

**DEMANDE D'AVIS N° Y 1570001**

*(Art. L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire)*

*(Art. 1031-1 à 1031-7 du code de procédure civile)*

*(Art. 706-64 et suiv. du code de procédure pénale)*

**COUR D'APPEL DE DOUAI**

**SÉANCE du 13 avril 2015 à 9 heures 30**

Conclusions de Monsieur le premier avocat général  
Philippe INGALL-MONTAGNIER

-----

Par arrêt en date du 15 décembre 2014, la cour d'appel de Douai a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur les questions suivantes :

*- Question n° 1 : "L'article 1246, alinéa 1<sup>er</sup> du code de procédure civile rend-il recevable la demande, formée pour la première fois en cause d'appel, par un majeur protégé aux fins de mainlevée de la mesure de protection dont il fait l'objet, alors que l'appel principal a été formé seulement par la personne désignée pour l'exercer, contre la décision du juge des tutelles ayant procédé à cette désignation, le juge des tutelles n'ayant été saisi que d'une requête aux fins d'être déchargée de cet exercice fait par la personne qui en avait précédemment la charge ?"*

*- Question n° 2 : "La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs ayant supprimé la notion de vacance d'une mesure de protection prévue par l'ancien article 433 du code civil, le juge peut-il mettre fin à une mesure de protection lorsqu'il constate l'impossibilité d'en confier l'exercice tant à un membre de la famille ou à un proche qu'à un quelconque mandataire judiciaire à la protection des majeurs ? A défaut, peut-il maintenir la mesure de protection tout en constatant une telle impossibilité ?"*

Ces deux questions, soulevées à l'occasion des difficultés d'exécution d'une mesure de curatelle renforcée, dont la cour de Douai a été saisie sur appel d'une ordonnance du juge des tutelles de Douai en date du 20 juin 2014, ont ainsi trait :

- d'une part à la recevabilité de la demande formée par une personne sous curatelle qui, intervenant pour la première fois en cause d'appel dans la procédure concernant la désignation du mandataire judiciaire destiné à l'assister, sollicite la mainlevée pure et simple de la mesure de protection dont elle fait l'objet;

- et, d'autre part, à la nature et au contenu des décisions restant ouvertes au juge, dès lors qu'il est amené à constater l'impossibilité de confier la mesure de protection tant à un membre de la famille ou un proche qu'à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs (spécialement à la suite du refus de ce dernier d'accepter la mission en raison du comportement et de la personnalité de la personne protégée qu'il considère ne pas être en mesure de prendre en charge utilement, craignant même pour la sécurité de ses agents).

Dans le cadre de l'étude de ces questions, et à raison notamment de leur implication en pratique quotidienne pour les juridictions, le parquet général, après en avoir informé le conseiller-rapporteur, a estimé utile de solliciter l'avis de la Chancellerie (Direction des Affaires Civiles et du Sceau) ainsi que de la Conférence Nationale des Premiers Présidents et de l'Association Nationale des Juges d'Instance. Il a été répondu favorablement à ces sollicitations et les avis correspondants, **reproduits en annexe**, seront également cités en cours de discussion.

## **I) RÉGULARITÉ DE LA DEMANDE D'AVIS :**

### **A) Conditions de forme:**

Ces conditions sont remplies en ce que, conformément à l'article L 441-1 du code de l'organisation judiciaire, la demande émane d'une juridiction judiciaire et qu'il a été dûment procédé aux avis et diligences prévus aux articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile.

### **B) Conditions de fond:**

- a) Ces conditions paraissent remplies au regard des points suivants :

-- La réponse à l'une et l'autre question commande l'issue de l'affaire pendante devant la cour de Douai.

-- Ce sont des questions inédites et posant des difficultés sérieuses en ce que:

- il s'agit de dispositions récentes (loi du 5 mars 2007 supprimant la situation de "vacance d'une mesure de protection" anciennement prévue à l'article 433 du code civil; décret du 23 décembre 2009 modifiant la rédaction de l'article 1246 al 1 du code de procédure civile);

- ces dispositions posent des difficultés d'interprétation sur lesquelles la Cour de cassation n'a pas été amenée à statuer et ne faisant pas l'objet d'un pourvoi pendant.

-- Ces questions ont vocation à se poser dans de nombreux litiges, considérant le nombre de mesures de protection suivies par l'Institution judiciaire (Plus de 70.000 mesures de tutelle et curatelle ouvertes en 2013; 668.306 personnes majeures suivies par les juges des tutelles en 2014, nombre en progression de 6% sur les cinq dernières années).

**-b)** Il apparaît en revanche que, contrairement aux dispositions de l'article L. 151-1 du C.O.J., la **seconde question** comporte des **éléments de fait** devant conduire à **ne pas accueillir la demande d'avis sur ce point**.

En effet, la réponse à cette question suppose l'examen des circonstances concrètes de l'espèce, telle notamment la possibilité ou non de saisir un autre mandataire judiciaire, question ayant vocation à être soumise à débat contradictoire devant les juges du fond, du pouvoir souverain desquels relève l'appréciation de la situation de fait et la décision à prendre. (C'est au demeurant ce qui résulte du courrier en date du 9 décembre 2014 à la chambre des tutelles de la cour de Douai par lequel Me Bonduelle, avocate de la personne sous curatelle, précise qu' à son avis il subsiste des mandataires judiciaires privés qui n'ont pas encore été consultés).

Il sera néanmoins procédé à son étude, pour le cas où la Cour estimerait possible d'y apporter une réponse.

## **II) SUR LE FOND :**

### **A) PREMIÈRE QUESTION**

Cette question se ramène à déterminer si les dispositions de l'article 1246 alinéa 1er du code de procédure civile constituent une exception aux principes régissant l'étendue de la saisine de la juridiction d'appel tels qu'ils résultent des articles 561 à 567 du code de procédure civile.

1- Comme il est dit aux articles 561 et 562 du code de procédure civile, d'une part : "*l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit*" et, d'autre part : "*l'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent*".

Ainsi que la Cour de cassation le rappelle de façon constante en application de ces dispositions, la juridiction d'appel est saisie de l'entière connaissance du litige, mais cette dévolution est limitée aux points soumis au premier juge et sur lesquels celui-ci s'est prononcé dans son dispositif. (Exemple concernant un recours relatif à une mesure de protection : 1ère Civ. 08/07/2010 N° 09-15090).

2- L'article **1246 al 1er du code de procédure civile**, aux termes duquel "*la cour peut, même d'office, substituer une décision nouvelle à celle du juge des tutelles ou à la délibération du conseil de famille*",  **vise à satisfaire à l'objectif d'adaptation permanente des mesures de protection** à la situation de la personne concernée. Il donne ainsi au juge d'appel toute latitude pour prendre en compte l'éventuelle évolution

des circonstances de fait depuis la première instance et, en tant que de besoin, **substituer son appréciation à celle du premier juge** (ce qui suppose bien une décision du premier juge) pour arrêter - y compris d'office - toute nouvelle mesure requise par la situation et l'intérêt de la personne protégée.

C'est dans le même esprit que l'alinéa 2 de cet article prévoit que le juge des tutelles conserve en tout état de cause le pouvoir de prendre toute mesure de protection jusqu'à la clôture des débats devant la cour d'appel.

L'ensemble de ce dispositif garantit donc bien, conformément à la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6), l'effectivité pour la personne protégée du droit d'accès à un juge et de présenter un recours.

Il permet d'autre part, dans le droit fil de la Recommandation du Conseil de l'Europe en date du 23/02/1999, d'assurer une réponse souple et modulée aux situations d'incapacité par la prise de mesures en permanence adaptées, c'est à dire nécessaires et proportionnées tout en préservant le plus possible la capacité de la personne.

Dans ces conditions, admettre une évocation directe par la cour d'appel, sous couvert de l'article 1246 al 1, n'apporte aucune garantie supplémentaire utile aux droits de la personne protégée.

Au surplus, ce serait contraire aux règles régissant l'appel. Cela présenterait d'autre part l'inconvénient majeur de faire perdre à la personne le bénéfice du double degré de juridiction.

### **3- L'article 1246 al 1 du code de procédure civile n'a pas et ne saurait avoir d'incidence sur les règles délimitant le champ de l'appel.**

Il ne peut en particulier être considéré comme ajoutant un cas de figure supplémentaire à la liste des exceptions à la possibilité de limitation de l'effet dévolutif, prévues limitativement et expressément au second alinéa de l'article 562 du code civil (*... "lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible"*).

Il n'ajoute pas plus d'exception supplémentaire à la règle - portée par l'article 564 du code de procédure civile - d'interdiction de présenter des prétentions nouvelles en appel, dont les exceptions figurent aux articles 564, 566 et 567 du même code (Prétentions nouvelles destinées à opposer la compensation, à faire écarter les prétentions adverses, à faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, à faire juger les questions nées de la survenance ou de la révélation d'un fait; Prétentions ayant pour but d'explicitier celles soumises aux premiers juges ou d'ajouter à celles-ci des demandes accessoires; Demandes reconventionnelles).

\* \* \*

Au total, en l'absence de mention expresse, la combinaison des dispositions délimitant le champ de l'appel et de celles permettant l'intervention constante du juge des tutelles démontre que l'article 1246 al. 1er du code de procédure civile ne saurait servir de fondement pour déroger aux règles régissant l'effet dévolutif de l'appel. Elles montrent d'autre part qu'une telle dérogation n'est pas nécessaire puisque toutes les

voies d'accès au juge existent et, qui plus est, avec l'avantage du double degré de juridiction.

La Direction des affaires civiles et du sceau ainsi que la Conférence nationale des premiers présidents partagent le même avis pour les mêmes motifs. L'Association nationale des juges d'instance ne s'est, quant à elle, pas prononcée sur ce point.

\* \* \*

**Il est ainsi proposé de répondre à la question posée** que, hors les exceptions prévues par le code de procédure civile, l'article 1246 al 1 de ce code ne permet pas au majeur faisant l'objet d'une mesure de protection d'intervenir pour la première fois en cause d'appel pour soumettre à la cour un point dont la juridiction du premier degré n'était pas saisie et, partant, sur lequel elle ne s'est pas prononcée, ce point demeurant en tout état de cause de la compétence du juge des tutelles, par application du second alinéa du même article.

## **B) SECONDE QUESTION**

L'impossibilité pratique de confier la mesure à un proche ou à un quelconque mandataire à la protection des majeurs fonde-t-elle le juge à mettre fin à la mesure de protection ?

Aux termes de l'article 415 du code civil fixant les principes directeurs du régime de protection des majeurs, cette protection est "un devoir des familles et de la collectivité publique".

Le législateur a entendu faire porter prioritairement sur la famille ou les proches la charge de la curatelle ou de la tutelle. Ce n'est que dans l'hypothèse où ceux-ci ne peuvent assumer cette charge que l'article 450 du code civil prévoit que le juge, qui devra motiver la raison pour laquelle il ne peut avoir recours à la famille, désigne un mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

Ce dernier, choisi par le juge sur une liste préfectorale établie conformément à l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles, ne peut - comme l'indique l'article 450 du code civil - refuser d'accomplir les actes urgents commandés par l'intérêt de la personne protégée. Dès lors qu'il a sollicité et obtenu son inscription sur la liste préfectorale des professionnels agréés, le mandataire judiciaire est un acteur du dispositif de protection des majeurs dans son volet public et s'engage à répondre aux demandes de l'Autorité judiciaire.

Le rapporteur de la loi réformant le régime de protection juridique des majeurs indiquait ainsi dans son rapport du 10 janvier 2007 à l'Assemblée Nationale : "*en principe un mandataire ne pourra refuser d'être désigné, son inscription sur la liste préjugeant de son aptitude et de son engagement à répondre aux sollicitations judiciaires*".

Cependant, comme il le laissait en même temps entendre, ce principe clair n'est pour autant pas dénué d'une certaine souplesse de mise en oeuvre.

En effet, en prévoyant que le mandataire ne peut refuser d'accomplir les actes urgents, l'article 450 du code civil admet a contrario des possibilités de refus.

Cette solution pragmatique confirme la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation (par exemple 1ère Civ 05/03/1991) admettant à titre exceptionnel un refus de prise en charge par le mandataire désigné si cela est justifié par des raisons dirimantes, tenant notamment à la capacité matérielle et financière du mandataire d'assurer la mesure ou à une difficulté liée à un problème de conflit d'intérêts ou encore d'indépendance du mandataire.

Il n'en reste pas moins que, comme vu ci-dessus, le mandataire ne pouvant refuser d'accomplir les actes urgents, la mesure de protection ne peut en principe jamais être totalement suspendue.

De plus, même au cas de grande difficulté ou d'impossibilité de trouver une personne ou un organisme en capacité de prendre en charge utilement la protection du majeur, la publicité de la mesure et l'opposabilité qui en résulte à l'égard des tiers, ainsi que l'inefficacité ou la nullité des actes accomplis sans l'assistance du tuteur ou du curateur dans les cas où la loi le prévoit, jouent un effet protecteur minimum qui n'est pas à négliger et vaut en tous cas mieux que l'absence de toute mesure.

Par ailleurs, on ne saurait tirer argument par analogie des dispositions de l'article 443 al 2 du code civil qui donnent au juge la faculté de mettre fin à une mesure de protection pour une raison de pur fait tenant à l'impossibilité d'en assurer le suivi à raison de la résidence à l'étranger de l'intéressé.

Au contraire, la précision de l'article 443 qui énumère dans son ensemble les cas de fin de la mesure, conduit à considérer que les exceptions qui n'y sont pas expressément prévues ne sauraient être admises.

**L'impossibilité de confier la mesure de protection à une personne ou un organisme ne constitue ainsi pas une cause légale de mainlevée de cette mesure**, dont la prise initiale puis ultérieurement le maintien, le renouvellement ou au contraire la mainlevée, se font au vu des conditions générales rappelées aux articles 425 et 440 du code civil, à savoir : l'altération des facultés mentales ou le besoin continu d'être assisté ou contrôlé pour les actes importants de la vie civile.

\* \* \*

-- La Conférence nationale des premiers présidents s'est déclarée partagée sur la réponse à cette question. Elle indique ainsi que la mainlevée permet de tirer les conséquences de l'impossibilité matérielle de mettre en oeuvre la mesure et qu'elle offre l'intérêt de décharger le juge et les organes de leur responsabilité alors même qu'ils ne peuvent l'assumer du fait des difficultés pratiques et matérielles s'opposant au bon accomplissement de la mesure.

Elle souligne néanmoins que le maintien de la mesure offre à l'inverse l'intérêt de protéger le majeur pour les actes passés avec des tiers dès lors que son incapacité avait fait l'objet des mesures de publicité utiles.

-- L'Association nationale des juges d'instance manifeste pour sa part un consensus en faveur de la levée de la mesure de protection quand son exercice s'avère impossible à raison du comportement de la personne protégée.

Elle saisit cette occasion pour souligner les difficultés pratiques importantes auxquelles sont confrontés les magistrats du fait de la limitation du nombre de mesures dont peuvent se charger les mandataires judiciaires.

-- La Direction des affaires civiles et du sceau précise que l'impossibilité de trouver une personne à laquelle confier la charge d'une mesure de protection ne devrait pas exister au regard du dispositif résultant de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 qui a professionnalisé l'activité de tuteur ou curateur non familial.

Elle indique qu'en raison de problèmes de financement, il est arrivé que des mandataires individuels refusent des mesures dont ils ne pouvaient assumer la charge. Elle rappelle que ce droit de refuser une mesure nouvelle résulte d'une lecture a contrario de l'article 450 du code civil, qui énonce expressément que le mandataire ne peut refuser d'accomplir les actes urgents que commande l'intérêt de la personne protégée, notamment les actes conservatoires indispensables à la préservation de son patrimoine.

Elle conclut qu'il paraît néanmoins délicat de fonder une décision de mainlevée de la mesure de protection sur la difficulté de trouver une personne pour exercer celle-ci. En effet, une décision de mainlevée doit être justifiée par la disparition de la cause ayant déterminé la mise en place d'une mesure de protection, à savoir, en vertu de l'article 425 du code civil, le fait que la personne ne se trouve plus dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté.

\* \* \*

Pour notre part, tout en reconnaissant la difficulté pratique que cela peut présenter dans certains cas particulièrement difficiles, nous maintiendrons en conséquence de l'ensemble de ces considérations, qu'il ne paraît **pas possible d'un strict point de vue juridique d'admettre que le juge puisse mettre fin à une mesure de protection d'un majeur au seul motif de l'impossibilité constatée d'en confier la responsabilité à un membre de la famille ou à un proche ou à un mandataire de justice.**

Il sera donc conclu à ce qu'il soit répondu en ce sens à la cour d'appel de Douai, pour le cas où la Cour estime possible de rendre un avis sur cette question.