER, « Réflexion sur la protection de l'incapable », in *Mélanges P. Raynaud*, DallozSirey, 1985, p. 227; Th. FOSSIER, « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure », *JCP* 1985, I, 3195; C. GEFFROY, « La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle », *JCP* 1993, I, 3724; F. FRESNEL, « La tutelle à la personne est aussi la mission du protecteur d'un majeur protégé », *Gaz. Pal.* 1999, 2, doct., 1239; M. E. OPPELT REVENEAU, « La protection de la personne de l'incapable majeur », *LPA* 4 nov. 1999, n° 220, p. 4; J.-P. GRIDEL, « L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle », Rapport Cass. 2000, Étude; Th. FOSSIER, « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », *Defrénois* 2005, art. 38076, p. 3.

<sup>19</sup> F. BÉTAILLOLE-GONTHIER, *La capacité naturelle*, thèse dactyl. Bordeaux IV, 1999; J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, thèse Bordeaux, 1998, La Mouette, coll. Doctorat et Notariat, t. 11, 2001; L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, thèse Lyon III, 2008; V. DA SILVA, *De l'incapacité à la protection en matière personnelle*, thèse Paris I, 2010.

voire bornée, avec l'aide des techniques de l'assistance ou de la représentation. Si la capacité juridique est la règle à la majorité et l'incapacité l'exception, une fois la mesure effectivement en place, la loi n'a pas généralisé la capacité naturelle<sup>20</sup>. Par parenthèse, ceux qui critiquent fortement les mesures judiciaires ne trouvent souvent rien à redire aux règles des régimes primaire et matrimoniaux des époux, dont certaines organisent pourtant (sans certificat médical circonstancié) un dessaisissement du conjoint de ses prérogatives, sans qu'une durée maximale soit prévue par les dispositions légales.

Il existe aujourd'hui des revendications, sous la bannière commode des droits fondamentaux, pour repousser l'exigence de capacité juridique et son revers, l'incapacité, au profit d'une « capacité » généralisée, insistant sur la volonté, les sentiments, les préférences de la personne, qu'il faudrait simplement, à l'occasion, soutenir ou accompagner dans son autonomie, au nom du principe d'égalité et de la lutte contre les discriminations, en lui laissant commettre ses erreurs. Elles sont entièrement axées sur l'individu avec des confusions sur ce qu'est la capacité juridique. Dans ses relations avec autrui, il ne faut pourtant pas négliger les attentes des tiers, leurs craintes ou résistances. Il faut savoir dépasser l'individualisme et ses paradoxes pour espérer aboutir à un humanisme vécu. Le droit régule les rapports entre les personnes. Ne pas négliger la réaction des tiers nous semble impératif, au profit de l'autonomie vécue du mieux possible des majeurs protégés.

Les majeurs protégés sont loin d'être tous égaux dans les faits. La capacité naturelle n'existera pas forcément chez tous et, présente chez certains, sera fort variable. Malgré la générosité et les bons sentiments, il faut un minimum d'aptitude. Le saut à l'élastique n'est pas ouvert à tous, la hauteur du pont étant dissuasive pour le bond. Pour certaines personnes, l'indépendance sera un droit formel mais pas une réalité concrète. Hors des textes et des procédures qui instituent les mesures de protection, il y a de « vraies incapacités », si l'on ose dire, très marquantes, handicapantes dans le quotidien. Aussi, les proclamations de grands principes sont impuissantes à les effacer. En guise d'avertissement général, il faut penser que l'offre législative doit se confronter crûment à la pratique. Elle n'a de valeur dans sa mise en œuvre que face à des situations concrètes, ici plus qu'ailleurs peut-être. Les mesures de protection sont un art des faits : âmes sensibles, s'abstenir.

Demeurons dans le droit positif. Essayons de présenter non pas le détail des règles, mais l'architecture générale afin de tracer quelques pistes de réflexion, à parfaire. Nous tiendrons pour acquis un socle certain de connaissances qui ne sera pas repris. Il apparaît qu'il s'agit, pour l'heure, d'un droit davantage textuel que jurisprudentiel malgré l'existence de certaines décisions marquantes. En parallèle, la réception du corpus par la pratique n'est pas à négliger. Nous présenterons des catégories d'actes (I), des domaines d'activité (II) et des procédures variées (III).

<sup>20</sup> Proposition autre du Rapport Caron-Déglièse, 2018, préc., not. p. 58-59.

## I. Des catégories d'actes

Traisons successivement du maintien affiché de la capacité juridique (A) et des distinctions au sein des actes personnels (B).

### A. *Le maintien affiché de la capacité juridique*

En général, pour les actes simplement ou strictement personnels, les auteurs considèrent que les majeurs sous protection juridique conservent la capacité juridique. Ils justifient ainsi la faculté d'agir du majeur par des actes juridiques en présumant son consentement dans sa validité et son intégrité. Pour une telle réflexion, il faut admettre l'hypothèse selon laquelle le régime en place couvre protection des biens et de la personne.

Une telle analyse est-elle si évidente? Le candide fera observer qu'une protection existe en parallèle pour le patrimoine si bien que la capacité juridique est, au minimum, fragilisée, sinon toujours entamée, et qu'il est artificiel d'opérer un tel cloisonnement. Le technicien répliquera que les champs sont distincts l'un de l'autre d'où l'impact distributif de la mesure quant à la capacité juridique. Derrière la continuité apparente, du fait du régime en place, de l'altération des facultés, il faut reconnaître, spécialement pour le champ de la personne, que l'inaptitude a de multiples degrés et qu'elle est susceptible de varier dans le temps. Lorsque le législateur de 2007 a décidé de favoriser la capacité naturelle dans le domaine personnel<sup>21</sup> s'est-il vraiment interrogé à ce sujet? On peut être circonspect. Il demeure que des traitements différenciés de l'aptitude peuvent exister. En témoigne l'appréhension du cas du majeur protégé auteur d'une infraction dans la procédure pénale et la place réservée aux organes protecteurs<sup>22</sup>.

L'essentiel est de vérifier que, dans le manteau de l'incapacité, il peut exister des poches d'activité personnelle du majeur pour un certain type d'actes. Ce manteau qui couvre toujours les épaules du majeur protégé, notamment pour l'activité patrimoniale, est laissé au vestiaire, ici, au profit de l'état réel de la volonté. La question de l'incapacité juridique est reléguée. On ne pourrait fermer les

---

<sup>21</sup> Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *Recomm. n° R (99) 4* du 23 févr. 1999 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, Principe 3 Préservation maximale de capacité, pour les décisions à caractère personnel.

<sup>22</sup> D. NOGUÉRO, « Pot-pourri de procédure pénale concernant les majeurs protégés », *LPA* 9 juill. 2019, n° 136, doct., 145p2, p. 15; R. MÉSA, « Les impacts de la loi du 23 mars 2019 sur les situations du mineur et du majeur protégé ou non discernant mis en cause pénalement », *RJPF* juin 2019-6/1. V. Rapport annuel 2018 de la Cour de cassation, Livre 2, II, B Suggestions nouvelles. Création d'une procédure spécifique pour les troubles physiques ou psychiques intervenant postérieurement à la commission des faits et empêchant la personne poursuivie de se défendre personnellement. Création d'un répertoire unique et centralisé des personnes majeures protégées.

yeux sur la condition essentielle du consentement au prétexte qu'il s'agit d'un acte personnel pour lequel l'impulsion du corps suffirait ou le désir sans éclairage. Si la mesure de protection organisée s'efface pour plus de liberté du majeur, encore faut-il que celle-ci s'exerce dans de bonnes conditions.

La mesure de protection permet de se projeter dans l'avenir à partir d'une photographie du moment et d'une projection raisonnable. Elle efface la nuance des oscillations de la santé pendant la période où elle est en vigueur. C'est le confort et la sécurité du cadre protecteur continu dans le temps, généré par la vulnérabilité authentifiée selon la procédure idoine offrant des garanties préservant la liberté. En revanche, saisir l'instant de lucidité oblige à affiner l'appréhension de l'état et de la situation du majeur concerné. Il en va ainsi parce que la nature de l'acte dicte ce traitement différencié grâce au constat d'une volonté suffisante pour exprimer le consentement, au sens juridique, qui suppose au moins un intervalle de lucidité. L'incapacité naturelle est le pendant de la capacité naturelle. Se devine le lien avec la façon de peser une telle lucidité. Lorsque le principe devient celui d'une efficacité, en droit, du consentement du majeur protégé, sauf preuve contraire, il semble que la capacité juridique est admise. Toutefois, il faut peut-être relativiser selon la procédure en place pour admettre la valeur d'un tel consentement. Il en va ainsi, par exemple, si l'expression du consentement suppose une autorisation préalable. Y a-t-il alors toujours pleine capacité de droit comme un majeur ordinaire ? On peut en douter.

Et, même lorsque la mesure de protection se concentre sur la protection des biens, limitant ainsi la mission de l'organe en place, certaines règles protectrices du majeur ont vocation à jouer à son profit, qui concernent parfois la protection de la personne ou des actes mixtes<sup>23</sup>. Il en va ainsi même si la Cour de cassation a rendu un avis, en matière de droit d'exercer le commerce (pour savoir si une telle activité était interdite en curatelle), à la portée plus large, affirmant qu'« En toute hypothèse, dans le silence ou l'ambiguïté des textes, ceux-ci doivent être interprétés dans un sens favorable à la capacité de la personne protégée »<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> V. *infra*.

<sup>24</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 déc. 2018, n° 18-70.011, avis n° 15015 : *Bull. civ. I*; *JCP G* 2018, 1338, note D. NOGUÉRO ; *LEFP* janv. 2019, 111u2, p. 2, obs. A. GOSSIN-GORAND ; *JCP N* 2019, 138 ; *JCP N* 2019, Aperçu rapide, 158, obs. N. BAILLON-WIRTZ ; *AJ fam.* 2019, p. 41, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *JCP N* 2019, chron. 1114, note S. MOISDON-CHATAIGNIER ; *Défrénois* 14 févr. 2019, n° 7, doct., 144h4, p. 21, A. GOSSELIN-GORAND ; *Défrénois* 21 févr. 2019, n° 8, 145s6, p. 26, obs. J. COMBRET ; *D.* 2019, p. 365, note N. PETERKA ; *Dr. fam.* 2019, n° 64, note I. MARIA ; *LPA* 28 févr. 2019, n° 43, p. 6, note Ch. RIEUBERNET ; *RJPF* 2019-2/16, obs. S. MAUCLAIR ; *D.* 2019, Pan., p. 1412, spéc. p. 1419, obs. D. NOGUÉRO.

## **B. Les distinctions au sein des actes personnels**

La doctrine évoque habituellement l'idée d'une gradation en partant d'une sphère absolument inatteignable par autrui jusqu'à une autre où, si les autres options ne peuvent s'exercer, la représentation pourrait intervenir à titre exceptionnel. Les régimes juridiques posés diffèrent selon la catégorie d'acte. Les catégories sont-elles fermement déterminées ? Il nous semble que l'hésitation est permise. Envisageons les actes strictement personnels (1), les actes simplement personnels (2), puis la résidence, les relations personnelles et visites (3).

### *1. Les actes strictement personnels*

Tentons une approche de définition (a). Nous fournirons des illustrations légales (b), permettant de s'intéresser au contenu de la liste (c). Sa nature et une appréciation (d) pourront être précisées.

#### a. Approche de définition

À l'article 458 du code civil, la loi forge la catégorie « des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel », d'où est tirée l'expression d'acte strictement personnel (ou purement, adverbe plus rare). Aucune définition légale n'est fournie. La loi se borne à préciser le régime et à dresser une liste d'actes. La capacité juridique semble s'effacer. La loi ne va pas plus loin dans l'explication.

Pour la définition, du côté de la doctrine, il serait assez vain d'obtenir une version unifiée<sup>25</sup>. Chacun aura sa conception qui est elle-même opportunément variable en fonction du résultat parfois souhaité. Le plus souvent, il est davantage rappelé le régime qu'insisté sur la définition ou des critères estimés peu précis. Du côté de la jurisprudence, les juges réagissent en fonction de tel acte soumis à leur examen sans pour autant pratiquer l'*obiter dictum* afin de fixer une définition avec des critères précis. Cette prudence leur permet de remplir leur office pour le cas et de ne pas se lier les mains pour une autre hypothèse.

On peut livrer sinon une directive ferme du moins une intuition même imparfaite. Il devrait s'agir d'actes très personnels<sup>26</sup> dans lesquels se mêlent un certain

---

<sup>25</sup> Très critique sur la catégorie elle-même, P. SALVAGE-GEREST, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. - L. n° 2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. fam.* 2009, Étude 17. Et E. MALLET, « Actes à consentement strictement personnel et majeur protégé », *Dr. fam.* 2014, Étude 4.

<sup>26</sup> Comp. Recomm. n° R (99) 4 du 23 févr. 1999, préc., Principe 19 Limitation des pouvoirs des représentants : « 1. Il appartient au droit interne de définir quels actes juridiques sont de nature si personnelle qu'ils ne peuvent pas être accomplis par un représentant ».

degré d'intimité avec l'idée que nul autre que la personne elle-même n'est susceptible de commander à de tels actes. L'acte strictement personnel est tellement lié à la personnalité de son auteur, à son intimité profonde, que personne d'autre que lui ne peut y consentir. L'individu est dans l'isolement de sa conscience. Il n'y a pas de substitution, pas de procuration. La personne concernée est son monarque, totalement maître à bord bien que n'étant pas indéfectible. Ce serait violer sa délibération et son individualité que de passer outre. Il n'y a pas d'éclairage extérieur et de conseil à donner pour aider ou orienter la décision. Les rideaux sont fermés. La cabine est à place unique. C'est un domaine réservé, quasiment consubstantiel à telle personne, en sa qualité d'être humain exerçant des droits et libertés pour lesquels s'impose radicalement le choix exclusivement personnel. Ce serait s'immiscer indûment que de forcer le passage. L'acte relève éminemment de la sphère privée de la personne.

Certains pourraient dire que l'on frise à la fois l'inexactitude et la tautologie. L'exactitude de l'affirmation est sujette à caution car l'intimité, ou le trait fortement personnel, ne paraît pas toujours au rendez-vous. Le législateur lui-même donne le mauvais exemple. La tautologie menace car si personne d'autre que le sujet ne peut accomplir un tel acte c'est qu'il se définirait par son régime qui n'est pourtant applicable que si l'acte est préalablement qualifié pour intégrer la catégorie. Est-ce si étonnant de tâtonner en fonction du matériau à disposition ? Il ne le semble pas.

Il serait présomptueux de considérer que la réponse est simple et qu'une proposition faite pourrait contenter tout le monde. D'aucuns préfèrent affirmer que la catégorie des actes strictement personnels comme la distinction strictement/simplement sont floues. Selon l'époque, l'acte strictement personnel pourrait recevoir une acception évolutive. Il ne semble pas qu'il faille exclure une influence possible d'une politique législative ou jurisprudentielle. La difficulté à saisir la catégorie explique probablement pourquoi manque une définition générique reçue par tous et pourquoi les débats portent sur la pertinence de la qualification de tel ou tel acte après le rappel de la valeur de la liste dressée.

#### b. Illustrations légales

L'alinéa 2 de l'article 458 énonce des actes qui « sont réputés strictement personnels ». L'expression ne doit pas tromper. Il ne s'agit pas d'une qualification présumée qui serait susceptible de preuve contraire, à l'instar des actes de l'annexe 2 du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 en matière patrimoniale. La disqualification n'est pas autorisée en dehors d'une nouvelle intervention législative. Pareillement, pour celui qui voudrait contester la qualification donnée des actes, à tort dans son opinion, il faudrait obtenir la modification législative. Les actes visés sont forcément des actes strictement personnels selon le législateur

qui leur a collé cette étiquette, à tort ou à raison. La présomption qui est posée est en définitive une règle de fond.

Depuis 2007, la liste n'a pas été touchée, ni changée, ni réduite, ni augmentée. À l'avenir, le législateur peut décider de modifier sa liste. Il pourrait le faire face à une politique jurisprudentielle ne lui donnant pas satisfaction. C'est peu dire que la liste est discutée de façon critique par la doctrine où les opinions sont nombreuses jusqu'à l'ordre d'abrogation. On relève en général les contradictions du législateur ou les incomplétudes de son énumération ou la rigueur du régime.

### c. Contenu de la liste

Le lecteur est invité à se reporter à la liste qui énumère des actes essentiellement dans le domaine familial, surtout les relations du majeur protégé et de son enfant. Son énumération n'est ni chronologique ni alphabétique dans les événements de la vie.

**Adoptions.** Par exemple, il y a le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. Toutes les hypothèses d'adoption ne sont pas prévues mais seulement certaines<sup>27</sup>. La doctrine a relevé l'oubli du consentement du majeur protégé pour adopter un enfant autre que le sien. Il y a deux façons de voir la question. Sur ce point, rédaction intentionnelle du législateur, la liste est exhaustive et seuls les actes prévus sont réputés strictement personnels à l'exclusion de tout autre, même si l'analogie est forte. Ou, la liste n'est pas limitative et si un acte est très proche de ceux énumérés, c'est un argument *a fortiori* pour le comprendre dans la catégorie des actes strictement personnels. La jurisprudence s'est prononcée antérieurement à la réforme de 2007. Plus exactement, la Cour de cassation est intervenue sur le fondement du droit en vigueur après la loi de 1968 mais à une période où la loi du 5 mars 2007, non encore entrée en vigueur, était connue des magistrats. Il y a donc fort à parier que la perspective du droit nouveau n'a pas effrayé les juges. De ces décisions, on pouvait vraisemblablement déduire, par anticipation, que la Haute Cour ne considérerait pas la liste comme limitative, du moins lorsque l'acte extérieur était assez proche de celui nommé, comme pour l'adoption.

Adoption non listée par la loi (voulu dissuasive?), le majeur adopte une personne. Il est adoptant. Tous les majeurs ne seront pas également concernés. L'hypothèse peut ne pas être marginale, notamment pour la transmission d'un patrimoine. On constate encore que le domaine extrapatrimonial n'est pas toujours coupé de préoccupations plus patrimoniales. On pourrait songer à un proche qui s'est occupé du majeur malade et qui est ainsi justement récompensé, ce que

<sup>27</sup> Not. C. KRIEF-SEMITKO, « L'adoption simple des majeurs protégés à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2012, 1353, p. 2271 ; I. CORPART, « L'adoption face aux troubles mentaux, une situation à risque », in *Mélanges Claire Neirinck*, LexisNexis 2015, p. 461.

n'aurait pas permis aussi largement les liens les unissant avant l'adoption. Sans avoir l'imagination d'un pervers, l'adoption peut aussi être dangereuse et révéler un tout autre type de relation. Le majeur peut se voir suggérer une adoption. La suggestion peut gagner la forte incitation, la pression, la menace, l'abus de faiblesse, la violence. La dépendance de l'un peut être calmée par la présence de l'autre pas forcément désintéressée ni spontanée. On se laisse parfois abuser pour obtenir tranquillité ou plaisir. On pourrait faire « gloups » en pensant que le blanchiment du transfert financier que cherche à dissimuler l'adoption aurait pu passer par un mariage blanc que l'écart d'âges trop important a rendu peu crédible. Les sentiments s'asseyent parfois sur des valises de billets. En bref, la volonté est détournée. On voit que son contrôle est un enjeu primordial pour que la voie reste humaniste.

S'agissant du droit applicable avant la réforme de 2007, la Cour de cassation s'est prononcée sur la qualification à retenir concernant une requête en adoption, jugée strictement personnelle, donc sans représentation<sup>28</sup>. Il est important de fixer le contexte dans ce genre d'affaire. Une mère de quatre enfants est unie à un homme ayant consenti à des adoptions simples. Parmi les enfants adultes, une majeure protégée assistée de son gérant de tutelle consent à cette adoption simple. La mère décède et son mari est placé sous tutelle pendant le cours des opérations. « Assisté » de son gérant de tutelle, le mari fait une requête en ce sens pour les trois enfants non encore adoptés. Par intervention volontaire, la première fille adoptée, elle, s'y oppose. Elle sollicite le rejet de la requête en adoption en raison de l'altération des facultés mentales de l'adoptant et du trouble à la vie familiale que cette adoption était susceptible d'entraîner. L'irrecevabilité de l'intervention est désapprouvée. En effet, il ne s'agissait pas pour la fille d'exercer la nullité relative de l'acte notarié, action appartenant à la personne protégée, mais de soulever « l'exception de nullité, pour défaut de capacité d'ester en justice, de la requête en adoption présentée par un majeur en tutelle »<sup>29</sup>. On voit que le droit de critique n'est pas fermé. La fille unique enfant adoptée triomphe.

Revenons à la liste. Premier cas prévu par la loi, le majeur protégé se fait adopter (consentement donné à sa propre adoption). Il est adopté. En pratique, c'est l'enfant adulte handicapé qui vit avec une famille recomposée dont l'un des membres n'est pas son parent. Son père ou sa mère prévoit sa propre disparition et essaye d'organiser la suite afin de maintenir la chaleur du foyer. Le survivant potentiel qui a vécu jusque-là dans sa proximité et s'est occupé affectivement du

<sup>28</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2007, n° 05-20.243 : *Bull. civ. I*, n° 218 ; *D.* 2007, chron., p. 2327, spéc. p. 2331, obs. P. CHAUVIN et Cl. CRETON ; *D.* 2008, Pan., p. 313, spéc. p. 320, obs. J.-J. LEMOULAND ; *RTD civ.* 2007, p. 547, obs. J. HAUSER ; *Deffrénois* 2007, art. 38653, n° 58, p. 1323, obs. J. MASSIP ; *Gaz. Pal.* 2007, n° 294, p. 24, obs. J. MASSIP ; *RJPF* 2007-9, p. 18, obs. J. CASEY ; *JCP N* 2007, 1313, obs. J.-M. PLAZY ; *Dr. fam.* 2007, n° 153, note Th. FOSSIER ; *Dr. fam.* 2007, n° 193, note P. MURAT ; *AJ fam.* 2007, p. 355, obs. L. PÉCAULT-RIVOLIER (nombreux commentaires). V. *infra*.

<sup>29</sup> CPC, art. 117 et art. 119.

majeur protégé est bien placé, si le malheur arrive, pour assumer seul la relève<sup>30</sup>. Ne cachons pas que derrière, il y a des préoccupations patrimoniales. La vie se laisse rarement découper en tiroirs isolés. Adopté, l'enfant n'est plus un étranger aux yeux du droit, y compris fiscal. Dans le droit fil de la loi nouvelle, par anticipation, a été refusée la représentation pour l'adoption d'Amandine sous tutelle<sup>31</sup>. Une différence est notable. La Cour a donné une précision intéressante quant à la manière de vérifier ce consentement. Elle a suggéré la voie de la modulation de capacité, sans exclure l'assistance. C'est se séparer du droit écrit en 2007.

Autre cas légalement énuméré, le majeur consent à l'adoption de son enfant. Il accepte l'adoption d'autrui par quelqu'un d'autre que lui. Il n'est pas distingué suivant la force de l'adoption quant à ses effets sur la rupture du lien avec la famille d'origine. Sous cet aspect, l'adoption simple a moins de répercussion que l'adoption plénière. Le consentement du mineur d'un certain âge est demandé car c'est sa protection qui a été principalement en vue. L'altération des facultés du majeur est plutôt perçue comme un obstacle surmontable. Ainsi, en adoption plénière, « si l'adoptant est marié et non séparé de corps, le consentement de son conjoint est nécessaire à moins que ce conjoint ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté »<sup>32</sup>. Certes, ce ne serait pas notre majeur protégé qui, là, adopterait. Pour l'adoption plénière, les parents de l'enfant (filiation établie) doivent en principe consentir. Mais, « si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, s'il a perdu ses droits d'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit »<sup>33</sup>. On se passe du défaillant car l'intérêt de l'enfant prime... et celui de ceux qui attendent. Quel que soit son état, il faut savoir entendre un parent à qui l'on « enlève » un peu son enfant, si ce n'est juridiquement au moins psychologiquement<sup>34</sup>. À imaginer un majeur protégé qui consentirait à l'adoption de son enfant, on appréciera également la rétractation de son consentement et les débats sur sa pertinence. On voit que le consentement strictement personnel du majeur peut directement intéresser des tiers.

<sup>30</sup> Sur la désignation de l'organe protecteur, C. civ., art. 449.

<sup>31</sup> Déjà, avant la loi de 2007, Civ. 1<sup>re</sup>, 8 oct. 2008, n° 07-16.094: *Bull. civ. I*, n° 223; *RTD civ.* 2008, p. 655, obs. J. HAUSER; *D.* 2008, *AJ*, p. 2663, obs. V. EGÉA; *D.* 2008, p. 2832, note V. NORGUIN; *D.* 2009, Pan., p. 2190, obs. J.-M. PLAZY; *JCP* 2008, Act., 615, obs. Y. FAVIER; *JCP G* 2009, I, 10012, note Y. FAVIER; *RJPF* déc. 2008, p. 14, note M.-C. LE BOURSICOT; *Defrénois* 2008, art. 38871, n° 9, p. 2431, obs. J. MASSIP; *Dr. fam.* 2008, n° 173, note P. MURAT; *AJ fam.* 2008, p. 435, obs. L. PÉCAUT-RIVOLIER; *LPA* 10 déc. 2008, n° 247, p. 10, note M.-A. BOUSSARD; *RDS* 2009, p. 176, note C. NEIRINCK (nombreux commentaires). V. *infra*.

<sup>32</sup> C. civ., art. 343-1, al. 2.

<sup>33</sup> C. civ., art. 348, al. 2. Le rôle de conseil de famille, pour l'adoption plénière de l'enfant, en cas d'impossibilité des père et mère de manifester leur volonté, C. civ., art. 348-2, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>34</sup> Comp. une mère privée de droits parentaux en raison de sa maladie mentale aiguë qui aurait dû être entendue et exprimer ses vues sur l'adoption projetée de sa fille, CEDH, 17 juill. 2008, *X c/ Croatie*, req. n° 12233/04.

**Déclaration de naissance.** La déclaration de naissance d'un enfant, qui doit intervenir dans un certain délai, et qui intéresse la société, est-elle vraiment strictement personnelle<sup>35</sup>, même si l'enjeu peut être le lien de filiation avec la mère<sup>36</sup> hors accouchement sous X<sup>37</sup> (il apparaît beaucoup plus personnel, pour la génitrice, de garder l'anonymat)? En fait, toute la population des majeurs protégés ne sera pas confrontée à ce questionnement. À un certain âge, les cycles féminins évoluent et mettent à l'abri d'une grossesse même surprise, sauf « progrès » couplés de la science et de l'éthique. Hors utérus artificiel, sans même parler de stérilisation, seule une frange des majeures protégées est concernée. Même avec l'andropause, inégalité naturelle hors vasectomie, la paternité peut s'étirer davantage dans le temps, bien que rien ne soit infini, ni de qualité intangible. À l'inverse de la femme, pour l'homme, la pilule compense le flétrissement pour espérer rêver à la chambre bleue ou rose. À ceux qui vont crier quel débauché de s'agiter ainsi, il sera parfois répondu flegmatiquement: non, c'est de l'optimisme. Déclarer un lardon en sortant en fauteuil de la maison de retraite reste toutefois un cas d'espèce, aberration statistique. La lecture de l'article 56 du code civil alimente la sérieuse remise en cause, et la contradiction législative. L'administration en a convenu d'emblée<sup>38</sup>. *Quid* de l'acte d'enfant sans vie<sup>39</sup>?

**Reconnaissance.** Parfois, sera jointe à la déclaration de naissance la reconnaissance de l'enfant<sup>40</sup>. Elle peut intervenir indépendamment, à un autre moment, et même avant la naissance (prénatale). Traditionnellement, la reconnaissance d'un enfant a toujours exigé le consentement de l'auteur de cet acte<sup>41</sup>, indépendamment de sa protection en place. Avant la loi de 2007, une décision a pris le contrepied de cette solution<sup>42</sup>. Il faut néanmoins en tempérer la portée en raison du contexte. La reconnaissance d'un enfant par le tuteur a été autorisée

<sup>35</sup> Hésitante sur la qualification d'acte juridique, A. BATTEUR, « Les actes de la vie familiale du majeur protégé », in *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 333, spéc. p. 341.

<sup>36</sup> C. civ., art. 311-25.

<sup>37</sup> C. civ., art. 326. L'identité étant gardée secrète par hypothèse, connaîtra-t-on le régime de protection, et vérifiera-t-on, après une information adaptée, un consentement réel de l'intéressée et comment? La réaction du géniteur (C. civ., art. 62-1) paraît aussi très personnelle. V. C. LACOUR, « Accouchement anonyme et levée du secret des origines à l'épreuve de l'incapacité », *RDSS* 2009, p. 328.

<sup>38</sup> Circulaire n° CIV/01/09/C1 DACS 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: « Conformément à la jurisprudence antérieure, si l'état de la personne ne lui permet pas de consentir, ces actes ne peuvent pas être accomplis, sauf ceux pouvant faire l'objet d'une décision judiciaire, comme la déclaration de naissance (art. 55 du code civil) ».

<sup>39</sup> C. civ., art. 79-1.

<sup>40</sup> C. civ., art. 62; art. 316; anc. art. 335.

<sup>41</sup> La double nature d'aveu et d'engagement à l'égard de l'enfant est fréquemment soulignée, qui doit résulter incontestablement d'une volonté libre de la mère ou du père.

<sup>42</sup> Cpd, avant la réforme de 2007, TI Quimperlé, 16 oct. 1999, *RTD civ.* 2000, p. 85, obs. J. HAUSER; *JCP* 2000, II, 10252, note T. GARÉ: autorisation donnée par le juge au tuteur (adminis-

par un juge des tutelles pour un majeur en état de coma prolongé par suite d'un accident médico-chirurgical deux mois avant la naissance. Le frère administrateur légal a suivi l'accord de la famille unanime et de la compagne avec laquelle le majeur élevait déjà un premier enfant reconnu. Dans ces circonstances, on voulait sortir de l'impasse (une espèce de reconnaissance pré-posthume). À cette époque, l'absence de texte ou leur douce imprécision (la protection; prendre soin), a favorisé l'adaptation aux faits. L'équité masquée (ou l'humanité?) transparaît parfois dans un jugement d'espèce. Le marbre de la loi pourrait faire perdre cette marge de manœuvre aujourd'hui. On ne mettrait pas un jeton pour dire que la solution aurait été répétée dans une autre ambiance ou qu'elle se maintient fermement après le 1<sup>er</sup> janvier 2009. D'un autre côté, on peut penser que ce n'est pas obligatoirement le rôle du juge de supprimer tous les effets de la fatalité. En outre, il existe d'autres moyens pour faire reconnaître une filiation.

Avec la reconnaissance, il s'agit de nouer un lien de filiation qui permet une aspiration à la succession précédée des obligations alimentaires. Quel que soit l'intérêt de l'enfant, l'organe protecteur doit demeurer étranger à cette décision, même si la filiation peut être recherchée autrement qu'à l'initiative du majeur. À côté de la possession d'état, la preuve scientifique a fait son œuvre. L'identification par les empreintes génétiques est admise pour la filiation<sup>43</sup>. L'expertise étant de droit en matière de filiation, il est douteux que l'opposition d'un majeur protégé ne soit pas traitée comme celle de tout le monde. La quête de la vérité est indépendante de l'état mental et du vouloir de l'interrogé jusque dans son tréfonds sanguin ou génétique. Il demeure que si le majeur protégé, alors suffisamment jeune et obéissant aux conditions posées par le code de la santé publique, est laissé libre de recourir à une assistance médicale à la procréation, en exprimant son consentement, il n'aura d'autre option que la reconnaissance de l'enfant issu du processus, sauf à voir sa paternité judiciairement déclarée<sup>44</sup>.

**Autorité parentale.** Dans la continuité, « les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant » figurent dans la liste<sup>45</sup> – ce qui peut être diversement apprécié<sup>46</sup>. Sont à exclure du bénéfice de cette disposition ceux qui ont

---

trateur légal sous contrôle judiciaire) du majeur dans le coma de reconnaître l'enfant. La décision est discutable et justement remise en cause par la loi de 2007.

<sup>43</sup> V. l'exigence du consentement (sans allusion à la capacité juridique), C. civ., art. 16-11, al. 2. Et art. 16-10. En outre, CSP, art. L. 1131-1 et suiv. Le droit d'opposition en tutelle par le tuteur, CSP, art. L. 1131-1-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>44</sup> C. civ., art. 311-20.

<sup>45</sup> Limite du parent hors d'état de manifester sa volonté pour l'exercice, C. civ., art. 373; art. 373-5.

<sup>46</sup> Critique, en insistant sur le lien avec des aspects patrimoniaux, A. BATTEUR, « Les actes de la vie familiale du majeur protégé », préc., p. 341-342. Et S. MEHIER DE MATHUISIEUX, « Le handicap et l'autorité parentale », *RDS* 1993, p. 187; Th. VERHEYDE, « Le majeur protégé, parent d'enfants mineurs », *AJ fam.* 2012, 257; F. FRESNEL et I. MARIA, « Majeurs protégés et autorité parentale », *LPA* 15 mai 2014, n° 97, p. 6; R. OUEDRAOGO, « Le contentieux de l'exercice par le majeur protégé »

attendu que leurs enfants soient majeurs avant de bénéficier eux-mêmes d'un régime de protection. Les « retardataires » sont nombreux. Ils préféreront une autre règle : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère »<sup>47</sup>. Le majeur protégé peut avoir un ou des enfants mineurs avant sa mise sous protection ou pendant celle-ci. En fonction de l'âge de l'enfant, la situation peut n'être que plus ou moins brièvement transitoire. En outre, l'exercice en commun de l'autorité parentale peut conduire à encadrer de fait la liberté de l'un, sauf à ce que les deux parents soient protégés en même temps. Le majeur protégé n'est pas privé ou déchu de l'exercice de l'autorité parentale au motif de sa propre protection, même s'il doit assumer celle de son enfant mineur dont il reste civilement responsable<sup>48</sup>. L'autorité parentale qui accorde des prérogatives<sup>49</sup> se présente plus comme un devoir envers l'enfant<sup>50</sup> dont l'intérêt doit être hiérarchiquement privilégié<sup>51</sup>. Si l'organe protecteur *ès qualités*<sup>52</sup> ne doit pas s'immiscer dans l'exercice de l'autorité parentale, d'autres personnes ou autorités sont susceptibles d'intervenir afin de tempérer le principe de liberté d'exercice<sup>53</sup>. Une personne majeure qui a des difficultés personnelles lourdes pourrait en éprouver pour s'occuper de ses propres enfants<sup>54</sup>. Son droit n'est en rien absolu.

Il existe une disposition qui semble prendre en considération l'inaptitude à exercer l'autorité confiée. « Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause »<sup>55</sup>. Pour les besoins de la réflexion, à prendre au mot le législateur, il existe une disposition particulière. On peut concilier les textes en considérant que l'essentiel est toujours de vérifier l'état de la volonté pour peser un consentement personnel. Tous les jours (matin, midi et soir) avec l'autorité parentale ? Théoriquement, il faudrait atteindre un haut degré d'altération pour écarter le parent inapte. En marge du droit, si l'autre parent est

---

de l'autorité parentale : développements récents », *AJ fam.* 2017, p. 173 ; V. MIKALEF-TOUDIC, « Le majeur protégé, parent d'un enfant mineur. À propos de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant réforme de l'administration légale », *Dr. fam.* 2016, Étude 46.

<sup>47</sup> C. civ., art. 371.

<sup>48</sup> C. civ., art. 1242, al. 4. Le contrat d'assurance de responsabilité civile est à conseiller.

<sup>49</sup> Organisation de la protection de sa progéniture, C. civ., art. 429, al. 2 ; art. 448, al. 2 ; art. 477, al. 3.

<sup>50</sup> C. civ., art. 371-1, in Chapitre 1<sup>er</sup> De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant, du titre IX De l'autorité parentale. Ne pas oublier le Chapitre 2 De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant !

<sup>51</sup> C. civ., art. 373-2-1.

<sup>52</sup> N'oublions pas qu'il pourrait être l'autre parent, conjoint, pacsé ou concubin. Principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale, C. civ., art. 372 ; art. 373-2 ; sinon, C. civ., art. 373-1 ; et convention homologuée supposant un consentement libre, C. civ., art. 373-2-7. Présomption pour l'acte usuel, C. civ., art. 372-2.

<sup>53</sup> L'assistance éducative ou l'ouverture d'une tutelle.

<sup>54</sup> C. civ., art. 373. Et C. civ., art. 373-2-11, 3°.

<sup>55</sup> C. civ., art. 373, réd. L. n° 2002-305 du 4 mars 2002.

valide, tout passera inaperçu, la charge de travail en plus pour lui. S'il est trop fatigué aux seize ans révolus du mineur, il faut peut-être envisager de l'émanciper, car « lorsque la demande sera présentée par un seul des parents, le juge décidera, après avoir entendu l'autre, à moins que ce dernier soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté »<sup>56</sup>. On ne va pas demander à un aliéné qui se débat avec sa maladie de s'occuper de l'éducation des enfants comme si de rien n'était. Que l'affection soit là, ce sera déjà une grande chose.

**Nom et prénom.** Silencieuse sur le prénom, la loi vise le choix ou le changement de nom de l'enfant du majeur protégé. Si le choix ou le changement de prénom a pu paraître complexe à une époque, ce n'est rien, après la révolution de l'égalité des sexes sous la pression des droits de l'homme (femme comprise donc), en comparaison du patronyme ou, si l'on préfère, du nom de famille. L'idée reste d'associer l'enfant, à un certain âge où son discernement se fait sentir. Pour le reste, les parents sont sur un pied d'égalité, en droit, pour attribuer ces signes de l'identification individuelle et sociale.

Relativisons l'enjeu. Pour ceux qui résident en maison de repos/retraite, il n'est plus temps, afin de se déterminer ou de théoriser sur la sélection à faire, de consulter un calendrier qui a bruni. Il s'agit encore d'une préoccupation qui nous ramène à la jeunesse disparue. Pour le nom de famille : trait d'union, sans, toi devant, moi derrière, l'inverse, que mon nom... En pratique, si la coutume familiale n'enfouit pas le problème, il faut concevoir une opposition entre parents dont l'un au moins est sous une mesure de protection pour le choix ou le changement (de prénom ou) de nom de leur enfant. En effet, même sérieusement diminué, l'un des parents peut encore percevoir l'échange avec son partenaire, sans forcément atteindre des sommets de lucidité. Après dialogue, il va peut-être suggérer ou acquiescer. La vie de couple comprend le compromis spécialement pour la progéniture. Il n'y a pas de cri strident. Tout se passe bien ou, du moins, on ne s'aperçoit pas que la personne protégée ne voulait pas tirer cet as de cœur là mais un autre. Si un conflit naît à ce propos, c'est plutôt le camp du divorce, ou celui de la rupture du pacte civil de solidarité, voire la fin sèche du concubinage qui se profile. Le prénom et le nom sont alors un épiphénomène. Dans ceux pouvant être concernés chez les majeurs protégés, on aurait pu penser que d'autres normes de conduite pouvaient régler ce genre d'histoire, mieux que le droit ou pas plus mal. Pour le nom, ne rien faire, c'est revenir à la tradition, certes « sexiste » dans l'époque contemporaine<sup>57</sup>. D'aucuns diront : comme le troupeau ! C'est affaire d'opinion. Il n'y a pas que des moutons malades qui y adhèrent, n'en déplaise à l'individualisme exagéré.

<sup>56</sup> C. civ., art. 413-2, al. 3.

<sup>57</sup> C. civ., art. 311-21.

Se trouve donc dans la liste « la déclaration du choix ou du changement du nom de l'enfant » qui marque l'appartenance à une famille<sup>58</sup>. Faudrait-il comprendre que ce qui a trait au(x) prénom(s), choisis en règle « par ses père et mère »<sup>59</sup>, et pouvant changer, quitte la catégorie? Gardons-nous d'une conclusion hâtive. Ajoutons que l'acte strictement personnel pourrait n'être qu'une partie de la décision, surtout si est impliqué dans celle-ci un autre parent que le majeur protégé<sup>60</sup>. La loi a-t-elle compté sur l'équilibre par la décision à deux pour se montrer ouverte du côté du majeur protégé? Et le changement de son propre prénom ou nom pour le majeur, vus comme des droits<sup>61</sup>? S'il est répondu par la négative, il ne faut pas omettre qu'il peut y avoir un effet automatique sur le changement de nom du mineur de moins de treize ans du bénéficiaire<sup>62</sup>. Que d'interférences!

Rien n'est dit dans la liste sur un changement de prénom ou de nom de l'adulte, majeur protégé, après que le choix initial a été fait. Le changement de prénom est un élément de son identité, *a fortiori* strictement personnel. Demandez aux transsexuels! Et pourtant, disposition particulière, l'intérêt légitime vérifié, le changement, l'adjonction ou la suppression peuvent être décidés à la requête du représentant du majeur en tutelle portée devant l'officier d'état civil, sans que son consentement personnel soit requis au contraire du mineur de treize ans<sup>63</sup>, sauf interprétation prétorienne extensive. Toutefois, on pèsera tout ce que la démarche aurait d'insolite. Pour les autres mesures, le consentement personnel devra se manifester.

#### d. Nature de la liste et appréciation

**Ouverture.** Le suspense est éventé depuis longtemps quant au caractère limitatif ou non de la liste. Celle-ci n'a rien d'exhaustif<sup>64</sup>. L'interprétation prétorienne l'a confirmé. La doctrine est unanime sur ce point, en critiquant à l'occasion son énumération (pertinence et lacune). « Il n'est pas sûr, loin de là malheureusement, que les cas énumérés par la loi d'«actes strictement personnels», aient été indispensables et moins encore qu'ils soient tous bien choisis »<sup>65</sup>. L'esprit législatif serait

<sup>58</sup> Avec une faculté de choix à exercer personnellement le cas échéant, C. civ., art. 311-21; art. 311-23; art. 311-24.

<sup>59</sup> C. civ., art. 57, al. 2. Parenté sexuée maintenue.

<sup>60</sup> Il est plus facile d'ouvrir à l'autonomie si l'on compte sur un tiers - mais point toujours là - pour contrebalancer une décision!

<sup>61</sup> C. civ., art. 60 et art. 61.

<sup>62</sup> C. civ., art. 61-2. Sur le recueil du consentement de l'enfant sinon, C. civ., art. 61-3.

<sup>63</sup> C. civ., art. 60, réd. L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, pourtant.

<sup>64</sup> Circulaire n° CIV/01/09/C1 DACS du 9 févr. 2009, préc. *Contra*, opinion isolée, Ch. BIDAUD-GARON, « Accompagnement et actes personnels », *Dr. fam.* 2017, Étude 21, n° 2: avec une suggestion vague (n° 10) sur la généralisation de l'accompagnement pas vraiment défini.

<sup>65</sup> A. BATTEUR, « Les actes de la vie familiale du majeur protégé », préc., p. 340.

de laisser une marge de manœuvre judiciaire. En optant pour la liste énonciative, il faut déterminer ce qui entre dans la catégorie ouverte qui devient attractive. La systématisation est, du coup, rendue assez complexe. Les illustrations données par le législateur s'imposent et sont, pour des pistes d'extension, un guide très relatif du juge à qui pouvoir est laissé d'allonger la liste des actes entrant dans la catégorie. La flexibilité pour les uns sera insécurité pour d'autres. En outre, nombre d'actes dont la nature intime est incontestable échappent à ce régime car ils connaissent des règles propres. Certains sont pourtant qualifiés d'actes strictement personnels. C'est un pan à retirer du domaine de l'article 458 quant à son régime strict.

**Activité sexuelle.** En lien avec la famille et l'enfant - cependant sans exclusivité, sinon de conviction religieuse suivie -, le majeur peut se livrer librement à des relations sexuelles en fonction de ses orientations, seraient-elles changeantes (celles tarifées par convention sont interdites, contraires à l'ordre public)<sup>66</sup>. En la matière, il faut parfois plus gérer la misère que la corne d'abondance, d'où les débats sur les aidants sexuels<sup>67</sup>. Si l'aide est chimique, il faudra une prescription, ce qui fait rejoindre le giron de la santé<sup>68</sup>. Mais, tout est affaire d'espèce et les excès mériteront régulation, d'où le rôle du juge à préserver car tout n'est pas rose. La « norme » sera à poser, opération délicate et probablement assez subjective. L'implication d'autrui conduit à des limites objectives qui s'imposent à tous, y compris aux majeurs protégés. Certes, le plaisir solitaire existe. Mieux vaut parfois une masturbation bien conduite qu'un coït banal. Néanmoins, l'activité trop fiévreuse commande à l'occasion le contrôle extérieur. On comprend le silence légal et l'abandon aux lumières du juge pour gérer la pénombre ou la noirceur de l'alcôve<sup>69</sup>.

**Mention du sexe.** La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 permet la modification de la mention du sexe à l'état civil dans des conditions assouplies par rapport à la situation antérieure, dont le changement de prénom<sup>70</sup>. C'est une imbrication d'actes strictement personnels, semble-t-il<sup>71</sup>, tant l'identité fixée par le choix du sexe relève du tréfonds de l'être, même en se contentant d'une apparence non forcément travaillée par bistouri<sup>72</sup>. Le texte réserve néanmoins la démarche à la « personne majeure » ou mineure émancipée, émettant un consentement libre et

<sup>66</sup> Attention aux répercussions financières et autres, notamment celles sur la santé, Bastia, 6 juill. 2011, RG n° 10/00906 : « troubles psycho-comportementaux et affectifs avec tendance à des conduites compulsives addictives via téléphone ou internet dans une quête de rencontres ».

<sup>67</sup> C. CHAPUT-LE BARS, C. DUPUY et A. MORANGE, « Pour l'accès à une vie affective et sexuelle : droits, limites et pratiques. Contribution à l'étude du respect de la vie privée du majeur protégé », G. RAOUL-CORMEIL et A. CARON-DÉGLISE (coord.), *La vie privée de la personne protégée In Memoriam Thierry Verheyde*, éd. Mare & Martin, Droit privé & science criminelle, 2019, Étude 18, p. 240.

<sup>68</sup> En lien avec la procréation, la contraception, la stérilisation ou l'avortement.

<sup>69</sup> V. *infra*.

<sup>70</sup> C. civ., art. 61-5.

<sup>71</sup> Pour les répercussions chez les autres proches, C. civ., art. 61-7, al. 2.

<sup>72</sup> C. civ., art. 61-6.

éclairé. Faut-il dès lors l'interdire à tous les majeurs protégés – espérons l'hypothèse rarissime –, quel que soit le régime en place ou avec des distinctions entre les mesures, cela malgré sa capacité naturelle? On voit la limite d'une autonomie débridée accordée à un majeur protégé si jamais il est présumé pouvoir consentir seul.

**Mariage.** La jurisprudence s'est prononcée clairement en certaines circonstances. Prenons de simples illustrations. Le mariage ne figure pas dans la liste mais, assurément, il est un acte strictement personnel<sup>73</sup>. Des commentateurs ont pu critiquer le visa englobant l'article 458 avec l'article 460. On ne peut toutefois douter de la nature retenue de cet acte soumis à un régime particulier qui a évolué. Le mariage est une porte d'entrée vers le régime matrimonial, légal par défaut ou conventionnel par option. Autrement dit, même si l'on se situe dans le domaine personnel, fort intime, les conséquences patrimoniales existent. Quelles que soient les circonstances de fait amenant au dessein d'un projet de couple non encore réalisé – certains y verraient un « intérêt objectif » de leur point de vue –, il faut absolument que chacun soit libre de consentir réellement<sup>74</sup>, sans reconstitution extérieure de sa volonté<sup>75</sup>, ainsi que de renoncer jusqu'au bout à une amorce de décision qui aurait pu prendre forme auparavant, même sans fiançailles. La liberté en dépend.

**Testament.** L'acte strictement personnel déborde parfois le champ exclusivement personnel. Il suffit de songer au testament. Nul doute que quel que soit le régime de protection en place, y compris ceux où le représentant peut être autorisé par le juge à accomplir un acte de disposition à titre gratuit<sup>76</sup>, le testament ne peut être que strictement personnel, ce qui suppose l'existence du consentement<sup>77</sup>. Sous la loi de 1968, cet acte éminemment personnel justifiait un encadrement restrictif en tutelle, sauf au juge à moduler la capacité du testateur<sup>78</sup>. Si le testament contient souvent des dispositions patrimoniales, il peut très bien

<sup>73</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 déc. 2005, n° 14-25.777: *Bull. civ. I*; *JCP N* 2015, 1177; *D.* 2015, *AJ*, p. 2559; *D.* 2016, p. 875, note G. RAOUL-CORMEIL; *D.* 2016, p. 1334, spéc. p. 1337, obs. J.-J. LEMOULAND; *D.* 2016, *Pan.*, p. 1523, spéc. p. 1530, obs. J.-M. PLAZY; *AJ fam.* 2016, p. 107, obs. Th. VERHEYDE; *Dr. fam.* 2016, n° 36, note I. MARIA; *Gaz. Pal.* 26 janv. 2016, n° 4, p. 16, note V. MONTOURCY; *RTD civ.* 2016, p. 83, obs. J. HAUSER; *RJPF* 2016-2/19, obs. S. MAUCLAIR; *RLDC* mai 2016, n° 137, p. 27, note R. MÉSA.

<sup>74</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mars 1998, n° 97-11.252: *Bull. civ. I*, n° 124; *D.* 1998, *Inf. rap.*, 105; *D.* 1999, p. 19, note J.-J. LEMOULAND; *JCP* 1998, *IV*, 2147; *RTD civ.* 1998, p. 658, obs. J. HAUSER; *Defrénois* 1998, art. 36895, n° 133, p. 1398, obs. J. MASSIP.

<sup>75</sup> Souvent critiqué, le tempérament du mariage posthume (C. civ., art. 171), qui exige des motifs graves, et de sérieux éléments de preuve établissant sans équivoque le consentement de la personne décédée, n'engage plus concrètement celle-ci, se bornant à tirer des effets limités, y compris patrimoniaux. Le Président de la République est déjà occupé.

<sup>76</sup> C. civ., art. 490, al. 2; art. 494-6, al. 2. *Adde* D. NOGUÉRO, « Le testament des majeurs protégés : une liberté encadrée », *Defrénois* 7 sept. 2017, n° 17, 127t8, Pratique, Questions-réponses Pratique, p. 17.

<sup>77</sup> En curatelle, C. civ., art. 470, al. 1<sup>er</sup>; anc. art. 513, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>78</sup> C. civ., anc. art. 501. Ex. autorisation de tester, civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 2001, n° 99-17.478.

porter aussi ou seulement sur d'autres extrapatrimoniales. Il est surtout l'acte de l'homme face à son destin, finitude face à laquelle on ne délègue pas, même si la main peut être aidée et non guidée autoritairement. Observons qu'avec la loi de 2007, le testament en tutelle a connu une évolution de qualification<sup>79</sup> puisqu'au-paravant l'assistance a été admise, non la représentation<sup>80</sup>. La doctrine était plutôt critique au regard de la nature intime de l'acte, qui a été exaucée en 2007.

**Nationalité.** Envisageons un élément conséquent de la vie d'un individu qu'est sa nationalité. Par comparaison, la représentation du mineur par son tuteur autorisé par le conseil de famille est prévue pour les demandes d'acquisition, de perte ou de réintégration, et les déclarations. Si la situation est constatée, « doit être pareillement représenté tout mineur dont l'altération des facultés mentales ou corporelles empêche l'expression de la volonté »<sup>81</sup>. On n'est guère éloigné du majeur pour qui la règle n'est pas prévue. Faut-il comprendre que l'acte doit se ranger dans ceux strictement personnels obéissant au régime de l'article 458 ?

Notre bilan est probablement décevant pour l'adepte des certitudes. La catégorie des actes strictement personnels ne comporte pas de frontières nettes et la pluralité de régimes n'est pas à exclure. On ne dispose pas davantage de critères décisifs de qualification. Il ne faut pas, à l'occasion, écarter l'idée d'une forme d'opportunisme dans le jeu de la catégorisation. En fonction du but recherché, la qualification pourrait ainsi varier. Au fur et à mesure des problèmes rencontrés, il appartient à la jurisprudence de fixer ce qu'elle entend par acte strictement personnel, afin de délimiter la catégorie soumise au système du tout ou rien de l'article 458, c'est-à-dire de l'autonomie sans secours autre. Trop l'étendre, c'est mordre sur les décisions relatives à la personne. Il faudra se méfier d'un zèle déplacé qui pourrait se retourner contre les intérêts du majeur. Dans l'interprétation, en cas d'hésitation, on ose à peine suggérer l'abandon de l'adverbe « strictement » pour ne conserver que la qualification d'acte personnel et basculer dans une autre catégorie et son régime. Surtout, les juges se prononceront sur la modalité de recueil de ce consentement si indispensable. Pour tout le domaine personnel, c'est une problématique récurrente.

## 2. *Les actes simplement personnels*

Le vocabulaire (a) choisi, on s'attardera sur la définition (b) et des illustrations (c), en insistant sur l'intégrité corporelle et l'intimité de la vie privée (d), comme sur le danger (e), avant l'autonomie et l'indépendance (f).

---

<sup>79</sup> C. civ., art. 476.

<sup>80</sup> C. civ., anc. art. 504. Jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2009, après la L. n° 2006-728 du 23 juin 2006.

<sup>81</sup> C. civ., art. 17-3; art. 21-11, al. 2.

### a. Vocabulaire

L'expression n'est pas littéralement consacrée par la loi au contraire de celles des actes strictement personnels. La loi traite pour le majeur protégé de l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux que l'autorité désignée énumère. La première technique a l'avantage de ne pas répéter les passages devant le juge si l'état de l'intéressé est manifestement sans espoir d'amélioration. La seconde s'adapte plus finement à la situation et permet de doser (proportionnalité) en fonction du besoin de protection (nécessité) l'aide de l'organe. Le profil du majeur livre le choix. En définitive, c'est l'option qu'avait retenue la jurisprudence dans des affaires visant des actes strictement personnels avant l'entrée en vigueur de la loi de 2007.

L'assistance particulière est à conseiller en priorité bien que, selon les cas, il faudra se résoudre à passer directement par l'assistance généralisée. Un organe *ad hoc* pourrait certainement intervenir notamment en cas d'opposition d'intérêts. Lorsque le juge vise un acte particulier ou plusieurs identifiés limitativement, et non un ensemble d'actes, la mission confiée se rapproche, par ses effets, d'une autorisation de l'acte lui-même. Il s'agit de décisions personnelles relatives à la personne. L'expression d'actes simplement personnels est généralement adoptée en doctrine. Ou celle équivalente de décisions personnelles ordinaires.

### b. Définition

La catégorie pourrait paraître résiduelle par opposition : « Hors les cas prévus à l'article 458 », indique l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 459 du code civil. Est-ce hors les cas listés, ou hors tous les cas relevant de l'article 458, y compris hors liste ? Comment faut-il interpréter cette réserve avec la suite de l'alinéa : « la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet » ? Par une espèce de faux raisonnement *a contrario*, on ne saurait comprendre que l'acte strictement personnel ne nécessite pas l'aptitude de fait du majeur qui pourrait en décider quel que soit son état de santé<sup>82</sup>. Il nous semble que la formule est introductive du régime gradué de l'acte simplement personnel, par opposition au régime de l'autre catégorie excluant assistance et représentation. La doctrine évoque souvent une capacité ou une autonomie graduelle ou graduée en ce domaine.

Cette catégorie de décisions ou d'actes s'oppose à celle de ceux strictement personnels. Afin de nommer ces décisions relatives à la personne, on pourrait trai-

---

<sup>82</sup> Circulaire n° CIV/01/09/C1 DACS du 9 févr. 2009, préc. : « Le consentement de la personne protégée est un élément constitutif de l'acte. Conformément à la jurisprudence antérieure, si l'état de la personne ne lui permet pas de consentir, ces actes ne peuvent pas être accomplis ».

ter des actes relativement ou simplement personnels. Ce sont des actes à caractère personnel par opposition à des actes de gestion du patrimoine. Les « décisions » prises à ce propos se traduiront parfois par une action en justice sur des droits extrapatrimoniaux. Le rôle des organes protecteurs n'est pas totalement effacé. Mais, peut-être ne faut-il pas se polariser à l'excès sur le vocabulaire. On retrouvera probablement des actes qui ne sont certes pas listés dans la catégorie des actes strictement personnels mais qui apparaîtront comme étant assez intimes. Il ne faut pas trop s'en étonner. Les avantages du régime expliqueront souvent la situation. La catégorie des actes simplement personnels serait ainsi vastement résiduelle mais attractive. Pour autant, il convient ne pas négliger la réglementation spéciale de certains de ces actes en dehors de la disposition générale.

La règle est celle d'une décision prise par la seule personne protégée. Elle est conditionnée à l'aptitude (« dans la mesure où son état le permet »), comme l'autonomie de façon générale (« dans la mesure du possible »)<sup>83</sup>. L'altération des facultés personnelles peut atteindre un degré qui serait un frein temporaire voire un obstacle pérenne. Le texte traite ici de décision et non plus, littéralement, d'acte. Toutefois, depuis 2019, l'intégralité corporelle fait référence explicite aux « actes ». La décision a plusieurs significations techniques. Lorsqu'elle est prise par un particulier, comme dans notre hypothèse, elle est l'action de décider, de prendre un parti, et par extension la décision prise (accepter ; refuser), soit l'acte qui la contient. La décision est l'aboutissement d'une réflexion qui va entraîner une activité juridique. Pour une expression concrète, ce sera le plus souvent un acte juridique. On devine que l'acte juridique n'est vraiment pas très éloigné. Est-ce un choix délibéré de vocabulaire pour dépasser le seul acte juridique ? Rien de moins sûr. Néanmoins, dans le domaine personnel, il faut vraisemblablement comprendre, au-delà du seul acte juridique au sens strict, un comportement ou une abstention impliquant aussi un minimum de raison, de conscience et de volition de la part de l'individu. Il s'agit d'un choix personnel pesé se traduisant par des actes matériels. Par exemple, le majeur pourrait pratiquer un sport après paiement de sa licence.

### c. Illustrations

Là, aucune liste n'est fournie, ni critères. On serait bien en peine d'en dresser une même purement énonciative. On ne peut s'y attarder outre mesure.

**Obsèques.** La jurisprudence donnera des illustrations de ces actes simplement personnels. Envisageons un des derniers à effectuer, vraisemblablement, susceptible de concerner une grande partie de la foule des majeurs protégés. On peut souscrire un contrat d'assurance pour ses obsèques, ne serait-ce que pour le financement des pompes funèbres (patrimonial). La publicité incite à organiser et

<sup>83</sup> C. civ., art. 415, al. 3.

anticiper ce passage obligé afin de soulager les proches, ou/et de ne pas être déçu de sa sortie à programmer. Il est vrai que la négociation sur le pin ou le chêne est plus légère avant que lors de la mort où elle prend un tour surréaliste pour les survivants. Chacun à la liberté de décider de ses funérailles (extrapatrimonial). Le testament est un support possible, qui était un acte strictement personnel. Tous les goûts se manifestent de la cérémonie civile, privée, publique, solennelle, religieuse..., l'enterrement (le lieu; la pierre tombale...) ou l'incinération ou crémation (urne; où vont les cendres?)<sup>84</sup>. Si l'on veut de belles obsèques, il faut les préparer. Mais, on peut décider de ne rien faire et, alors, les autres décident pour votre cadavre. Le droit à l'inertie n'appartient-il pas à tout majeur? Ce sera fréquemment le cas lorsque la surprise du décès frappe ou que le trépas n'a pas occupé l'esprit du vivant qui a négligé son transport jusqu'à Hadès. On se fierà à des indices passés ou à un souhait exprimé qui ont pu donner une direction, s'ils existent. Il n'en va pas autrement pour les majeurs protégés<sup>85</sup>. Eu égard à la nature personnelle de ce genre de décision, on privilégiera la capacité naturelle du majeur, si elle existe<sup>86</sup>. Sinon, on demandera aux proches quelles étaient les dernières volontés du mourant ou du défunt à ce sujet, si elles existent<sup>87</sup>. Souvent, ce sera une décision familiale. Du moins, dans ce cercle, en cas de divergences, on recueillera la décision de la personne la mieux à même de traduire les volontés du défunt. Ce sera fréquemment le conjoint ou compagnon survivant, mais point exclusivement<sup>88</sup>. La question est clairement d'espèce<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> À respecter, C. civ., art. 16-1-1.

<sup>85</sup> Exemple, pour le choix de sépulture, Versailles, 17 févr. 2011, *Dr. fam.* 2011, n° 79, obs. B. BEIGNIER: en l'absence d'indications laissées par le défunt, décision d'incinération de la veuve du majeur sous tutelle, atteint de la maladie d'Alzheimer. Il s'agit de la personne la mieux placée après quarante ans de vie commune et l'accompagnement jusqu'à la fin. Le fils du défunt exerçant une action indemnitaire est débouté, le fait que son père ait des parents juifs et qu'il ait manifesté un intérêt pour le judaïsme ne démontrant pas qu'il souhaitait suivre les préceptes de cette religion. Encore, Poitiers, 18 nov. 2016 : RG n° 16/00065 (tutelle).

<sup>86</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 2007, n° 07-14.895: pas de volonté nette. L'inhumation est organisée par la fille en Algérie, critiquée par la seconde épouse du défunt mort sous curatelle. Sur la forme de l'organisation des funérailles, un document non signé et un contexte faisant douter de la volonté exprimée.

<sup>87</sup> Appréciation souveraine, civ. 1<sup>re</sup>, 30 avr. 2014, n° 13-18.951: *Bull. cin. I*, n° 79; *Dr. fam.* 2014, n° 117, note B. BEIGNIER; *RTD cin.* 2014, p. 619, obs. J. Hauser.

<sup>88</sup> Tuteur, Basse-Terre, 10 nov. 2016, RG n° 15/06484.

<sup>89</sup> V. la gestion d'affaires, C. civ., art. 418.

#### d. Intégrité corporelle et intimité de la vie privée

Dans l'analyse du texte première mouture 2007, des auteurs ont envisagé le domaine de la santé<sup>90</sup>. En effet, dans les limites du pouvoir de représentation éventuellement confié<sup>91</sup>, figurait jusqu'en 2019 celle-ci :

« la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué<sup>92</sup>, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privé »<sup>93</sup>.

**Décision.** Peut-être faut-il entendre largement le terme de décision. La prise de décision pourrait peut-être se transformer en abstention pour la grave atteinte à l'intégrité. On ne se fait pas de mal exclusivement dans l'action. Une telle atteinte peut même exister en dehors des actes relatifs à la santé. Pensons au trouble du comportement de personnes âgées qu'est le syndrome de Diogène. Celui qui le subit est conduit à des conditions de vie négligées, voire insalubres. Outre l'isolement social, un déni de son état avec privation du sentiment de honte, ce syndrome associe une négligence parfois extrême de l'hygiène corporelle. De plus, la personne refuse toute aide concernant cet état, celle-ci étant vécue comme intrusive. L'odeur peut devenir insupportable mais, surtout, le degré de l'absence d'hygiène peut se répercuter sur l'intégrité corporelle, selon la façon dont elle sera entendue. On tolérera néanmoins la barbe de deux jours du grand-père, au moins par effet de mode. On est peut-être déjà sur l'intimité, celle de la salle de bain(s).

**Gravité.** On relève l'alternative de l'intégrité corporelle<sup>94</sup> ou de l'intimité de la vie privée<sup>95</sup> comme l'adverbe « gravement » qui marque l'intensité, dans les deux

<sup>90</sup> Not. J. MASSIP, « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », *Dr. fam.* 2010, Étude 18 ; G. RAOUL-CORMEIL, « La santé dans le Code civil », in *Santé et Droit*, RGDM, n° spécial, 2010, p. 29 ; P.-O. DANINO, « Observations pratiques et contrastées sur la santé du majeur protégé », in *Dalloz*, coll. « Thèmes commentaires », 2012, p. 183.

<sup>91</sup> On peut se demander si la règle devrait être étendue à l'assistance. Comp. Circulaire n° CIV/01/09/C1 DACS du 9 févr. 2009, préc. : « cette autorisation du juge ne sera requise que si la personne ne peut elle-même consentir à l'acte » ; « le curateur ou le tuteur n'aura pas à solliciter l'autorisation du juge, la personne prenant seule les décisions la concernant ».

<sup>92</sup> Une telle forme de tutelle complète est extrêmement rare en pratique (pourcentage infime depuis des années).

<sup>93</sup> C. civ., art. 459, al. 3. Al. 4, avant la L. n° 2009-526 du 12 mai 2009.

<sup>94</sup> Comp., sur l'accès au dossier par le majeur dans la limite où sa consultation « est susceptible de lui causer un préjudice psychique grave », CPC, art. 1222-1. Avec le filtre possible de l'avocat, CPC, art. 1223.

<sup>95</sup> C. civ., art. 9 : « Chacun a droit [...] ». V. G. RAOUL-CORMEIL et A. CARON-DÉGLISE (COORD.), *La vie privée de la personne protégée In Memoriam Thierry Verheyde*, éd. Mare & Martin, Droit privé & science criminelle, 2019. Nombreux articles.

cas, ce qui ne correspond pas à la moindre atteinte<sup>96</sup>. Qu'est-ce qu'une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée? Il appartient à la jurisprudence de le préciser en tenant compte de l'adverbe restrictif<sup>97</sup>. Il ne suffit pas d'identifier le domaine parce que, à l'intérieur, il faut encore mesurer la force de l'atteinte, sa répercussion. L'assistance et la représentation ne sont alors pas interdites mais elles doivent être spécialement motivées, si bien que l'autorité qui autorise préalablement se prononce clairement sur le point concerné. À dire vrai, cela semble plutôt concerner l'hypothèse où un pouvoir d'ensemble sur les actes personnels a été octroyé, et pas une décision portant sur tel acte. Dans cette dernière occurrence, il semble que le juge se prononce spécifiquement si bien qu'il donne l'autorisation spéciale exigée.

**Intégrité corporelle distinguée.** Certains y voient une sous-catégorie à distinguer au sein de l'article 459. Pour la santé, le trouble vient du rapprochement fait avec l'article 459-1 du code civil, qui traite de l'articulation avec d'autres codes, dont celui de la santé publique<sup>98</sup>. L'article 16-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil montre le lien avec la santé au regard du vocabulaire similaire partagé: « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui »<sup>99</sup>. Sous l'empire de cette rédaction initiale, il a pu être jugé que l'autorisation du juge des tutelles n'était pas imposée pour une coloscopie sous anesthésie générale, qui ne serait pas un acte portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle. Il a été statué sans lire les statistiques sur les anesthésies, ni détailler la nature de l'intervention ou son but. Il était relevé que le tuteur n'était pas chargé à ce titre d'une mission d'assistance ou de représentation<sup>100</sup>. Cela semble sous-entendre (on l'espère) que l'aptitude a été vérifiée (rien de moins sûr). Le juge a estimé que l'acte n'était pas grave au point d'exiger l'autorisation préalable de l'organe si celui-ci était habilité à représenter. Poussons le raisonnement. Il ne devrait pas en aller autrement pour le toucher rectal, examen de contrôle des cancers de la prostate.

<sup>96</sup> Circulaire n° CIV/01/09/C1 DACS du 9 févr. 2009, préc.: « L'autorisation du juge pour les actes les plus graves »; « Cette disposition couvre de nombreux actes touchant à la santé de la personne, comme les interventions chirurgicales, ainsi que ceux impliquant une immixtion du curateur ou du tuteur dans la vie affective de la personne protégée ou concernant le droit à l'image de la personne protégée ». V. sur l'image de personnes handicapées, sans autorisation des représentants légaux, civ. 1<sup>re</sup>, 24 févr. 1993, n° 91-13.587: *Bull. civ. I*, n° 87; *RTD civ.* 1993, p. 326, obs. J. HAUSER; *Deffrénois* 1993, art. 35611, n° 88, p. 1000, obs. J. MASSIP; *D.* 1993, p. 614, note Th. VERHEYDE.

<sup>97</sup> Comp. C. civ., art. 469, al. 2. Avec l'adverbe « gravement ».

<sup>98</sup> Rapp. C. civ., art. 457-1.

<sup>99</sup> Disposition d'ordre public, C. civ., art. 16-9.

<sup>100</sup> TI Nice, 4 févr. 2009, RG n° 01/00602: *D.* 2009, p. 1397, note Th. VERHEYDE; *RTD civ.* 2010, p. 530, obs. J. HAUSER; *Dr. fam.* 2009, n° 11, note L. TALARICO.

On peut comprendre l'embarras du juge des tutelles confronté à ce genre de requête. Outre le délai pour se prononcer – *quid* d'une juridiction de l'urgence dédiée, plus largement? –, il y a la compétence technique pour apprécier le cas. Seule l'urgence laissée à l'appréciation initiale de l'organe protecteur, mais susceptible d'un contrôle *a posteriori*, partant d'une éventuelle responsabilité, permet de déroger à l'exigence d'autorisation judiciaire préalable. En pratique, rien n'empêche d'informer le juge en temps réel par tous moyens. Si l'on met de côté la santé et ses règles spécifiques, on peut s'interroger sur les contours de l'urgence sinon sa consistance. Il est également possible de se demander s'il est toujours aussi aisé de séparer ce qui relève du champ corporel et de celui de la vie privée qui peuvent se croiser. Y aurait-il là un biais pour réintroduire le contrôle judiciaire en dehors d'un conflit majeur/organe?

La loi du 23 mars 2019 a pris le parti de transférer la référence à l'atteinte à l'intégrité corporelle en maintenant l'alinéa 3 pour le surplus<sup>101</sup>. Elle a modifié la mission du juge devenue subsidiaire, en espérant alléger sa tâche. A été mis en avant le motif de la distinction inopérante de ce qui est grave ou non. Il s'agit d'un pur prétexte ou alors, il faut revoir l'office du juge dans de nombreux domaines. Nous ne partageons pas la politique du juge démissionné, ni davantage celle du juge démissionnaire.

Hormis le tempérament répété de l'urgence, « en cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne chargée de sa protection, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision, à leur demande ou d'office »<sup>102</sup>. Dès lors, l'initiative est partagée, sous réserve que le juge en soit concrètement informé<sup>103</sup>. Le majeur sera-t-il toujours à même de clairement exprimer (et justifier?) son désaccord avec l'organe? Dans les faits, pourraient être laissées dans l'ombre des difficultés sérieuses par ce montage apparemment séduisant, conduisant à rendre subsidiaire l'intervention du juge. Celui-ci peut débloquent la situation en arbitrant, ce qui peut être une première étape avant d'examiner la poursuite de la mission de cet organe ou sa décharge. Il se prononce sur l'opportunité du ou des actes ainsi que sur celui qui pourra agir. Le juge peut revenir à la décision personnelle du majeur alors que la situation a précédemment justifié, par hypothèse, la nécessité de la représentation. Il faudrait constater un intervalle lucide du majeur afin de revenir à sa capacité naturelle même ponctuelle.

Pour ce transfert, il faut désormais se reporter à l'alinéa 2 de l'article 459. Lorsque la représentation est ordonnée, elle l'est au profit du majeur « y compris pour les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle ». L'investiture pour la mission dispense d'obtenir par la suite une autorisation

<sup>101</sup> Proposition du Rapport Caron-Déglise, 2018, préc., p. 66.

<sup>102</sup> C. civ., art. 459, al. 2, *in fine*.

<sup>103</sup> Le conseil de famille n'est pas évoqué à ce stade.

pour ce genre d'acte<sup>104</sup>. La représentation vise toujours la tutelle qui devait être organisée impérativement<sup>105</sup> jusqu'au 25 mars 2019 – rigidité regrettable<sup>106</sup>. Elle concerne à présent l'habilitation familiale qu'elle soit générale ou spéciale<sup>107</sup>. *A priori*, on ne permet pas une telle représentation, serait-elle exceptionnelle<sup>108</sup>, en curatelle, régime d'assistance, même si, à côté, la technique a été étendue à l'habilitation familiale<sup>109</sup>. En revanche, pour cette dernière, dès lors qu'elle est décidée, le juge pourrait moduler les pouvoirs en accordant la représentation pour le seul domaine personnel, par exemple. On cherche en vain la cohérence d'ensemble.

Pour la sauvegarde de justice avec mandataire spécial – donc un pouvoir de représentation –, il faudrait transformer la mesure, qui est certes provisoire<sup>110</sup>, y compris lorsqu'elle est dite autonome<sup>111</sup> parce que limitée dans le temps<sup>112</sup>. Pour le mandat de protection future, rien n'est indiqué. On peut se demander si le mandataire qui représente le mandant ou le bénéficiaire du mandat disposera ou non de ces pouvoirs par imitation des pouvoirs du tuteur<sup>113</sup>, dès lors qu'une clause du mandat lui confie la protection de la personne. Il ne nous semble pas qu'il faudrait prononcer une tutelle ou une habilitation familiale qui pourrait mettre fin à l'organisation conventionnelle.

**Intimité de la vie privée.** S'agissant d'une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée, il faut rappeler que chacun a droit à son respect dont les incapables, y compris dans une enceinte médicalisée, avec les réserves habituelles<sup>114</sup>. La notion d'atteinte en ce domaine, avec ses décli-

<sup>104</sup> Circulaire CIV/04/2019 du 25 mars 2019, annexe 7: « L'accès aux soins est ainsi facilité, les règles n'étant claires ni pour les majeurs protégés, ni pour les tuteurs, ni pour les médecins. La notion d'acte médical grave n'a jamais pu être définie. Avant la loi de programmation et de réforme pour la justice, une autorisation pouvait être demandée au juge pour une extraction dentaire ou une pose de prothèse de hanche, même lorsque le majeur, le tuteur et le médecin sont d'accord sur le principe de l'opération. Quelle était la plus-value du juge? Quelles connaissances médicales pourraient lui permettre d'aller à l'encontre de la décision prise par un médecin et acceptée par le patient? ». Encore, annexe 8. Inspiration, Rapport Caron-Déglise, 2018, préc., p. 65. On peut apprécié bien différemment la « clarification » vantée et la place à réserver au juge.

<sup>105</sup> C. civ., anc. art. 459, al. 2: « il peut, le cas échéant après l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser le tuteur à représenter l'intéressé ».

<sup>106</sup> Il aurait mieux valu accorder un pouvoir exceptionnel de représentation pour le champ concerné quel que soit le régime.

<sup>107</sup> Si le régime en place est ainsi renforcé, ce qui nécessite un certificat médical circonstancié, le juge ne peut se saisir d'office, C. civ., art. 442, al. 4.

<sup>108</sup> Comp. C. civ., art. 469, al. 3.

<sup>109</sup> C. civ., art. 494-1, al. 1<sup>er</sup>, après l'art. 29, L. 2019-222 du 23 mars 2019.

<sup>110</sup> C. civ., art. 439, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>111</sup> C. civ., art. 433, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>112</sup> C. civ., art. 439, al. 1<sup>er</sup> et 2.

<sup>113</sup> Comp. C. civ., art. 479, al. 2, renvoi aux pouvoirs du tuteur pour le CASF et le CSP.

<sup>114</sup> Com. 15 mai 2007, n° 06-10.606: *Bull. civ.* IV, n° 130; *RTD civ.* 2007, p. 753, obs. J. HAUSER; *Dr. fam.* 2007, n° 154, note Th. FOSSIER: état de santé en curatelle, conciliation des intérêts, droit à la preuve.

naisons multiples, fait l'objet de débats passionnés. La gravité de celle-ci devrait ajouter à la difficulté. Peut-on décider de faire ouvrir le coffre-fort loué par la personne protégée<sup>115</sup> qui cacherait un contenu explosif ? On pense à un journal intime révélant une relation incestueuse ou des sévices sur telle personne, un enfant caché... Les écrits peuvent contenir des révélations fracassantes.

**Correspondance.** Sur le courrier, par le passé, la jurisprudence s'est prononcée en faisant une subtile distinction, pas toujours aisée à mettre en œuvre<sup>116</sup>. Il faut distinguer la correspondance administrative ou d'affaires à laquelle l'organe protecteur a accès, et celle privée ou personnelle, réservée au seul majeur protégé. En outre, l'organe protecteur a un droit d'accès à des documents sans que puisse lui être opposé le secret professionnel ou le secret bancaire<sup>117</sup>, qui autorise l'intrusion permettant de découvrir plus ou moins médiatement des éléments de la vie privée (lecture instructive d'un relevé mensuel de compte!). Même hospitalisée en soins psychiatriques, la personne a le droit « d'émettre ou de recevoir des courriers »<sup>118</sup>. Pour autant, certaines lettres pourraient être contrôlées si elles doivent causer un grave tort au majeur. Pour le téléphone, par souci d'économie, conseillez le forfait bloqué pour les bavards invétérés. Le raisonnement mérite transposition aux nouvelles technologies.

**Droit à l'image.** Sous la loi de 1968, la Cour de cassation s'est prononcée sur les pouvoirs d'un gérant de tutelle quant au droit à l'image de majeurs handicapés hébergés dans un établissement par suite d'un film intitulé « Décompte de la folie ordinaire », au temps des reportages et documentaires, et avant l'invasion de la télé-réalité : être et avoir. L'association succédant au tuteur a défendu ses ouailles en référé<sup>119</sup>. Sur la gravité de l'atteinte, la Cour a jugé que :

« la reproduction d'images représentant des handicapés mentaux dans l'intimité de leur existence quotidienne à l'intérieur des établissements où ils vivent et ce, sans l'autorisation de leurs représentants légaux constitue, à elle seule, une atteinte illicite à l'intimité de leur vie privée ».

<sup>115</sup> Décr. n° 2008-1484 du 22 déc. 2008, ann. 1, col. 1, II, 3° : location, acte d'administration.

<sup>116</sup> En sauvegarde de justice, civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 1990, n° 89-12.595 : *JCP N* 1991, II, 198, 1<sup>re</sup> esp., obs. Th. FOSSIER ; civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1991, n° 89-20.517 : *Bull. civ. I*, n° 195 ; *RTD civ.* 1991, p. 501, obs. J. HAUSER ; *JCP* 1992, II, 21879, note Th. FOSSIER. Comp. Rennes, 17 juin 2015, RG n° 15/00283. Et D. NOGUÉRO, obs. s Bastia, 17 janv. 2017, RG n° 16/00523 ; *D.* 2017, Pan., p. 1490, spéc. p. 1496.

<sup>117</sup> C. civ., art. 503, al. 2 ; art. 510, al. 2. Ou le contrôleur, C. civ., art. 513-1, al. 1<sup>er</sup>, créé par L. n° 2019-222 du 23 mars 2019. Par renvoi, en curatelle renforcée, C. civ., art. 472, al. 3.

<sup>118</sup> CSP, art. L. 3211-3, al. 5, 5°. Ce droit fait partie de ceux pour lesquels par exception (al. 6) il est prévu qu'il est interdit qu'ils puissent « être exercés à leur demande par les parents ou les personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt du malade ».

<sup>119</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 févr. 1993, n° 91-13.587 : *Bull. civ. I*, n° 87 ; *D.* 1993, p. 614, note Th. VERHEYDE ; *RTD civ.* 1993, p. 326, obs. J. HAUSER ; *Deffrénois* 1993, art. 35611, n° 88, p. 1 000, obs. J. MASSIP.

On peut s'inspirer parfois de décisions rendues à propos des mineurs. Dans le prolongement, la recherche des caractéristiques génétiques et l'identification par les empreintes génétiques sont encadrées dans le respect de certaines fins. Un consentement exprès de l'intéressé révocable à tout moment est exigé. Selon l'optique, peut-être que l'atteinte grave se révélera dans ce contexte supposant l'autorisation<sup>120</sup>.

**Liberté d'expression.** Les illustrations en matière de vie privée sont innombrables et peuvent se décliner pour vérifier le degré de l'atteinte. On peut penser à la liberté d'expression. Bien qu'hospitalisée en soins psychiatriques, la personne peut « se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix »<sup>121</sup>. Sans se prononcer sur l'appartenance à une religion, le développement de mouvements sectaires fera peut-être que l'atteinte sera jugée grave dans telle espèce.

#### e. Le danger

Dans la réglementation des actes simplement personnels, se trouve encore l'alinéa 4 de l'article 459 dans sa version en vigueur au 25 mars 2019, correspondant à celle issue de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 :

« La personne chargée de la protection du majeur peut prendre à l'égard de celui-ci les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement ferait courir à l'intéressé. Elle en informe sans délai le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué »<sup>122</sup>.

Encore strictement ! Le bon sens évitait de rédiger l'alinéa. Mais, dans une réforme où tout s'écrit (ou presque), le rappel littéral existe. Confronté aux faits, il convient surtout de s'y adapter !

Il s'agit d'une version modifiée par rapport à celle initiale. En effet, la loi de 2007 prévoyait le danger en alinéa 3 et l'atteinte à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée en alinéa 4. Ce dernier commençait avec l'adverbe « Toutefois » qui a été supprimé, plutôt transféré à l'alinéa 3, devenant un tempérament à l'alinéa 2 relatif aux pouvoirs de l'organe. Il y a eu une inversion significative des alinéas 3 et 4 avec une substance intègre de la règle. Auparavant, il s'agissait d'une limite générale, affectant même l'exception précédemment décrite des mesures de protection strictement nécessaires afin de stopper un danger. C'est stupide et contradictoire. Après, la limite est raisonnablement cantonnée à l'hypothèse où, subsidiairement,

<sup>120</sup> V. la filiation.

<sup>121</sup> CSP, art. L. 3211-3, al. 5, 8°.

<sup>122</sup> Al. 3, avant la L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, version éphémère : « danger que, du fait de son comportement, l'intéressé ferait courir à lui-même ». Al. 4, après la loi L. n° 2009-526 du 12 mai 2009.

le juge ou le conseil de famille a accordé un pouvoir de représentation pour les décisions relatives à la personne ou lorsque le majeur est assisté. Et encore, en ce cas, l'organe est forcément libéré du tempérament si l'urgence l'oblige à agir.

Quel que soit le type de pouvoir confié à l'organe protecteur dans la mesure en place, il dispose de ce devoir d'intervention, en rendant compte immédiatement au juge. Il ne saurait s'agir d'une simple faculté à sa discrétion malgré l'emploi du verbe « pouvoir ». Celui-ci sert uniquement à indiquer que l'organe est dispensé de recourir à une autorisation car il faut aller vite. C'est l'urgence et le caractère conservatoire qui dictent l'action obligatoire si elle s'avère indispensable et qu'il n'y a donc pas d'autres possibilités. Il semble que cette réserve est généralisable au-delà des décisions relatives à la personne. Le danger commande de réagir avec célérité<sup>123</sup>. L'abstention serait fautive. Le danger apprécié souverainement, le cas échéant, est susceptible d'être la suite d'une multitude de comportements, qui ne sont pas réductibles exclusivement à des actes juridiques.

L'organe qui rend compte est tenu d'informer le juge dans les tous meilleurs délais. S'il le peut, il le fera concomitamment à l'action. Plus probablement, dès qu'il aura agi, car c'est ce qui importe, il en référera immédiatement au juge par tous moyens. L'information sera contemporaine de l'action ou immédiatement postérieure, qui doit permettre, si besoin, une surveillance des suites et un contrôle du passé car la responsabilité de l'organe existe.

#### f. L'autonomie et l'indépendance

Là encore, la loi ne donne pas une clé pour appréhender avec certitude ce qui relève de la catégorie des actes simplement personnels. Il s'agit de ceux relevant du code civil et n'ayant pas un régime propre établi spécifiquement, qui serait autre que celui déterminé à l'alinéa 2 de l'article 459<sup>124</sup>. On enlève donc de la catégorie un certain nombre d'actes, surtout en retranchant encore ceux strictement personnels. La définition est déjà, surtout, négative.

L'intérêt du majeur peut borner sa liberté plus ou moins médiatement. Par un refus de financement de celle-ci, on aboutit à son encadrement<sup>125</sup>. L'autonomie exige un minimum d'indépendance avec un argent de vie à disposition<sup>126</sup>. Est nécessaire une bienveillance de l'organe accomplissant sa mission et assumant la responsabilité d'une défaillance, sans résistance excessive pour son seul confort. Il faut trouver le point d'équilibre entre les souhaits et les intérêts du majeur à

<sup>123</sup> Il faut mettre à part la réglementation des soins psychiatriques.

<sup>124</sup> Circulaire n° CIV/01/09/C1 DACS du 9 févr. 2009, préc. : « Des textes spécifiques prévoient un encadrement systématique de certains actes ».

<sup>125</sup> V. l'imbrication parfois des deux aspects, patrimonial et personnel. Cf les actes mixtes.

<sup>126</sup> C. civ., art. 472, al. 1<sup>er</sup>, l'excédent éventuel en curatelle renforcée.

respecter. Laisser s'épanouir de façon exacerbée le droit à l'erreur du majeur protégé, comme s'il était une personne ordinaire exerçant ses droits et libertés, pourrait se retourner contre lui-même et, par la suite, générer légitimement des actions à l'encontre de celui chargé de veiller sur lui. On retrouve aussi, selon les hypothèses, l'appréciation de la situation de danger.

La Cour de cassation l'a jugé en soulignant la directive cardinale de l'intérêt au sens de l'article 415 du code civil reproduit. S'appuyant ouvertement sur l'article 459 du code civil, le curatelaire souhaitait faire l'acquisition d'un véhicule sans permis, ce à quoi s'opposait le curateur. Il était notamment défendu que « le majeur sous curatelle renforcée en dehors des actes soumis à des dispositifs spécifiques, prend seul les décisions qui le concernent lorsque son état le lui permet ». Dans cette logique, il fallait donc « rechercher si l'état mental de l'intéressé lui permettait ou non de prendre seul la décision de l'acquisition d'un véhicule sans permis ». Cependant, il est jugé :

« que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de l'intérêt de la personne protégée que la cour d'appel, après avoir analysé les avis médicaux produits, a estimé que, eu égard à l'acuité visuelle du majeur protégé, définitivement incompatible avec les impératifs de la sécurité routière, celui-ci ne pouvait être autorisé à acquérir un véhicule »<sup>127</sup>.

Le danger pour soi et pour autrui (les tiers) interdit l'achat, et la satisfaction du vœu de mobilité par ce moyen<sup>128</sup>. À admettre établie la capacité naturelle, elle ne paraît pas supplanter l'intérêt décrit.

### 3. *Résidence, relations personnelles et visites*

La loi apporte à l'occasion une précision. Elle s'intéresse à la liberté du majeur le conduisant à effectuer certains choix. L'article 459-2 du code civil est en ce sens<sup>129</sup>. La liberté du choix de la résidence (a) s'accompagne de celle des relations et visites (b), ce qui invite à s'interroger, au-delà, sur la légitimité de la réglementation (c).

<sup>127</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 févr. 2013, n° 11-28.307 : *Bull. civ. I*, n° 25 ; *D.* 2013, Pan., p. 2196, spéc. p. 2201, obs. D. NOGUÉRO ; *AJ fam.* 2013, p. 304, obs. Th. VERHEYDE ; *Dr. fam.* 2013, n° 58, note I. MARIA ; *LPA* 14 juin 2013, n° 119, p. 23, note I. CORPART ; *RTD civ.* 2013, p. 350, obs. J. HAUSER ; *RLDC* avr. 2013, n° 103, p. 144, note E. POULIQUEN ; *RJPF* 2013-4, p. 25, obs. A. CHEYNET DE BEAUPRÉ. V. en annexe, la motivation, civ. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 2011, n° 10-10.935.

<sup>128</sup> Comp. pour la liberté de chasser, conditionnée à l'autorisation du juge, en tutelle exclusive, C. envir., art. L. 423-11, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>. Même logique, en plus citoyen, pour les chiens susceptibles d'être dangereux, C. rur., art. L. 211-13, 2<sup>o</sup>. Il faut déjà disposer d'une arme ou de l'animal.

<sup>129</sup> De nombreuses décisions de juges du fond sur ces questions en lien avec lieux et modes de vie.

### a. Liberté du choix de la résidence

Son alinéa 1<sup>er</sup> dispose que « La personne protégée choisit le lieu de sa résidence ». Par principe, son organe protecteur ne peut lui imposer la résidence à occuper<sup>130</sup>. Ce choix qui est offert à toute personne majeure, en lien avec la liberté individuelle<sup>131</sup>, est conditionné par l'exigence juridique d'une volonté lucide de l'intéressé. Doué de capacité naturelle (à vérifier), sans qu'il soit besoin de moduler sa capacité juridique, le majeur a la liberté de se déterminer à ce sujet qui influence fortement son quotidien. Le majeur a également le droit de ne pas choisir, peut-on penser. Pour une personne handicapée ou un célibataire endurci (version vieille fille comprise), il faut songer au syndrome *Tanguy*, traduction du cocooning dans nos sociétés. Dans sa soif d'indépendance mais raisonnable, l'adolescent comme le jeune adulte profitent du confort et de la technologie du domicile familial pour se revendiquer casanier, parfois sans égard pour la crise du logement. Pourquoi pas le majeur protégé en famille ?

Sociologiquement, il faut observer qu'une prérogative est parfois un privilège. Un droit offert à tous s'adresse parfois, en fait, à une minorité de privilégiés. Si vous parlez aux familles de la liberté de choix de la résidence, souvent, avec les sommes à disposition, notamment les allocations, aides, pensions de retraite ou autre, elles vous répondront que ce choix se résume à trouver la maison qui va accueillir leur proche faible dans les meilleures conditions au regard des moyens financiers disponibles. Sur la succession, on craint même les recours pour les aides sociales accordées du vivant du majeur. C'est un souci immense de trouver la bonne « institution » à la réputation point trop écornée par un fait divers sordide. Il va perdurer dans l'avenir avec l'évolution des retraites, l'augmentation de l'espérance de vie, en santé ou pas, et le coût des prestations liées à la dépendance des personnes âgées ou handicapées. Il faut songer à se garantir financièrement pour ce futur de la décrépitude. La faculté de choisir devient la contrainte du choix. Encore faut-il obtenir des places, si bien que le premier choix n'est pas toujours satisfait. Comme au théâtre, mais pour un spectacle moins réjouissant, il y a l'orchestre, le parterre, les loges, et après les balcons, souvent loin de la scène.

À côté de cette contrainte, le mode de vie de chacun fait varier l'exercice d'une liberté. Certains ne quittent jamais leur village, leur rue, leur maison, jusqu'au cimetière, pour cette résidence ultime ; d'autres déménagent continuellement. Le sédentaire n'a pas obligatoirement la bougeotte. Le déambulateur oblige

---

<sup>130</sup> Comp. domicile du tuteur, C. civ., art. 108-3. Il faut relever que la résidence habituelle a une incidence sur la compétence voire le droit applicable (national ou étranger).

<sup>131</sup> C. civ., art. 415, al. 2. Le message martelé, qui semble répété des évidences, manifeste peut-être un souci de prophylaxie à l'adresse des organes de la protection. Comp. Circulaire n° CIV/01/09/C1 DACS du 9 févr. 2009, préc. : le but est « de mettre en valeur les droits de la personne protégée ».

à « choisir » un rez-de-chaussée plutôt qu'une vue sur les toits ou un horizon dégagé, mais sans ascenseur. La sécurité de la personne dicte aussi l'option de la résidence afin d'éviter l'accident domestique. S'il a déjà eu lieu ou pour un autre motif, il faut garder le lit de la clinique ou de l'hôpital, même contre sa volonté. Quant aux gens du voyage, leur nomadisme peut rendre l'application d'une éventuelle mesure de protection plus difficile que pour un *gadjo*. Leur résidence reste la roulotte devenue caravane, choix communautaire (double sens). Cependant, parfois, le choix est juridiquement supprimé. Un majeur protégé est soumis à une mesure d'hospitalisation d'office ou à un internement (vocabulaire vulgaire). Il sait quand il entre dans ce nouvel espace. Si vous demandez à sortir, pour un essai avec retour peut-être, mais pour choisir une autre résidence, « *niet* », du moins jusqu'à la levée du traitement. Avec ces considérations générales à l'esprit, un peu terre à terre, il faut examiner la règle proposée pour l'autonomie du majeur, qui exprime une affirmation dont l'optimisme peut apparaître formidable.

Pour tous, le choix dépend surtout de contraintes matérielles, dont déjà celle du financement. Ne réside pas au Ritz qui veut. Plus modestement, l'offre nationale d'hébergement des personnes handicapées, âgées, dépendantes, contraint à chercher à l'étranger un établissement spécialisé<sup>132</sup>. De même, le comportement du majeur dans un établissement ou sa situation de santé peuvent conduire à peser différentes options correspondant davantage à son intérêt qu'à un souhait<sup>133</sup>.

Il faut encore articuler la disposition avec l'article 426 du même code qui envisage également le cadre et les repères de vie du majeur<sup>134</sup>, en favorisant le retour à domicile. En curatelle renforcée, le législateur prévoit que le curateur autorisé qui devient représentant peut « conclure seul un bail d'habitation ou une convention d'hébergement assurant le logement de la personne protégée »<sup>135</sup>. Mais, c'est « sans préjudice des dispositions de l'article 459-2 ». Le conflit potentiel arrive. En pratique, plus largement, il faut aussi signaler des pratiques qui conditionnent l'accueil pour un hébergement en institution à l'organisation d'une protection juridique<sup>136</sup>. Lorsque l'état du majeur ne le justifie pas, c'est

<sup>132</sup> A. GOSSELIN-GORAND, « L'internationalisation de la situation des majeurs handicapés : l'hébergement dans des établissements spécialisés frontaliers », *LPA* 24 mai 2019, n° 104, 144p2, p. 28, références citées.

<sup>133</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 sept. 2018, n° 17-20.902 : *Defrénois* 21 févr. 2019, n° 8, 145s8, p. 29, obs. D. NOGUÉRO : « un retour à domicile mettrait (la tutélaire) en danger, de sorte que la prolongation de son séjour dans une structure spécialisée s'imposait ». Ex. de complexité des arbitrages, Rennes, 27 oct. 2015, RG n° 14/04935.

<sup>134</sup> Th. VERHEYDE, « Le logement du majeur protégé, saisi dans ses aspects personnels et patrimoniaux », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. « Thèmes commentaires », 2012, p. 139.

<sup>135</sup> C. civ., art. 472, al. 2.

<sup>136</sup> V. aussi, les dispositions sur le contrat de séjour. Not. CASF, art. L. 311-4-1 créé par la loi n° 2015-1776 du 28 déc. 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement (art. 27).

proprement scandaleux, même si l'on doit par ailleurs entendre les contraintes, notamment financières. On ne s'attardera pas sur les conditions de vie une fois accueilli qui doivent permettre la liberté dans la sécurité. Le règlement intérieur d'un établissement peut parfois se discuter. Autre chose est encore la question de la maltraitance quelle que soit son origine. La séquestration impose abusivement un lieu de vie (le droit pénal prend le relais).

On devine que si la sécurité du majeur est en cause, l'organe qui est tenu de prendre soin de sa personne, s'opposera à un choix jugé périlleux, et il aura raison. En réalité, on retombera souvent sur la discussion de la capacité naturelle présente ou pas. Le choix du majeur suppose sa lucidité et son désir exprimé sur ce thème, ainsi qu'un respect des autres. La conciliation des libertés n'est jamais une mince affaire. Le législateur a eu probablement en vue un célibataire qui n'a pas les obligations d'un marié tenu de choisir en commun la résidence de la famille<sup>137</sup>. Les pacsés déclarent aussi au greffe l'endroit où ils, elles, il et elle, fixent leur résidence commune<sup>138</sup>. Le ou les matelas est (sont) par principe sous le même toit sur ordre légal. La vie commune en concubinage présente un caractère de stabilité et de continuité<sup>139</sup>. Son existence pourrait avoir une incidence sur la manière de choisir la résidence pour vivre en couple. Élément extérieur de contrainte, la sécurité de proches ou de voisins pourrait conduire à un éloignement du majeur protégé du choix de sa résidence, de son lieu habituel de vie, comme l'inexécution de ses obligations de locataire à une résiliation du bail<sup>140</sup>. Il y a aussi des risques en termes de responsabilité<sup>141</sup>. Pour accomplir un tel choix, le majeur protégé assez éclairé ne doit gêner personne, agir dans son intérêt qu'il peut ne pas toujours peser correctement, et disposer d'un certain confort matériel pour faire sa sélection. On n'ose dire une niche pour le choix d'une résidence!

#### b. Liberté des relations et visites

**Aptitude.** On ne trouvera pas toujours de l'humanisme mais on pénètre la variété de l'humanité. L'alinéa 2 de l'article 459-2 du code civil ajoute que la personne protégée « entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non. Elle a le droit d'être visitée et, le cas échéant, hébergée

<sup>137</sup> C. civ., art. 215. La jurisprudence tolère des évasions.

<sup>138</sup> C. civ., art. 515-3, al. 1<sup>er</sup>; et la vie commune, art. 515-4, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>139</sup> C. civ., art. 515-8.

<sup>140</sup> Refus, civ. 3<sup>e</sup>, 10 nov. 2009, n° 08-21.874: *Bull. civ. III*, n° 245; Lyon, 22 févr. 2011, RG n° 03/09960.

<sup>141</sup> Pas de responsabilité du fait d'autrui de l'association curatrice pour un incendie, ici, civ. 2<sup>e</sup>, 13 janv. 2011, n° 10-30.212. Encore, sur la responsabilité écartée du tuteur, Lyon, 23 janv. 2014, RG n° 12/05644; *Dr. fam.* 2014, n° 91, obs. I. MARIA.

par ceux-ci »<sup>142</sup>. C'est encore une manifestation de la liberté individuelle, dont on peut légitimement se demander si elle exige toujours la capacité naturelle. En effet, la plupart du temps, les choses se passeront sans heurt, le majeur plus ou moins conscient voire inconscient. La personne en état végétatif sera visitée par des relations sans que sa respiration artificielle bruyante soit le signe d'une opposition. Placé, le handicapé mental recevra ses proches selon le règlement de l'établissement. Respectons les heures de visite et les modalités pour les sorties.

**Vœu.** Le fait que le majeur puisse entretenir librement relations et visites ne lui donne pas une prérogative pour revendiquer celles-ci à l'égard d'autrui, tiers qui serait ainsi contraint de s'exécuter contre son gré. La liberté du majeur demande de la patience, de la séduction et de l'affection pour élargir son cercle. Il faut accepter la déception et l'échec, sinon c'est le règne du caprice enfantin. Malheureusement, en fait, le majeur souhaite plus qu'il ne peut. Le vouloir exige le souhait préalable : l'étincelle du désir ou de l'envie. Le souhait n'est pas systématiquement exaucé, y compris lorsqu'on le veut très fort : la flamme sans braise. Là encore, concrètement, la disposition généreuse ne s'adressera pas également à tous les majeurs protégés. Encore faut-il qu'ils la connaissent. La loi néglige souvent l'indifférence de ses sujets.

L'objectif législatif est d'affirmer assez symboliquement l'évidence de la liberté de rencontrer autrui et de forger des relations. Le support pour y parvenir peut être variable : de la rencontre directe à la correspondance, en transitant par les moyens des nouvelles technologies<sup>143</sup>. On retrouve la touche de vie privée.

**Personnes.** Sur la nature des relations personnelles rien n'est explicité au contraire des destinataires. Tout tiers est visé, parent ou non, ce qui est éminemment large quant aux personnes concernées, de l'ami(e) au voisin en passant par un étranger complet, une brève connaissance. L'absence de limite dans cette direction est-elle transposable pour la nature des relations ? On ne saurait l'affirmer avec une absolue certitude.

**Sexe et amour.** Sous forme édulcorée – litote prude –, l'allusion à la visite et à l'hébergement, appuyée par l'article 415, pourrait contenir la liberté des relations sexuelles consenties<sup>144</sup>. La question paraîtra saugrenue pour certains au regard de la libido en maison de retraite, peut-être moins pour les établissements d'handicapés,

---

<sup>142</sup> La question du droit de visite, de l'accès au majeur et aux relations, n'est pas nouvelle. V. TI Melun, 18 déc. 1979, *D.* 1980, p. 623, note J. HAUSER.

<sup>143</sup> Là encore, le lien avec le domaine matériel n'est pas absent. Il ne suffit pas toujours d'un timbre et d'une enveloppe, si l'on souhaite échanger par des réseaux sociaux ou une messagerie ou un téléphone qui suppose un abonnement à payer auprès d'un opérateur.

<sup>144</sup> Si les relations sexuelles paraissent relever de l'acte strictement personnel (V. *supra*), il ne faut pas négliger l'intervention du juge, afin de trancher les contraintes pesant sur cette liberté, ou le besoin de protection du majeur dans son intérêt.

plus vigoureux, sans même aller jusqu'à la stérilisation contraceptive. En réaction préventive, en marge de l'assaisonnement militaire au bromure anaphrodisiaque, il existe des médicaments dits inhibiteurs de libido pouvant être prescrits en dehors de la délinquance sexuelle et de ses injonctions, ou glissés subrepticement dans la boîte en porcelaine à pilules. Si rien n'est fait en ce sens, il faut se résoudre à supporter la vie sexuelle d'autrui, sans vous. Le sadomasochisme admis dans certaines limites entre adultes consentants a-t-il droit de cité? Du point de vue de l'autonomie et de la liberté personnelle, du droit de disposer de son corps et de la capacité naturelle, on serait tenté de répondre: « pourquoi pas ». Sous l'aspect, vérifie-t-on à l'entrée du donjon, avant le premier coup de fouet, ou à l'entrée dans la cage, ou à un autre moment, l'état de la conscience et de la volonté du majeur, on sera beaucoup plus dubitatif. En outre, il faut ajouter que la mesure du danger implique une volonté particulièrement aiguë dans l'action et l'excitation. Ce ne sont peut-être pas des pratiques destinées aux majeurs protégés, par une mesure de protection faut-il préciser. Il est plus simple pour l'organe interrogé de se contenter d'informer sur l'emploi du préservatif et sur la position du missionnaire.

Pour une réponse plus générale, on perçoit que certaines « relations » de ce type peuvent menacer la santé psychique ou physique du majeur et sont à proscrire, sans être moraliste. Le plus délicat est le contrôle. L'échangiste est plutôt noctambule et l'organe protecteur a besoin de sommeil, qui de surcroît n'a pas forcément une présence permanente auprès du majeur sous protection. On rétorquera que l'on n'échange pas tout seul. Certes, mais il y a des couples sous tutelle. À dire vrai, c'est lorsque surgira un problème parce que le majeur rencontrera une opposition que le contentieux naîtra. Dans la discrétion, rien ne peut vous arriver, même incapable. Espérons que le dérangement sera rarissime.

D'un autre point de vue, le majeur n'est pas toujours libre d'imposer certaines relations à des tiers. Il ne peut entreprendre une relation sexuelle avec un mineur n'ayant pas sa capacité sexuelle. L'âge d'entrée et de sortie dans certains établissements pour handicapés mentaux peut ne pas rendre la question purement théorique. Le libertinage ne saurait être absolument prohibé pour les majeurs protégés, à supposer que puisse exister un gendarme efficace.

Au-delà, il n'y a pas que le sexe dans la vie, ni l'argent, bien utile pour la gestion patrimoniale et des plaisirs tarifés de la chair du côté des *sextoys* encore autorisés (avec la limite de la poupée certes à forme humaine, mais gonflable; en attendant le robot performant très affectueux). En effet, le majeur protégé peut entretenir une relation familiale, amicale, sociale, épisodique, permanente, épistolaire, selon des modalités variées... On peut aller chercher des échanges dématérialisés ou des « amis » sur les réseaux dits sociaux par une connexion internet illimitée. Mais, l'utilisation (le nombre d'heures devant l'écran) et l'accès à certains sites pourraient se trouver sous contrôle de l'organe qui devra aussi, eu

égard au budget, veiller à éviter la dépense inconsidérée par le clic magique. L'on voit que l'extrapatrimonial se mêle au patrimonial (attention aux prélèvements automatiques et aux données bancaires pré-enregistrées). Les liens vous amènent loin. Toujours, il faut éviter le danger pour le majeur protégé et les autres. C'est un souci d'autonomie dans la sécurité. À l'occasion et selon l'étreinte protectrice, le statut personnel du majeur se rapprochera de la condition du mineur. La force des mœurs agit ici assez puissamment.

Ce qui est aussi sous les relations personnelles, c'est l'amour; les feux de l'amour pour les maisons de retraite. L'abeille butine et, foudroyée par son pollen, elle choisit enfin une fleur pour se poser. Le petit prince découvre sa rose. Pour ceux qui, par chance, ont été frappés par l'amour, la question est de savoir si c'est bien quelque chose de réel, si ce n'est pas le fruit de l'imagination. Lorsque l'amour s'évapore, on est ramené aux réalités moins suaves. Il faut être un peu fou pour rêver d'être convoité ou amoureux et vivre un amour: où le normal rejoint l'anormal. Le désir impérieux est plus fort que l'entendement et que toute possibilité de résistance. Toutefois, en ce domaine, rien ne se commande. Il a peut-être tout de Tarzan, mais rien pour plaire à Jane. L'abstinence totale est plus aisée qu'une parfaite modération. Pour rester à l'état sauvage, on qualifie de puma l'homme mûr qui recherche des partenaires plus jeunes et de *cougar* (couguar) la femme mûre qui a la même habitude. C'est une mode pour désigner l'écart d'âges en matière de relations spécialement sexuelles. Pour l'exacerbation sentimentale et sexuelle, on parle classiquement de démon de midi (à la mi-journée de la vie). Avec les majeurs protégés, il n'est pas à exclure, que ce soit un vieux lion ou une vieille panthère. La pourriture est parfois noble, concentrant le sucre de l'amour. Mais la fière crinière ou le pelage soyeux ne seront plus toujours à l'initiative. Ils seront sollicités. La relation extrapatrimoniale ne néglige pas toujours la perspective patrimoniale. On peut « récompenser » par une libéralité ou le bénéfice d'une assurance-vie, la création ou le maintien d'une relation, même adultère. On se perdrait en illustrations lorsqu'il faut décrire ce genre de relations humaines.

**Animal.** Après les êtres, la relation peut s'entretenir avec les choses animées. Il est vrai que le texte vise les seules personnes. Cependant, certaines personnes considèrent comme un « tiers » très proche, des choses, comme un chien ou un chat, par exemple. Un caniche est parfois leur seul proche au quotidien (hors zoophilie déplacée). On retrouve l'isolement. Le règlement strict de certaines maisons crée des séparations douloureuses. Faudrait-il nier la protection de la personne au prétexte qu'un animal est une chose, pourtant particulière, puisqu'être vivant doué de sensibilité<sup>145</sup>? L'affection participe de la thérapeutique et du bien-être. Que penser de l'euthanasie ou de l'abandon de l'animal de compagnie de la personne protégée qui participe de son environnement affectif, souvent

<sup>145</sup> C. civ., art. 515-14.

exclusif ? C'est vrai que c'est un bien meuble renouvelable, mais sans fongibilité affective. La plainte du majeur devrait être entendue, au moins pour discuter, et ne laisser personne sur le bord de la route. On nous répond froidement qu'est un acte d'administration « tout acte relatif à l'animal domestique de la personne protégée »<sup>146</sup>. On suggérera une administration douce, sans contrariété.

Attention aux rebelles. Pour les types de chiens susceptibles d'être dangereux, comme les chiens d'attaque (première catégorie) ou les chiens de garde et de défense (seconde catégorie), ne peuvent les détenir, à l'instar des mineurs, « les majeurs en tutelle à moins qu'ils n'y aient été autorisés par le juge des tutelles »<sup>147</sup>. Si mamie veut un gros chien pour se défendre, il faut l'autorisation. Papy ne pourra pas davantage se servir de son fusil de chasse. En tutelle, il faut une autorisation du juge des tutelles pour l'examen du permis de chasse<sup>148</sup>. Et ne peuvent obtenir la délivrance du permis, au-dessus de seize ans, « les majeurs en tutelle, à moins qu'ils ne soient autorisés à chasser par le juge des tutelles »<sup>149</sup>. En outre, ne peuvent obtenir la validation du permis de chasser « les majeurs en tutelle, à moins qu'ils ne soient autorisés à chasser par le juge des tutelles » et « les personnes atteintes d'une affection médicale ou d'une infirmité, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État, rendant dangereuse la pratique de la chasse »<sup>150</sup>. On vit incontestablement dans un monde fantastique.

**Visite.** Le droit de visite semble littéralement en direction exclusive des tiers puisqu'il est indiqué que le majeur protégé peut être visité. Cependant, il n'est pas forcément immobile et attentiste. En entretenant des relations, à l'initiative, le majeur va aussi visiter. C'est la visite du majeur ou par le majeur. Lorsque l'on visite un peu longtemps, ou un peu loin, et que la nuit tombe ou que les horaires de train ne permettent pas le retour immédiat, par exemple, on reste un peu si l'invitation courtoise l'autorise. L'hébergement est un complément à la visite. Il est *a priori* temporaire (la chambre d'ami ou le canapé) mais il est à mettre en liaison avec le choix de la résidence. En effet, parfois, on peut entretenir des relations en visitant quelqu'un et s'incruster ou être accueilli à bras ouverts. Il ne s'agit pas toujours de simplement tendre les bras. On peut aller plus loin dans le contact physique. Inversement, le majeur protégé va héberger quelqu'un chez lui. Certains aimeraient gouverner ce genre de rapports pour écarter ceux qu'ils estiment indésirables dans l'entourage de la personne protégée. Pensez à une horde de motards en goguette, rencontrés à l'épicerie, débarquant chez votre grand-mère sous curatelle jouant la mijaurée.

<sup>146</sup> Décr. n° 2008-1484 du 22 déc. 2008, ann. 1, col. 1, IX: « tout acte relatif à l'animal domestique de la personne protégée ».

<sup>147</sup> C. rur., art. L. 211-13, 2°, créé par Ord. n° 2000-914 du 18 sept. 2000.

<sup>148</sup> C. envir., art. R. 423-2.

<sup>149</sup> C. envir., art. L. 423-11, al. 1<sup>er</sup>, 2°.

<sup>150</sup> C. envir., art. L. 423-15, al. 1<sup>er</sup>, 2° et 6°.

**Intérêt.** Les liens avec les autres peuvent être d'une grande pauvreté, surtout pour les personnes isolées ou abandonnées au gré des événements. Là encore, le principe est celui de la liberté, qui peut être tempéré selon la situation de l'individu. Par exemple, en hospitalisation psychiatrique, son intérêt peut commander une forme de régulation proportionnée des relations<sup>151</sup>. Sous l'empire de la loi de 1968, confrontée à certaines difficultés, la jurisprudence a pu imposer une suspension de visites, car

« s'inspirant de l'intérêt de (la fille tutélaire), le tribunal de grande instance a relevé que la violence verbale et l'état d'excitation de (ses parents) et les risques de soustraction de la personne protégée à la mesure d'hospitalisation que justifiait son état excluaient, dans l'immédiat, toute visite familiale »<sup>152</sup>.

Tout est affaire d'espèce et de mesure en fonction de l'intérêt du majeur<sup>153</sup>.

Le médecin pourrait ordonner que le traitement pour la guérison ou, du moins, l'amélioration de la santé, exige la coupure franche avec le milieu familial ou/et amical. L'impératif est supérieur. Il y a des liaisons dangereuses. À l'inverse, on peut subir une visite sans avoir rien demandé. Le procureur de la République et le juge des tutelles sont des protecteurs naturels sous cet angle<sup>154</sup>. Il ont un droit de visite personnel ou délégué. Par exemple, visiter permet de vérifier que le majeur n'est pas soumis à de mauvais traitements par ses relations ou l'objet d'une séquestration (la pension arrive sur le compte et tu ne sors pas d'ici). À d'autres occasions, il y aura discussion.

**Conflits et saisine du juge.** Il faut envisager la chamaille qui pourra dégénérer en conflit. Le conflit peut concerner le majeur et des tiers, mais également des proches du majeur entre eux pour accéder à la visite et au maintien de la relation avec le majeur qui est l'objet et l'enjeu. On pense aux tiraillements autour de l'enfant handicapé ; les vieux sont plus délaissés, mais pas toujours à cause (ou grâce) à la perspective de l'héritage.

On retrouve des limites semblables à celles précédemment entrevues sous l'empire de la loi antérieure. Par le passé, la jurisprudence a dû arbitrer des conflits relatifs à la visite de tiers auprès du majeur. Rien n'a changé avec la loi de 2007. Un contentieux se développe sur cet aspect important de la vie quotidienne<sup>155</sup>. Le

<sup>151</sup> CSP, art. L. 3211-3. Ex. CAA Bordeaux, 6 nov. 2012, n° 11BX01790.

<sup>152</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janv. 2003, n° 00-19.583 : *RTD civ.* 2003, p. 480, obs. J. HAUSER.

<sup>153</sup> Ex. pas de droit de visite revendiqué unilatéralement par l'ancien concubin, Douai, 31 mars 2016, n° 15/06749 : *Dr. fam.* 2016, n° 162, obs. I. MARIA.

<sup>154</sup> C. civ., art. 416 ; anc. art. 490-3.

<sup>155</sup> Th. VERHEYDE, « Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales ? Les décisions des juges des tutelles en matière de conflit concernant le choix du lieu de vie ou les relations personnelles du majeur protégé sur le fondement de l'article 459-2 du code civil », *Dr. fam.* 2011, Étude 4.

recours au juge est prévu pour arbitrer les désaccords du majeur avec l'organe protecteur. Des tiers pourraient également se plaindre de l'accès refusé, rationné ou médiatisé au majeur.

Assurément, si le majeur protégé éprouve un obstacle dans la mise en œuvre de la prérogative offerte, il pourra saisir le juge. On peut même penser qu'il faudrait se dispenser de la rigueur de la réglementation des actions en justice. À l'instar de ce qui se passe pour la contestation de l'ouverture d'une mesure, la capacité naturelle du majeur devrait lui permettre de saisir seul le juge pour faire valoir son droit, du moins examiner sa demande pour en peser le bien-fondé. Lorsque les tiers en conflit sollicitent un tel droit, il ne semble pas que ce soit à l'organe protecteur de saisir le juge, comme il pourrait le faire s'il s'oppose directement à la décision du majeur sous sa protection. On peut néanmoins se demander si la solution ne mérite pas d'être nuancée selon les cas, tant la situation du majeur risque d'être affectée. Si un tiers saisit directement le juge, on devine que, au moins indirectement, cela peut avoir une influence sur la situation du majeur. Toutefois, le texte semble prévu pour le seul majeur freiné dans sa liberté. Dans cette optique, il reste au tiers à tellement envenimer la situation que le majeur ou son organe vont être contraints de saisir le juge pour intimer aux différents intéressés que la volonté de la personne protégée est, ou n'est pas, d'avoir tel type de rapport et dans telles conditions, et qu'elle s'impose à tous. En droit, les tiers ont-ils la faculté d'agir en justice? Dans le silence textuel<sup>156</sup>, la Cour de cassation a décidé – certes dans une affaire particulière autour de la fin de vie, mais à la portée générale – que « tout intéressé peut saisir le juge des tutelles d'une difficulté relative à la fixation du lieu de la résidence de la personne protégée, sur le fondement » de l'article 459-2<sup>157</sup>. Le cercle mérite d'être élargi<sup>158</sup> car il n'est pas sûr que le majeur protégé sera toujours à même de réagir personnellement, possibilité à impérativement garantir.

---

<sup>156</sup> Comp. CPC, art. 1229. Pour les mesures judiciaires, par requête, le majeur protégé ou la personne chargée de la protection. En mandat de protection future, tout intéressé, C. civ., art. 484; CPC, art. 1259-3. En habilitation familiale, tout intéressé, C. civ., art. 494-10, réd. L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 (plus restrictif auparavant).

<sup>157</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 déc. 2017, n° 17-18.437: *Bull. civ. I: D.* 2017, *AJ*, p. 2535; *Dr. fam.* 2018, n° 46, note I. MARIA; *AJ fam.* 2018, p. 6, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE; *AJ fam.* 2018, p. 124, obs. E. PECQUEUR; *D.* 2018, Pan., p. 1458, spéc. p. 1469, obs. J.-J. LEMOULAND; *D.* 2018, p. 333, note N. PETERKA; *JCP N* 2018, 1221, obs. N. PETERKA; *Procédures* 2018, n° 86, note M. DOUCHY-LOUDOT; *Gaz. Pal.* 19 déc. 2017, n° 44, 310n0, obs. C. BERLAUD. Nombreux commentaires de cet énième arrêt Vincent Lambert. Et D. NOGUÉRO, « Visites, lieux et fin de fin en tutelle. Pouvoirs du juge sur arrière-fond de fin de vie. Choix du lieu de vie, de l'établissement de santé, de l'organisation des visites du majeur protégé », *JCP G* 2018, Étude 156.

<sup>158</sup> Notamment, les personnes énumérées pour diligenter la protection, C. civ., art. 430; art. 494-1, al. 1<sup>er</sup>.

La procédure sera alors lancée<sup>159</sup>. « En cas de difficulté, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué statue »<sup>160</sup>. Avec ce redoutable alinéa, on n'aimerait pas être à leur place. En pratique, vu la rareté à attendre de la réunion des conseils de famille, ce sera essentiellement le juge qui sera appelé à trancher<sup>161</sup>. Auparavant, le juge faisait une place aux sentiments pour se débrouiller tant bien que mal dans des cas particuliers. La jurisprudence ancienne rendue sous l'empire de la loi de 1968<sup>162</sup> est transposable sous la réserve de l'évolution des mœurs.

Lorsque des affaires sont soumises aux juges, la motivation de la décision est à soigner surtout avec les recours prévisibles voire la chicane. On ne peut que souhaiter bon courage aux intéressés. Pour l'article 459-2, la déjudiciarisation est impossible, sauf à consacrer l'exclusive médiation extrajudiciaire. La décision obtenue, il faut veiller à sa bonne exécution<sup>163</sup>, une fois les éventuels recours consommés. L'exécution forcée en matière personnelle est certainement délicate.

Sous le dispositif de 1968, la jurisprudence est parvenue, sans texte, à un résultat assez semblable. Au pourvoi autoritaire défendant que « le juge des tutelles dispose du pouvoir de fixer le lieu de résidence du majeur protégé dès lors que son état de santé le justifie et alors même que l'intéressé dispose d'une volonté propre », il est rétorqué que la majeure protégée

« est capable d'évoluer et de faire des progrès sur le plan intellectuel, affectif et social, qu'elle n'est pas dépourvue de volonté propre et qu'elle a émis à plusieurs reprises le souhait de rester près de son père, (si bien que) le Tribunal a considéré souverainement qu'il convenait de respecter ce choix »<sup>164</sup>.

Entendre le majeur est un moyen d'examiner l'état de sa volonté<sup>165</sup>. On constate que sans disposition légale, face aux circonstances à gérer, les juges savent s'adapter. Mais, cette résidence est déjà en lien avec la possibilité de la visite facilitée du parent.

<sup>159</sup> CPC, art. 1213. La faculté du débat contradictoire. Notifications et appel possible.

<sup>160</sup> C. civ., art. 459-2, al. 3.

<sup>161</sup> C. civ., art. 4; art. 5.

<sup>162</sup> Ex. civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 09-15.090.

<sup>163</sup> Même assortie de l'exécution provisoire souhaitable en ce domaine où il faut souvent agir vite, rien ne garantit dans la durée la stabilité des comportements et la soumission à l'ordre donné. V. la décharge de la mission de protection.

<sup>164</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mars 1997, n° 96-12.028 : *Bull. civ. I*, n° 107 ; *D.* 1997, Inf. rap., 111 ; *D.* 1998, p. 333, note J. MASSIP ; *RTD civ.* 1997, p. 634, obs. J. HAUSER ; *JCP* 1997, II, 22882, note Th. FOSSIER ; *Deffrénois* 1997, art. 36690, n° 142, p. 1338, obs. J. MASSIP ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, Pan., 151.

<sup>165</sup> Celle-ci peut être contredite à tort ou influencée abusivement. Le juge ne manquera pas de se prêter à une espèce de conciliation en cherchant même parfois à opérer une médiation entre plusieurs protagonistes impliqués. L'intérêt du majeur doit prédominer.

Il est évident que les juges se prononcent souverainement dans les affaires soumises à leur sagacité. La prise en compte du sentiment du majeur<sup>166</sup>, mais encore de ses habitudes, de son bien-être, de sa santé, au-delà de sa volonté, en bref de son intérêt primordial, sont susceptibles de guider l'option retenue. Pareillement, doivent être examinés les tensions ou conflits familiaux ou avec des proches. Les espèces révèlent des facettes sociologiques instructives. *Quid* du choix du lieu de vie dans un quartier malfamé pour s'adonner au triolisme, voire plus si affinité, avec une bande de jeunes voyous drogués, un brin sadomasochistes, pour une grand-mère délurée avec un petit-fils curateur inquiet ? En marge de la morale, le consentement peut-il tout permettre : jouissance sans entrave ou minimum d'encadrement ? La liberté de la personne vulnérable ne saurait exclure une forme d'interventionnisme qui est moins paternalisme que sauvegarde de ses intérêts primordiaux<sup>167</sup>, d'où en fait des limites probables<sup>168</sup>. Par exemple, le maintien à domicile à rechercher n'est pas toujours possible, ce qui impose d'intégrer une structure adaptée.

Lorsque la personne malade sous protection juridique est hors d'état de manifester sa volonté, le libre choix de l'établissement de l'article L. 1110-8 du code de la santé publique (principe fondamental de la législation sanitaire), « en particulier lorsqu'il relève de soins palliatifs », s'effectue par représentation. Seul recevable à saisir le juge des tutelles sur le fondement de l'article 459 du code civil<sup>169</sup>, le tuteur chargé de la mission de protection de la personne décide du changement de l'établissement de santé. Du moins, il en va ainsi lorsqu'« au regard de l'état de santé (du tuteur), son transfert dans un autre établissement de soins constitu(e) un acte grave, au sens de l'article 459, alinéa 3, du code civil ». Le juge pourra réglementer les visites<sup>170</sup>. La résidence et le lieu de soins s'entremêlent, et l'intérêt sanitaire domine.

Le législateur a peut-être cédé à la démagogie ou à une certaine idéologie individualiste en voulant réglementer ce genre de rapports. L'expérience sera instructive. Imaginons le litige suivant à trancher : la nonagénaire découchant chez son gigolo... contre l'avis de son fils curateur. Cette opposition à la relation serait-elle une décision du curateur portant gravement atteinte à l'intimité de la

<sup>166</sup> Comp. C. civ., art. 449, al. 3 ; art. 456, al. 2.

<sup>167</sup> CEDH, 23 mars 2017, n° 53251/13 : *Dr. fam.* 2017, n° 110, note I. MARIA ; *AJ fam.* 2017, p. 304, obs. V. MONTOURCY.

<sup>168</sup> Principe de précaution ici excessif, Douai, 8 févr. 2013, RG n° 12/06650 : *Dr. fam.* 2013, n° 60, obs. I. MARIA.

<sup>169</sup> Jugé sous l'ancien alinéa 3, pour une « demande relative à une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée ».

<sup>170</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 déc. 2017, n° 17-18.437, préc. D. NOGUÉRO, « Visites, lieux et fin de vie en tutelle. Pouvoirs du juge sur arrière-fond de fin de vie. Choix du lieu de vie, de l'établissement de santé, de l'organisation des visites du majeur protégé », *JCP G* 2018, Étude 156.

vie privée de la majeure, exigeant une autorisation préalable de l'organe pour agir, sauf urgence? En plus, il y a le conflit des textes. On s'y perd.

### c. Légitimité de la réglementation

Il y a des domaines où le droit ne devrait peut-être pas aller. C'est délicat de jouer l'aventurier explorateur au pays des mœurs. Il est d'autres champs où le droit s'est rendu malencontreusement et d'où il devrait se retirer. À titre d'illustration, il est difficile de se persuader qu'un texte peut fixer le régime alimentaire d'un grand-père édenté qui préfère les frites aux haricots verts même en purée, pourtant bons pour sa santé, et la crème vanille en dessert, plutôt que des fruits de saison, même écrasés avec du sucre. Certes, avec le hasard du malheur, on peut toujours recruter chez les majeurs protégés une personne anorexique ou boulimique à soigner. En dehors de situations vraiment pathologiques<sup>171</sup>, il n'est pas sûr que le juge devrait arbitrer un tel conflit entre la fille tutrice, même prévenante, et le père majeur protégé, même acariâtre. Le pourra-t-il avec succès? Pensez à l'exécution forcée... et à la paix des familles. La règle a un objectif de généralité et ne peut descendre dans tous les détails, surtout lorsqu'ils sont souvent inatteignables dans leur diversité.

Au travers des différentes dispositions évoquées, on voit bien qu'il n'est pas toujours aisé d'isoler le domaine personnel de celui relatif au patrimoine.

## II. Des domaines d'activité

Distinguons l'articulation des codes (A) et la mission confiée à l'organe protecteur (B).

### A. L'articulation des codes.

**Dérogação.** Les textes de la sous-section 4 ne sont pas d'application universelle. L'article 459-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil énonce que

« L'application de la présente sous-section ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention d'un représentant légal »<sup>172</sup>.

<sup>171</sup> CSP, Partie 3 Lutte contre les maladies et dépendances, Livre 2 bis sur la lutte contre les troubles du comportement alimentaire, précédant les livres sur la lutte contre l'alcoolisme ou la toxicomanie, avant le tabagisme et le dopage.

<sup>172</sup> Circulaire n° CIV/01/09/C1 DACS du 9 févr. 2009, préc. : dispositions qui « demeurent intégralement applicables ». V. sur cette technique législative, C. civ., art. 2287.

Ces seuls deux codes, auxquels priorité est donnée sur le code civil, appréhendent parfois les majeurs protégés ès qualités parmi les personnes vulnérables. Il est vrai que les majeurs protégés seront fréquemment des malades ou des personnes faibles, âgées, handicapées, hébergées dans certaines structures. Toutefois, cette primauté ne doit pas faire oublier qu'il n'y a aucune connexion obligatoire entre le traitement de la maladie et le statut ou la condition juridique du majeur.

Dans la protection de la personne clamée par la loi de 2007 et ses thuriféraires, c'est là qu'était fermement attendu le législateur réformateur pour une remise en ordre et une clarification/simplification, en évitant des doublons ou des contradictions, voire des lacunes. L'espoir est déçu. Avant de critiquer à outrance le législateur de 1968 qui, sur la protection des personnes dans ce secteur, s'est franchement abstenu en jugeant pragmatiquement ses moyens et sereinement la portée de son apport, il faudrait y réfléchir à deux fois. Plus d'une décennie après la réforme, c'est toujours la pagaille et il faut aller à la pêche avec un filet dont on ne sait jamais si les mailles auront la dimension optima pour rapporter tous les poissons. Observation générale, au titre des personnes protégées, il est fréquent de rencontrer exclusivement le majeur sous tutelle dans ces dispositions éparées. Le législateur particulier résume souvent la protection à la tutelle, en occultant les autres régimes, leur diversité et leur richesse. Le législateur n'individualise pas hors secteur<sup>173</sup>.

**Priorité.** Une lecture rapide pourrait laisser penser que joue banalement l'adage *Specialia generalibus derogant*. Dans cette optique, il faut considérer que les droits issus des deux codes sont spéciaux par rapport au code civil, général, au sens de droit commun. Pour régler une interférence entre les dispositions spéciales et celles générales, dès lors qu'il existe une véritable différence entre elles, la priorité édictée devrait s'imposer. Toutefois, tout n'est peut-être pas si simple. Des auteurs en ont vivement débattu, livrant leurs précieuses réflexions sur la question.

L'expression de « représentant légal » vient cantonner la priorité. Les deux codes doivent expressément prévoir l'intervention d'un tel représentant<sup>174</sup>. À défaut, il faudrait se reporter au code civil d'application résiduelle. On consacre ainsi une cohabitation des logiques respectives des différents corpus. Il peut être objecté que la promotion civiliste de l'autonomie dans le domaine personnel devrait amener à généraliser la règle de la capacité naturelle. Le torrent d'autonomie doit triompher. Inversement, il peut être défendu que les domaines particuliers des deux codes justifient une adaptation, même si parfois il est possible

---

<sup>173</sup> G. RAOUL-CORMEIL, « En attendant la recodification du droit de la santé du majeur protégé... », in Dossier, *Soigner les plus faibles, de quel(s) droit(s) ?*, RGDM sept. 2019, n° 72, p. 159 ; I. BILLY, N. BRIAL, L. GATTI, « Coordinations, coopérations et tensions en protection juridique des majeurs », in Dossier, *Soigner les plus faibles, de quel(s) droit(s) ?*, RGDM sept. 2019, n° 72, p. 175.

<sup>174</sup> Celle-ci pourrait prendre différentes formes, dont l'exigence d'une autorisation.

de recouper l'optique du code civil, par hasard ou délibérément. Rien n'empêche de spéculer à l'infini. Néanmoins, le législateur lui-même a admis la défaillance de sa production en accordant au gouvernement une habilitation afin de revoir l'articulation (saison 2). Le but est de prendre toute mesure

« visant à modifier, dans un objectif d'harmonisation et de simplification, les dispositions fixant les conditions dans lesquelles est prise une décision portant sur la personne d'un majeur qui fait l'objet d'une mesure de protection juridique et, selon les cas, intervenant en matière de santé ou concernant sa prise en charge ou son accompagnement social ou médico-social »<sup>175</sup>.

Sauf à souhaiter bon courage aux petites mains de l'intendance, il est inutile d'épiloguer. La répartition des tâches n'a qu'une rationalité relative et nourrit des hésitations voire des incertitudes. De plus, à l'intérieur des codes spéciaux, un sérieux ménage est à réaliser, sans préjudice de leur coordination respective, par exemple au sujet de la personne de confiance. Pour espérer appliquer le droit produit, il faut que sa connaissance parvienne au public, spécialement les protecteurs et praticiens de la santé, de façon accessible et aisée. Il n'y a pas de liste des actes<sup>176</sup> à l'instar de celles dressées par décret pour les actes patrimoniaux. Par parenthèse, le droit souple (avis, recommandation, documents divers...) des autorités ou organismes en matière de santé n'est pas toujours dans la parfaite exactitude des normes hiérarchiquement supérieures et obligatoires, elles.

**Représentant légal.** Que faut-il comprendre par « représentant légal »? À la lettre, cela peut davantage rappeler les mineurs que les majeurs<sup>177</sup>. La critique peut être faite selon laquelle le majeur a plutôt une représentation judiciaire<sup>178</sup> ou conventionnelle, partant distincte de celle légale<sup>179</sup>. Faut-il tant prêter au verbe de la loi lorsque l'on observe les vagues de sa confection accompagnée d'imperfections? Assurément, l'organe protecteur qui dispose d'un pouvoir de représentation est concerné, ce qui dépasse la seule tutelle. Dans cet esprit, le

<sup>175</sup> Art. 9, IV, L. n° 2019-222 du 23 mars 2019. Comp., plus étroit et autrement, art. 211, L. n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé: des mesures « permettant de mieux articuler les dispositions du code civil et du code de la santé publique relatives aux conditions dans lesquelles peut s'exprimer la volonté des personnes faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, au sens du chapitre II du titre XI du livre Ier du code civil, pour toute décision relative à un acte médical ».

<sup>176</sup> Suggestion, D. NOGUÉRO, « La typologie des actes patrimoniaux: retour sur le décret du 22 décembre 2008 », in *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 45, spéc. p. 55-56.

<sup>177</sup> Quoique: C. civ., art. 60; art. 61-7, al. 2; art. 1844-16; CSP, art. L. 3211-1, al. 1<sup>er</sup> (soins psychiatriques); CASF, art. L. 113-3, II, al. 3. Implic., C. civ., art. 1397, al. 2, réd. L. n° 2019-222 du 23 mars 2019. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 févr. 1993, n° 91-13.587, préc.

<sup>178</sup> C. civ., art. 447, al. 1<sup>er</sup>; art. 437, al. 2; art. 494-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>179</sup> C. civ., art. 1159, issu Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016.

législateur lui-même paraît bien assimiler le mandataire de protection future au tuteur, en calquant les pouvoirs :

« Le mandat peut prévoir que le mandataire exercera les missions que le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance »<sup>180</sup>.

Plus extensivement, pourrait être englobé tout organe quelle que soit la nature du pouvoir confié. À admettre cette analyse, qui nous paraît raisonnable, la technique de l'assistance ne serait pas à écarter. En définitive, pour tenir compte d'une *ratio legis* maladroitement retranscrite, il faudrait comprendre que les règles de protection de la personne du code civil s'inclinent devant celles des deux autres codes dédiées aux mesures de protection juridique.

Pour nous, il existe un réel particularisme dans le domaine de la santé qui doit conduire à ne pas consacrer aveuglément une reconnaissance de la capacité naturelle à l'image de l'article 459<sup>181</sup>. La problématique dépasse le cadre de la protection de la personne. Ainsi, la désignation bénéficiaire en assurance-vie, pour la transmission patrimoniale, pourrait être rapprochée de l'acte strictement personnel qu'est le testament<sup>182</sup>, voie ouverte pour élire ou modifier la sélection initiale<sup>183</sup>. Cependant, la loi impose l'assistance et la représentation pour les majeurs protégés<sup>184</sup>. La jurisprudence a affirmé la primauté du droit spécial sur le droit commun permettant au curatelaire de librement tester sans assistance<sup>185</sup>. La sécurité juridique est sous-jacente. Toutefois, selon des bruits sur les projets législatifs, la tendance serait un attrait de la reconnaissance de l'autonomie, y compris en santé (habilitation à mettre en oeuvre avant mars 2020).

<sup>180</sup> C. civ., art. 479, al. 2.

<sup>181</sup> V. *infra*. Comp. alignement suggéré sur le code civil, Rapport d'information n° 2075 du 26 juin 2019, Assemblée Nationale, sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, préc., p. 29-32.

<sup>182</sup> Nancy, 22 juin 2015, *Dr. fam.* 2015, n° 190, note I. MARIA : dérogation légale à l'art. 458 C. civ.

<sup>183</sup> C. assur., art. L. 132-8, al. 6.

<sup>184</sup> C. assur., art. L. 132-4-1.

<sup>185</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 8 juin 2017, n° 15-12.544 : *Bull. civ. II*; *D.* 2017, *AJ*, p. 1250; *JCP N* 2017, 651; *JCP G* 2017, 730, note D. NOGUÉRO; *D.* 2017, Pan., p. 1490, spéc. p. 1503, obs. J.-J. LEMOULAND; *D.* 2017, p. 1819, note N. PETERKA; *RTD civ.* 2017, p. 615, obs. J. HAUSER; *Dr. fam.* 2017, n° 190, obs. I. MARIA; *Deffrénois* 12 oct. 2017, n° 22, 129s1, p. 27, obs. J. COMBRET; *AJ fam.* 2017, p. 550, obs. V. MONTOURCY; *RGDA* déc. 2017, 115d2, p. 625, note S. LAMBERT; *RDC* 2018-1, 114x8, p. 82, obs. S. GAUDEMET; *D.* 2018, Pan., p. 1279, spéc. p. 1288, obs. Ph. PIERRE; *Dr. & patr.* sept. 2018, n° 283, p. 55, spéc. p. 57, obs. Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE; *Resp. civ. et assur.* 2017, n° 255; M. GAYET, « Modification par voie testamentaire de la clause bénéficiaire du contrat d'assurance-vie : l'assistance du curateur est requise », *Resp. civ. et assur.* 2017, Étude 11.

## **B. La mission confiée à l'organe protecteur.**

La loi de 2007 a été présentée comme réformatrice car prenant enfin en considération la personne des majeurs protégés, ce qui est exagéré et réduit le droit positif à la loi. Celle du 23 mars 2019 insiste encore sur la progression (textuelle) de leurs droits fondamentaux et le recul de « pertes » de droits ou les gains de libertés. Dans les dispositions communes aux majeurs protégés, l'article 415, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil dispose que « 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 ». La double préoccupation est visiblement présente. Par parenthèse, parmi les nombreux instruments présentés au titre de la subsidiarité, afin d'éviter une mesure de protection juridique, l'accent est essentiellement mis sur la protection du patrimoine.

**Alternative ou cumul.** La mission confiée à un ou plusieurs organes de protection est variable dans son contenu. Pour les mesures judiciaires<sup>186</sup>, la protection de la personne est habituellement incluse sauf si, expressément, ce champ est exclu<sup>187</sup>. Il en va différemment pour les autres mesures où la protection de la personne devient donc facultative. Il faut néanmoins se reporter aux pratiques afin de vérifier le jeu effectif des règles. En sauvegarde de justice, le mandataire spécial désigné par le juge « peut également se voir confier une mission de protection de la personne dans le respect des articles 457-1 à 463 »<sup>188</sup>. Le renvoi est intégral à la sous-section 4 alors que certains textes ne sauraient concerner la sauvegarde de justice. Pour les autres mesures, le renvoi est partiel<sup>189</sup>, excluant notamment le fait pour l'organe de rendre compte des diligences accomplies au titre de la mission. Il en va ainsi pour les mandats de protection future<sup>190</sup>, comme pour les habilitations familiales<sup>191</sup>. Les retours de terrain – en attente de statistiques vraiment fiables – semblent plutôt indiquer que la protection de la personne est fréquemment prévue. Pour le mandat de protection future, ce peut être une stratégie afin d'éviter l'incursion du juge susceptible de bouleverser la protection conventionnelle voulue.

<sup>186</sup> Principe de l'audition rappelé pour la protection de la personne, CPC, art. 1220-3. En outre, faculté d'une mesure d'instruction, CPC, art. 1221.

<sup>187</sup> C. civ., art. 425, al. 2.

<sup>188</sup> C. civ., art. 438.

<sup>189</sup> Un stop du renvoi après l'art. 459-2 C. civ.

<sup>190</sup> C. civ., art. 479, al. 1<sup>er</sup>. Il demeure que les modalités de contrôle de l'exécution du mandat doivent être prévues (clauses en ce sens). C. civ., art. 479, al. 3; CPC, art. 1258-2, 2<sup>o</sup>. Et la possibilité d'une mesure complémentaire, en cumul, au motif d'un champ d'application du mandat insuffisant pour la protection, C. civ., art. 485, al. 2.

<sup>191</sup> C. civ., art. 494-6, al. 1<sup>er</sup>. La vérification néanmoins, C. civ., art. 494-5, al. 1<sup>er</sup> (à partir L. 2019-222 du 23 mars 2019, réd. inchangée) : « Le juge statue sur le choix de la personne habilitée et l'étendue de l'habilitation en s'assurant que le dispositif projeté est conforme aux intérêts patrimoniaux et, le cas échéant, personnels de l'intéressé ».

**Contrôle.** Pour la protection du patrimoine, rendre des comptes est classique<sup>192</sup>. Pour celle de la personne, la loi de 2007 a innové textuellement.

« À l'ouverture de la mesure ou, à défaut, ultérieurement, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué décide des conditions dans lesquelles le curateur ou le tuteur chargé d'une mission de protection de la personne rend compte des diligences qu'il accomplit à ce titre »<sup>193</sup>.

Le principe étant arrêté, il appartiendra aux autorités désignées d'en fixer les modalités concrètes. L'omission lors de l'ouverture de la protection – à éviter tout de même – est susceptible d'être rattrapée en cours de mesure. La prévision initiale peut également être amendée. La loi laisse une marge d'initiative favorisant la souplesse pour s'adapter aux différentes situations rencontrées.

Pour le mandat de protection future, il faut se conformer aux clauses prévues à ce sujet<sup>194</sup>. La constitution du mandat doit prendre en considération cette problématique. Pour l'habilitation familiale, qui ne comprend pas un contrôle structuré en matière patrimoniale comme celui des mesures judiciaires, le législateur n'a pas davantage prévu le renvoi à l'article 463 pour le cas où la protection de la personne serait incluse<sup>195</sup>. Il ne s'agit pas d'une mesure conventionnelle pouvant permettre d'aménager un tel contrôle. Lorsque cette mesure s'exerce sous forme de représentation, le droit commun du mandat n'est toutefois pas exclu dès lors qu'il est compatible<sup>196</sup>. On peut s'inspirer d'une disposition pour estimer que le mandataire doit rendre compte de sa « gestion » en matière personnelle<sup>197</sup>. Surtout, plus largement, notamment lorsque l'habilitation est sous forme d'assistance, l'esprit de la protection devrait inciter l'organe à être disposé à rendre compte de ses diligences si ceux qui exercent un pouvoir général de surveillance le lui demandent<sup>198</sup>. Le sort même de la mesure pourrait être un effet second. Quant à la réalisation du contrôle, le modèle du bon père de famille des diligences à accomplir ne sera pas forcément évident à trouver suivant les circonstances, très diverses d'un majeur à l'autre. Pour l'heure, l'article 463 n'a pas généré de contentieux. Il reste qu'il montre médiatement que le choix de l'organe a son importance.

---

<sup>192</sup> J. COMBRET et D. NOGUÉRO, « Personnes vulnérables, déjudiciarisation et contrôle des mesures judiciaires : réforme de la justice et prospective », *Deffrénois* 18 juill. 2019, n°s 29-34, doctr., 149y7, p. 13.

<sup>193</sup> C. civ., art. 463. Renvoi exprès pour le mandataire spécial en sauvegarde de justice, C. civ., art. 438.

<sup>194</sup> C. civ., art. 479, al. 3 ; CPC, art. 1258-2, 2°. Il n'y a pas de renvoi à l'art. 463 C. civ.

<sup>195</sup> C. civ., art. 494-6, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>196</sup> C. civ., art. 494-1, al. 1<sup>er</sup>, *in fine*.

<sup>197</sup> C. civ., art. 1993.

<sup>198</sup> C. civ., art. 416 et art. 417.

**Possibilités.** Si le médecin traitant<sup>199</sup> peut être désigné comme personne de confiance<sup>200</sup>, il ne saurait être organe protecteur de son patient<sup>201</sup>. Une personne ou un service d'un établissement dans lequel est soignée ou hébergée la personne protégée peut se voir confier la mission de protection de la personne<sup>202</sup>. L'exercice en commun comme la division de la mission de protection de la personne entre plusieurs organes sont ouverts<sup>203</sup>. L'indépendance réciproque de ces derniers, qui ne dispense pas de s'informer mutuellement, oblige, le cas échéant, à coordonner l'action<sup>204</sup>.

**Opposition d'intérêts.** La législation par renvoi réserve des surprises. Le législateur a modifié l'article 459 en faisant notamment passer à l'alinéa 2 la décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle, qui figurait à l'alinéa 3 avec celle de l'atteinte à l'intimité de la vie privée. Seule l'intimité de la vie privée demeure à l'alinéa 3. L'article 459-1, alinéa 2, du code civil n'a pas pour autant été modifié. Et on peut penser qu'il s'agit d'un regrettable oubli ! Une erreur matérielle et intellectuelle à corriger.

Ce texte envisage le cas où l'organe protecteur est une personne ou un service préposé d'un établissement de santé ou d'un établissement social ou médico-social, dont la mission s'étend à la protection de la personne<sup>205</sup>. En raison de sa subordination, il faut veiller à l'indépendance d'où l'autorisation spéciale judiciaire<sup>206</sup>. Lorsque cet organe doit prendre une décision nécessitant une autorisation

« en application de l'alinéa 3 de l'article 459, soit accomplir au bénéfice de la personne protégée une diligence ou un acte pour lequel le code de la santé publique prévoit l'intervention du juge, ce dernier peut décider, s'il estime qu'il existe un conflit d'intérêts<sup>207</sup>, d'en confier la charge au subrogé curateur ou au subrogé tuteur, s'il a été nommé, et à défaut à un curateur ou à un tuteur *ad hoc* »<sup>208</sup>.

<sup>199</sup> Antérieurement, on aurait dit le médecin de famille. Désormais, c'est le médecin habituel, qui correspond souvent à celui référent pour la sécurité sociale.

<sup>200</sup> CSP, art. L. 1111-6, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>201</sup> C. civ., art. 445, al. 2. Pour cette incompatibilité, renvoi, C. civ., art. 437, al. 2 ; art. 480, al. 2. Pour l'habilitation familiale, la qualité de proche prend le dessus (comp. C. civ., anc. art. 496-2).

<sup>202</sup> C. civ., art. 451, al. 2 : « La mission confiée au mandataire s'étend à la protection de la personne, sauf décision contraire du juge ». Comp. C. civ., anc. art. 499 et 500. Sur le droit à l'image et l'autorisation, civ. 1<sup>re</sup>, 24 févr. 1993, n° 91-13.587, préc.

<sup>203</sup> C. civ., art. 447, al. 3.

<sup>204</sup> C. civ., art. 447, al. 4. Par exception, pour les mesures judiciaires, ces personnes peuvent être responsables l'une envers l'autre. Tel n'est pas le cas en mandat de protection future, C. civ., art. 485, al. 3.

<sup>205</sup> C. civ., art. 451, al. 2.

<sup>206</sup> Circulaire n° CIV/01/09/C1 DACS du 9 févr. 2009, préc.

<sup>207</sup> Habituellement, l'expression est plutôt celle d'opposition d'intérêts. Comp. le même mécanisme pour le partage amiable, C. civ., art. 507, al. 1<sup>er</sup>, réd. L. n° 2019-222 du 23 mars 2019.

<sup>208</sup> Sur ces organes subrogés ou *ad hoc* et leurs missions, C. civ., art. 454, spéc. al. 4 à 6 ; art. 455.

Eu égard à la nature des établissements concernés, un tel conflit n'est en effet pas à exclure. Il s'agit de prendre une précaution supplémentaire. Au-delà, on peut estimer que l'opposition d'intérêts d'un quelconque organe avec le majeur protégé devrait conduire, comme en matière patrimoniale, au remplacement du protecteur en titre. La première version du texte, expirée le 14 mai 2009, y voyait une simple illustration du remplacement par l'adverbe « notamment » qui a disparu<sup>209</sup>. Pour l'impact sur la santé, le renvoi général à un autre code est moins problématique. En revanche, pour ce qui sera censé rester dans le spectre du code civil, l'amputation se devine. Le juge devrait y pallier.

Dans la première version de l'article 459-1, alinéa 2, il était prévu que « l'accomplissement des diligences et actes graves prévus par le code de la santé publique qui touchent à la personne et dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État est subordonné à une autorisation spéciale du juge ». Le renvoi au décret n'est pas toujours suivi d'effet. Dans la version en vigueur, le juge intervient plus largement à savoir pour le cas où doit être sollicitée une autorisation préalable pour une décision relative à la personne (sauf à retenir une interprétation restrictive du renvoi).

**Ordre public.** Les dispositions en question sont d'ordre public, ce qui exclut un aménagement ou une mise à l'écart, serait-ce en mesure conventionnelle<sup>210</sup>. Dès lors, socle commun impératif, elles ont une vocation à la généralisation pour toutes les mesures de protection juridique. Il convient néanmoins d'apporter des nuances pour les actes comme le mariage, le pacte civil de solidarité ou le divorce, par exemple, qui figurent parmi les actes de la vie familiale du majeur protégé sur lesquels la doctrine a porté sa réflexion<sup>211</sup>. Il a pu être souligné « un certain angélisme de la loi » quant à la qualification eu égard à l'impact patrimonial<sup>212</sup>.

<sup>209</sup> C. civ., anc. art. 459-1, al. 2, réd. L. n° 2007-308 du 5 mars 2007.

<sup>210</sup> C. civ., art. 479, al. 1<sup>er</sup>, *in fine*: « Toute stipulation contraire est réputée non écrite », pour ce contrat. Autre formule en habilitation familiale, C. civ., art. 494-6, al. 1<sup>er</sup>: « dans le respect des dispositions ».

<sup>211</sup> A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. « Thèmes commentaires », 2012, p. 223 (dont la procréation), et « Les actes de la vie familiale du majeur protégé », préc., et « Habilitation familiale et protection de la personne du majeur protégé », *Dr. fam.* 2016, Étude 45; A. BATTEUR et F. ROGUE, « Les contours de la vie privée du majeur protégé et le respect de ses droits de la personnalité », G. RAOUL-CORMEIL et A. CARON-DÉGLISE (coord.), *La vie privée de la personne protégée In Memoriam Thierry Verheyde*, éd. Mare & Martin, Droit privé & science criminelle, 2019, Étude 3, p. 32. Et, dans la riche littérature, not.: D. GUÉVEL, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », *LPA* 4 nov. 2010, n° 220 spécial, p. 30; J. HAUSER, « Le majeur protégé, acteur familial », *Dr. fam.* 2011, Étude 6; L. MAUGER-VIELPEAU, « Couple et majeur protégé », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. « Thèmes commentaires », 2012, p. 243; V. MIKALEF-TOUDIC, « Le majeur protégé, parent d'un enfant mineur. À propos de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant réforme de l'administration légale », préc.; R. OUEDRAOGO, « Le contentieux de l'exercice par le majeur protégé de l'autorité parentale: développements récents », préc.

<sup>212</sup> A. BATTEUR, préc.

**Habilitation à agir.** L'organe protecteur doit-il être impérativement investi de la charge de la protection de la personne pour intervenir en ce domaine? La réponse positive paraît s'imposer avec la force de l'évidence, car pour exercer une fonction, encore faut-il être habilité officiellement. Introduite en 2016, la théorie générale de la représentation est en ce sens qui trace la limite des pouvoirs conférés<sup>213</sup>. Différentes règles des majeurs protégés montrent que l'organe protecteur ne peut agir que lorsqu'il a clairement reçu mission<sup>214</sup>. Par exemple, pour permettre un éventuel contrôle voire une recherche de responsabilité, l'article 463 du code civil dispose que :

« À l'ouverture de la mesure ou, à défaut, ultérieurement, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué décide des conditions dans lesquelles le curateur ou le tuteur chargé d'une mission de protection de la personne rend compte des diligences qu'il accomplit à ce titre ».

Le texte est applicable en tutelle, curatelle et sauvegarde de justice<sup>215</sup>. Il demeure que nous avons vu que les champs de la protection étaient distingués pour toutes les mesures de protection juridique. Il faut donc recevoir l'investiture d'une manière ou d'une autre<sup>216</sup>. Le droit positif ne semble pas laisser place au moindre doute. À l'intérieur de cette investiture, pour les actes simplement personnels, en principe dans le giron du majeur protégé, la gradation peut conduire à une décision accordant la possibilité à l'organe d'assister voire de représenter<sup>217</sup>.

La personne chargée de la protection exclusivement dans le domaine patrimonial est-elle pour autant fondée à se désintéresser du champ personnel en toute hypothèse? La philosophie de la protection est de couvrir les différents aspects, mais selon des modalités variées qui font donc place à la nuance<sup>218</sup>. Sous la loi de 1968, la Cour de cassation a pourtant usé d'un attendu à la portée assez vaste : les « régimes civils d'incapacité, lesquels ont pour objet, d'une façon générale, de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable »<sup>219</sup>. La « mesure

<sup>213</sup> C. civ., art. 1153. Pour le mandat, C. civ., art. 1989.

<sup>214</sup> Ex. C. civ., art. 457-1.

<sup>215</sup> Il faut tenir compte, pour toutes les mesures de protection juridique, de la surveillance générale par le juge et le parquet, C. civ., art. 416 et art. 417.

<sup>216</sup> TI Nice, 4 févr. 2009, préc. Comp. Dijon, 9 nov. 2011, *Dr. fam.* 2012, n° 12, note I. MARIA : l'organe de la mesure judiciaire non investi d'une mission générale de protection de la personne doit être autorisé par le juge pour diligenter une hospitalisation à la demande d'un tiers. Assouplissement, CSP, art. L. 3212-1, II, 1° (depuis réd. L. n° 2011-803 du 5 juill. 2011).

<sup>217</sup> Ex. l'accès à l'information en santé, CSP, art. L. 1111-7, al. 2, renvoyant à l'art. 459 C. civ.

<sup>218</sup> C. civ., art. 415, al. 1<sup>er</sup>, *in fine*.

<sup>219</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 avr. 1989, n° 87-14.563 : *Bull. civ. I*, n° 156 ; *D.* 1989, Inf. rap., 151 ; *D.* 1989, p. 493, note J. MASSIP ; *Deffrénois* 1989, art. 34574, n° 90, p. 1007, obs. J. MASSIP ; *JCP* 1989, IV, p. 230 ; *JCP* 1990, II, 21467, obs. Th. FOSSIER. La loi de 2007 aurait donné « valeur législative » à cet arrêt,

édictee en faveur d'un majeur, dont les facultés mentales sont altérées, concerne non seulement la gestion de ses biens mais aussi la protection de sa personne »<sup>220</sup>. Il est vrai que c'était un temps où la protection de la personne n'était pas détaillée par les textes, mais pouvait être indiscutablement assumée par un organe<sup>221</sup>. Après la loi de 2007, l'organe reçoit nécessairement la charge de la protection de la personne afin de pouvoir exercer sa mission en ce secteur<sup>222</sup>. Cela ne l'empêche pas d'adopter une attitude humaine (dans sa gestion et au-delà) et de prêter attention à ce qui devrait justifier l'intervention d'un autre investi, lui, de la protection de la personne (la collaboration), voire de signaler le besoin d'une protection plus élaborée si celle en place s'avère insuffisante. Aussi, toutes les inerties, en présence d'une connaissance de la situation, ne seront pas forcément toujours excusables.

Après tout, lorsque la mission s'arrête avec la mort du majeur<sup>223</sup>, l'organe peut agir au titre de la gestion d'affaires<sup>224</sup>. Il advient qu'il faille s'occuper du cadavre par le choix du support des funérailles<sup>225</sup> ou des organes<sup>226</sup> avant le grand départ. L'indifférence serait coupable et pas que pour un acte conservatoire.

Du vivant du majeur<sup>227</sup>, même sans mission ouverte de protection de la personne, les règles spécifiques au couple qui impliquaient les acteurs de la protection (mariage; divorce), n'auraient pu être ignorées<sup>228</sup>. Lorsqu'une règle spécifique règle le rôle de l'organe, sans faire allusion à sa mission de protection de la personne ou

Circulaire n° CIV/01/09/C1 DACS du 9 févr. 2009, préc. Encore, implic., sur les pouvoirs du gérant de tutelle et le droit à l'image, civ. 1<sup>re</sup>, 24 févr. 1993, n° 91-13.587, préc.

<sup>220</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 25 févr. 1998, n° 95-20.419: *Bull. civ. II*, n° 62; *D.* 1998, Inf. rap., 96; *D.* 1998, p. 315, concl. R. KESSOUS; *JCP* 1998, IV, 1853; *JCP* 1998, I, 144, n° 14, obs. G. VINEY; *JCP* 1998, II, 10149, note G. VINEY err. 10162 bis; *JCP N* 2008, 1217, note M. JOSSELIN-GALL; *RTD civ.* 1998, p. 345, obs. J. HAUSER; *RTD civ.* 1998, p. 388, obs. P. JOURDAIN; *Deffrénois* 1998, art. 36860, n° 101, p. 1029, obs. J. MASSIP; *Resp. civ. et assur.* 1998, n° 183; *RGDA* 1998, p. 826, note Ph. RÉMY.

<sup>221</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 nov. 1987, n° 85-18.006: *Bull. civ. I*, n° 306; *Deffrénois* 1988, art. 34186, n° 10, p. 323, obs. J. MASSIP; *JCP* 1988, II, 21129, obs. Th. FOSSIER: choix du père dans l'intérêt de la personne en tutelle, notamment au regard de l'opposition à la mesure de la mère. Placement d'un commun accord dans un établissement spécialisé.

<sup>222</sup> Cela se traduit par la responsabilité corrélative.

<sup>223</sup> C. civ., art. 443, al. 1<sup>er</sup>. Fin de la mesure donc de la mission, art. 483, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>; art. 494-11.

<sup>224</sup> C. civ., art. 418. Comp. du vivant de la personne sous sauvegarde de justice, C. civ., art. 436; anc. art. 491-4.

<sup>225</sup> *Addé D. NOGUÉRO*, obs. sous civ. 1<sup>re</sup>, 14 déc. 2016, n° 15-21.001: *D.* 2017, Pan., p. 1490, spéc. p. 1499.

<sup>226</sup> CSP, art. L. 1232-2.

<sup>227</sup> En santé notamment, partisan des règles prévoyant l'intervention des organes, même sans mission de protection de la personne, Th. VERHEYDE, « La protection de la personne et des biens: une distinction problématique en droit des majeurs protégés », in *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 287, spéc. p. 290-291. Littérature abondante au sujet de l'art. 426 C. civ.

<sup>228</sup> En ce sens, L. MAUGER-VIELPEAU, « Couple et majeur protégé », préc., p. 244. L'auteur insiste sur la porosité pour ce genre d'actes de la protection des biens et de celle de la personne, « largement artificielle ». Sur cette pluralité des effets de tels actes, préférant la qualification d'actes mixtes, A. BATTEUR, « Les actes de la vie familiale du majeur protégé », préc., p. 343.

non, elle doit recevoir application. Il en va ainsi pour les actes mixtes, par exemple, des articles 426 et 427. Dès lors qu'un conflit peut naître au sujet du choix de la résidence ou des relations personnelles entretenues par le majeur<sup>229</sup>, il ne fait guère de doute, eu égard aux différentes implications, que la saisine du juge est possible pour l'organe même s'il n'a pas reçu mission de protection de la personne.

Par ailleurs, sans aller jusqu'à défendre la thèse de l'impossible distinction, ou celle de l'inexistence de l'acte pur, il est parfois délicat de tracer la frontière formelle indiscutable entre un acte relevant de la protection de la personne ou de celle du patrimoine (ou des biens). L'abstraction de la catégorisation contient sa limite qui réfute les subtilités de la réalité, mais elle a aussi son avantage en raisonnant sur le caractère prépondérant afin de fixer un régime juridique. Il est vrai que la vente d'un bien contient parfois une part affective non négligeable, comme la rupture sentimentale quelques comptes pécuniaires lourds. L'imbrication peut exister avec son dosage plus ou moins précis. Le critère devrait être de faire prédominer l'aspect le plus saillant des deux domaines (principal et accessoire). La conséquence entraînée, même minime, par un acte plutôt de telle nature ne doit pas pour autant le disqualifier de manière générale, sinon il n'y a plus de classification possible. La typologie n'est pas la science de l'absolu mais l'art du relativisme. Dans la vie concrète, la perception est celle des influences réciproques de la gestion patrimoniale et du choix de vie relatif à la personne, champs entremêlés<sup>230</sup>. Les domaines ne sont pas vécus au travers du prisme de la division juridique qui conserve néanmoins son utilité indéniable. Sous forme de boutade, on pourrait presque ajouter que la meilleure des protections est celle qui, déjà, conserve ou octroie les ressources afin de faire des choix !

**Actes mixtes.** Conscient de la difficulté, le législateur a parfois entériné un statut spécial pour certains actes<sup>231</sup>. Il en va ainsi pour le cadre et les repères de vie. Sont évoqués, en doctrine, les actes mixtes parce qu'ils sont nettement à cheval sur les deux champs, personne et biens<sup>232</sup>. Il s'agit de la protection de la résidence et des meubles la garnissant évoqués à l'article 426 du code civil<sup>233</sup>, et des comptes ou livrets bancaires, soumis à l'article 427 du même code, révisé

<sup>229</sup> C. civ., art. 459-2.

<sup>230</sup> Cela peut passer davantage inaperçu lorsque l'organe est chargé de la double mission. La division des missions existent en pratique, et fonctionne.

<sup>231</sup> Comp. pour le contrat d'édition, mêlant des aspects patrimoniaux et extrapatrimoniaux (le droit moral), exigence de principe du consentement de l'auteur « incapable » donné par écrit, C. prop. intell., art. L. 132-7. Référence à la curatelle. Toilettage à faire pour le vocabulaire très daté, C. prop. intell., art. R. 422-29, al. 4.

<sup>232</sup> Th. VERHEYDE, « La protection de la personne et des biens : une distinction problématique en droit des majeurs protégés », préc. Et A. BATTEUR, « Les actes de la vie familiale du majeur protégé », préc., p. 343.

<sup>233</sup> Sous la loi de 1968, C. civ., art. 490-2.

par la loi du 23 mars 2019, avec un recul plus ou moins pondéré du contrôle judiciaire<sup>234</sup>. Lorsque l'autorisation judiciaire pour disposer des droits est exigée, une limite impérative reste posée pour « les souvenirs, les objets à caractère personnel, ceux indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades sont gardés à la disposition de l'intéressé »<sup>235</sup>. En outre, en lien avec la santé de la personne, qu'il est bon d'associer à la prise de décision, « Si l'acte a pour finalité l'accueil de l'intéressé dans un établissement, l'avis préalable d'un médecin, n'exerçant pas une fonction ou n'occupant pas un emploi dans cet établissement, est requis »<sup>236</sup>. Avec la « protection particulière et renforcée » instituée, ces dispositions, qui exigent autorisation, ont vocation à régir les mesures de protection juridique, y compris celles usant de l'assistance<sup>237</sup>. À supposer que la charge de la protection globale n'appartienne pas à un organe unique mais soit distribuée par domaine auprès d'au moins deux protecteurs, celui sélectionné pour le patrimoine devrait, selon nous, assumer la protection pour l'acte mixte, en délivrant l'information à celui désigné pour la protection de la personne, pour agir en concertation si possible. D'autres pourraient préférer la cogestion, qui peut rendre difficile la prise de décision en certaines circonstances.

### III. Des procédures variées

Pour les actes personnels, la loi de 2007 privilégie l'initiative du majeur protégé lui-même, seul, de façon absolument exclusive ou, du moins, prioritaire. Nous retrouvons le régime des actes. Afin de favoriser une telle autonomie, il nous semble que doit être cernée la lucidité du majeur. En effet, sauf à abandonner la personne vulnérable à une gouvernance de bateau ivre, partant à une autonomie fictive, il y a lieu de déterminer que le consentement émis correspond à une aptitude réelle. La capacité naturelle ne se proclame pas ; elle se vit concrètement.

Dans l'esprit, la doctrine approuve en général l'idée d'une activité principalement autonome du majeur. Cependant, pour certains, il peut y avoir ce qu'ils

<sup>234</sup> Déjà, le possible régime dérogatoire en habilitation familiale, réservé exclusivement à la représentation, C. civ., art. 494-7. Comp. Circulaire n° CIV/01/09/C1 DACS du 9 févr. 2009, préc. : des actes particulièrement encadrés.

<sup>235</sup> C. civ., art. 426, al. 3, *in fine*. Déjà, art. 14, 5°, L. n° 91-650 du 9 juill. 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

<sup>236</sup> C. civ., art. 426, al. 3. Réd. antérieure à la loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015 : « L'avis préalable d'un médecin inscrit sur la liste prévue à l'article 431 est requis si l'acte a pour finalité l'accueil de l'intéressé dans un établissement ».

<sup>237</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 déc. 2018, n° 18-70.012, avis n° 15016 : *Bull. civ. I*; *JCP G* 2018, 1374, note D. NOGUÉRO; *AJ fam.* 2019, p. 39, obs. G. RAOUL-CORMEIL; *Gaz. Pal.* 22 janv. 2019, n° 3, 340h4, p. 18, note J. LASSERRE CAPDEVILLE; *JCP N* 2019, chron. 1113, note N. PETERKA; *Defrénois* 21 févr. 2019, n° 8, 145s7, p. 28, obs. D. NOGUÉRO; *D.* 2019, p. 365, note N. PETERKA; *RJPF* 2019-2/16, obs. S. MAUCLAIR; *Dr. fam.* 2019, n° 63, note I. MARIA; *D.* 2019, Pan., p. 1412, spéc. p. 1415, obs. J.-J. LEMOULAND.

considèrent comme une dérive de ce bon sentiment d'origine. Elle est souvent vue comme une limite à l'action d'un tiers pourtant utile, selon les circonstances d'espèce, pour permettre au majeur de réaliser ses droits, serait-ce par intermédiaire. Dans le prolongement, il faut se demander comment une telle autonomie, avec éventuellement ses palliatifs, va être reçue par ceux qui entrent en contact et relation avec le majeur protégé. Sa reconnaissance est-elle si aisée à l'épreuve de la relation avec autrui? Il nous semble qu'il ne faut pas seulement s'arrêter aux droits subjectifs, à démultiplier, avec l'amplificateur des droits de l'homme, mais qu'il faut tenir compte des diverses fonctions du Droit. Lorsqu'il est fait appel au droit, l'être humain qui vit en société, même insulaire, doit composer avec les autres. Le droit appréhende de telles relations.

Intéressons-nous à la capacité naturelle (A) et à la présomption d'autonomie ou à sa certification (B).

### **A. La capacité naturelle**

Retenons l'information (1) puis la capacité naturelle exclusive (2) et celle relayée (3).

#### *1. L'information*

Le point commun pour les actes personnels pour lesquels importe l'existence de la volonté du majeur est l'éclairage de celle-ci. Il ne faut pas occulter que le majeur sous protection juridique n'est pas une personne ordinaire. Par hypothèse, une altération de ses facultés personnelles dicte sa protection<sup>238</sup>. Il en va de la sorte que la mesure soit dite « incapacitante » ou « non incapacitante », expressions doctrinales à relativiser comme criterium de classification en raison de sa trop grande imprécision.

À l'entame des dispositions sur la protection de la personne, les premiers enseignements sont tirés de l'autonomie à rechercher. Pour la personne vulnérable authentifiée, la loi décrit l'information à lui délivrer. Dans cette perspective, l'article 457-1 du code civil énonce :

« La personne protégée reçoit de la personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi<sup>239</sup>, toutes informations

<sup>238</sup> C. civ., art. 425, al. 1<sup>er</sup>; art. 433, al. 1<sup>er</sup>; art. 434, combiné avec l'art. L. 3211-6 CSP; art. 477; art. 481; art. 494-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>239</sup> Il faut la comprendre au sens large, incluant ce qui résulte des exigences du droit positif, voire du droit souple.

sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part ».

Le débiteur de l'information est l'organe protecteur ; son créancier, la personne protégée. L'objet de ce devoir est précisé comme les modalités de son exécution.

Visiblement, le contenu de l'information à transmettre s'adapte à différents actes. Subjectivement, le majeur reçoit des informations sur sa situation personnelle. Il faut donner des repères par ce bilan à actualiser. Certains ignorent qu'ils sont sous protection, du moins l'oublient-ils. Ils ont du mal à se rappeler de leur adresse, de l'état de leur compte en banque comme des prénoms ou de l'existence de petits-enfants. Objectivement, la personne protégée doit connaître les actes projetés. Autrement dit, l'organe n'agit pas en cachette. Dans la mesure du possible, la participation suppose que rien ne soit mené à votre insu. Pour un acte personnel, c'est le début de la délibération sinon collective du moins concertée pour savoir si, ensuite, l'on passe ou non à la réalisation. Sont envisagées action et abstention. Il faudra déterminer si l'organe est tenu de prendre l'initiative ou/et s'il doit se borner à répondre aux sollicitations de la personne protégée. Un peu des deux, peut-on croire. À supposer qu'il ait conservé la notion du temps (les troubles de la mémoire) et une réceptivité à la discussion suffisante, le majeur protégé dont les facultés sont altérées va savoir s'il faut plus ou moins se dépêcher d'agir ou pas, y compris urgemment.

On voit au travers de l'information que l'impulsion de l'activité ne viendra pas toujours, en fait, du majeur. Son organe peut suggérer, inciter, voire avertir, et, orienter. Même inconsciemment, le protecteur marquera de son influence cette activité, lui qui doit souligner l'utilité des actes, leurs effets attendus, et les conséquences d'un refus du majeur<sup>240</sup>. Autrement dit, avec cette vue d'ensemble, il dresse le tableau avec la colonne de ce qui doit se passer et celle de ce qui se passerait en cas d'inertie. La psychologie pénètre toujours le fonctionnement des mesures. En cas d'urgence, si des actes conservatoires s'imposent, y compris dans le domaine personnel, l'autonomie devra éventuellement reculer. Il n'est plus l'heure de pinailler.

Il est manifeste que le type de mesure, la personnalité de l'organe, son expérience et sa compétence, son lien plus ou moins développé avec le majeur, sont des éléments qui vont déterminer l'animation concrète de la protection. Surtout, le degré d'altération des facultés personnelles du majeur est décisif. Son intensité réduit d'autant la participation souhaitée. Le législateur a bien précisé que l'information est à transmettre selon des modalités adaptées à son état. La contre-indication

<sup>240</sup> Pour une inspiration de formule au regard des droits des malades, CSP, art. L. 1111-2, al. 1<sup>er</sup>. En déontologie, CSP, art. R. 4127-236 ; art. R. 4127-356 ; art. R. 4322-55.

médicale rencontrée lors des auditions et audiences est à transposer, nous semble-t-il. L'intérêt de la santé à préserver prime sur le droit à l'information pouvant la dégrader. Il faut parfois dissimuler. L'organe se fait jésuite. Il doit retenir certaines informations, les présenter sous un jour adapté, ou, pourquoi pas, mentir ouvertement (un mensonge strictement bienveillant). On constate que le principe de l'information comme l'exécution de ce devoir ne valent que dans la mesure du degré de l'altération des facultés de son destinataire. Le texte ne dit rien sur le moyen de vérifier l'état des facultés du majeur protégé qui conditionne l'existence même du devoir. Au contact du majeur, l'organe en sera juge, sauf à engager sa responsabilité pour un aveuglement fautif. Dans la déontologie des organes protecteurs, il faudra faire montre de tact et de prévenance. Étant donné que l'on est en amont d'une prise de décision, la vérification n'a pas à avoir le sérieux qui va bientôt être exigé.

Le cas échéant, l'organe protecteur double une information reçue d'ailleurs, comme une espèce de traducteur pédagogue. On songe, par exemple, au débiteur d'informations praticien de la santé<sup>241</sup> ou opérateur dans les technologies (téléphonie; internet...) pour les modalités de la protection des données personnelles<sup>242</sup>. Accomplir pleinement cette tâche<sup>243</sup> suppose d'accéder à une information due par un tiers dont le majeur serait bénéficiaire<sup>244</sup>. L'influence de la démocratie sanitaire inspirant la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 dite Kouchner est au moins diffuse<sup>245</sup>.

En revanche, rien n'est dit sur la sanction en cas de défaillance de l'organe protecteur. Outre le remplacement si sa mission n'est pas correctement assumée, il reste l'engagement de responsabilité de celui qui doit rendre compte de ses diligences<sup>246</sup> et dont l'activité est contrôlée.

L'objectif est de faire participer le majeur le plus possible au fonctionnement de sa protection. Il est tout de même le premier intéressé. De plus, on peut parfois en attendre des effets bénéfiques d'un point de vue thérapeutique. Dès lors, on peut penser que cette directive ne se limite pas au domaine personnel. Il est manifeste qu'une telle attitude doit être généralisée à toutes les facettes de la protection, notamment la gestion patrimoniale. Cette participation du majeur avisé est le gage de son respect et de son adhésion. Néanmoins, il n'y pas à instaurer un terrorisme de « l'activité participative ». La résistance ou l'opposition du majeur ne doit pas occulter la nécessité de la protection de ses intérêts, malgré

<sup>241</sup> Ex. Circulaire n° CIV/01/09/C1 DACS du 9 févr. 2009, préc.

<sup>242</sup> Th. DOUVILLE, « La protection des données à caractère personnel des mineurs et des majeurs protégés », *RLDC* sept. 2018, n° 162, 6478, p. 42.

<sup>243</sup> Pragmatiquement, leur paiement ne suppose-t-il pas l'information sur les frais de santé (CSP, art. L. 1111-3; art. L. 1111-3-1)?

<sup>244</sup> Ex. CSP, art. L. 1110-4; art. L. 1110-5-3; art. L. 1111-2, spéc. al. 5 (tutelle); art. L. 1111-7; art. L. 1111-14, spéc. al. 3 (représentant légal). Comp. pour la personne de confiance, CSP, art. L. 1111-6.

<sup>245</sup> CSP, art. L. 1111-4, al. 5. Outre les bonnes pratiques.

<sup>246</sup> C. civ., art. 463.

lui, le cas échéant. Il peut toujours rester une forme de participation symbolique afin que le majeur ne se sente pas exclu de lui-même. Bienséance élémentaire : la dignité humaine et le respect d'autrui.

Indépendamment de cette tâche, l'organe expose de façon individualisée, grâce à son expérience auprès du majeur et à son observation de sa personnalité, un contexte qui favorise la bonne compréhension des éléments disponibles pour se décider. Dans l'exercice de cette fonction, doit se glisser la psychologie élémentaire pour s'adapter au profil singulier du majeur<sup>247</sup>. Ici, doit résider l'accompagnement ou le soutien qui est une simple attitude par un état d'esprit indispensable à cultiver. La psychologie ne se décrète pas par une profusion de normes diverses, jusqu'à la déontologie ou l'éthique ; elle est un vécu humaniste dont certains sont malheureusement dépourvus. Il faut privilégier la relation humaine, par l'écoute et la parole, en tête à tête, à la notice d'information consumériste, ou à la charte ou autre document issu d'une réglementation d'esprit bureaucratique prétendant fixer un projet de vie, rarement suivi et sans cesse amendé<sup>248</sup>. Le *business plan* de la protection n'est-il pas une utopie ou une hypocrisie ? Il ne peut être qu'une ébauche imparfaite, non un guide irréductiblement contraignant. L'information est en lien avec le consentement qui doit exister, être libre et éclairé pour une capacité naturelle opérationnelle.

## 2. *La capacité naturelle exclusive*

Il convient de présenter le régime pur d'autonomie (a), et la vive critique (b) dont il fait l'objet, pour montrer que, malgré tout, ce régime est étendu à la procédure (c).

### a. Le régime pur d'autonomie

Pour la catégorie des actes strictement personnels, on pouvait s'interroger, au moins intellectuellement, sur le recours à l'assistance. La jurisprudence ne s'y est pas montrée hostile sous la loi de 1968. Après tout, avec l'assistance, le majeur conserve l'initiative. Cependant, le verbe de la loi s'y oppose. À suivre la lettre de l'article 458 du code civil, pour accomplir un acte strictement personnel, le majeur ne peut « jamais » être assisté ou représenté. Les deux techniques sont prohibées sans le moindre tempérament dans le modèle pur résultant de la loi de 2007. Du moins, il semble que ce soit la solution de principe. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 458 paraît bien réserver une solution différente dès lors qu'existe un régime spécial

---

<sup>247</sup> Sur les difficultés et les équilibres, Th. VERHEYDE, « La protection de la personne et des biens : une distinction problématique en droit des majeurs protégés », préc., p. 295.

<sup>248</sup> Not. CASF, art. L. 471-6 ; art. L. 471-7 ; art. L. 471-8. Une réelle garantie de l'exercice effectif des droits et libertés par cette « méthode » ?

édicte par le législateur (« Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi »). Il ne faut jamais dire jamais, spécialement en droit où la proclamation d'un principe est souvent suivie de la liste des exceptions, surtout dans des matières où la proclamation intervient avec force. Dès lors, un texte pourrait déroger à l'ordre du jamais : *pschitt!* Dans le silence, l'application de l'interdiction de l'assistance et de la représentation s'impose avec rigueur. Que le majeur ne puisse agir, ne veuille agir ou qu'il se livre à l'acte, nul ne peut le soutenir, le suppléer ou le remplacer.

Si la création prétorienne est parfois *contra legem*, car les juges n'aiment pas toujours être privés de leur latitude, il leur faudra une imagination débordante, s'ils empruntent la qualification, pour forger un régime autre que celui résultant de l'ordre légal donné par l'article 458. Cela tranche avec l'état du droit antérieur à la réforme de 2007. Des affaires ont laissé entrevoir toute l'ambiguïté du régime de l'acte strictement personnel. C'est très bien de vouloir favoriser l'autonomie du majeur protégé et d'empêcher les intrusions dans sa sphère intime. Encore faut-il que le majeur dispose de l'essence dans le moteur. Or, c'est souvent la pénurie. Dans cette hypothèse, on ne peut tricher, sauf, en réalité, à décider pour lui, en se persuadant à tort qu'il dispose malgré tout d'une capacité naturelle qui n'est qu'une illusion. Et, alors, on perçoit l'obstacle de l'acte strictement personnel qui prohibe la représentation et même l'assistance. La situation est bloquée alors que le bon sens semblerait indiquer qu'il faudrait agir dans telle direction. Le silence des textes de la loi de 1968 avait peut-être le mérite de permettre au juge de jauger le cas particulier et de nuancer son approche pour résoudre la difficulté, quitte à s'éloigner de l'orthodoxie juridique afin d'éviter de consacrer une solution absurde. Le paradoxe d'une consécration textuelle des actes strictement personnels serait de faire surgir du contentieux là où les choses pouvaient se passer assez discrètement, dans le calme sinon la volupté.

Sous l'empire des textes antérieurs à la réforme de 2007, certains actes de la vie personnelle étaient spécialement réglementés. Ils le sont toujours, parfois différemment. D'autres hypothèses ont été ajoutées toujours dans la sous-section IV sur la protection de la personne. On ne peut douter, souvent, de leur nature d'actes strictement personnels au sens où ils touchent l'intimité de la personne, concernant son état. Toutefois, leur régime spécifique est prévu par les textes, ce qui est une source importante de dérogation à celui des actes légalement catalogués strictement personnels obéissant à l'article 458. Sur la catégorie générale, il faut donc penser que le sens des mots est relatif.

## b. La vive critique

Des auteurs ne se satisfont pas de cet état des choses. Chronologiquement, la vive critique précède même la loi de 2007<sup>249</sup>. Dans le droit antérieur, elle a pu se manifester autour de la question de l'adoption. Il s'agissait d'un cas d'autisme. La tutélaire « n'était pas en mesure d'organiser un raisonnement, un jugement ou d'exprimer une volonté élaborée (si bien) qu'elle ne pouvait consentir à » l'acte de sa propre adoption qualifié de strictement personnel<sup>250</sup>. *A contrario*, on devine que la capacité naturelle suppose un minimum d'intervalle lucide. Dans la décision, la Cour excluait une représentation par le tuteur, fût-elle autorisée. La précaution du père tuteur de solliciter la désignation d'un organe *ad hoc* pour permettre l'adoption simple de sa fille par sa belle-mère reste dans le giron de la représentation repoussée. Nombreux sont ceux qui ont soutenu que cette solution était contraire à l'intérêt de la fille et que l'on se trouvait dans une impasse. Les liens affectifs étant déjà forts, pour que la belle-mère adoptante puisse voir se réaliser un des effets recherchés, « pour garantir davantage l'avenir » de la progéniture de son conjoint, n'est-ce pas la fiscalité qui pouvait déjà évoluer? Par comparaison, pareillement, l'impossibilité de reconnaître son enfant en raison d'une inaptitude, n'empêche en rien l'établissement de la filiation autrement. Les bons sentiments ne doivent pas dissimuler le pragmatisme.

La critique n'a pas dégonflé après la loi de 2007, étant même amplifiée avec le haut-parleur des droits de l'homme, surtout à une époque d'individualisme exacerbé dans nos sociétés occidentales. Plus ou moins directement, elle peut s'exprimer à partir de la reconnaissance des droits au nom de l'égalité, se transformant parfois en lutte contre des « discriminations ». Certains peuvent s'appuyer sur l'article 415, alinéa 2, du code civil: « Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne »<sup>251</sup>. Ce respect solennellement proclamé avec insistance pour les personnes protégées est dû à toute personne<sup>252</sup>. Pour la préservation de ces libertés et de cette dignité, l'effort est peut-être plus conséquent en présence d'un majeur protégé<sup>253</sup>.

Il est habituellement soutenu que l'on aboutit à une (espèce d') incapacité de jouissance dès lors que l'exercice du droit devient, de fait, paralysé sans solution de secours. Des auteurs peuvent tenter de procéder à une sorte de lecture inversée de l'article 415, alinéa 3, qui indique que la protection « a pour finalité l'intérêt de

<sup>249</sup> Approuvée, A. BAIITEUR, « Les actes de la vie familiale du majeur protégé », préc., p. 340.

<sup>250</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 oct. 2008, n° 07-16.094, préc.

<sup>251</sup> Comp. not., droit des usagers, CASF, art. L. 311-3.

<sup>252</sup> Ex. CSP, art. L. 1110-2, créé par L. n° 2002-303 du 4 mars 2002: « La personne malade a droit au respect de sa dignité ». Leitmotiv au sein de cette législation. Not. CSP, art. L. 1110-5, al. 2; art. L. 1110-5-1, al. 3; art. L. 1110-10; art. L. 1110-11.

<sup>253</sup> E. G. SLEDZIEWKI, « La dignité du sujet vulnérable », *Dr. fam.* 2011, Étude 8.

la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci ». L'autonomie voulue absolue dans tel champ devrait s'effacer au nom de l'intérêt<sup>254</sup>, habituellement honni, qui redevient étonnamment un expédient toléré<sup>255</sup>. Face à l'inaptitude d'une intensité redoutable, l'intérêt serait de contourner le régime juridique de ce type d'acte. La suggestion consiste soit à disqualifier l'acte strictement personnel, soit à conserver cette qualification mais en aménageant, à titre exceptionnel, son régime. Le but commun est souvent d'ouvrir à la représentation afin de mettre fin à la situation vue comme un blocage insupportable. Il ne s'agirait évidemment pas de la représentation d'une volonté<sup>256</sup>. La spécificité du droit des majeurs protégés montre que cette technique tient en réalité davantage compte des intérêts souvent moins fuyants à saisir dans le domaine patrimonial, car plus objectifs<sup>257</sup>. Strictement, il ne s'agit aucunement d'une incapacité de jouissance. Le majeur protégé demeure titulaire du droit. Malheureusement, il est profondément inapte à le mettre en œuvre du fait de la gravité de l'atteinte de ses facultés personnelles. Et nul ne peut pénétrer dans sa sphère d'exclusivité afin de décider à sa place, pour lui. C'est ce champ si particulier qui impose ce régime qui n'a pas vocation à s'étendre au-delà.

D'emblée, précisons que lorsqu'une lueur de lucidité existe réellement, il faut faire l'effort de la capter, et lui faire produire un effet juridique. Là est la marge de manœuvre pertinente en l'état du droit positif. La flamme de la bougie ne doit pas être trop vacillante. L'aube suffit à l'opposé du crépuscule. Cependant, il faut se résoudre à admettre que l'obscurité forte ou totale existe dans la vie. Et il est contradictoire de reconnaître à la personne un domaine foncièrement inatteignable par autrui (porte fermée) et, à l'occasion, de forcer le passage par la fenêtre. Ou alors, il faut aller au bout de ce genre de logique et supprimer tout acte strictement personnel avec son régime standard. Est-ce raisonnable ? La question nous semble rhétorique. Il est des situations où l'intérêt relève d'une haute subjectivité, entièrement individuelle, si bien qu'il n'y a pas de substitut par une délégation à autrui, comme dans d'autres cas. N'est-il pas alors divinatoire et irrespectueux de faire le bonheur d'autrui malgré ou sans lui ? L'infantilisation autoritaire doit être rejetée. On comprend d'autant mieux l'impérieuse nécessité d'avoir une certitude sur l'état des facultés.

<sup>254</sup> Not. S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD civ.* 2012, p. 21.

<sup>255</sup> Alors que – non sans paradoxe –, dans le domaine patrimonial, en appui sur la convention internationale des personnes handicapées de l'ONU, interprétée extensivement, des partisans de l'autonomie repoussent la représentation, et parfois même l'assistance, au profit d'un accompagnement, devant lui-même s'effacer le plus possible.

<sup>256</sup> Th. FOSSIER, « La représentation légale des incapables, une théorie à construire », *Dr. fam.* 2004, chr. 10. Adde M. BEAURUEL, *La théorie générale du pouvoir en droit des majeurs protégés*, thèse Caen, 2018, dir. A. BATTEUR.

<sup>257</sup> C. civ., art. 496, al. 1<sup>er</sup> et 2.

Accepte-t-on encore la fatalité? Courez-vous aussi vite qu'à vos seize ans? Sauf à aspirer à un transhumanisme puissant, il est certain que notre condition humaine nous fait connaître, de façon variable, des défaillances, des pertes de compétences et d'aptitudes, jusqu'au naufrage qui précède la disparition, conclusion finale universelle. Il ne s'agit pas de se résigner mais d'en être conscient afin de respecter chacun. Il est des décisions qu'on ne pourra plus prendre pour soi et que nul ne saurait prendre pour vous, y compris avec les meilleures intentions. L'enjeu est surtout d'identifier lesquelles. Remarquons déjà qu'il ne s'agit pas d'actes du quotidien d'une fréquence importante. Ajoutons que selon le profil de la personne dans la population hétérogène des majeurs protégés, par exemple son âge, la question pourrait même ne pas se poser. Qui goûterait à une assistance ou représentation pour changer de sexe, comme majeur protégé transsexuel? Quelle serait la limite? Les affaires sur la fin de vie attestent de la difficulté de transférer la décision à autrui, malgré une législation spéciale en ce sens.

### c. Le régime étendu à la procédure

Le régime de l'acte strictement personnel concerne tant l'aspect substantiel que procédural en droit positif. L'action en justice y est intégrée même si la liste ne contient pas d'illustration à ce sujet. Gênés par le blocage qui peut exister au stade de la mise en œuvre du droit, certains auteurs ont proposé – succédané de la critique frontale – que le régime vu comme étant restrictif se concentre sur l'aspect substantiel. L'enjeu était de permettre à l'organe protecteur de se charger des « démarches » au cas où le majeur ne pourrait le faire lui-même. Dans cette optique, le régime de l'acte strictement personnel ne devait pas s'étendre à la procédure. La cote nous paraît mal taillée. Ne peut-on opposer que lorsque le majeur concerné est déjà inapte à former sa requête, son consentement pour l'acte paraît déjà fort bancal, pour le moins?

Sous l'angle procédural<sup>258</sup>, après la loi de 2007<sup>259</sup>, la jurisprudence s'est prononcée clairement. Elle l'a fait en matière d'autorité parentale pour une mère en tutelle avec un droit de visite médiatisé auprès de son enfant – car il ne faut pas négliger la protection de l'enfant<sup>260</sup>, partant son intérêt supérieur à côté des droits et devoirs parentaux –: « l'appel d'une décision du juge des enfants qui restreint

---

<sup>258</sup> En tutelle, distinction suivant la nature patrimoniale ou extrapatrimoniale (autorisation là) de l'action, C. civ., art. 475; art. 504, al. 2. En curatelle, assistance généralisée (sauf modulation de capacité), C. civ., art. 468, al. 3. Ces textes supposent néanmoins que soient permises la représentation ou l'assistance, exclues du régime pur de l'acte strictement personnel.

<sup>259</sup> Comp. sous la loi de 1968, civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2007, n° 05-20.243, préc.: « la présentation d'une requête en adoption est une action dont la nature implique un consentement strictement personnel et qui ne peut donner lieu à représentation de l'adoptant placé sous tutelle ».

<sup>260</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janv. 2015, n° 13-27.983: *Bull. civ. I*, n° 18: mère avec des troubles psychiatriques.

l'exercice des droits de l'autorité parentale d'un majeur protégé constitue un acte strictement personnel que celui-ci peut accomplir sans assistance ni représentation »<sup>261</sup>. En l'espèce, cela permettait à la mère protégée d'agir librement. Le principe de solution a été réitéré pour le mariage – alors plus négativement dans l'affaire pour le tuteur –, à propos de l'article 460 du code civil, dans sa version antérieure à la loi du 23 mars 2019 : « si le mariage d'un majeur en tutelle doit être autorisé par le juge des tutelles, il constitue un acte dont la nature implique un consentement strictement personnel et qui ne peut donner lieu à représentation », ce qui rend irrecevable la demande d'autorisation présentée par le tuteur<sup>262</sup>. Certains ont pu y voir un renforcement de l'atteinte à la liberté matrimoniale pour les majeurs protégés, les privant d'un droit fondamental<sup>263</sup>. Rien n'empêche l'organe protecteur d'aider, en pratique, le majeur dont il a la charge à préparer sa demande. Il demeure que si le majeur prétend qu'il peut donner un vrai consentement à l'acte strictement personnel, son aptitude indispensable doit également s'exprimer par son initiative, qui transite par la procédure, à la tête de laquelle il doit être<sup>264</sup>. Ces solutions doivent, pour nous, être pleinement approuvées. Elles sont protectrices de la liberté du majeur auquel la loi permet d'agir exclusivement seul s'il le peut concrètement. Pour le mariage, l'état physique du majeur pourra ensuite permettre une célébration hors de la maison commune<sup>265</sup>.

Là encore, la cohérence n'est pas forcément au rendez-vous si l'on cherche une unité totale. Ou alors il faut y voir une question de qualification différente de l'acte, ce qui sauve de la contradiction apparente. Ou pour une même qualifica-

<sup>261</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 nov. 2013, n° 12-23.766 : *Bull. civ. I*, n° 217 ; *D.* 2014, p. 467, note G. RAOUL-CORMEIL ; *D.* 2014, Pan., p. 2259, spéc. p. 2261, obs. J.-M. PLAZY ; *AJ fam.* 2013, p. 717, obs. Th. VERHEYDE ; *Dr. fam.* 2014, n° 9, note I. MARIA ; *RTD civ.* 2014, p. 84, obs. J. HAUSER ; *JCP G* 2014, 14, note N. PETERKA : visa de l'art. 458 C. civ. L'arrêt d'appel est censuré, rappelant la représentation en justice par le tuteur. *Adde* J. HAUSER, « La distinction des actions personnelles et des actions patrimoniales à l'épreuve des personnes protégées », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois Lextensoéditions 2012, p. 441 ; L. MAUGER-VIELPEAU, « Les actions en justice en matière familiale », in *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 345.

<sup>262</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 déc. 2015, n° 14-25.777 : *Bull. civ. I*, n° 841 ; *D.* 2016, p. 875, note G. RAOUL-CORMEIL ; *D.* 2016, p. 1334, spéc. 1337, obs. J.-J. LEMOULAND ; *D.* 2016, Pan., p. 1523, spéc. p. 1530, obs. J.-M. PLAZY ; *AJ fam.* 2016, p. 107, obs. Th. VERHEYDE ; *Dr. fam.* 2016, n° 36, note I. MARIA ; *Gaz. Pal.* 26 janv. 2016, n° 4, p. 16, note V. MONTOURCY ; *RTD civ.* 2016, p. 83, obs. J. HAUSER ; *RJPF* 2016-2/19, obs. S. MAUCLAIR ; *RLDC* mai 2016, n° 137, p. 27, note R. MÉSA : visa des art. 458 et 460 C. civ.

<sup>263</sup> Des auteurs ont défendu le recours à l'art. 475, al. 2 C. civ. pour les actions en justice du tuteur portant sur les droits extrapatrimoniaux.

<sup>264</sup> *Implic.*, civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 2019, n° 18-15.830 : *Bull. civ. I* ; *JCP G* 2019, Act. 761, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *D.* 2019, *AJ*, p. 1448 ; *JCP N* 2019, 647 ; *JCP N* 2019, n° 29, 647 ; *LEFP* sept. 2019, 112f0, p. 3, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *Dr. fam.* sept. 2019, n° 184, note I. MARIA ; *D.* 2019, p. 1865, note G. RAOUL-CORMEIL ; *Defrénois* 10 oct. 2019, n° 41, 152d9, p. 39, obs. J. COMBRET ; *LPA* 14 oct. 2019, n° 205, p. 10, note Ch. GAMALEU KAMENI ; *AJ fam.* nov. 2019, p. 598, obs. E. PECQUEUR : requête de la tutélaire sous le régime antérieur à la loi du 23 mars 2019.

<sup>265</sup> C. civ., art. 75. Comp. pour le pacs, C. civ., art. 515-3, al. 2.

tion, il faut admettre un régime juridique différencié. L'œuvre s'apparente néanmoins à une approche impressionniste. Pour des actes qui pourraient, semble-t-il, être qualifiés de strictement personnels, du moins fortement personnels, il peut advenir que la loi prévoit explicitement la requête à l'initiative de l'organe, avec ou sans autorisation<sup>266</sup>.

### 3. *La capacité naturelle relayée*

Il s'agit du régime qui met en avant la capacité naturelle tout en permettant, si elle est absente, une réponse graduée par l'usage de techniques, d'abord de l'assistance, puis, en dernière extrémité, de la représentation. Il faut se reporter à l'article 459 du code civil. Les catégories se côtoient, chacune avec son régime. Envisageons le principe d'autonomie (a), sinon l'assistance préférée (b) et la représentation subsidiaire (c).

#### a. Le principe d'autonomie

En son premier alinéa à la rédaction inchangée depuis la loi de 2007, le texte dispose : « la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet ». Il s'agit de l'état de ses facultés personnelles. Ici, il ne s'agit pas de gestion patrimoniale. Le modèle est celui du retour à l'aptitude de fait. La mesure offre un bouclier permanent dans le temps, ce qui doit faciliter la protection et les échanges avec autrui. La loi décide néanmoins de la présence directe sur la scène juridique s'agissant de la protection de la personne. Il n'y a pas le filtre de l'assistance ou de la représentation, à l'instar des actes strictement personnels<sup>267</sup>.

L'alinéa 2 de l'article 459 a subi une modification par la loi du 23 mars 2019<sup>268</sup> mais il conserve sa logique précédente. Il précise la situation à laquelle on peut se trouver confronté, à l'opposé de la capacité naturelle : « Lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision

---

<sup>266</sup> Ex. changement de nom à la requête du tuteur, C. civ., art. 60. Faut-il recueillir une autorisation judiciaire ? Y compris lorsque l'organe est investi de la mission de protection de la personne ? Ne faudrait-il pas que le majeur puisse agir seul, quitte à l'autoriser au préalable ? Ou représentation par le tuteur pour le divorce, C. civ., art. 249.

<sup>267</sup> Circulaire n° CIV/01/09/C1 DACS du 9 févr. 2009, préc. : « si le juge n'a pas pris de décision encadrant spécifiquement la protection de la personne (par une assistance ou une représentation) comme décrit ci-dessus, le principe d'autonomie de la personne s'applique et il n'y a ni assistance ni représentation possible du majeur ».

<sup>268</sup> Pour tenir compte de l'habilitation familiale et intégrer dans la représentation les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle. Précision : depuis 2019, l'habilitation familiale peut user de l'assistance.

personnelle éclairée »<sup>269</sup>. Alors, le juge des tutelles ou le conseil de famille est susceptible d'intervenir. Il faut bien comprendre le moment. Il ne s'agit pas d'une décision qui serait prise acte par acte, au cas par cas, en fonction de données actualisées. Autrement dit, la loi n'a pas imposé un examen personnalisé en temps quasi direct. En pratique, l'autorité pourra se décider lors de la mise en place de la mesure ou lors de sa modification. Par exemple, dès lors que le juge sélectionne l'assistance pour tel acte personnel, il est vain de faire prévaloir la capacité naturelle pour s'en dispenser<sup>270</sup>. N'est-ce pas quelque peu figé, et même abstrait, surtout lorsque l'on doit par principe s'intéresser à la capacité naturelle qui peut osciller dans la durée ? Quelle que soit l'opinion à ce sujet, on relève la différence de régime avec l'acte strictement personnel. Pragmatiquement, cela peut faciliter l'activité grâce au protecteur lorsque l'on sait clairement que l'état de santé dégradé du majeur justifiant cette approche aura une certaine stabilité dans le temps, quitte à occulter la petite variation, et indépendamment d'une modification toujours possible du régime en place.

#### b. L'assistance préférée

Il peut donc être prévu que la personne « bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection ». Une forme de souplesse existe puisque la capacité naturelle apparaît ainsi modulable par un effet de vases communicants avec le contenu précisé de la mission. La technique de l'assistance, qui complète la capacité juridique, doit permettre au majeur de conserver l'initiative. Lorsqu'il va décider en étant assisté, il faudra encore que son consentement existe en étant intègre, comme a pu le rappeler la jurisprudence en matière patrimoniale<sup>271</sup>. Le risque relatif à l'insanité existe même s'il est, en fait, diminué en occurrences par la procédure suivie, outre la question des titulaires du droit d'action.

<sup>269</sup> Le renfort de l'adjectif sert peut-être à guider la tâche du juge qui doit se demander si le majeur aura une aptitude suffisante pour décider dans son intérêt.

<sup>270</sup> Pour cela, il faudrait d'abord faire réviser la modalité de la protection en permettant le retour au seul consentement du majeur.

<sup>271</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 oct. 2010, n° 09-13.635 : *Bull. civ. I*, n° 209 ; *D.* 2010, *AJ*, p. 2579, obs. L. TALARICO ; *D.* 2011, p. 50, note G. RAOUL-CORMEIL ; *D.* 2011, Pan., p. 2501, obs. J.-M. PLAZY et spéc. 2511, obs. D. NOGUÉRO ; *RTD civ.* 2011, p. 103, obs. J. HAUSER ; *LPA* 19 janv. 2011, n° 13, p. 12, note L. DISA ; *AJ fam.*, 2010, p. 496, obs. Th. VERHEYDE ; *Defrénois* 2011, art. 39230, n° 13, p. 835, obs. J. MASSIP ; *JCP N* 2011, 1008, note Ch. COUTANT-LAPALUS ; *JCP N* 2011, 1196, note J. MASSIP : acte mixte. Et civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 2018, n° 17-20.428 : *Bull. civ. I* ; *D.* 2018, *AJ*, p. 1439 ; *D.* 2018, p. 1732, note J.-J. LEMOULAND ; *JCP N* 2018, 626, obs. I. MARIA ; *JCP G* 2018, Act., 890, I. MARIA ; *Dr. fam.* 2018, n° 222, note I. MARIA ; *Defrénois* 8 nov. 2018, n° 44, 141m9, p. 34, obs. D. NOGUÉRO ; *JCP N* 2018, 1333, note N. PETERKA ; *RTD civ.* 2018, p. 627, obs. D. MAZEAUD.

### c. La représentation subsidiaire

L'assistance peut s'avérer une technique inappropriée au regard de l'état des facultés du majeur. On se trouve dans un cas où le majeur, par lui-même, ne peut agir seul, ni en prenant l'initiative avec le support de l'assistance. C'est ce qui explique que le texte ne permet pas la combinaison des techniques, exclusives l'une de l'autre, réciproquement (« Au cas où cette assistance ne suffirait pas »). Alors, l'autorité doit, le cas échéant, transformer la mesure, si une tutelle<sup>272</sup>, ou une habilitation familiale<sup>273</sup>, n'est pas déjà en place pour cette protection. Il faudra coordonner cette issue avec le principe de subsidiarité. Est accordé à l'organe protecteur un pouvoir de représentation pour les actes simplement personnels. L'organe est ainsi habilité et n'a pas besoin de recourir, acte par acte, à une autorisation préalable de l'autorité.

Subsidiairement, si le majeur ne peut agir seul, par hypothèse, et que même son assistance est impossible, alors, la paralysie de la situation n'est pas consommée. C'est le recours à la représentation dans les actes de la vie civile, y compris ceux personnels.

Comme signalé plus haut, la loi du 23 mars 2019 a étendu ce pouvoir (inclusion de l'intégrité corporelle), en réservant l'intervention du juge, hors urgence, au cas du désaccord entre l'organe et le majeur protégé. Ce désaccord doit-il s'exprimer selon une modalité particulière? La forme devrait être assez libre pour rendre effective la prérogative ouverte. Comme pour un recours contre le principe de la mesure elle-même, on peut penser que tout majeur, quel que soit l'état de ses facultés, devrait pouvoir agir. Encore faudra-t-il qu'il ait un minimum conscience de la situation. Le pouvoir d'office du juge doit lui permettre de réagir après avoir reçu un signalement.

Paradoxalement, en apparence, la loi admet que le majeur protégé n'est pas en état de se décider seul ou avec assistance, mais elle l'autorise à faire valoir son désaccord avec celui qui est investi pour sa protection, en raison de l'inaptitude constatée. La représentation a pu être choisie à une période passée où l'état du majeur n'était pas celui qu'il est devenu à l'instant de la décision, à propos de laquelle la divergence de points de vue se manifeste. N'oublions pas, de surcroît, que le souci politique principal n'est pas de bâtir un système cohérent, mais de désengorger les juridictions. La conséquence est que le majeur pourra faire valoir son aptitude, même en étant représenté, lorsque le pouvoir de représentation n'ira pas dans la direction qu'il souhaite. Encore faudra-t-il peser quel est son

---

<sup>272</sup> Version issue de la loi de 2007, inchangée avec la L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, jusqu'au 25 mars 2019.

<sup>273</sup> Après L. n° 2019-222 du 23 mars 2019. Il importe peu que l'habilitation familiale pour le patrimoine use de la représentation ou de l'assistance.

intérêt! Le juge pourra aller dans le sens ou contre le désir du majeur, en se prononçant aussi sur celui des deux qui pourra agir: « le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision ». On devine que lorsque le majeur s'oppose à celle-ci, si théoriquement le texte ne ferme pas à la possibilité de lui confier le soin de la prendre, il sera plus efficient d'en confier l'exécution à l'organe.

### **B. La présomption d'autonomie ou sa certification**

Que penser des règles en place qui sont censées favoriser l'autonomie des majeurs protégés tout en assurant la protection de sa personne? L'objectif est-il atteint et la conciliation est-elle présente? Nous ne sommes pas partisan d'un abandon de la protection au prétexte de l'autonomie. Ou alors, c'est le statut de majeur protégé qu'il faut entièrement supprimer, voie périlleuse.

**Autonomie générale.** Pour les actes simplement personnels, le majeur protégé conserve une liberté d'action lorsque son état le permet. Toutefois, la lecture de l'article 459 dans son ensemble permet de penser qu'il s'agit d'une situation que juge le juge ou le conseil de famille, lors de l'entrée dans la mesure, ou en cours de protection alors modifiée pour l'avenir au regard des pouvoirs octroyés à l'organe. Aussi, si n'est pas décidée l'assistance ou la représentation, c'est que l'aptitude du majeur est présumée pendant toute la durée de la mesure. Ce pourrait parfois être fictif. S'il entend contester un acte – revirement non hypothétique –, la charge de la preuve lui incombe de son insanité. La nullité relative permettra à ses héritiers des remises en cause post décès, dans le respect des conditions du droit applicable. Selon l'acte concerné, la remise en état en nature sera difficile. Le choix irréversible devrait plutôt inciter à la prudence en amont. Inversement, si est nié un état permettant l'autonomie lors de la décision à prendre, s'impose sans nuance le recours à l'une des deux techniques choisie pour le cours de la mesure. Dans les deux hypothèses, la mesure n'est pas individualisée à l'espèce en temps réel. Tout du moins pour les actes d'une relative importance, dépassant les banalités du quotidien<sup>274</sup>, ne faudrait-il pas que le juge soit saisi pour vérifier que pour tel acte à tel moment, la capacité naturelle du majeur existe bien? N'est-ce pas de bon sens dès lors que l'on admet par ailleurs la nécessité d'une protection en raison de l'altération des facultés<sup>275</sup>? Cela peut encore être utile lorsqu'il existe des implications dans le champ patrimonial.

**Tiers.** N'est-ce pas un élément de nature à favoriser la confiance des tiers pouvant traiter, *lato sensu*, avec le majeur protégé, surtout si lui est reconnue la capacité naturelle lui permettant d'agir seul? Il n'y a qu'à imaginer un tiers pouvant engager sa responsabilité s'il se prête à l'acte pour lequel le majeur pro-

<sup>274</sup> Comp. C. civ., art. 1148; art. 473, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>275</sup> Comp. A. BATTEUR, « Les actes de la vie familiale du majeur protégé », préc., p. 335-336.

tégé donne seul son consentement, ou pouvant craindre la nullité pour trouble mental qui pourrait lui être opposée *a posteriori*. L'abus de situation mis de côté, le tropisme est en ce cas, fréquemment, l'évitement, partant la mise à l'écart du sujet estimé suspect. L'exclusion de fait ne se balaye pas toujours par un ordre légal ou la culpabilité morale. La résistance devient l'indifférence à l'autre, sinon l'ostracisme. L'autonomie de l'un peut-elle être vécue si l'autre n'a pas de certitude sur la sécurité du processus suivi et ses suites ? Les contestations pourraient surgir sinon et, au moins, polluer la mise en œuvre de ces actes personnels, voire entraîner leur remise en cause. La société dite « inclusive » doit se détacher de l'idéologie du « droit à » pour revenir à penser les règles plus collectivement.

**Santé.** Dans la continuité, sans pouvoir entrer dans le moindre détail<sup>276</sup>, ici, il nous semble que le domaine de la santé<sup>277</sup> est marqué d'une certaine spécificité<sup>278</sup>, avec des actes simplement ou strictement personnels, divers actes à réglementation particulière<sup>279</sup>, et l'importance cruciale de l'information<sup>280</sup> et du consentement, liés<sup>281</sup>. Eu égard aux problèmes de santé de la population des majeurs protégés, de tels actes sont d'une certaine fréquence d'application<sup>282</sup>, même si certains d'entre eux le sont beaucoup moins ou jamais. L'article 459 du code civil en tient compte lorsqu'il s'intéresse à l'atteinte corporelle (gravement)<sup>283</sup>, même si celle-ci ne se superpose pas toujours parfaitement aux divers soins et actes médicaux de toute nature, et peut en dépasser le cadre strict en fonction des activités pratiquées par la personne. Sous cet aspect, il existe une combinaison des codes *a minima*, en cas de silence du code de la santé publique sur les mesures de protection juridique. Les droits de la personne et des usagers du système de santé offrent déjà nombre de garanties. Autre chose est d'y faire pénétrer dans

---

<sup>276</sup> Not. A. DUPUY, *La décision de santé de la personne âgée : entre protection et autonomie*, thèse Paris Descartes, 2011 ; S.-M. FERRIÉ, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine. Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, thèse Paris 1, Biblio. de l'IRJS, coll. André Tunc, t. 92, préf. G. Loiseau, 2016 ; N. LE DU, *Le consentement à l'acte médical des personnes vulnérables*, thèse Paris-Est Créteil, 2018.

<sup>277</sup> Droit fondamental à la protection de la santé, CSP, art. L. 1110-1. Pour les droits des personnes, la loi Kouchner de 2002 a codifié des principes généraux.

<sup>278</sup> En nuance, A. BATTEUR, « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », préc. : rejetant le présupposé de droit spécial du droit de la santé, partant son indépendance totale, l'auteur préconise une application générale du code civil en dehors des actes spécifiquement réglementés.

<sup>279</sup> Des textes nés avant la réforme de 2007 ou révisés après elle, en parallèle, dans la logique sanitaire.

<sup>280</sup> Not. CSP, art. L. 1111-2.

<sup>281</sup> Ex. CSP, art. L. 1111-4, spéc. al. 7 (tutelle).

<sup>282</sup> Préoccupation constante. Déjà, Th. FOSSIER et M. HARICHAUX, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RDSS* 1991, p. 1 ; J. HAUSER, « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA* 19 mars 2002, n° 56, p. 4.

<sup>283</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 déc. 2017, n° 17-18.437, préc.

sa généralité, sans réflexion, le principe de capacité naturelle du code civil<sup>284</sup>. *Quid* d'un acte strictement personnel conservatoire? Pourrait-on exclure le représentant en ce domaine si sensible de la préservation de la santé?

Il n'y a pas de cohérence d'ensemble du code de la santé publique pour les mesures de protection juridique (l'habilitation familiale est encore ignorée)<sup>285</sup>. Le plus souvent – effet de la législation en silos avec des ministères à la coordination relative –, ce code est resté sur la matrice de la tutelle<sup>286</sup> (outre des rapprochements avec le cas du mineur)<sup>287</sup>, même s'il peut évoquer la curatelle<sup>288</sup> ou la sauvegarde de justice<sup>289</sup>. Le vocabulaire est loin d'être harmonisé car la loi peut désigner nommément le régime comme renvoyer à une mesure de protection juridique<sup>290</sup> ou légale<sup>291</sup>. Il traite aussi de personnes vulnérables hors d'état d'exprimer leur consentement, sans pour autant qu'une mesure de protection juridique existe<sup>292</sup>. On comprend mieux la relativité du renvoi de l'article 459-1 du code civil à la prévision de l'intervention d'un « représentant légal ». Face à la vulnérabilité, le code de la santé publique cherche à accorder un statut qui peut varier par rapport à celui réservé aux malades ou patients ordinaires. Il est susceptible de se rapprocher, parfois, de la logique du code civil.

Pour des actes, il peut y avoir représentation. Des autorisations sont parfois imposées, voire d'autres procédures<sup>293</sup>, et même des interdictions<sup>294</sup>, absolues ou relatives<sup>295</sup>, voire à l'opportunité et à l'effectivité douteuses<sup>296</sup>. Le recueil du consentement peut obéir à un certain formalisme. La loi se contente parfois de l'adhésion, de l'avis, ou de la participation à la décision, qui n'est forcément pas le

---

<sup>284</sup> Comp. Recomm. n° R (99) 4 du 23 févr. 1999, préc., Principe 19 Limitation des pouvoirs des représentants, et Partie V Interventions dans le domaine de la santé, Principes 22 à 28. En outre, il existe des conventions internationales. Ex. la convention d'Oviedo du 4 avr. 1997 pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine.

<sup>285</sup> Comme dans le CASF. V. le renvoi à la tutelle pour le mandat de protection future, C. civ., art. 479, al. 2. Mesure conventionnelle non mentionnée dans le CSP ou le CASF.

<sup>286</sup> Ex. CSP, art. L. 2141-11, réd. L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011.

<sup>287</sup> Ex. CSP, art. L. 1211-2, al. 2.

<sup>288</sup> CSP, art. L. 1122-2, II, al. 5; art. L. 1241-4, al. 3 et 4; art. R. 1241-5; art. R. 1241-6; art. R. 1241-7; art. R. 1241-8 (*idem* après Décr. n° 2019-966 du 18 sept. 2019, en vigueur au 1<sup>er</sup> janv. 2020); art. R. 1241-9; art. R. 1241-10; art. R. 1241-11; art. L. 2123-2, al. 1<sup>er</sup>; art. L. 3211-8; art. L. 3211-12, I, al. 2, 3<sup>o</sup>; art. L. 3212-2; art. L. 3212-3, al. 2; art. L. 3212-11, al. 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup>. V. cpdt, une opposition par le seul tuteur, CSP, art. L. 1211-2, al. 2.

<sup>289</sup> CSP, art. L. 1122-2; art. L. 1241-4; art. R. 1241-6; art. R. 1241-8; art. 1241-9; art. L. 3212-11.

<sup>290</sup> CSP, art. L. 1122-2.

<sup>291</sup> CSP, art. L. 1221-5.

<sup>292</sup> Ex. CSP, art. L. 1121-8.

<sup>293</sup> La collégialité et les experts, avec avis, sont utilisés.

<sup>294</sup> Ex. CSP, art. L. 1231-2; art. L. 1241-2.

<sup>295</sup> Pour la sauvegarde de justice, CSP, art. L. 1122-2.

<sup>296</sup> CSP, art. L. 1221-5, al. 1<sup>er</sup>.

consentement du juriste. Entre ces deux mondes, le vocabulaire mérite déjà d'être fixé afin de mieux se comprendre<sup>297</sup>. Le droit de la santé se subdivise. Si un droit commun pour les majeurs vulnérables peut être forgé, il nécessite des adaptations pour certains actes, d'où des droits spéciaux à l'intérieur, et inéluctablement des dispositions éparses<sup>298</sup>. La réforme de 2007 s'est bien gardée d'y toucher tout en affirmant néanmoins son ambition de la protection de la personne. Relevons que les soins psychiatriques contraints montrent la limite du raisonnement en terme de choix individuel. Plus largement, même si le refus de soins est reconnu, l'inaptitude à consentir peut imposer à autrui d'agir<sup>299</sup>. L'intérêt est ici une considération forte au regard du bien qu'est la santé. À l'opposé, il est parfois reconnu un droit de révocation de son consentement à tout moment<sup>300</sup>, une espèce de veto primaire accordé, y compris à une personne vulnérable<sup>301</sup>. Il n'est pas sûr que l'efficacité d'un tel droit d'opposition<sup>302</sup> soit alors conditionné à une quelconque autonomie, d'une volonté parfaitement lucide.

**Vérification d'aptitude.** Certes, les praticiens de la santé ont des devoirs d'humanité. Doit-on confier au médecin – ou à un collègue du service – le pouvoir d'identifier la capacité naturelle de son patient? En voudrait-il toujours face au risque de contestation ultérieure? Que peut valoir la proclamation de l'autonomie non vérifiée d'un majeur protégé face à un praticien de santé qui en doute, dont la responsabilité est susceptible d'être engagée, avec une prime d'assurance<sup>303</sup> en arrière-plan qui va conditionner son activité? Les tiers ont besoin de certitude pour agir avec célérité et sérénité<sup>304</sup>. Leur réticence peut paralyser une autonomie jugée non crédible. Sinon, lorsque la confiance s'évanouit, on tombe dans l'attente de la situation d'urgence où il sera possible de s'évader du carcan des règles ou des risques de les enfreindre. Est-ce vraiment favorable à la personne faible de trop attendre? Ne vaut-il pas mieux créer un contexte favorable, et transiter par une reconnaissance, au cas par cas, de son autonomie réelle ou envisager une technique d'assistance voire de représentation, indépendamment du type de régime en place, dans le but d'agir dans l'intérêt sanitaire du patient?

<sup>297</sup> La formation est susceptible d'améliorer la connaissance des situations des majeurs vulnérables et du dispositif légal. La formation continue est à soutenir.

<sup>298</sup> Pour la stérilisation à visée contraceptive, la multiplicité des précautions, pour garantir la liberté et éviter le contentieux, CSP, art. L. 2123-2, créé par L. n° 2001-588 du 4 juill. 2001. Rien n'est prévu en dehors de la tutelle et de la curatelle. Ex. Douai, 12 déc. 2013, RG n° 13/213: *Dr. fam.* 2014, n° 84, note I. MARIA; *D.* 2014, Pan., p. 2259, spéc. p. 2262, obs. J.-M. PLAZY.

<sup>299</sup> V. déjà, la règle générale, C. civ., art. 16-3, al. 2, réd. L. 2004-800 du 6 août 2004.

<sup>300</sup> Not. C. civ., art. 16-10, al. 2, *in fine*; art. 16-11, al. 3; art. 16-14; CSP, art. L. 1111-4, al. 4.

<sup>301</sup> CSP, art. L. 1122-2, I; art. L. 2123-2, al. 3.

<sup>302</sup> *Idem* pour un refus. Ex. CSP, art. L. 1245-2, al. 2.

<sup>303</sup> Information du patient sur le respect de l'obligation d'assurance, CSP, art. L. 1111-3-6, al. 2.

<sup>304</sup> Comp., en matière patrimoniale, la capacité juridique dite maintenue du majeur sous mandat de protection future et le risque de contradiction des actes avec son mandataire, outre la défiance des tiers.

Pour cela, il faut admettre une telle norme, avec ses limites certes, et concevoir que la décision puisse être déléguée selon des modalités multiples<sup>305</sup>.

Dans le prolongement, pour tous les tiers, la déclaration de capacité naturelle<sup>306</sup> de la part du majeur protégé suffit-elle, qui pourrait alors devenir clause de style? Elle ne saurait valoir purge de tout vice de l'acte, renonciation à agir sur le terrain de la validité du consentement. Suffirait-il d'obtenir une attestation médicale, en dehors de l'intervention du juge ou d'une autorité impartiale désignée? L'indiscipline se rencontre si bien que la complaisance pourrait rendre fragile l'édifice voulu léger.

**Strictement seul.** Pour les actes strictement personnels, il n'y a, en règle, pas de procédure d'autorisation du majeur, ni assisté, ni représenté. Il ne peut qu'agir seul. On ne vérifie pas au cas par cas qu'il puisse le faire. C'est donc qu'il est présumé exprimer un consentement valable, comme un curatelaire effectuant son testament<sup>307</sup>. Quelle que soit la mesure, pour quelques actes que ce soit entrant dans la qualification idoine, le majeur est présumé se trouver en état d'intervalle lucide. Cela revient à laisser agir le majeur et à voir venir.

Pour ceux qui croisent les litiges fondés sur l'insanité ou les vices du consentement, il pourrait y avoir un sérieux heurt avec la réalité! La présomption n'est en rien irréfragable ou alors il faut supprimer la condition du consentement. Déjà, il ne faut pas exclure le contentieux qui peut naître. On pourrait rétorquer que la nullité pour insanité est relative et que, de son vivant, le majeur ne remettra pas en cause ce qu'il a décidé, voire le confirmera. Rien n'empêche la personne protégée de changer d'avis et de vouloir mettre à néant un acte passé. La faiblesse de la capacité naturelle par rapport au régime organisé est qu'elle fait supporter à la personne vulnérable la charge de la preuve en cas de contestation à ne pas négliger. Par hypothèse, il y a un régime en place. Dès lors, après la mort de l'auteur de l'acte, la voie de la critique est ouverte. Les effets à retardement peuvent s'avérer désastreux. Selon le type d'acte, la loi peut élargir le cercle des titulaires du droit de critique. Plus marginalement, pour l'heure, la sanction peut être diligentée par plusieurs personnes, autres que le majeur (la nullité absolue du mariage). On voit que l'aptitude sans contrôle comporte une part de risque. Or, il semble que l'on raisonne comme si le majeur n'entrait pas en relation avec autrui, comme s'il n'y avait pas d'interaction avec les autres, voire de répercussions dépassant la seule personne protégée. Qui peut imaginer qu'une reconnaissance d'un enfant par un tuteur ne sera pas contestée

<sup>305</sup> Ex. CSP, art. L. 1111-4, al. 7.

<sup>306</sup> Comp. déclaration de majorité du mineur, sans effet, C. civ., art. 1149, al. 2.

<sup>307</sup> C. civ., art. 470, al. 1<sup>er</sup>; anc. art. 513, al. 1<sup>er</sup>. La réserve de l'insanité. La solution est identique pour le mandant ou le bénéficiaire du mandat de protection future, ou la personne sous habilitation familiale, ou en sauvegarde de justice.

par ses autres héritiers, à tort ou à raison, en vain ou avec succès ? Le choix politique devrait tenir compte des différentes contraintes.

Le domaine des actes personnels ne doit pas exclure la recherche de la sécurité juridique. Doit-on vérifier en amont, et comment, la capacité naturelle afin que le majeur décide un acte strictement personnel ? Le législateur lui-même n'a pas écarté cette option, à l'occasion. C'est une espèce d'amendement du régime de base de ce type d'acte. En effet, le majeur agit toujours seul, sans être assisté ni représenté, mais il est préalablement autorisé. Que vérifie le juge ? Il n'apprécie pas l'opportunité de l'acte ou son contenu. Par cette procédure, il y a lieu de vérifier *a priori* l'état des facultés de la personne, afin de savoir si elle est apte à donner un consentement, en étant vraiment décidée pour tel acte projeté, souhaité. La Cour de cassation l'a jugé pour le testament du tuteur auditionné<sup>308</sup>, soumis à autorisation<sup>309</sup>. En bref, il s'agit de se prononcer sur l'autonomie réelle ou non, sans homologation de l'acte futur. La contrepartie de la sécurité obtenue est la fourniture des moyens matériels dans la fonction du juge en aval<sup>310</sup>. Il pourrait être objecté qu'à l'occasion, le juge, au moins officieusement, pourrait être tenté d'examiner l'opportunité de l'acte. Ouvertement, il ne pourrait certes pas s'opposer, le majeur étant le maître. En pratique, il lui suffirait de nier l'existence de l'intervalle lucide suffisant pour permettre l'activité juridique. Là, le message légal doit jouer et la bienveillance judiciaire se répandre afin d'apprécier la moindre aptitude de fait réelle.

**Tendance à la déjudiciarisation.** En temps de déjudiciarisation à outrance, avec le recul de la justice gracieuse, la précaution peut paraître anachronique ! Le conservatisme n'a pas que du mauvais face à la modernité qui clame le développement des droits et libertés, mais qui, surtout, pense cyniquement à l'impact budgétaire. Des auteurs ont critiqué ce désengagement étatique. La fin des autorisations judiciaires préalables a été décidée en 2019 pour nombre d'actes. L'« argument » principalement développé nous paraît pour le moins curieux. Il s'agit de considérer que, la plupart du temps, les juges délivrent systématiquement de telles autorisations, avec un pourcentage plus élevé pour les organes professionnels, frisant un score de République bananière, par rapports à ceux familiaux. La préférence familiale semble s'arrêter pour eux aux portes de la désignation, à moins d'admettre que des hypothèses d'opposition d'intérêts sont plus fréquentes. Mais, alors, il y a une voie pour les appréhender, sans rester au stade du refus d'autorisation. Une

<sup>308</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 mars 2017, n° 16-10.340 : *Bull. civ. I*; *JCP N* 2017, 355; *AJ fam.* 2017, p. 250, obs. G. RAOUL-CORMEIL; *LPA* 27 avr. 2017, n° 84, p. 15, note D. NOGUÉRO; *Dr. fam.* 2017, n° 109, 1<sup>re</sup> esp., note I. MARIA; *RJPF* 2017-5/44, obs. S. MAUCLAIR; *D.* 2017, Pan., p. 1490, spéc. p. 1503, obs. J.-J. LEMOULAND; *RTD civ.* 2017, p. 354, obs. J. HAUSER; *RTD civ.* 2017, p. 465, obs. M. GRIMALDI; *Defrénois* 12 oct. 2017, n° 22, 129s1, p. 27, obs. J. COMBRET.

<sup>309</sup> C. civ., art. 476, al. 2. La révocation (al. 3) sèche n'exige pas l'autorisation. Elle pourrait être contestée pour insanité. Sérieuse évolution par rapport à la loi de 1968, C. civ., anc. art. 504.

<sup>310</sup> Indispensable pour faire vivre les règles, J. CARBONNIER, « Essais sur les lois », préc., p. 33.

telle fréquence (« le taux d'acceptation ») n'est pas nécessairement le signe d'un contrôle judiciaire soutenu, bien au contraire, peut-être même à l'instar de ce qui a été dénoncé pour l'efficacité du contrôle en cours ou à la sortie de la mesure ! La Cour de cassation a d'ailleurs fermement condamné la pratique de l'autorisation judiciaire par simple apposition d'un visa et d'un tampon d'accord sur une requête, car il s'agit d'une apparence de motivation, insuffisante<sup>311</sup>. Rêvons. Selon nous, le contrôle *a priori* permet normalement de laisser naître moins de difficultés *a posteriori*, d'éviter des contestations fondées, tout en garantissant la sécurité juridique pour tous. Cela nécessite des juges jouant pleinement et authentiquement leur mission, car la justice gracieuse doit vivre ! Pour les praticiens, la grande difficulté est plutôt d'obtenir des autorisations dans des délais raisonnables, ce qui peut être éminemment variable selon la géographie concernée. Il reste que le mouvement contemporain est celui d'un retrait du juge. Prenons quelques illustrations.

**Mariage.** Jugée pourtant respectueuse des canons constitutionnel<sup>312</sup> et conventionnel<sup>313</sup>, tout en étant attaquée par le Défenseur des droits en 2016<sup>314</sup> dans la mouvance de l'interprétation extensive du comité des droits issu de la convention internationale des droits des personnes handicapées (CIDPH)<sup>315</sup>, la règle relative au mariage du curatelaire et du tuteur connaissait ce genre de filtre<sup>316</sup>. Il ne s'agissait donc pas d'un retrait systématique et aveugle de la liberté de se marier, mais d'un compromis jugé proportionné, car remplissant aussi la fonction protectrice. De plus, l'arrière-plan patrimonial existe toujours. En vertu de l'ancien article 460 du code civil, il fallait l'autorisation du curateur ou, à défaut, celle supplétive du juge<sup>317</sup> ; le tuteur devait obtenir l'autorisation du juge ou

<sup>311</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2018, n° 17-20.223 : *AJ fam.* 2018, p. 477, obs. E. PECQUEUR ; *Defrénois* 18 oct. 2018, n° 41, 141f1, p. 27, note D. NOGUÉRO ; *JCP N* 2019, chron. 1112, note N. PETERKA ; *D.* 2019, Pan., p. 1412, spéc. p. 1420, obs. D. NOGUÉRO.

<sup>312</sup> Cons. const., 29 juin 2012, déc. n° 2012-260 QPC : *JO* 30 juin 2012, p. 10804 ; *AJ fam.* 2012, p. 463, obs. Th. VERHEYDE ; *RTD civ.* 2012, p. 510, obs. J. HAUSER ; *D.* 2012, Pan., p. 2699, spéc. p. 2705, obs. D. NOGUÉRO ; *Dr. fam.* 2012, n° 136, note M. BRUGGEMAN ; *Dr. fam.* 2012, n° 148, note I. MARIA ; G. RAOUL-CORMEIL, « L'autorisation requise pour le mariage du curatelaire, sage précaution dans l'exercice de la liberté nuptiale », *D.* 2012, Point de vue, p. 1899. Transmission de QPC, civ. 1<sup>re</sup>, 12 avr. 2012, n° 11-25.158 : *RTD civ.* 2012, p. 293, obs. J. HAUSER ; *D.* 2012, Pan., p. 2699, spéc. p. 2705, obs. D. NOGUÉRO ; *Dr. fam.* 2012, n° 102, note I. MARIA.

<sup>313</sup> CEDH, 25 oct. 2018, n° 37646/13 : *Dalloz Actualité*, 15 nov. 2018, obs. N. PETERKA ; LEFP déc. 2018, obs. J.-M. LARRALDE ; *AJ fam.* 2018, p. 693, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *JCP N* 2019, chron. 1110, note N. PETERKA ; *Defrénois* 21 févr. 2019, n° 8, 145s9, p. 31, obs. D. NOGUÉRO ; *JCP G* 2019, chron. 215, n° 2, obs. M. LAMARCHE ; *RTD civ.* 2019, p. 80, obs. A.-M. LEROYER ; *D.* 2019, Pan., p. 1412, spéc. p. 1415, obs. J.-J. LEMOULAND.

<sup>314</sup> Protection juridique des majeurs vulnérables, Rapport du Défenseur des droits, sept. 2016.

<sup>315</sup> Circulaire CIV/04/2019 du 25 mars 2019, annexe 8 : « entrave disproportionnée à l'exercice de leur liberté individuelle ».

<sup>316</sup> Circulaire n° CIV/01/09/C1 DACS du 9 févr. 2009, préc. : « Un régime d'autorisation et des conditions d'assistance précises pour le mariage et le PACS ».

<sup>317</sup> Loi de 1968, C. civ., anc. art. 514. Consentement du curateur ou du juge.

du conseil de famille, après audition avec son futur conjoint<sup>318</sup>. Acte strictement personnel, le mariage supposait aussi une requête du majeur lui-même, sans représentation<sup>319</sup>. L'appréciation est souveraine afin de vérifier si le majeur est en mesure de donner un consentement qui soit éclairé<sup>320</sup>. Le contrôle du rassèrènement *a priori* devient le risque *a posteriori*.

L'article 460<sup>321</sup> énonce désormais : « La personne chargée de la mesure de protection est préalablement informée du projet de mariage du majeur qu'il assiste ou représente ». Il ne s'agit que d'une information, à justifier pour la célébration de l'union<sup>322</sup>, qui est censée permettre l'opposition<sup>323</sup> dans le délai imposé – si son auteur potentiel n'est pas dissuadé par crainte des dommages-intérêts<sup>324</sup>, certes aussi dus pour une abstention fautive –, avant mainlevée éventuelle, sans que la sanction du manquement<sup>325</sup> ne soit explicitée. En outre, le domaine personnel a des suites pour le contrat de mariage<sup>326</sup>, pour lesquelles s'est exprimé la vive critique de l'orien-

<sup>318</sup> Loi de 1968, C. civ., anc. art. 506. Proche mais des différences.

<sup>319</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 déc. 2015, n° 14-25.777, préc. Implic. civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 2019, n° 18-15.830, préc.

<sup>320</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 2019, n° 18-15.830, préc. : « la cour d'appel, qui n'était pas tenue de s'expliquer sur les pièces qu'elle décidait d'écarter, a estimé qu'en dépit de la vulnérabilité de Mme G..., le souhait exprimé lors de son audition par le juge des tutelles ainsi que la durée et la stabilité de la vie commune avec son compagnon démontraient que son projet de mariage était réel et qu'elle était en mesure d'apprécier la portée de son engagement matrimonial, même si elle devait être représentée dans les actes de la vie civile; qu'elle en a souverainement déduit, sans méconnaître l'effet dévolutif de l'appel ni l'autorité de la chose jugée attachée à la décision d'ouverture de la mesure de protection (*i.e.* durée de 10 ans fixée), qu'il convenait d'autoriser la majeure protégée à se marier avec M. X..., dont elle partageait la vie depuis plusieurs années ». L'aptitude est admise malgré les comportements violents répétés du compagnon mis en avant par la sœur et les enfants de la tutélaire dans leur pourvoi rejeté, étant donné que la juridiction du second degré évoquait un rappel fait à la future épouse à ce sujet. Espérons que tout se passe bien à l'avenir pour ce mariage entérinant une situation de fait (de concubinage pourtant différent du mariage, dans la palette des offres de conjugalité) pour l'avenir (non pour le passé, comme un mariage posthume). C'est le risque d'une espèce d'application rétroactive de la loi nouvelle pour faire éclore par anticipation les « libertés » accordées.

<sup>321</sup> Réd. art. 10, L. n° 2019-222 du 23 mars 2019.

<sup>322</sup> C. civ., art. 63, al. 2, 1°. La publication des bans devrait normalement y être subordonnée.

<sup>323</sup> C. civ., art. 175, réd. art. 10, L. n° 2019-222 du 23 mars 2019. Renvoi à l'art. 173, régime de droit commun, comme pour les ascendants (durée; renouvellement une fois). Avant une suppression future de ce droit jugé archaïque? Encore, aussi modifié, C. civ., art. 174, 2°.

<sup>324</sup> C. civ., art. 179, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>325</sup> La justification, C. civ., art. 63, réd. art. 10, L. n° 2019-222 du 23 mars 2019.

<sup>326</sup> Assistance maintenue en curatelle et tutelle pour les conventions matrimoniales. Et, pour « compenser » le mariage libéralisé, possibilité de représentation autorisée de la personne en charge de la protection pour « conclure seule une convention » (avec l'accord du conjoint, qu'il faudra obtenir!), C. civ., art. 1399, réd. art. 10, L. n° 2019-222 du 23 mars 2019. Changement de régime matrimonial, information du représentant et absence d'autorisation préalable pour l'opposition, C. civ., art. 1397, al. 2 et al. 7, réd. art. 8, L. n° 2019-222 du 23 mars 2019. V. A. TANI, « La nouvelle procédure de mutation du régime matrimonial », *JCP N* 2019, Étude 1159. V. aussi les commentaires des auteurs sur la loi du 23 mars 2019.

tation législative nouvelle<sup>327</sup>. Les dérives et les risques connus n'ont pas empêché la réécriture de la loi. Mettons de côté l'hypothèse où deux majeurs protégés, sous tutelle par exemple, décident de convoler et où les formalités vont se dédoubler. Il faut à l'occasion se méfier de ceux, juridiquement capables, qui veulent se marier avec un majeur protégé. Leur intention n'est pas toujours pure (avantages patrimoniaux, nationalité...). Il ne faut pas que la personne protégée soit abusée par cette union factice, blanche ou grise mais moins par vertu que par vice. À l'inverse, on ne veut pas lui interdire le bonheur de la cérémonie. Il faut prendre des précautions. Le cadre nouveau sera-t-il efficient? L'officier d'état civil sera bienvenu de vérifier la publicité de la mesure. Le gain en rentabilité de l'activité judiciaire est-il si décisif? Pour l'anecdote, retenons qu'en septembre 2019, le gouvernement a lancé une campagne d'information dans les médias sur les nouveaux droits des majeurs protégés portant sur le vote, le mariage ou le pacs.

Pour le mariage et sa nullité<sup>328</sup>, il reste l'article 146 du code civil avec l'existence du consentement outre l'intention matrimoniale<sup>329</sup>, et la possible nullité<sup>330</sup>, soit une judiciarisation différée. Hormis l'information, la situation du majeur (encore réellement protégé?) pourtant sous mesure est alignée sur celle du majeur demeuré pleinement capable, ce qui nous semble un recul de la protection. Les juges auront probablement moins d'indulgence pour interpréter comme un « oui » une larme ou un rôle. Le sacrifice de l'autorisation sur l'autel de la liberté n'est peut-être pas neutre quant au positionnement futur du juge. L'acte strictement personnel du mariage mêle des considérations patrimoniales au-delà des sentiments – comme rappelé en 2012 par le Conseil constitutionnel –, dont les répercussions sont quelque peu négligées par cette césure pour le traitement ju-

<sup>327</sup> A. BATTEUR, L. MAUGER-VIELPEAU et G. RAOUL-CORMEIL, « La conclusion forcée du contrat de mariage du majeur protégé », *D.* 2019, Point de vue, p. 825. Auparavant, not. J.-F. OVERSTAKE, « Le contrat de mariage des incapables », *RTD civ.* 1971, p. 1; J. MASSIP, « Combinaison des règles de la tutelle des majeurs avec celles des régimes matrimoniaux », *Deffrénois* 1970, art. 29617, p. 813; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le régime matrimonial de l'incapable », *JCP N* 1999, p. 843; A. KARM, « Le régime matrimonial de la personne vulnérable », *Actes pratiques & stratégie patrimoniale. Droit et fiscalité du patrimoine privé et professionnel*, n° 4, oct.-déc. 2010, Étude 28, p. 31.

<sup>328</sup> C. civ., art. 184 et art. 187.

<sup>329</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 16-13.441: *Bull. civ. I*; *D.* 2017, *AJ*, p. 1191, obs. I. GALLMEISTER; *D.* 2017, p. 1451, note H. FULCHIRON; *LPA* 21 juill. 2017, n° 145, p. 9, note J.-M. HISQUIN; *AJ fam.* 2017, p. 420, obs. M. SAULIER; *RTD civ.* 2017, p. 617, obs. J. HAUSER; *LPA* 3 oct. 2017, n° 197, p. 10, note P.-L. NIEL; *LPA* 12 oct. 2017, n° 204, p. 10, note J. MAITTIUSSI. Et civ. 1<sup>re</sup>, 6 janv. 2010, n° 08-19.500: *RTD civ.* 2010, p. 304, obs. J. HAUSER; *RJPF* 2010-4/19 obs. A. LEBORGNE.

<sup>330</sup> Différence du défaut de consentement avec la sanction du défaut d'autorisation en curatelle, nullité relative. V. civ. 1<sup>re</sup>, 20 avr. 2017, n° 16-15.632: *Bull. civ. I*; *JCP G* 2017, 493; *JCP N* 2017, 495; *D.* 2017, *AJ*, p. 918; *LEFP* 2017-5, obs. A. BATTEUR; *Dr. fam.* 2017, n° 141, note I. MARIA; *RJPF* 2017-6/22, note S.-M. FERRIÉ; *D.* 2017, Pan., p. 1490, spéc. p. 1496, obs. J.-J. LEMOULAND; *RTD civ.* 2017, p. 618, obs. J. HAUSER; *D.* 2017, p. 1963, note G. RAOUL-CORMEIL; *LPA* 17 nov. 2017, n° 230, 127v3, p. 11, note P.-L. NIEL et M. MORIN.

ridique des actes. Certains auteurs retiennent même ouvertement la qualification d'acte mixte. Appelée à se développer en volume, l'habilitation familiale pourrait-elle demeurer en l'état sur ce terrain du mariage où aucun encadrement n'est prévu (le renvoi s'arrêtant à l'article 459-2)<sup>331</sup>, au risque d'un recul de sa priorité au regard du principe de subsidiarité?

**Pacs.** En 2019, la même politique a été adoptée pour le pacte civil de solidarité né par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999<sup>332</sup>, qui prévoyait originellement l'interdiction de conclusion en tutelle<sup>333</sup>. Différentes formes d'union (de conjugalité) existent que les majeurs protégés peuvent choisir, comme le concubinage. Le pacs suppose toujours l'assistance en curatelle pour signer la convention de conclusion ou de modification<sup>334</sup>. La rupture est libre sous réserve de l'assistance pour la signification.

En tutelle<sup>335</sup>, pour la conclusion et la modification du pacs, il fallait l'autorisation du juge ou du conseil de famille, après audition des futurs partenaires, sur le modèle du mariage. Là aussi, il s'agit de vérifier l'aptitude, selon la jurisprudence<sup>336</sup>. Cette décision ne se prononce pas sur la qualification d'acte strictement personnel, se bornant à appliquer le régime juridique spécifique au contrat de pacs, qui suppose de vouloir organiser une vie commune<sup>337</sup>. *A minima*,

<sup>331</sup> Faudrait-il appliquer par analogie l'art. 460 C. civ. qui depuis 2019 évoque l'information d'une personne chargée de la mesure – non la curatelle ou la tutelle littéralement –, assistant ou représentant le majeur? La critique peut porter pour la sauvegarde de justice certes provisoire, et plus sérieusement pour le mandat de protection future. *Adde* A. BATTEUR, « Habilitation familiale et protection de la personne du majeur protégé », *Dr. fam.* 2016, Étude 45; D. NOGUÉRO, « Les pouvoirs de la personne habilitée sur les biens du majeur protégé et les sanctions applicables », *LPA* 25 nov. 2016, n° 236, p. 7, spéc. p. 9.

<sup>332</sup> Pour la suppression des autorisations, Rapport Caron-Déglise, 2018, préc., p. 67; approbation de l'assouplissement pour les actes relatifs à la personne après la loi de 2019, Rapport d'information n° 2075 du 26 juin 2019, Assemblée Nationale, sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, préc., 3. L'affirmation des droits fondamentaux et du respect de l'autonomie de la personne. Posture onusienne à la suite du Défenseur des droits.

<sup>333</sup> C. civ., art. 506-1. La gestion de la rupture était néanmoins prévue.

<sup>334</sup> C. civ., art. 461. Rédaction deux fois modifiée depuis la réforme de 2007.

<sup>335</sup> Principe d'interdiction de conclusion du pacte et pouvoir du tuteur autorisé pour y mettre fin, et la signification par le partenaire au seul tuteur, C. civ., anc. art. 506-1, abrogé par la loi de 2007. Silence alors pour la curatelle. Doctrine favorable à l'ouverture (une place à l'assistance). *Adde* Th. FOSSIER, « Le pacte civil de solidarité et les majeurs protégés », *JCP* 2001, I, 293.

<sup>336</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 2017, n° 16-24.832: *Bull. civ. I*; *JCP N* 2017, 991; *AJ fam.* 2018, p. 45, obs. E. PECQUEUR; *Dr. fam.* 2018, n° 18, obs. I. MARIA; *Dr. fam.* 2018, n° 23, note S. DUMAS-LAVENAC; *D.* 2018, p. 403, note G. RAOUL-CORMEIL; *Defrénois* 29 mars 2018, n° 13, 134u3, p. 26, obs. J. COMBRET; *RTD civ.* 2018, p. 78, obs. D. MAZEAUD; *JCP N* 2018, chron. 1222, note A. TANI; *D.* 2018, Pan., p. 1458, spéc. p. 1460, obs. J.-J. LEMOULAND. Motivation instructive.

<sup>337</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 mars 2017, n° 16-18.685: *LEFP* 2017-4, obs. A. BATTEUR; *Dr. fam.* 2017, n° 91, note S. DUMAS-LAVENAC; *Dr. fam.* 2017, n° 109, 2<sup>e</sup> esp., note I. MARIA; *D.* 2017, p. 1292, note M. SAULIER; *AJ fam.* 2017, p. 363, obs. P. HILT; *D.* 2017, Pan., p. 1490, spéc. p. 1496, obs. J.-J. LEMOULAND; *RTD*

il s'agit d'un acte personnel d'une certaine importance. Après 2019, on passe à l'assistance comme en curatelle<sup>338</sup>. La rupture par le majeur est maintenue avec la signification par le tuteur (la joie pour l'un, la paperasse pour l'autre) qui, à certaines conditions, dont l'autorisation, peut lui aussi prendre l'initiative de rompre unilatéralement (on évite l'inertie préjudiciable). Les amateurs de comparaisons feront celle avec le divorce. Dans les deux régimes, le majeur est toujours seul pour la déclaration conjointe (avant le 1<sup>er</sup> novembre 2017, au greffe) devant l'officier d'état civil ou le notaire. Les jeux étant faits, place est faite à l'autonomie des apparences ou du symbole. Ce serait comme aller à sa première boum avec un chaperon pour danser un *slow* à trois : désagréable. En revanche, du côté patrimonial, l'encadrement existe. Il pourrait se répercuter sur l'autonomie voulue par ailleurs, du moins pour entrer dans cette union. L'acte a un parfum frontalier entre le domaine de la personne et celui des biens. La conséquence sur les biens a peut-être dicté la méfiance originelle de 1999 prohibant le recours au pacs en tutelle, avant l'harmonisation avec le mariage en 2007. Il faudra voir la statistique du nombre de clients du pacs chez les majeurs protégés.

**Divorce.** S'agissant du divorce, il connaît aussi globalement la déjudiciarisation<sup>339</sup> mais conserve plutôt la ligne précédente dans l'ensemble. Là encore, comme pour la séparation de corps, il s'agit d'un acte mêlant protection de la personne et du patrimoine, particulièrement intime pour une grande part, soumis à un régime spécial, évolutif dans le temps. Par parenthèse, si l'on veut retenir la qualification d'acte et d'action strictement personnels pour cette désunion (sortie), par parallélisme avec le mariage (entrée), rien n'empêche de constater qu'il dispose de son régime propre.

Le majeur protégé peut être pris dans un divorce. Certains trouveront moralement choquant que l'on délaisse son conjoint placé sous une mesure de protection au moment où le pire arrive<sup>340</sup>. C'est un moyen de fuir la charge<sup>341</sup>. Le destin peut faire que le moment est peut-être mal choisi mais qu'il s'impose comme une évidence et que le désir de liberté (autre) est trop fort. Il vaut mieux cela que laisser

---

*cin.* 2017, p. 358, obs. J. HAUSER; A. GOUÉZEL, « Le PACS sans couple, une hérésie », *D.* 2017, Point de vue, p. 2038. Refus d'assistance en curatelle, mais fondement autre pour permettre la conclusion. Décision très commentée.

<sup>338</sup> C. civ., art. 462, réd. art. 10, L. n° 2019-222 du 23 mars 2019.

<sup>339</sup> C. civ., art. 229-2, créé par L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016. Interdiction de l'acte sous signature privée contresigné par avocats lorsque « 2° L'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre ». Renvoi pour la séparation de corps, C. civ., art. 298.

<sup>340</sup> Comp. sur la maladie du conjoint, C. civ., anc. art. 238, créé par L. n° 75-617 du 11 juill. 1975, en vigueur jusqu'au 1<sup>er</sup> janv. 2005. Et la clause de dureté, C. civ., anc. art. 240, abrogé par L. n° 2004-439 du 29 mai 2004. *Adde* M. CULIOLI, « La maladie d'un époux. Idéalisme et réalisme en droit matrimonial français », *RTD cin.* 1968, p. 253; D. LANGÉ, « Le conjoint de l'aliéné », *RTD cin.* 1984, p. 33.

<sup>341</sup> Comp. C. civ., art. 415, al. 4; art. 453.

pourrir la situation. Il ne faut pas voir le majeur protégé comme une simple victime. À l'inverse, le majeur faible peut vouloir se débarrasser pour une grande variété de motifs de son conjoint. Derrière des murs capitonnés, pour le majeur, à quoi peut bien correspondre l'union, surtout avec les tentations du monde libre pour celui qui est resté à l'extérieur. En définitive, c'est toujours l'histoire d'une séparation que chacun apprécie selon ses convictions. L'acte est éminemment personnel, bien que parfois, en subissant, on accompagne le désir de l'autre plus qu'on ne s'y associe<sup>342</sup>. L'évolution de la conception du divorce dans le temps peut également avoir des conséquences sur les règles propres aux majeurs protégés<sup>343</sup>.

Auparavant<sup>344</sup>, l'initiative du divorce dictait les règles. En bref, le majeur protégé assumait sa défense assisté par son curateur; en tutelle, l'action était exercée contre le tuteur représentant<sup>345</sup>. La demande en divorce au nom du majeur<sup>346</sup> exigeait l'assistance du curatelaire exerçant l'action lui-même. En tutelle, le tuteur la présentait, avec autorisation du conseil de famille<sup>347</sup> ou du juge des tutelles<sup>348</sup>. Pour cela, il fallait un avis médical<sup>349</sup>, et, « dans la mesure du possible »<sup>350</sup>, une audition du majeur<sup>351</sup>. Cela pouvait permettre de recueillir le sentiment du majeur et d'observer l'état de ses facultés, outre des risques pour sa santé. Il « n'appartient pas au juge qui autorise le tuteur à former une demande en divorce au nom du majeur, de porter une appréciation préalable sur le bien-fondé d'une telle demande »<sup>352</sup>.

Étant donné que le conjoint est souvent susceptible d'être l'organe protecteur, la procédure de divorce imposait un organe *ad hoc*<sup>353</sup>. Cette règle est

<sup>342</sup> Sur la conciliation, le conciliabule est aménagé si le conjoint « se trouve hors d'état de manifester sa volonté » (C. civ., art. 252-1, al. 3). Abrogation par loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 (art. 22).

<sup>343</sup> R. LINDON et Ph. BERTIN, « Un conflit fâcheux en matière de tutelle du conjoint assigné en divorce », *JCP* 1980, I, 2995; S. SIRE, « La protection de l'incapable majeur face au divorce », *LPA* 20 févr. 2003, n° 37, p. 7; Th. FOSSIER, « Le divorce des incapables », *JCP* 2005, I, 116; J. KLEIN et F. GEMIGNANI, « Du mariage et du divorce de la personne protégée », *Deffrénois* 2006, art. 38404, p. 887; F. MOUREAU, « Le divorce des majeurs protégés ou la désunion sous haute protection », *AJ fam.* 2012, p. 259.

<sup>344</sup> Dispositif créé par L. n° 75-617 du 11 juill. 1975. Modifié not. par la L. n° 2004-439 du 26 mai 2004. La réforme de 2007 n'a rien retouché tout en s'intéressant à la protection de la personne. Croyance sincère dans un travail récemment fait ou moyen commode de s'abstenir de mesurer l'impact du droit nouveau?

<sup>345</sup> C. civ., anc. art. 249-1, abrogé par l'art. 10, L. n° 2019-222 du 23 mars 2019.

<sup>346</sup> C. civ., anc. art. 249.

<sup>347</sup> Exclusivement dans la version d'origine, L. n° 75-617 du 11 juill. 1975.

<sup>348</sup> Introduit par L. n° 2004-439 du 26 mai 2004.

<sup>349</sup> Avis du médecin traitant dans la version d'origine, L. n° 75-617 du 11 juill. 1975, maintenue par L. n° 2004-439 du 26 mai 2004.

<sup>350</sup> D'où le tempérament possible. Comp. C. civ., art. 432, al. 2; art. 433, al. 3; art. 494-4, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>351</sup> Exigence introduite par L. n° 2004-439 du 26 mai 2004.

<sup>352</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juill. 2012, n° 10-28.370: *Dr. fam.* 2012, n° 153, obs. I. MARIA.

<sup>353</sup> C. civ., art. 249-2, réd. L. n° 2007-308 du 5 mars 2007. Modifiant la rédaction traitant de l'organe spécial pour l'incapable.

maintenue après la loi du 23 mars 2019. Avant elle, en présence d'un époux sous sauvegarde de justice, il fallait patienter jusqu'à l'organisation de la curatelle ou de la tutelle<sup>354</sup> (donc audition de principe et certificat médical circonstancié), pour examiner la demande en divorce<sup>355</sup>. Depuis son entrée en vigueur, le principe est étendu: « Si une demande de mesure de protection juridique est déposée ou en cours, la demande en divorce ne peut être examinée qu'après l'intervention du jugement se prononçant sur la mise en place d'une telle mesure de protection »<sup>356</sup>. Contrairement à l'article 459 du code civil, ne doit pas nécessairement être ouverte une tutelle ou une habilitation familiale. On peut toutefois se demander quel sera le sort du principe de subsidiarité.

La loi de 2019 revient sur les cas de divorce jusque-là fermés aux majeurs protégés quelle que soit la mesure<sup>357</sup>. Elle cantonne la voie barrée au divorce par consentement mutuel<sup>358</sup>, n'en déplaie au Défenseur des droits plus libéral en 2016, en ouvrant néanmoins le mariage en parallèle (cohérence?). Partant, l'innovation est l'accès au divorce accepté, rénové, avec l'optique de l'acte sous signature privée contresigné par avocat. Ici, le souci de protection prévaut encore sur une éventuelle aptitude de fait estimée insuffisante pour la « libéralisation ». Pour le reste, la représentation sans autorisation est introduite, en même temps qu'une plus grande liberté d'action :

« Dans l'instance en divorce, le majeur en tutelle est représenté par son tuteur et le majeur en curatelle exerce l'action lui-même, avec l'assistance de son curateur. Toutefois, la personne protégée peut accepter seule le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci »<sup>359</sup>.

---

<sup>354</sup> Le principe de subsidiarité reculait autoritairement, sauf à admettre que cette procédure justifiait un bouleversement général.

<sup>355</sup> C. civ., anc. art. 249-3, réd. L. n° 2004-439 du 26 mai 2004, introduisant la possibilité des mesures provisoires (art. 254 et 255) ou urgentes (art. 257).

<sup>356</sup> C. civ., art. 249-3, réd. art. 10, L. n° 2019-222 du 23 mars 2019: « [...] Toutefois, le juge peut prendre les mesures provisoires prévues aux articles 254 et 255 ». L'art. 257 est abrogé au 1<sup>er</sup> sept. 2020.

<sup>357</sup> C. civ., anc. art. 249-4, réd. L. n° 2007-308 du 5 mars 2007. À l'origine, seul le consentement mutuel était visé (loi de 1975). Puis, avec l'acceptation du principe de la rupture du mariage (loi de 2004), la prohibition a été élargie. La loi de 2007 a changé le renvoi pour désigner les mesures de protection juridique.

<sup>358</sup> C. civ., art. 249-4, réd. art. 10, L. n° 2019-222 du 23 mars 2019. Renvoi pour la séparation de corps, qui laisse de la place au consentement mutuel, C. civ., art. 296. En l'absence de précision, devrait être étendue la restriction pour les majeurs protégés. Comp. proposition beaucoup plus « libérale », Rapport Caron-Déglise, 2018, préc., p. 67.

<sup>359</sup> C. civ., art. 249, réd. art. 10, L. n° 2019-222 du 23 mars 2019. Il faut donner librement l'accord (C. civ., art. 234). Et l'assistance de l'avocat, C. civ., art. 233, al. 2, réd. art. 22, L. n° 2009-222 du 23 mars 2019, en vigueur au 1<sup>er</sup> sept. 2020.

S'agissant de l'action en justice, le rôle de l'organe protecteur est conservé, à côté de l'effacement de celui du juge, comme des garanties permettant de peser l'état de la personne (avis médical et audition). L'action comporte aussi des prétentions et conséquences patrimoniales – sans parler de son coût tempéré par l'aide éventuelle<sup>360</sup>. En revanche, rien n'est organisé en dehors des mesures judiciaires<sup>361</sup>. La subsidiarité pourrait-elle en souffrir à l'occasion ? Ne faudrait-il pas modifier les règles ? Doit-on tenir pour acquis que le majeur sous mandat de protection future ou habilitation familiale<sup>362</sup>, conservant en principe sa capacité juridique, a nécessairement l'aptitude pour suivre une telle procédure dans ce champ si sensible avec ses répercussions sur sa vie personnelle (enfants ou pas), comme sur sa situation patrimoniale au sens large ?

**Appréciations.** Ces différents textes montrent que le régime classique de l'acte relatif à la personne, dont l'acte strictement personnel (ni, ni), peut subir des altérations. Instrument d'anticipation pour la fin de vie, le législateur a fait le choix, que l'on peut trouver discutable et même démagogique, d'ouvrir la faculté d'élaborer des directives anticipées pour le majeur déjà placé sous tutelle<sup>363</sup>. Il s'agit d'un acte strictement personnel, face à la gestion du toboggan vers la mort, si bien que le tuteur ne peut ni assister ni représenter. Par précaution, afin de vérifier l'aptitude, il faut obtenir l'autorisation du juge ou du conseil de famille. La même procédure est instituée pour la désignation de la personne de confiance<sup>364</sup> en tutelle<sup>365</sup>, qui témoigne de la volonté de la personne désormais hors d'état de l'exprimer directement, en seconde ligne par rapport aux directives anticipées prioritaires<sup>366</sup>, ce qui suppose d'anticiper<sup>367</sup>. En outre, pouvoir est accordé à l'autorité qui délivre l'autorisation de confirmer une désignation antérieure à la mesure judiciaire ou, au contraire de la

---

<sup>360</sup> La remarque faite par nombre d'auteurs (A. Batteur ; L. Mauger-Vielpeau) est transposable aux différentes actions.

<sup>361</sup> Cpdt, sur la conciliation, l'époux hors d'état de manifester sa volonté. C. civ., art. 252-1, al. 3, abrogé par art. 22, L. n° 2019-222 du 23 mars 2019, au 1<sup>er</sup> sept. 2020.

<sup>362</sup> Des réflexions, A. BATTEUR, « Habilitation familiale et protection de la personne du majeur protégé », *Dr. fam.* 2016, Étude 45, spéc. n° 12 pour le divorce, et n° 10 pour le mariage sans autorisation.

<sup>363</sup> CSP, art. L. 1111-11, al. 7, depuis réd. L. n° 2006-87 du 2 févr. 2016 ; art. R. 1111-17, al. 1<sup>er</sup> ; art. R. 1111-18, I, 1<sup>o</sup>, c.

<sup>364</sup> À distinguer d'un aidant naturel ou choisi, pour la personne handicapée physiquement durablement empêchée. Ex. CSP, art. L. 1111-6-1.

<sup>365</sup> CSP, depuis réd. L. n° 2006-87 du 2 févr. 2016, art. L. 1111-6, al. 5 ; art. L. 1111-11, al. 7. Et CASF, art. L. 311-5-1, al. 4, créé par L. n° 2015-1776 du 28 déc. 2015. Les différentes personnes de confiance ont des missions variées, qui peuvent parfois se superposer. Une clarification est souhaitable.

<sup>366</sup> CSP, art. L. 1111-12.

<sup>367</sup> Not. sur ce riche sujet, D. NOGUÉRO, « La nécessité d'une anticipation de la fin de vie. Ajouts sur l'intérêt des personnes protégées », in A. BATTEUR et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Ethique et conditions de la fin de vie*, éd. Mare & Martin, coll. Sciences & Droit, 2016, p. 357.

révoquer<sup>368</sup>. L'intérêt du majeur sera probablement pesé (espérons-le)<sup>369</sup>. *Quid* d'une remise en cause dans ce secteur ô combien sensible? Pour les mesures autres que la tutelle, le seul consentement du majeur protégé suffit. La contestation sera-t-elle pour autant écartée? La précision des directives anticipées ou le réel et libre choix sans influence de la personne de confiance seront-ils garantis? Il faut se méfier de l'« anticipation tardive » en raison de la survenance consommée de l'altération des facultés personnelles lors de l'utilisation de l'instrument<sup>370</sup>.

À côté, il est des actes dont on peut s'interroger sur leur rattachement à la catégorie des actes strictement personnels, ne serait-ce que par rapprochement avec d'autres. Par exemple, le prénom identifie fortement l'individu<sup>371</sup>. L'ordre public a largement reculé au fil du temps pour accorder davantage de liberté<sup>372</sup>. Pour le changement, l'adjonction, la suppression ou la modification de prénom, à la différence du mineur de treize ans dont le consentement personnel est requis, le majeur en tutelle doit présenter la demande par son représentant légal<sup>373</sup>. Dans les faits, on doute de l'efficacité d'une démarche sans intention du majeur lui-même! Dans cette veine d'identification, le changement de nom du majeur protégé a moins attiré l'attention! La qualification d'acte strictement personnel est généralement proposée par les auteurs<sup>374</sup>.

**Droit de vote.** La loi du 23 mars 2019 a abrogé le pouvoir du juge des tutelles lui permettant de supprimer le droit de vote en tutelle<sup>375</sup>, qui figurait à l'ancien article L. 5 du code électoral (sans toucher à l'éligibilité)<sup>376</sup>. Ils l'ont voulu

<sup>368</sup> CASF, art. L. 311-5-1, al. 4, *in fine*, créé par L. n° 2015-1776 du 28 déc. 2015; CSP, art. L. 1111-6, al. 5. Déjà, version de l'anc. art. L. 1111-6, al. 3, issu de la L. n° 2002-303 du 4 mars 2002.

<sup>369</sup> Signalons simplement la délicate articulation des missions de la personne de confiance et de l'organe protecteur, sans parler du rôle d'un éventuel conjoint, qualités dissociées ou cumulées!

<sup>370</sup> Si les directives anticipées s'imposent par principe au praticien, il dispose d'une large gamme de moyens pour les neutraliser. V. CSP, art. L. 1111-11, réd. L. n° 2016-87 du 2 févr. 2016; art. R. 4127-37-1, créé par Décr. n° 2016-1066 du 3 août 2016.

<sup>371</sup> V. *supra*.

<sup>372</sup> Spécialement à partir de L. n° 93-22 du 8 janv. 1993.

<sup>373</sup> C. civ., art. 60, al 1<sup>er</sup> (depuis L. 93-22 du 8 janv. 1993).

<sup>374</sup> Reste la question de la procédure. Il peut être proposé de privilégier la demande du majeur seul. La question essentielle reste de savoir si seule sa demande personnelle est recevable – comme le principe dégagé en 2013 et confirmé en 2015 pour d'autres actes –, ou s'il peut, à défaut, être assisté voire représenté, ou seulement représenté sur le modèle légal du prénom prévu pour la tutelle.

<sup>375</sup> D. NOGUÉRO, « Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés. Hommage à un juge des tutelles humaniste », in G. RAOUL-CORMEIL et A. CARON-DÉGLISE (coord.), *La vie privée de la personne protégée, In memoriam Thierry Verbeyde* éd. Mare & Martin, coll. Droit privé & science criminelle, 2019, Étude 6, p. 75, et « *Addendum* Vote et majeurs protégés, fin mars 2019 », [www.davidnoguero.com](http://www.davidnoguero.com)

<sup>376</sup> Comp., au pénal, incapacité d'être juré pour les majeurs sous sauvegarde de justice, curatelle et tutelle, C. pr. pén., art. 256, 8°. N'est pas visé celui sous mandat de protection future ou habilitation familiale (analogie?). Il reste la catégorie possiblement accueillante de ceux placés dans un établissement psychiatrique (avec un renvoi erroné aux anciennes dispositions du CSP).

dans un élan onusien relatif au handicap ; ils l'ont politiquement obtenu en France, après des observations pourtant autres d'un précédent gouvernement. Qui ? Les tutélaires prompts à discuter le principe de leur mesure ou la désignation de leur tuteur, en revendiquant banderoles à l'appui, alors que le contentieux sur la faculté de suppression du droit de vote est inexistant<sup>377</sup> ? Non. Il s'agit de ceux qui se sentent autorisés à agir officiellement en leur nom en indiquant que telle est leur préoccupation existentielle et qu'il faut garantir leur autonomie, leur égalité, leur citoyenneté inclusive, bafouées selon des statistiques impressionnantes dont on aimerait connaître la méthodologie exacte pour une appréciation scientifique. Dans la suite du Défenseur des droits, de divers comités de droits de l'homme, du rapport Caron-Dégliise<sup>378</sup>, de plusieurs associations, et de la militante secrétaire d'État chargée des personnes handicapées, la loi du *lobbying* dominant s'impose. L'abrogation restitue immédiatement le droit de vote<sup>379</sup> – effet immédiat de quasi urgence pour les élections européennes du printemps 2019 –, sous réserve d'inscription sur la liste électorale, et l'information doit être diffusée au mieux<sup>380</sup>.

Il faut néanmoins organiser concrètement le soutien ou l'accompagnement pour le vote. L'électeur atteint d'infirmité certaine le mettant dans l'impossibilité d'introduire et de glisser son bulletin là où il faut, peut se faire assister par un électeur de son choix, sous certaines réserves<sup>381</sup>. L'accessibilité était déjà à l'œuvre auparavant. La notion d'infirmité doit-elle être interprétée largement pour comprendre le majeur protégé quelle que soit la nature de l'altération de ses facultés ? Pas si sûr... Où l'on voit qu'on ne peut fondre et confondre handicaps et majeurs protégés.

Ce droit de vote a pu être qualifié de droit strictement personnel par certains. L'article L. 72-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du code électoral dispose que « Le majeur protégé exerce personnellement son droit de vote pour lequel il ne peut être représenté par la personne chargée de la mesure de protection le concernant », interdiction générale sans distinction, là, entre les organes. Il n'y a aucune vérification d'aptitude

---

<sup>377</sup> Contestation accueillie, civ. 1<sup>re</sup>, 13 juin 2019, n° 18-19.079 : *Dr. fam.* sept. 2019, n° 185, note I. MARIA ; *RJPF* 2019-9/17, obs. S. MAUCLAIR ; *Defrénois* 10 oct. 2019, n° 41, 152d7, p. 37, obs. D. NOGUÉRO ; *Defrénois* 10 oct. 2019, n° 41, 152e0, p. 40, 2<sup>e</sup> esp., obs. J. COMBRET ; *LPA* 29 oct. 2019, n° 216, 147k4, p. 3, note D. NOGUÉRO. Pas de contestation du retrait, civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2019, n° 18-10.641 : *D.* 2019, Pan., p. 1412, spéc. p. 1417, obs. D. NOGUÉRO.

<sup>378</sup> Rapport Caron-Dégliise, 2018, préc., p. 62-64, 96, prop. n° 5. Y voyant un droit strictement personnel. Encore, saluant l'« avancée » de la loi, et renvoyant aux recommandations du Défenseur des droits pour l'effectivité du vote, Rapport d'information n° 2075 du 26 juin 2019, Assemblée Nationale, sur les droits fondamentaux des majeurs protégés, préc., p. 48-52, propositions n° 17 et n° 18.

<sup>379</sup> Art. 109, IV, L. n° 2019-222 du 23 mars 2019.

<sup>380</sup> Circulaire CIV/04/2019 du 25 mars 2019, annexe 9.

<sup>381</sup> C. élect., art. L. 64, réd. art. 11, L. n° 2019-222 du 23 mars 2019, renvoyant à l'art. L. 72-1 pour ceux ne pouvant assister l'électeur sous tutelle. Déjà, réd. L. n° 69-419 du 10 mai 1969 et réd. L. n° 88-1262 du 30 déc. 1988.

*a priori*<sup>382</sup>, le citoyen pouvant donc ne pas en disposer<sup>383</sup>. En outre, le majeur protégé peut donner procuration qui, sauf erreur, permet d'être représenté<sup>384</sup>. Suit une liste de personnes à qui la procuration ne saurait être délivrée (qui vérifie le jour du scrutin?), dont sont exclus les tuteurs dits familiaux, eux possibles mandataires sans autorisation à recueillir, dans l'opinion dominante qui occulte la formulation générale du premier alinéa... Une autre interprétation pourrait défendre que seules les personnes visées par la suite du texte (mandataire judiciaire assumant la protection de l'intéressé, et différentes personnes dans des établissements et services décrits) ne peuvent être désignées comme représentant pour voter en lieu et place du majeur protégé, et que le premier alinéa a simplement voulu rappeler qu'il fallait privilégier le vote direct de l'électeur vulnérable. Mais, la rédaction de la loi est ce qu'elle est, qui prohibe littéralement la procuration donnée à la personne chargée de la mesure, expression générique. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Nouvelle maladresse de confection? Il faudra voir comment les responsables des bureaux de vote à qui la charge des contrôles va incomber vont se débrouiller pour opérer de telles vérifications (effectives?) et quel sera la (ou les?) direction suivie pour l'interprétation de la loi. Ne doutons pas d'un message venu d'en haut pour orienter les pratiques. Il reste néanmoins les recours électoraux.

En synthèse, il n'y a plus d'intervention du juge. La revendication du droit de vote a abondamment alimenté les débats *ante* loi du 23 mars 2019. L'ouverture ainsi réalisée avec son soubassement idéologique est la porte d'entrée pour l'extension, au nom des droits fondamentaux et des libertés, d'un recul du rôle du juge et des mesures protectrices des majeurs. Au nom de réflexions souvent anglo-saxonnes sur d'autres façons d'appréhender les « capacités » des individus est attaquée la notion même de capacité juridique et son revers. En outre, les économies budgétaires attendues auront moins d'impact sur l'élite qui contractualisera sa protection que pour la masse de ceux qui demanderont l'aide de la collectivité publique<sup>385</sup>.

**Bilan et proposition.** L'ensemble de ces dispositions diverses est assez hétéroclite. Une remarque générale s'impose. Dans le domaine personnel, recourir à certains actes est exceptionnel en pratique. On ne se marie pas tous les jours. Par ailleurs, des actes ne seront pas tous nécessaires ou utiles selon la période de vie du majeur, comme le divorce pour la veuve en fin de vie. Lorsque l'acte est identifié comme pouvant entraîner certaines répercussions importantes, *a fortiori*

<sup>382</sup> Comp. CPC, art. 1219, al. 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>. Le texte devait être révisé désormais. Chose faite avec Décr. n° 2019-756 du 22 juill. 2019 (art. 3) supprimant la référence au droit de vote. Plus largement, le texte aménage la procédure pour la protection juridique.

<sup>383</sup> Comp. à propos de la demande de passeport présentée par le tuteur avec la présence du majeur lors du dépôt de celle-ci, et lors de la remise du document, toujours avec le représentant. Art. 8 et 10, Décr. n° 2005-1726 du 30 déc. 2005, mod. Décr. n° 2016-1460 du 28 oct. 2016.

<sup>384</sup> C. élect., art. R. 5 : « muni d'un mandat écrit ».

<sup>385</sup> Et pourtant, V. C. civ., art. 415, al. 4.

graves, la bonne méthode est peut-être de le réglementer spécifiquement, ce qu'a fait au moins partiellement la loi de 1968, laissant le solde à l'hypothèse du non-droit, quitte à ce que la difficulté ponctuelle soit présentée au juge.

Il faut faire le choix de la place réservée à l'autonomie. Il est peut-être bon de la vérifier en empruntant la voie de l'audition par une autorité délivrant une autorisation préalable sur la base de données médicales attestant de l'aptitude réelle. Bien qu'elle ne soit pas dans l'air du temps qui paraît favoriser la souplesse (ou la prise de risque?), cette certification, qui est une étape sécurisante et non un obstacle ou une brimade, permet à l'autonomie reconnue du majeur, authentifiée, de s'épanouir ensuite sans entrave. Les régimes spéciaux pour tel ou tel acte peuvent s'inspirer les uns des autres. Pour cela, il faut retrouver une justice gracieuse. L'intervention sérieuse du juge pourrait permettre d'éviter les résistances et un contentieux ultérieur, du moins de les réduire de façon drastique.

Sous la loi de 1968, la jurisprudence créatrice n'avait pas hésité à transporter des textes plutôt prévus pour la protection des biens, semble-t-il, dans le champ personnel<sup>386</sup>. Il s'agit des dispositions relatives à la modulation de capacité juridique<sup>387</sup> qui ont un équivalent sous la loi de 2007<sup>388</sup>. Elles permettent normalement la restitution de capacité juridique, au moins résiduelle. La capacité juridique ainsi retrouvée par cette voie, serait-ce pour un îlot, peut être déduite plus solidement l'existence du consentement exprimé dans la continuité temporelle, sans trop attendre. Quel que soit le domaine exact de ces textes, il est possible de s'inspirer de la méthode à l'œuvre pour la transposer.

Pour l'illustration, on retrouve l'adoption. Dans une affaire jugée sous l'empire de la loi de 1968, le tuteur était assisté du tuteur mais sans autorisation judiciaire. Le « juge des tutelles, sur l'avis du médecin traitant, peut autoriser le majeur protégé à présenter, seul ou avec l'assistance du tuteur ou de la personne qui en tient lieu, une requête en adoption », qualifiée d'acte strictement personnel<sup>389</sup>. Explicitement, la Cour admet l'assistance afin de présenter la requête en adoption simple (l'action; pas l'acte). Son consentement aurait dû exister à cette date. De plus, il peut se désister tant que le jugement n'est pas passé en force de chose jugée. Dans un autre cas, le même attendu est employé pour une autorisation à consentir à sa propre adoption<sup>390</sup>. Toutefois, en l'espèce, « la maladie

<sup>386</sup> Limite pour le droit de vote (C. civ., art. 7). Civ. 2<sup>e</sup>, 7 mai 1981, n° 81-60.715: *Bull. civ. II*, n° 115; civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 1982, n° 81-15.205: *Bull. civ. I*, n° 325; D. 1983, p. 388, note J. MASSIP; *Defrénois* 1983, art. 33082, n° 50, p. 783, obs. J. MASSIP; *RTD civ.* 1986, p. 327, spéc. 329, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

<sup>387</sup> Sur l'esprit d'individualisation de la mesure de la loi de 1968 et la prise en compte des tiers, J. CARBONNIER, « Essais sur les lois », *op. cit.*, 1979, p. 56-58.

<sup>388</sup> En curatelle, C. civ., anc. art. 511; art. 471. Curatelaire seul ou avec l'assistance étendue. En tutelle, C. civ., anc. art. 501; art. 473, al. 2. Tutélaire seul ou avec assistance.

<sup>389</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2007, n° 05-20.243, préc.: visa notamment de l'art. 501 (ancien) C. civ.

<sup>390</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 oct. 2008, n° 07-16.094, préc.

dont (la tutélaire) souffrait ne permettait pas l'application des dispositions de l'article 501 du code civil ». En extrapolant, si l'état du majeur s'y prêtent, pourquoi pas l'autonomie<sup>391</sup> ? Il faut concevoir que la souplesse requiert l'intervention d'un juge attentif.

Avec le dispositif de 2007, il pourrait être distingué selon les actes en bornant le pouvoir du juge. Pour les actes qualifiés de strictement personnels, il ne pourrait y avoir qu'une reconnaissance judiciaire de capacité naturelle – si elle existe vraiment –, donc ni assistance, ni représentation. Plutôt que de proclamer une telle aptitude, sans s'assurer de sa réception concrète dans les relations juridiques, elle serait ainsi certifiée, pleinement opposable à autrui, car il faut bien organiser les rapports entre tous<sup>392</sup>.

## CONCLUSION

Si l'on retient que l'humanisme doit pousser à mieux prendre en considération l'autonomie du majeur, il ne faut pas s'arrêter à son seul sentiment, désir ou souhait. Dans le respect de sa personne, il faut veiller à ce qu'une expression ne soit pas une coquille vide, sinon on peut lui faire assumer n'importe quoi. Elle doit résulter d'une aptitude réelle qui suppose un minimum de lucidité. Il faut trouver la procédure la mieux à même d'en garantir la vérification, gage de son efficacité, en assurant pour tous le maximum de sécurité. Au-delà de la modification des textes et des idéologies, les moyens matériels de mettre en œuvre le droit comptent ! L'empathie et l'attention individualisée à l'autre ont un coût de mise en œuvre.

---

<sup>391</sup> Comp. civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 1995, n° 93-19.422 ; *LPA* 22 mai 1996, n° 62, p. 20, note J. MASSIP ; *Deffrénois* 1996, art. 36354, n° 51, p. 737, obs. J. MASSIP : pour un refus de curatelle renforcée, donc le maintien de la tutelle, au regard de l'état pathologique chronique de l'intéressée, « les aménagements précédemment apportés à la tutelle – en application de l'article 501 du code civil – ont conféré à Mlle X. une autonomie conforme à son état, tout en lui assurant la représentation juridique qu'exige celui-ci ».

<sup>392</sup> J. CARBONNIER, « Essais sur les lois », préc., p. 65.