

Demande d'avis n° Y1570001

Séance du 13 avril 2015

Association Ariane
M. X...
L'AGSS de l'UDAF

Rapporteur : Rachel.Le-Cotty

RAPPORT

Par arrêt du 15 décembre 2014, la cour d'appel de Douai a saisi la Cour de cassation de la demande d'avis suivante :

“Question n° 1 :

L'article 1246, alinéa 1^{er}, 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 déchargé de cet exercice faite 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 ?”

Plan du rapport

I - Rappel des faits et de la procédure

II - Recevabilité de la demande d'avis

- A - Au regard des règles de forme
- B - Au regard des règles de fond
 - 1 - La question doit être une question de droit
 - 2 - La question doit être nouvelle

- 2.1 - Nouveauté de la première question
- 2.2 - Nouveauté de la seconde question
- 3 - La question doit être sérieuse
- 4 - La question doit se poser dans de nombreux litiges

III - Eléments de réponse aux questions posées

- A - La première question et l'office du juge d'appel
 - 1 - Protection juridique des majeurs et adaptation du droit commun de l'appel
 - 2 - Protection juridique des majeurs et effet dévolutif de l'appel

- B - La seconde question et l'office du juge des tutelles
 - 1 - La protection juridique des majeurs : un devoir pour la collectivité
 - 2 - La protection des majeurs et les organes chargés de sa mise en oeuvre : quelles obligations pour les mandataires judiciaires ?
 - 2.1 - Un nouveau corps de mandataires judiciaires chargé de la protection des majeurs
 - 2.2 - Le droit pour le mandataire judiciaire à la protection des majeurs de refuser la mission qui lui est confiée, sauf actes urgents
 - 3 - Protection des majeurs et principe de réalité : quel équilibre pour le juge des tutelles ?

Après le rappel des faits et de la procédure, seront donc examinés la recevabilité de la demande d'avis et les éléments de réponse au fond.

I - Rappel des faits et de la procédure

Par jugement du 10 avril 2001, M. X... a été placé sous tutelle par le juge des tutelles du tribunal d'instance de Cambrai, l'association Ariane étant désignée en qualité de tuteur.

Par ordonnance du 29 septembre 2010, le juge des tutelles a déchargé cette association à sa demande et a désigné l'association ASAPN en ses lieu et place.

Par jugement du 15 avril 2011, le juge des tutelles a placé M. X... sous curatelle renforcée pendant une durée de soixante mois, l'association ASAPN devenant curateur de l'intéressé.

Par ordonnance du 18 juillet 2012, le juge des tutelles du tribunal d'instance de Cambrai s'est dessaisi du dossier au profit du juge des tutelles du tribunal d'instance de Douai.

Par ordonnance du 26 septembre 2013, ce dernier a déchargé l'association ASAPN de ses fonctions et confié l'exercice de la mesure à l'association AGSS de l'UDAF.

Par requête du 21 janvier 2014, cette association a demandé à être déchargée de la mesure en raison des problèmes de sécurité posés par M. X... dans les locaux de l'association.

Par ordonnance du 20 juin 2014, le juge des tutelles l'a déchargée et a désigné, en son lieu et place, l'association Ariane, qui a interjeté appel de la décision.

Au soutien de son appel, elle a fait valoir qu'elle avait déjà exercé la mesure pendant neuf ans et qu'elle avait été confrontée au comportement agressif et violent de M. X..., sans parvenir à améliorer sa situation ; que ce dernier avait été condamné pénalement à plusieurs reprises pour des faits de violence, notamment à des peines d'emprisonnement, et qu'une expertise réalisée en 2001 avait relevé qu'il avait un profil de personnalité psychopathique, qu'il était immature et impulsif ; que les difficultés rencontrées par les autres associations ne faisaient que confirmer l'inefficacité des dispositifs de protection pour l'intéressé et ses craintes pour la sécurité de son personnel et des personnes protégées accueillies dans ses locaux.

A l'audience devant la cour d'appel, elle a maintenu son appel, pour les motifs exposés dans sa déclaration d'appel.

L'association AGSS de l'UDAF a demandé la confirmation de l'ordonnance l'ayant déchargée de l'exercice de la mesure de protection.

M. X..., assisté de son avocat, a demandé à titre principal la mainlevée de la mesure et, à titre subsidiaire, une nouvelle expertise médicale.

Le ministère public a eu communication du dossier et s'en est rapporté à la sagesse de la cour.

II - Recevabilité de la demande d'avis

A - Au regard des règles de forme

La cour d'appel a avisé les parties, le 25 novembre 2014, qu'elle envisageait de saisir la Cour de cassation pour avis, conformément aux dispositions de l'article 1031-1 du code de procédure civile, et les a invitées à présenter leurs observations avant le 15 décembre 2014.

Par lettre du 12 décembre 2014, l'association AGSS de l'UDAF a indiqué partager le questionnement de la cour.

Dans son avis du 4 décembre 2014, le ministère public a répondu :

- sur la première question, que le majeur protégé, qui n'avait pas interjeté appel dans le délai imparti, ne pouvait plus intervenir, mais que la cour pouvait user des dispositions de l'article 1246 du code de procédure civile pour réformer une décision lui paraissant contraire aux intérêts de cette personne ;
- sur la seconde question, qu'une juridiction ne pouvait faire le constat de l'impossible mise en oeuvre d'une mesure de protection en raison du comportement de la personne à protéger.

L'avocat de M. X... a écrit à la cour le 9 décembre 2014, faisant valoir :

- sur la première question, qu'un moyen touchant au respect de la liberté individuelle devait s'analyser comme une défense au fond pouvant être soulevée pour la première fois en cause d'appel ;
- sur la seconde question, que l'ouverture d'une mesure de protection était une mission de service public à laquelle il ne pouvait être mis fin que si les causes ayant nécessité son ouverture avaient disparu, de sorte qu'il n'était pas possible de donner mainlevée d'une mesure de protection au seul motif de l'épuisement par le majeur protégé de tout mandataire judiciaire potentiel ;
- que néanmoins, l'évolution de la situation de M. X... militait en faveur d'une mainlevée de la mesure de protection, aujourd'hui inadaptée à ses besoins.

L'association Ariane n'a pas fait d'observations.

Par un arrêt du 15 décembre 2014, la cour d'appel a saisi la Cour de cassation pour avis.

Cet arrêt a été notifié, dans les formes de l'article 1031-2, alinéa 2, du code de procédure civile, à M. X... et aux associations Ariane et AGSS de l'UDAF, par lettres recommandées avec demande d'avis de réception, précisant la date de transmission à la Cour de cassation. Le ministère public a été avisé.

Les diligences accomplies satisfont en conséquence aux règles de forme prévues par les articles 1031-1 et suivants du code de procédure civile.

B - Au regard des règles de fond

La cour d'appel de Douai interroge la Cour de cassation sur deux points :

- 1) la possibilité pour la cour d'appel, statuant en matière de protection juridique des majeurs, de statuer sur une décision qui ne lui est pas déferée ;

2) la possibilité pour le juge des tutelles de mettre fin à la mesure de protection lorsqu'elle ne peut être exercée de façon satisfaisante par aucun membre de la famille ou proche, ni aucun mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

Conformément à l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il importe de déterminer si la question posée est *“une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges”*.

Pour être recevable, la demande d'avis doit en conséquence porter sur une question de droit (1), nouvelle (2), qui présente une difficulté sérieuse (3) et se pose dans de nombreux litiges (4), ce que nous examinerons successivement pour les deux questions.

1 - La question doit être une question de droit

Ainsi que le précise le président Buffet dans son exposé du 29 mars 2000¹, la procédure de saisine pour avis permet à *“la juridiction suprême de faire savoir immédiatement comment elle pense qu'un texte doit être interprété, comment en tout cas il est vraisemblable qu'elle l'interpréterait si elle était saisie d'un pourvoi”*.

La question de droit doit être formulée de façon précise² et commander l'issue du litige³.

Comme le rappelle également le président Buffet, *“la difficulté soumise à la Cour de Cassation ne doit pas être mélangée de fait et de droit, et elle doit se présenter comme une question de pur droit. Il ne faut pas qu'il s'agisse d'une situation concrète, impliquant un débat contradictoire sur les faits devant les juges du fond. Certaines demandes d'avis, qui étaient en fait des consultations sur des cas d'espèce, ont été logiquement écartées”*.

Ainsi, ne peut donner lieu à avis⁴ :

¹ “Présentation générale - La saisine pour avis de la Cour de cassation - Exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000”, site internet de la Cour de cassation

² Avis de la Cour de cassation, 29 octobre 2007, n°07-00.014, *Bull.* 2007, Avis, n°12

³ Avis de la Cour de cassation, 23 avril 2007, n° 07-00.008 *Bull. Crim.*, 2007, Avis n°3 ; Avis de la Cour de cassation, 20 octobre 2000, n° 02-00.014 et n° 02-00.015, *Bull.* 2000, Avis n°8

⁴ “Droit et pratique de la cassation en matière civile”, *LexisNexis*, 2012 n° 406

- une question *“mêlée de fait et de droit”*⁵ ;
- une question *“qui ne répond pas à l’exigence d’être de pur droit et dégagée des éléments de fait de l’espèce”*⁶ ;
- une question qui *“suppose l’examen de situations concrètes nécessairement soumises à un débat contradictoire devant les juges du fond”*⁷ ;
- ou encore une question qui *“suppose l’examen d’une situation concrète relevant de l’office du juge du fond”*⁸.

Comme l’exposait, dès 1993, P. Chauvin, alors secrétaire général de la première présidence de la Cour de cassation⁹, *“la Cour de cassation n’a évidemment pas à remplir le rôle des juridictions du fond et ne saurait, sous couvert d’une demande d’avis, se substituer à elles”*.

Parmi les exemples récents de questions échappant à la procédure de demande d’avis, on peut citer l’avis du 17 décembre 2012¹⁰, dans lequel la Cour de cassation a dit n’y avoir lieu à avis sur deux questions au motif que telles qu’elles étaient formulées, elles supposaient chacune *“l’examen d’une situation concrète relevant de l’office du juge du fond”* :

- *“la possibilité de déclarer adoptable plénièrement un enfant d’origine étrangère ayant acquis la nationalité française par application de l’article 21-12 du code civil alors même que la législation de son pays de naissance prohibe ladite adoption”* ;
- *“la forme que doit revêtir le consentement à adoption plénière d’un enfant né à l’étranger de parents inconnus et ayant acquis ultérieurement la nationalité française par application de l’article 21-12 du code civil”*.

En l’espèce, la première question posée est manifestement une question de droit déconnectée de toute considération factuelle liée au dossier.

⁵ Avis de la Cour de cassation, 20 juin 1997, n° 09-70.006, *Bull.* 1997, Avis, n° 4 ; Avis de la Cour de cassation, 10 octobre 2011, n° 11-00.005, *Bull.* 2011, Avis, n° 2

⁶ Avis de la Cour de cassation, 5 décembre 2011, n° 11-00.006, *Bull.* 2011, Avis, n° 8 ; Avis de la Cour de cassation, 12 décembre 2011, n° 11-00.007, *Bull.* 2011, Avis, n° 9

⁷ Avis de la Cour de cassation, 3 octobre 1994, n° 09-40.016, *Bull.* 1994, Avis, n° 20

⁸ Avis de la Cour de cassation, 17 décembre 2012, n° 12-00.013, *Bull.* 2012, Avis, n° 10

⁹ P. Chauvin, *“La saisine pour avis”* in *“L’image doctrinale de la Cour de cassation”*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993 sous l’égide de l’Institut des Hautes Etudes sur la Justice, *La documentation française*, p. 116

¹⁰ Avis de la Cour de cassation, n°12-00.013, *Bull.* 2012, Avis, n°10, préc.

En revanche, le doute est davantage permis pour la seconde question : peut-on y répondre sans examiner concrètement la situation de la personne protégée ? La décision du juge des tutelles ne va-t-elle pas dépendre de son analyse de la situation, des risques que présente la personne protégée pour l'association mandataire et son personnel, mais également des risques liés, pour l'intéressé, à une absence totale de protection ?

La réponse ne dépend-elle pas de l'office du juge et de son appréciation des éléments du dossier ?

2 - La question doit être nouvelle

Il existe deux aspects de la nouveauté¹¹ : la question est nouvelle, soit parce qu'elle est suscitée par l'application d'un texte nouveau, soit parce que, suscitée par un texte ancien, elle n'a pas encore été tranchée par la Cour de cassation statuant sur un pourvoi¹² ou une précédente demande d'avis¹³.

Il n'y a pas lieu à avis lorsque la Cour de cassation est saisie d'un pourvoi sur la même question de droit et sur lequel elle a statué depuis la réception de la demande d'avis¹⁴ ou elle va statuer dans un délai rapproché¹⁵.

Aucun pourvoi n'est actuellement soumis à la Cour de cassation sur les questions posées par la cour d'appel de Douai.

2.1 - Nouveauté de la première question

La première question vise l'article 1246 du code de procédure civile, issu du décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs, modifié par le décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et

¹¹ V. "Droit et pratique de la cassation en matière civile", *LexisNexis*, 2012 n° 408

¹² Avis de la Cour de cassation, 29 avril 2002, n° 02-00.002 ; Avis de la Cour de cassation, 10 janvier 2011, n° 10-00.007, *Bull.* 2011, Avis, n° 1

¹³ Avis de la Cour de cassation, 6 octobre 2008, n° 08-00.010, *Bull.* 2008, Avis, n° 3

¹⁴ Avis de la Cour de cassation, 14 février 1997, n° 09-60.011 ; Avis de la Cour de cassation, 7 avril 2008, n° 08-00.001, *Bull.* 2008, Avis, n° 1 et n° 08-00.003, *Bull.* 2008, Avis, n° 2 ; Avis de la Cour de cassation, 25 juin 2010, n° 10-00.003, *Bull.* 2010, Avis n°3

¹⁵ Avis de la Cour de cassation, 31 mai 1999, n° 99-20.008, *Bull.* 1999, Avis, n° 4 ; Avis de la Cour de cassation, 22 octobre 2012, n° 12-00.012 ; Avis de la Cour de cassation, 9 mars 2015, n° 14-70.012, en cours de publication

modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs.

Ce texte dispose que :

“La cour peut, même d’office, substituer une décision nouvelle à celle du juge des tutelles ou à la délibération du conseil de famille.

Jusqu’à la clôture des débats devant la cour, le juge des tutelles et le conseil de famille demeurent compétents pour prendre toute décision ou délibération nécessaire à la préservation des droits et intérêts de la personne protégée. Le greffe de la juridiction de première instance transmet immédiatement copie de cette décision ou délibération au greffe de la cour”.

Toutefois, l’alinéa 1^{er} de cet article existait déjà sous une forme équivalente avant le décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, à l’article 1228 ancien du code civil, issu du décret n° 81-500 du 12 mai 1981 :

“Le tribunal peut, même d’office, substituer une décision nouvelle à celle du juge des tutelles ou à la délibération du conseil de famille”.

Le texte visait alors le tribunal de grande instance puisque celui-ci était compétent pour statuer sur les recours formés contre les décisions du juge des tutelles, la cour d’appel lui ayant été substituée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d’allègement des procédures et le décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009, mais il était, pour le surplus, identique au texte actuel.

La circulaire du 6 février 2009 d’application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs commente l’innovation introduite par l’article 1246 du code de procédure civile dans les termes suivants (p. 38) :

“Principe de réalité et de continuité de la mesure - Une nouvelle disposition donne au juge des tutelles le pouvoir de prendre toute décision nécessaire à la préservation des droits et intérêts de la personne protégée pendant le délai d’examen du recours, mettant ainsi en oeuvre le principe de continuité des mesures et tenant compte de la réalité des mesures de protection, susceptibles d’évolution à tout moment (article 1246 alinéa 3 du code de procédure civile)”.

Seul le troisième alinéa - second alinéa aujourd’hui, après la modification résultant du décret du 23 décembre 2009 -, est donc présenté comme modifiant l’état du droit antérieur. Les autres alinéas de l’article 1246 du code de procédure civile ne font pas l’objet de commentaires.

Dans un arrêt publié du 19 novembre 1991¹⁶, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que le tribunal de grande instance tirait des dispositions de l'article 1228 du code de procédure civile le pouvoir d'imposer, même d'office, la décision qu'il estimait conforme à l'intérêt de la personne protégée.

Toutefois, contrairement à l'hypothèse visée par la demande d'avis, le tribunal de grande instance avait statué sur la décision qui lui était déférée, à savoir la délibération du conseil de famille relative au mariage de la personne protégée, et non sur une autre décision. Il avait donc pu substituer sa décision à la première.

L'hypothèse soumise à la cour d'appel de Douai est différente puisque celle-ci s'interroge sur la possibilité de prononcer une mainlevée de la mesure alors qu'elle n'est pas saisie d'un appel de la décision relative à la mesure de protection elle-même, mais uniquement de l'appel d'une ordonnance du juge des tutelles ayant remplacé un mandataire judiciaire à la protection des majeurs par un autre.

Deux arrêts ont approché de près la question posée, mais ils sont inédits.

Dans un arrêt du 23 mai 1995¹⁷, la Cour de cassation a approuvé un tribunal de grande instance d'avoir substitué une tutelle en gérance à la tutelle complète initialement organisée, alors que seule la délibération du conseil de famille ayant désigné le tuteur et le subrogé-tuteur lui était déférée, au motif que "*le tribunal de grande instance [tirait] des dispositions de l'article 1228 du même Code le pouvoir d'imposer, même d'office, la décision qu'il [estimait] conforme à l'intérêt de l'incapable* .

Etait ainsi approuvée une décision ayant modifié la mesure de protection, alors que le jugement relatif à cette mesure n'avait fait l'objet d'aucun recours.

Plus récemment, un arrêt du 8 juillet 2010¹⁸ a retenu la solution inverse puisqu'il a énoncé que "*si, par l'effet dévolutif de l'appel, le tribunal [était] investi de l'entière connaissance du litige, cette dévolution [était] limitée aux points soumis à la juridiction de premier degré et sur lesquels cette dernière [s'était] prononcée dans son dispositif*". Dès lors, le tribunal de grande instance ne pouvait se prononcer sur la régularité du placement de la majeure protégée en maison de retraite, "*le juge des tutelles n'ayant pas statué sur ces points dans l'ordonnance*" déférée.

La Cour de cassation a ajouté que "*nonobstant les termes de l'article 1228 du code de procédure civile*", le tribunal de grande instance ne pouvait, "*compte tenu des termes*

¹⁶ 1^{re} Civ., 19 novembre 1991, pourvoi n° 90-16.415, *Bull.* 1991, I, n° 319

¹⁷ 1^{re} Civ., 23 mai 1995, pourvoi n° 93-16.169

¹⁸ 1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-15.090

de sa saisine, modifier, par la présente décision, les modalités de la mesure de tutelle” .

On précisera encore que, s’agissant du recours exercé devant le tribunal de grande instance contre les décisions du juge des tutelles, régi par l’ancien article 1215 du code de procédure civile, la Cour de cassation a énoncé, dans un arrêt du 27 janvier 1982¹⁹, que *“l’effet dévolutif du recours exercé en application de l’article 882-2 du code de procédure civile, alors en vigueur (remplacé par l’article 1215 du nouveau code de procédure civile) est limité à ce qui fait l’objet de la contestation”*.

Il appartiendra à la formation pour avis de dire si ces précédents, et notamment l’arrêt récent du 8 juillet 2010, sont de nature à priver la question de son caractère de nouveauté.

On observera à cet égard que les décisions qui viennent d’être citées ont été rendues sous l’empire de l’ancienne procédure de recours contre les décisions du juge des tutelles devant le tribunal de grande instance, procédure de recours *sui generis*, et que, depuis lors, l’appel a été introduit par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 et le décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009, de sorte que la procédure s’est rapprochée du droit commun.

2.2 - Nouveauté de la seconde question

La cour d’appel de Douai s’interroge sur la possibilité pour le juge de mettre fin à une mesure de protection lorsque personne - famille, proche, mandataire judiciaire à la protection des majeurs - ne peut/ne veut l’exercer.

La question n’est pas nouvelle en pratique et se pose de façon récurrente aux juges des tutelles. En effet, certains majeurs, du fait de leur pathologie et de leur agressivité notamment, non seulement mettent en échec toutes les mesures, mais mettent en danger ceux qui les exercent. Est-il alors possible, pour le mandataire désigné, de refuser d’exercer la mesure ? Que peut faire le juge dans cette hypothèse ?

Selon la cour d’appel de Douai, la nouveauté de la question proviendrait de la suppression, par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, de la notion de vacance d’une mesure de protection prévue par l’ancien article 433 du code civil.

En effet, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, a supprimé la tutelle d’Etat des

¹⁹ 1^{re} Civ., 27 janvier 1982, pourvoi n° 81-11.696, *Bull.* 1982, I, n° 51

majeurs²⁰ et cette suppression n'est pas sans incidence sur la question posée puisqu'il n'est plus possible pour les juges des tutelles de confier la mesure au préfet, voire directement à l'ancienne direction départementale de l'action sanitaire et sociale, comme cela avait pu se pratiquer sous l'empire des anciens textes²¹, lorsque les associations tutélaires refusaient des mesures, faute de financement suffisant. Il résulte désormais de l'article 450 du code civil que le juge désigne, en l'absence de membre de la famille ou de proche, un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. La désignation de l'Etat lui-même, en la personne du préfet, n'est plus possible.

Or, si, par le passé, l'Etat, exerçant une mission de service public, ne pouvait se dérober aux mesures²², il ne semble pas en aller de même aujourd'hui des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, lesquels peuvent, au moins dans un second temps, une fois les actes urgents accomplis, demander leur dessaisissement²³.

La Cour de cassation avait déjà jugé, sous l'empire des anciens textes, que la tutelle ou la curatelle d'Etat ne pouvait être confiée à une association figurant sur la liste établie par le procureur de la République que si celle-ci acceptait d'être déléguée à la

²⁰ Pour les mineurs, l'article 411 du code civil prévoit encore que *"si la tutelle reste vacante, le juge des tutelles la défère à la collectivité publique compétente en matière d'aide sociale à l'enfance"*.

²¹ V. Article 5 du décret n° 74-930 du 6 novembre 1974 relatif au fonctionnement de la tutelle et de la curatelle d'Etat : *"La tutelle d'Etat peut être confiée au préfet qui la délègue au directeur départemental de l'action sanitaire et sociale"*.

²² Il résultait notamment d'un arrêt 1^{re} Civ., 11 décembre 1985, pourvoi n° 85-13.177, *Bull.* 1985, I, n° 346 que l'Etat et son délégataire ne pouvaient *"se prévaloir des dispositions de l'article 432 du code civil, applicables aux seules personnes privées"*, de sorte qu'ils étaient tenus d'accepter la mesure de tutelle ou curatelle d'Etat. Comme l'expliquait alors M. J. Massip, *Rép. Defrénois* 1986, art. 33735, n°48 *"considérer qu'elle n'est que facultative créerait une faille dans la protection des incapables : ce serait une véritable démission des services publics et on ne peut admettre qu'ils refusent la mission que la loi leur a confiée"*.

V. également M. Massip, *Rép. Defrénois* 1987, art. 33905, n° 9 p. 325 commentant une ordonnance du juge des tutelles du tribunal d'instance de Villeurbanne du 19 mars 1984, ayant décidé que le préfet ne pouvait légalement refuser sa désignation en qualité de tuteur d'Etat et qu'il lui appartenait de prendre les mesures propres à l'exécution des textes précités. Face au refus successif de deux associations, le juge des tutelles avait désigné le préfet, qui avait demandé à son tour à être déchargé au motif que les services de la DDASS n'étaient pas organisés pour assurer l'exercice de la mesure. Le juge a rejeté cette requête pour les motifs suivants : *"il appartient à la puissance publique, en cas de défaillance de l'initiative privée, de mettre en place les structures et les moyens propres à assurer l'exécution d'une mission de service public"* qui lui a été expressément confiée par l'article 433 du code civil.

²³ V., sur ce point, *infra* : III - B - 2.2

tutelle ou à la curatelle d'Etat²⁴, et qu'elle pouvait refuser sa désignation lorsqu'elle ne disposait pas des financements nécessaires.

Après l'entrée en vigueur de la réforme du 5 mars 2007, M. Massip s'interrogeait en ces termes²⁵ :

“Les personnes figurant sur la liste des mandataires judiciaires peuvent-elles refuser d'être désignées en qualité de curateur ou de tuteur ? La question s'était posée sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 5 mars 2007 de savoir si des associations figurant sur la liste des délégués à la tutelle d'État pouvaient refuser les tutelles que le juge avait entendu leur confier.

Certains juges des tutelles avaient répondu par la négative en considérant que les associations tutélaires assumaient une mission générale de protection des majeurs incapables et qu'en acceptant d'être inscrites sur la liste, elles acceptaient par avance les tutelles qui pourraient leur être confiées. Mais cette solution présentait un grave inconvénient pratique. En effet, les crédits affectés par l'État au service des tutelles n'étaient pas des crédits estimatifs mais étaient fixés de façon définitive pour l'année à venir. Ils étaient distribués aux départements qui disposaient ainsi d'une somme globale leur permettant de financer un certain nombre de tutelles. Lorsque ces crédits étaient épuisés il ne pouvait être alloué aucune autre somme aux délégués à la tutelle d'État. Or, ces délégués, y compris les associations, doivent avoir un budget en équilibre. Ces considérations pratiques avaient sans doute influencé la Cour de cassation qui avait admis, lorsque la convention que les associations tutélaires concluaient avec la DASS précisait, comme c'était généralement le cas, que l'association acceptait d'être déléguée à la tutelle d'État dans la limite des moyens financiers qui lui étaient accordés, qu'elle était en droit, si les tutelles et curatelles qui lui avaient précédemment été confiées épuisaient les crédits de fonctionnement mis à sa disposition par l'autorité publique, de ne pas accepter une nouvelle tutelle”.

Pour l'ancien doyen de la première chambre civile, comme pour la plupart des auteurs²⁶, cette jurisprudence a été consacrée par le nouvel article 450 du code civil, qui autorise le mandataire judiciaire à refuser de prendre en charge la mesure qui lui est confiée le juge des tutelles, sauf actes urgents.

La cour d'appel de Douai semble donc considérer que, si la tutelle et la curatelle d'Etat avaient subsisté aujourd'hui, il eût été possible de confier la mesure au préfet en

²⁴ 1^{re} Civ., 5 mars 1991, n° 89-12.320, *Bull.* 1991, I, n° 82

²⁵ J. Massip, “Le choix du tuteur ou du curateur d'un majeur protégé”, *Gazette du Palais*, 27 août 2009 n° 239, p. 2

²⁶ Cf. *infra* : III - B - 2.2

l'absence de membre de la famille, de proche ou de mandataire judiciaire acceptant de l'exercer.

On observera toutefois que la pratique ancienne, qui consistait à désigner directement le préfet ou la direction départementale de l'action sanitaire et sociale (DDASS), lorsque les associations tutélaires refusaient de nouvelles mesures, rencontrait très vite ses limites, les DDASS ne disposant généralement pas de services susceptibles de prendre en charge de façon effective les mesures de protection. En désignant "*de force le préfet*", les juges des tutelles prenaient donc le risque de voir les mesures "*exercées sommairement*"²⁷.

Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation ne semble pas s'être prononcée, dans un avis ou à l'occasion d'un pourvoi, sur la possibilité pour le juge de mettre fin à une mesure de protection lorsqu'il constate l'impossibilité d'en confier l'exercice à un membre de la famille ou à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

On notera à cet égard que la question du refus d'une association tutélaire lié à une insuffisance de moyens financiers est différente de celle d'une impossibilité totale pour la mesure de fonctionner, en raison du comportement du majeur. En effet, dans la première hypothèse, il est toujours possible, pour le juge des tutelles, de remplacer l'association tutélaire - aujourd'hui le mandataire judiciaire à la protection des majeurs - par une autre personne habilitée à exercer la tutelle ou la curatelle, alors que dans la seconde hypothèse, il n'est pas possible de changer de mandataire puisque c'est le fonctionnement même de la mesure qui est compromis.

3 - La question doit être sérieuse

Selon la doctrine, une difficulté est sérieuse lorsqu'elle peut raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond²⁸, que plusieurs solutions s'offrent avec une égale pertinence, qu'un risque de contrariété de jurisprudence existe et mérite d'être prévenu²⁹.

Les deux questions ne semblent pas avoir donné lieu à un contentieux abondant ni à de nombreux commentaires doctrinaux.

²⁷ D. Guihal et Th. Fossier, "Tutelle ou curatelle d'État. Délégation. Acceptation de la délégation. Nécessité", *JCP N* 1991, II, 221.

²⁸ J. et L. Boré, "La cassation en matière civile", *Dalloz action* 2009/2010, n° 24.33, p. 77

²⁹ F. Zenati, "La saisine pour avis de la Cour de cassation", *D.*1992, p. 247

Néanmoins, les cours d'appel sont régulièrement amenées à faire application de l'article 1246, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile, de sorte que sa portée peut mériter d'être précisée.

Parmi les arrêts de cours d'appel recensés par le Service de documentation, des études et du rapport ayant fait application de l'article 1246, alinéa 1^{er}, du code civil, rares sont ceux qui n'ont pas statué sur la décision de première instance qui leur était déférée³⁰.

Trois arrêts ont cependant pu être identifiés :

- dans un arrêt du 23 juin 2011 (n° 11/01375), la cour d'appel de Versailles, statuant en appel d'une ordonnance d'un juge des tutelles ayant autorisé le tuteur du majeur protégé - mandataire judiciaire à la protection des majeurs - à vendre un bien immobilier, a non seulement infirmé l'ordonnance et rejeté la demande d'autorisation de vente du bien, mais également déchargé le tuteur de ses fonctions et désigné la fille de l'intéressé en ses lieu et place.

- dans un arrêt du 10 septembre 2014 (n° 13/06051), la même cour d'appel, statuant en appel d'une ordonnance d'un juge des tutelles ayant rejeté la demande de la mère de la majeure protégée tendant à être désignée en qualité de subrogée-curatrice, a estimé qu'elle était *"saisie de l'intégralité du dossier par l'effet dévolutif de l'appel"* et qu'il apparaissait *"nécessaire de modifier les modalités de l'organisation de la protection juridique"*. Elle a en conséquence étendu la curatelle, limitée à la protection des biens par le juge des tutelles, à la protection de la personne de l'intéressée, divisé la mesure, désigné la mère en qualité de curatrice à la personne et le père, déjà subrogé-curateur aux biens, en qualité de subrogé-curateur à la personne, et maintenu le mandataire judiciaire désigné par le juge des tutelles en qualité de curateur aux biens.

³⁰ Pour l'application de l'article 1246, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile dans des hypothèses où la décision réformée est celle qui est déférée à la cour d'appel, V., par exemple, cour d'appel d'Angers, 24 septembre 2012, n° 11/02911, pour une décision aggravant la mesure, de curatelle renforcée à tutelle, avec suppression du droit de vote ; cour d'appel de Paris, 1^{er} février 2011, n° 10/19204, pour une décision modifiant la durée de la mesure et son organisation ; même cour d'appel, 19 septembre 2011, n° 11/04481 pour une décision annulant le jugement de placement sous curatelle renforcée et ordonnant un nouvel examen médical de l'intéressé ; même cour d'appel, 10 février 2015, n° 13/24682, pour une décision annulant la décision de placement sous curatelle renforcée, plaçant le majeur sous sauvegarde de justice pendant l'instruction du dossier par la cour et désignant un médecin inscrit ; même cour d'appel, 13 janvier 2015, n° 14/04754, pour une décision annulant le jugement de placement sous tutelle et prononçant une curatelle renforcée ; cour d'appel d'Aix-en-Provence, 5 mai 2011, n° 10-10.952 pour une mainlevée de la mesure ; même cour d'appel, 10 mars 2011, n° 10/09026, 8 septembre 2011, n° 10/21815 et 15 septembre 2011, n° 10-19726 pour un changement de curateur/tuteur.

- dans un arrêt du 13 janvier 2015, n° 14/00763, la cour d'appel de Riom a prononcé la mainlevée d'une mesure de curatelle renforcée alors que seule une ordonnance du juge des tutelles ayant remplacé le curateur par un autre lui était déférée. Cette hypothèse est donc exactement identique à celle soumise à la cour d'appel de Douai, même si la cour d'appel de Riom a donné mainlevée de la mesure au motif que l'état de santé de l'intéressé ne justifiait plus aucune protection et non en raison de difficultés telles que celles décrites par la cour d'appel de Douai.

Quant à la seconde question, elle est récurrente en pratique pour les juges des tutelles.

Il appartiendra donc à la formation pour avis de se prononcer sur le caractère sérieux des deux questions.

4 - La question doit se poser dans de nombreux litiges

Cette condition est entendue au sens large³¹. Il semblerait que la volonté du législateur, soucieux de remédier à un afflux de contentieux et à des divergences de jurisprudence devant les juridictions du fond, n'ait pas été en faveur d'une saisine trop restrictive (ainsi, lors des débats parlementaires de la loi n°91-491 du 15 mai 1991, le sénateur Marc Auriol a été jusqu'à déclarer que cette condition serait remplie "*dès lors que plus de deux litiges ser[ai]ent pendant devant les juridictions*"³²).

Cet avis est partagé par une partie de la doctrine, au nom d'un certain risque de contradiction entre l'exigence de nouveauté, qui peut n'avoir encore donné lieu qu'à très peu d'espèces, et la condition liée au nombre³³.

Comme l'explique encore le président Buffet³⁴, "*cette condition est peu prise en compte par la Cour de Cassation, ne serait-ce que parce qu'elle ne dispose pas d'instruments de mesure. Le texte est d'ailleurs auto-contradictoire : si une question de droit est véritablement nouvelle et se pose au juge du premier degré, il y a peu de chances qu'on soit en présence d'une pluralité de litiges en cours. La potentialité de litiges à venir est aussi importante, sinon même plus importante au regard de l'objectif de prévention des contentieux poursuivi par la procédure de saisine pour avis. C'est donc la condition dont l'absence est la moins souvent retenue par la Cour de Cassation. Sur*

³¹ Droit et pratique de la cassation en matière civile, *Lexisnexis* 2012, n° 408

³² JO, débats Sénat, séance du 7 mai 1991, p. 883

³³ H.-M. Darnanville, *AJDA* 2001, p. 416

³⁴ présentation précitée note 1

ce fondement, 5 seulement des 134 demandes d'avis examinées au 1^{er} mars 2000 n'ont pas été accueillies".

Le caractère général de la question, son utilité pour l'unification de la jurisprudence conditionnent sa recevabilité³⁵.

On sait qu'en 2014³⁶, 668 306 personnes bénéficient d'une mesure de protection juridique, 53% des mesures étant exercées par des mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

Le nombre de mainlevées reste peu élevé (8685 mainlevées prononcées en 2013).

Si ces données globales sont connues, aucune étude statistique ne permet de connaître le nombre de majeurs protégés posant des difficultés de comportement telles qu'elles rendent la mise en oeuvre de la mesure impossible. Mais l'hypothèse n'est pas une hypothèse d'école et tout juge des tutelles a, un jour ou l'autre, été confronté à une situation de ce type.

Il n'est pas davantage possible d'identifier la fréquence avec laquelle est susceptible de se poser la première question, relative aux pouvoirs de la cour d'appel de prononcer une mainlevée de la mesure alors qu'elle n'est saisie que d'une ordonnance de changement de curateur ou de tuteur. Mais là encore, l'hypothèse n'est probablement pas isolée, ainsi qu'en témoignent les quelques arrêts identifiés.

C'est en considération de ces éléments qu'il appartiendra à la formation pour avis de se prononcer sur la recevabilité de la demande d'avis.

III - Eléments de réponse aux questions posées

Les deux questions soumises pour avis à la Cour de cassation sont très différentes puisqu'elles portent, l'une, sur les pouvoirs de la cour d'appel en matière de protection juridique des majeurs, l'autre, sur les difficultés concrètes de mise en oeuvre de

³⁵ On peut citer, à titre d'illustration, deux hypothèses dans lesquelles il a été retenu que la demande ne soulevait pas *"une question de droit se posant dans de nombreux litiges"*: *"Un salarié muté sur sa demande à l'étranger depuis plus de 6 mois, dans des conditions d'éloignement ne lui permettant plus d'exercer normalement son mandat de conseiller prud'homme, sans avoir toutefois démissionné, ni été démis de ce mandat, bénéficie-t-il encore de la protection absolue prévue par les articles L.514-2 et L.412-18 du Code du travail ?"* (Avis de la Cour de cassation, 9 juillet 1993, n° 09-30.007, *Bull.* 1993, Avis, n° 10) ; *"Un contrat d'assurance obligatoire peut-il valablement exclure de son champ d'application territorial une partie du territoire national tels les départements d'outre-mer ?"* (Avis de la Cour de cassation, 16 juin 1995, n° 09-50.009, *Bull.* 1995, Avis, n° 7).

³⁶ Chiffres : pôle statistique de la DACS/ février 2015.

certaines mesures, en raison du comportement du majeur protégé : elles seront examinées successivement.

A - La première question et l'office du juge d'appel

La procédure d'appel des décisions du juge des tutelles, bien que soumise, pour l'essentiel, aux règles du droit commun, connaît quelques adaptations liées à la spécificité de la protection juridique des majeurs.

Parmi ces adaptations nécessaires, l'article 1246, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile autorise la cour d'appel à substituer d'office une décision nouvelle à celle du juge des tutelles afin que la protection soit toujours adaptée à l'état de santé de l'intéressé, justifiée et proportionnée (1).

Faut-il déduire de ce texte une dérogation au principe de l'effet dévolutif de l'appel, qui permettrait à la cour d'appel de se saisir de l'intégralité de la mesure de protection, quelle que soit l'étendue de sa saisine (2) ?

1 - Protection juridique des majeurs et adaptation du droit commun de l'appel

Comme il a été rappelé précédemment, jusqu'au 31 décembre 2009, les recours formés contre les décisions du juge des tutelles étaient portés devant le tribunal de grande instance. Depuis le 1^{er} janvier 2010, ils sont portés devant la cour d'appel selon le droit commun des procédures orales sans représentation obligatoire.

Ainsi que l'exposent V. Larribau-Terneyre et M. Azavant, *"désormais soumis aux règles de droit commun, le nouveau dispositif s'est dispensé d'énoncer des précisions sur le caractère suspensif ou dévolutif de l'appel. Force est d'en déduire que la procédure suit les règles habituelles"*³⁷.

La spécificité de la matière justifie toutefois quelques adaptations, que l'on retrouve aux articles 1239 à 1247 du code de procédure civile. Parmi ces adaptations, le premier alinéa de l'article 1246 du code de procédure civile permet à la fois d'étendre l'effet dévolutif de l'appel en cas d'appel limité et, semble-t-il, de déroger au principe de l'interdiction des demandes nouvelles.

→ La cour d'appel peut prendre d'office une décision se substituant à celle du juge des tutelles, alors même que l'appel ne porterait que sur l'un des chefs de la décision.

³⁷ *Rép. Proc. Civ. Dalloz - Administration légale et tutelle - juin 2012 - procédure d'appel - spéc. n° 170 ; V. également L. Pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, Rép. Proc. Civ. Dalloz - Majeurs protégés - mise à jour : janvier 2014 - spéc. n° 128 à 138 : Recours.*

Commentant l'article 1246, alinéa 1^{er}, du code civil, dans sa rédaction issue du décret du 5 décembre 2008, M. Massip explique³⁸ :

“S’il accueille le recours, le tribunal peut, même d’office, substituer une décision nouvelle à celle du juge des tutelles ou à la délibération du conseil de famille (article 1246, 1^{er} alinéa). Cette disposition limite d’une façon importante les effets d’un recours restreint à l’un des chefs de la décision puisque le tribunal a la faculté de modifier d’office la décision qui lui est soumise”.

L'effet dévolutif restreint résultant d'un appel limité peut ainsi être étendu d'office par la cour d'appel.

En effet, si la décision frappée d'appel est le jugement d'ouverture de la mesure et si, par exemple, l'appel est limité au choix du curateur ou du tuteur, la cour d'appel doit pouvoir donner mainlevée de la mesure dès lors que les éléments produits au jour où elle statue le justifient, aménager la mesure en l'allégeant, ou encore, modifier la durée de la mesure fixée par le premier juge.

De même, par exemple, en cas d'appel restreint à la durée de la mesure, d'une décision de placement d'une personne sous curatelle, la cour d'appel doit pouvoir donner mainlevée de la mesure si son état ne nécessite pas ou plus de mesure protection, ou, à l'inverse, ouvrir une tutelle si l'état de la personne à protéger le justifie au jour de sa décision - sous réserve de disposer des éléments médicaux en ce sens.

→ La cour d'appel pouvant, même d'office, substituer une décision nouvelle à celle du juge des tutelles, le principe de l'interdiction des demandes nouvelles édicté par l'article 564 du code de procédure civile³⁹ semble devoir être écarté.

La protection des personnes vulnérables n'est pas un procès comme les autres, dont l'objet serait de “trancher un litige”. Il s'agit de fixer le cadre juridique permettant de protéger une personne vulnérable tout en lui garantissant le maximum d'autonomie et de liberté possible.

L'intéressé doit donc pouvoir former, pour la première fois en cause d'appel, une demande de mainlevée de la mesure qui n'aurait pas été présentée au juge des tutelles, dès lors que la décision ayant statué sur le principe de la mesure est déférée à la cour d'appel.

³⁸ “Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs”, *Defrénois*, Lextenso éditions, 2009.

³⁹ Article 564 du code de procédure civile : “à peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait”.

C'est ce qu'explique A. Caron-Déglise⁴⁰ : *“si, dans les procédures d'appel de droit commun, avec représentation obligatoire, le décret du 9 décembre 2009 consacre le principe d'un appel « voie d'achèvement maîtrisée » qui empêche toute demande nouvelle en cause d'appel, les règles applicables dans les procédures d'appel relatives à la protection des personnes mineures ou majeures sont spécifiques : [...] [l'] article 1246 prévoit que la cour peut substituer sa décision à celle prise en première instance, ce qui permet aux juges du deuxième degré de prendre en compte l'évolution de la situation de la personne protégée et les nouvelles données intervenues depuis la première instance”.*

Comme elle le précise, *“la cour d'appel dispose d'un très large pouvoir d'appréciation dans les arrêts qu'elle est amenée à rendre puisque, en vertu de l'art. 1246 c. pr. civ., elle peut même d'office substituer une décision nouvelle à celle du juge des tutelles ou à une délibération du conseil de famille. Elle peut, en particulier, confirmer, réformer ou infirmer totalement ou partiellement la décision critiquée, l'annuler ou encore ordonner, avant dire droit, un nouvel examen médical confié à un ou plusieurs médecins inscrits. Elle peut également constater que l'appel est devenu sans objet du fait de l'intervention d'une nouvelle décision du juge des tutelles postérieurement à la décision déferée, constater que l'appel n'est pas soutenu et en tirer les conséquences en confirmant la décision déferée si les personnes présentes concluent en ce sens, constater la conciliation ou le désistement de l'appelant”.*

Commentant un arrêt de la cour d'appel de Riom qui, statuant sur l'appel d'une décision d'un juge des tutelles ayant placé une personne sous curatelle simple, avait constaté la nécessité d'une mesure de curatelle renforcée mais renvoyé le curateur à saisir le juge des tutelles, estimant qu'en l'état, elle ne pouvait *“que confirmer la curatelle simple mise en place par le juge des tutelles”*, Th. Verheyde⁴¹ relève à juste titre que la cour *“s'est trompée sur son office. Dès lors que l'appel portait sur la nature de la mesure de protection, l'appelant demandant une mesure plus lourde que celle qui avait été décidée par le juge des tutelles, pour entraîner une gestion directe des affaires du majeur protégé par la personne chargée de la protection - ce que ne permettait pas la mesure de curatelle simple, qui n'est légalement qu'une mesure d'assistance et non pas de représentation -, et dès lors, par ailleurs, que la cour d'appel avait constaté que cette mesure de curatelle simple était effectivement insuffisante pour protéger le majeur, il lui appartenait d'en tirer elle-même la conséquence qui s'imposait, à savoir infirmer le jugement rendu par le juge des tutelles et placer le majeur sous curatelle renforcée. En confirmant le jugement frappé d'appel et en renvoyant simplement le curateur à saisir le juge des tutelles d'une demande*

⁴⁰ “Protection des majeurs et procédure d'appel”, *AJ Famille* 2014, p. 158

⁴¹ Th. Verheyde, “L'effet dévolutif de l'appel en matière de protection juridique des majeurs”, Arrêt rendu par cour d'appel de Riom, chambre de la famille, 28-06-2011, n° 10/02980, *AJ Famille* 2011 p. 502.

d'aggravation de la curatelle, la cour d'appel a méconnu l'effet dévolutif de l'appel dont elle était saisie. L'article 1246, al. 1er, code de procédure civile prévoit d'ailleurs expressément que "la cour peut, même d'office, substituer une décision nouvelle à celle du juge des tutelles".

Pour autant, une partie peut-elle demander la mainlevée de la mesure lorsque la cour d'appel n'est pas saisie de la décision de première instance l'ayant prononcée ?

L'éventuelle recevabilité des demandes nouvelles en appel n'implique pas la possibilité pour la cour d'appel de se prononcer sur une décision qui ne lui est pas déférée, sauf à considérer qu'il existerait un lien indissociable entre toutes les décisions du juge des tutelles, dès lors qu'elles ont trait à la protection de la personne concernée.

2 - Protection juridique des majeurs et effet dévolutif de l'appel

On écartera d'emblée la possibilité pour la cour d'appel d'évoquer l'affaire, les conditions de l'évocation⁴² n'étant pas remplies ici⁴³.

L'article 1246, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile, qui permet à la cour d'appel de substituer une décision nouvelle à "*celle du juge des tutelles*", fait-il référence à la décision qui est soumise à la cour ou à toute décision relative à la protection de la personne concernée ?

On sait que, selon les règles de droit commun, la déclaration d'appel détermine l'étendue de la saisine de la cour d'appel : "*seul l'acte d'appel opère dévolution*"⁴⁴.

En effet, aux termes de l'article 542 du code de procédure civile, "*l'appel tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré*".

Aux termes de l'article 561 du même code, "*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*".

⁴² Articles 89 et 568 du code de procédure civile ; V. H. Croze, *JurisClasseur Procédures - V° Cour d'appel* - Date de la dernière mise à jour : 10 Juillet 2014 - Fasc. 20 : Cour d'appel - L'appel - n° 127

⁴³ V., Th. Verheyde, *AJ Famille* 2011, p. 110, pour un commentaire d'une décision d'un tribunal de grande instance ayant décidé d'"évoquer" l'affaire, alors que "*les conditions prévues pour une telle évocation, à savoir celles prévues par l'art. 568 c. pr. civ., n'étaient manifestement pas remplies en l'espèce*".

⁴⁴ 1^{re} Civ., 22 juin 1999, pourvoi n°97-15.225, *Bull.* 1999, I, n° 206

Enfin, aux termes de l'article 562, alinéa 1^{er}, *"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"*.

Dès lors, la cour d'appel n'est saisie que des chefs visés dans la déclaration d'appel et l'appel ne peut lui conférer une mission différente de celle des premiers juges. *"Ainsi, l'appelant principal ne peut-il plus sortir des limites qu'il a assignées à son appel"*.⁴⁵

La circulaire du 4 avril 2010 de présentation du décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs rappelle les deux principes qui résultent de l'article 1246 du code de procédure civile : l'effet dévolutif de l'appel, d'une part, et la continuité de la mesure de protection, d'autre part.

"Effet dévolutif de l'appel - L'article 1246 du code de procédure civile modifié prévoit que la cour d'appel peut, même d'office, substituer une décision nouvelle à celle du juge des tutelles ou à la délibération du conseil de famille.

L'appel peut être limité à certains chefs de la décision critiquée. Dans ce cas, l'appelant est tenu de le préciser en application de l'article 1243 du code de procédure civile. [...]

Continuité de la mesure de protection - Le décret reprend le troisième alinéa de l'article 1246 du code de procédure civile, issu du décret du 5 décembre 2008 précité. Ce texte donne compétence au juge des tutelles et au conseil de famille pour prendre toute décision ou délibération nécessaire à la préservation des droits et intérêts de la personne protégée pendant le délai d'examen de l'appel. Le greffe de la juridiction de première instance adresse une copie de cette décision au greffe de la cour".

En effet, malgré l'effet dévolutif de l'appel, qui a en principe pour conséquence le dessaisissement du premier juge, le juge des tutelles doit pouvoir poursuivre sa mission de protection et, le cas échéant, prendre les décisions qui s'imposent pour préserver les intérêts de la personne protégée pendant le cours de la procédure devant la cour d'appel.

L'appel n'a donc pas ici pour effet de dessaisir le juge des tutelles du dossier et il peut, comme cela s'impose, prendre les décisions nécessaires à la protection de l'intéressé.

S'agissant de M. X..., rien ne lui interdit de saisir à tout moment le juge des tutelles d'une demande de mainlevée de la curatelle et, dans l'hypothèse d'un rejet de sa demande, de faire appel de la décision.

⁴⁵ J. Junillon, Droit et pratique de la procédure civile, *Dalloz action*, 2012, n° 541.361

Néanmoins, permettre à la cour d'appel de s'emparer de l'ensemble de la mesure de protection à l'occasion d'un appel formé contre une décision quelconque du juge des tutelles serait de nature à conférer une grande souplesse au dispositif, ainsi qu'en attestent les décisions précitées des cours d'appel de Versailles et Riom. La cour d'appel pourrait ainsi ajuster à tout moment la mesure en fonction de l'évolution de la situation de la personne protégée et utiliser toutes les possibilités offertes par la réforme de 2007, telles que la division de la mesure (en tutelle/curatelle aux biens et tutelle/curatelle à la personne) ou la désignation de plusieurs co-tuteurs ou co-curateurs afin de mieux la faire accepter.

Il conviendra donc de déterminer si la spécificité de la matière justifie qu'il soit dérogé au droit commun de l'effet dévolutif de l'appel afin de permettre à la cour de connaître du principe même de la mesure et de son organisation lors de chaque appel, quelle que soit l'étendue de sa saisine, ou si les règles de droit commun doivent prévaloir, en l'absence de précision de l'article 1246, alinéa 1^{er}, sur ce point.

B - La seconde question et l'office du juge des tutelles

On observera à titre liminaire qu'une éventuelle réponse négative à la première question ne dispenserait pas de répondre à la seconde, qui ne concerne pas seulement les pouvoirs de la cour d'appel mais ceux du juge en général, y compris donc le juge de première instance.

Comme le soulignait déjà M. Pleven, rapporteur du projet de loi portant réforme du droit des incapables majeurs en 1968⁴⁶, le législateur a eu pour ambition de créer un "*véritable service public de la tutelle*". Cette ambition a été poursuivie et amplifiée lors de la réforme du 5 mars 2007.

La protection des majeurs vulnérables est ainsi un devoir de la collectivité (1), dont la mise en oeuvre relève du juge des tutelles et du procureur de la République, et dont l'exercice quotidien est assuré par un corps de professionnels mandatés par le juge, en l'absence de famille ou de proche (2.1).

Néanmoins, certaines mesures s'avèrent particulièrement difficiles à exercer, en raison de la violence de la personne concernée et du danger qu'elle représente pour ceux censés la protéger. Dans de telles circonstances, le mandataire désigné par le juge peut-il refuser d'exercer sa mission et demander son dessaisissement (2.2) ? Le juge lui-même peut-il donner mainlevée de la mesure et renoncer à exercer une protection qu'il a pourtant jugée nécessaire (3) ?

⁴⁶ Rapport de M. Pleven au nom de la commission des lois (n°1891), Travaux préparatoires à la loi n° 685 du 3 janvier 1968, J.O., Documents de l'Assemblée nationale, 7 sept. 1967, Annexe, n°1891, p. 1313.

1 - La protection juridique des majeurs : un devoir pour la collectivité

Bien que la loi du 5 mars 2007⁴⁷ ait réaffirmé avec force les grands principes de subsidiarité et de nécessité, afin que la protection, qui touche à la liberté fondamentale d'agir librement, soit strictement justifiée et adaptée à l'état de santé de la personne, elle a aussi clairement posé en principe l'obligation, pour la collectivité, de protéger les personnes majeures qui ne sont pas ou plus en mesure s'occuper seules de leurs intérêts.

On rappellera brièvement ici les principaux textes du code civil issus de la réforme :

Aux termes de l'article 425 :

“Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre.

S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions”.

Aux termes de l'article 428 :

“La mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé.

La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé”.

Aux termes de l'article 443, alinéa 1^{er} :

“La mesure prend fin, en l'absence de renouvellement, à l'expiration du délai fixé, en cas de jugement de mainlevée passé en force de chose jugée ou en cas de décès de l'intéressé”.

⁴⁷ Inspirée par la recommandation n° R (99) du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, du 23 février 1999 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, qui n'a pas de valeur contraignante mais énonce les grands principes de dignité, de nécessité, de subsidiarité, de prise en compte des sentiments de la personne concernée et de révision périodique des mesures.

Aux termes de l'article 442, alinéa 3 et 4 :

“Le juge peut, à tout moment, mettre fin à la mesure, la modifier ou lui substituer une autre mesure [...] après avoir recueilli l'avis de la personne chargée de la mesure de protection.

Il statue d'office ou à la requête d'une des personnes mentionnées à l'article 430 [personnes ayant qualité pour demander l'ouverture de la mesure], au vu d'un certificat médical et dans les conditions prévues à l'article 432 [audition de la personne protégée] [...].”

Enfin, selon l'article 415 :

“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. Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne.

Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci.

Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique”.

La protection juridique des personnes majeures souffrant d'une altération de leurs facultés personnelles est donc un devoir, en premier lieu des familles, en second lieu de la collectivité publique.

La charte des droits et libertés de la personne majeure protégée, issue du décret n° 2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales, qui énonce les principes selon lesquels la protection juridique doit être exercée, rappelle ainsi en introduction que : *“par la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, le législateur a souhaité garantir à tout citoyen le droit d'être protégé pour le cas où il ne pourrait plus s'occuper seul de ses intérêts. Cette loi renforce la protection de la personne du majeur protégé et de ses biens”.*

L'obligation pour les Etats de mettre en oeuvre les dispositifs de protection prévus par leurs lois internes dès lors que la personne concernée se trouve en situation de vulnérabilité semble également consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁸.

⁴⁸ Aucun texte de droit international autre que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne nous renseigne sur la question posée, la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, portant uniquement sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération.

En effet, celle-ci a, dans une décision du 19 février 2013⁴⁹, constaté une violation de l'article 8 de la Convention par un Etat qui n'avait pas instauré de mesure de protection juridique, pourtant prévue par le droit interne, alors que l'état de santé et la situation de vulnérabilité de la personne étaient connus des autorités et des juridictions :

“96. La Cour observe à cet égard qu'en dépit du fait que la loi sur la protection des personnes atteintes d'un handicap prévoyait l'obligation de mettre en place à leur profit une protection juridique sous forme de tutelle ou de curatelle (paragraphe 57 et 65 ci-dessus), aucune mesure de protection de ce type n'a été prise à l'égard de la requérante. Cela malgré le fait que l'état de santé de la requérante, qui était admise depuis 1996 au bénéfice d'une aide sociale, comme personne handicapée inapte pour exercer un travail, était connu des autorités bien avant le début des internements.

La situation de vulnérabilité de la requérante avait d'ailleurs été constatée et portée à la connaissance des tribunaux nationaux par de nombreux rapports des services d'assistance sociale ayant pris en charge la situation de ses enfants mineurs (voir, par exemple, le paragraphe 25 ci-dessus). Or, ni les services sociaux, ni les tribunaux n'en tirèrent aucune conséquence de ces constats sur le plan de la protection juridique de la requérante elle-même.

97. Ce fut précisément ce manquement des autorités qui a contribué, en l'espèce, à rendre illusoire les garanties mises en place par la loi sur la santé mentale, notamment le droit de l'intéressé d'être assisté lorsqu'il exprime son consentement (paragraphe 45 ci-dessus). Il en est de même s'agissant de l'obligation de notification de la mesure d'internement au représentant légal (paragraphe 48 ci-dessus) ainsi que de l'obligation d'information du représentant légal au sujet des circonstances justifiant la prise de la mesure d'internement (paragraphe 46 ci-dessus).

98. La Cour note que les récentes modifications apportées à la loi sur la santé mentale par la loi n° 129/2012 prévoient que si le patient n'a pas de représentant légal et qu'il n'a pas pu désigner un représentant conventionnel en raison de son incapacité psychique, l'hôpital est tenu de le notifier aussitôt à l'autorité de tutelle du domicile de l'intéressé, ou lorsque son domicile est inconnu, à celle de la commune où se trouve l'hôpital, afin que les mesures de protection juridique puissent être mises en place. Toutefois, ces nouvelles dispositions n'ont pas eu d'incidence sur la situation de la requérante. [...] la Cour considère que les dispositions du droit interne régissant les internements psychiatriques et la protection des personnes se trouvant dans l'impossibilité de pourvoir seules à leurs intérêts n'ont pas été appliquées à la requérante dans l'esprit de son droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8. Ce faisant, les autorités nationales ont failli à leur obligation de prendre des mesures adéquates à la défense des intérêts de la requérante.

101. Dès lors, la Cour conclut qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 8 de la Convention, de ce chef”.

⁴⁹ CEDH, arrêt du 19 février 2013, n° 1285/03, *B. c/ Roumanie*.

2 - La protection des majeurs et les organes chargés de sa mise en oeuvre : quelles obligations pour les mandataires judiciaires ?

La création d'un corps de mandataires judiciaires à la protection des majeurs a répondu au souhait du législateur d'améliorer la prise en charge des majeurs vulnérables dont la protection ne pouvait être assurée par la famille ou des proches. Ces professionnels, qui se sont engagés à répondre aux désignations judiciaires, ne peuvent donc en principe les refuser. Toutefois, cette obligation ne semble pas absolue.

2.1 - Un nouveau corps de mandataires judiciaires chargé de la protection des majeurs

La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a réaffirmé la priorité de la famille dans la prise en charge des personnes vulnérables, priorité à laquelle la Cour de cassation a toujours été très attachée⁵⁰.

Mais, lorsqu'aucun membre de la famille ou aucun proche ne peut assumer la curatelle ou la tutelle, le juge désigne un mandataire judiciaire à la protection des majeurs (article 450 du code civil).

L'un des objectifs de la réforme a été d'améliorer la prise en charge des majeurs à protéger par la collectivité en instituant un corps de mandataires judiciaires à la protection des majeurs (ci-après MJPM, selon la dénomination consacrée par la pratique), aux obligations et règles de fonctionnement harmonisées. En effet, jusqu'alors, différents intervenants professionnels étaient chargés des mesures de protection et obéissaient à des règles disparates, qu'il s'agisse de leur formation, de leur recrutement et de leur rémunération⁵¹.

Sont ainsi regroupés en une seule profession l'ensemble des personnes qui, aux termes de l'article L.471-1 du code de l'action sociale et des familles, *« exercent à titre habituel les mesures de protection des majeurs que le juge des tutelles leur confie au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de*

⁵⁰ V., par exemple, 1^{re} Civ., 2 mai 1990, pourvoi n° 88-16.664, *Bull.* 1990, I, n° 94 ; 1^{re} Civ., 17 mars 1992, pourvoi n° 90-10.892, *Bull.* 1992, I, n° 88 ; 1^{re} Civ., 31 mars 1992, pourvoi n° 90-14.626, *Bull.* 1992, I, n° 99 ; 1^{re} Civ., 6 octobre 1998, pourvoi n° 95-22.141, *Bull.* 1998, I, n° 270 ; 1^{re} Civ., 9 juillet 2014, pourvoi n° 13-20.077, *Bull.* 2014, I, n°130

⁵¹ « les nouveaux mandataires judiciaires à la protection des majeurs regrouperont tous les intervenants extérieurs à la famille, personnes physiques ou morales, qui exercent à titre habituel les missions de protection juridiques. Ils obéiront désormais à des règles communes organisant leur formation, évaluation, contrôle, responsabilité et rémunérations » (AN, Déb. Parl., 3e séance du mardi 16 janv. 2007).

justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d'accompagnement judiciaire".

Certains commentateurs de la réforme voient dans ces mandataires, qui tiennent leur mission du juge des tutelles et prêtent serment devant le tribunal d'instance, des auxiliaires de justice⁵². D'autres vont jusqu'à voir dans les missions de ces professionnels une nouvelle catégorie de service public⁵³.

Est-ce à dire qu'ils seraient tenus d'assurer la continuité du service public et qu'ils ne pourraient demander leur dessaisissement au juge des tutelles qui les a désignés ? Le législateur ne semble pas avoir voulu consacrer une telle solution.

2.2 - Le droit pour le mandataire judiciaire à la protection des majeurs de refuser la mission qui lui est confiée, sauf actes urgents

On a vu que, sous l'empire des textes antérieurs à la réforme de 2007, la Cour de cassation avait admis la possibilité pour une association tutélaire de refuser une mesure de protection qui lui était confiée par le juge des tutelles si elle n'avait pas les moyens financiers lui permettant de l'exercer⁵⁴.

Désormais, l'article 450 du code civil dispose que le mandataire désigné par le juge des tutelles "*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*".

Faut-il déduire de ce texte qu'*a contrario*, le mandataire peut refuser la mission qui lui est confiée lorsqu'il ne s'agit pas d'accomplir "*les actes urgents que commande l'intérêt de la personne protégée*" ?

S'il est, lors de sa désignation, tenu de mettre en oeuvre la mission qui lui est confiée en ce qu'elle comporte des actes urgents, il semble qu'il soit autorisé à la refuser lorsqu'il estime ne pouvoir l'exercer de façon satisfaisante.

⁵² G. Raoul-Cormeil, "Fiche métier : Mandataire judiciaire à la protection des majeurs", site de la faculté de droit de Caen ; V. également L. Raschel, "Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs est-il un auxiliaire de justice ? Recherche sur l'auxiliaire de justice", *Dr. famille* n° 12, Décembre 2012, dossier 14.

⁵³ S. Guérard, "Les missions du mandataire judiciaire à la protection des majeurs relèvent-elles d'un service public ?", *Dr. famille* n° 12, Décembre 2012, dossier 15 ; A. Batteur, "Synthèse et perspectives d'évolution de la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs", *Dr. famille* n° 12, Décembre 2012, dossier 17.

⁵⁴ 1^{re} Civ., 5 mars 1991, n° 89-12.320, *Bull.* 1991, I, n° 82 précité

Lors des travaux parlementaires ayant précédé le vote de la loi du 5 mars 2007, E. Blessig, rapporteur du projet de loi⁵⁵, avait ainsi indiqué :

“le projet de loi fait obligation au mandataire judiciaire désigné par le juge d’accomplir les actes urgents que commande l’intérêt du majeur, et en particulier les actes conservatoires indispensables à la préservation de son patrimoine. Ainsi, en principe, un mandataire ne pourra refuser d’être désigné, son inscription sur la liste préjugant non seulement de ses aptitudes, mais également de son engagement à répondre aux sollicitations judiciaires. Néanmoins, il ne peut être exclu qu’un mandataire estime dès le début de la mesure qu’il ne peut l’exercer de façon satisfaisante (ne serait-ce que dans le cas où il connaît la personne protégée par ailleurs, et craint de ne pas être objectif ou indépendant), et il peut s’avérer contraire à l’intérêt de la personne protégée de maintenir cette désignation. Mais, en tout état de cause, avant que le juge revienne sur sa désignation après en avoir discuté avec le mandataire, il peut s’écouler un laps de temps au cours duquel le mandataire sera tenu d’agir pour préserver l’intérêt de la personne protégée, tant sur le plan patrimonial que personnel”.

Comme il a déjà été exposé ci-dessus⁵⁶, la plupart des auteurs voient dans ces dispositions la consécration, par le législateur, de la jurisprudence de la Cour de cassation autorisant les associations tutélaires, sous l’empire des anciens textes, à refuser des mesures faute de financement adapté. Il est vrai que la question du refus d’exercice des mesures s’est principalement posée sous l’angle du financement.

Pour Th. Fossier⁵⁷ : *“selon l’article 450, un mandataire professionnel quelque soit son statut exact, 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.*

Cette règle :

- consacre implicitement mais indubitablement le droit d’un mandataire judiciaire à la protection des majeurs de refuser des mesures nouvelles s’il n’a pas les financements nécessaires ;
- évite aux majeurs que le juge recherche désespérément un mandataire disponible (c’est-à-dire disposant de financements) pendant un “temps de prise en charge”

⁵⁵ Rapport n° 3557 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République sur le projet de loi n° 3462, portant réforme de la protection juridique des majeurs

⁵⁶ Cf. supra II - B - 2.2

⁵⁷ *JurisClasseur Notarial - Fasc. 30 : Majeurs protégés - Curatelle et tutelle - Dispositions générales - Dispositions propres aux mandataires professionnels - Date de la dernière mise à jour : 23 Février 2009, spéc. n° 75*

comme en connaît, parfois dans des proportions qui ridiculisent la décision de justice et délégitiment la mesure elle-même, l'assistance éducative".

M. Massip⁵⁸ a la même lecture de l'article 450 du code civil : celui-ci, explique-t-il, *"prévoit, dans sa deuxième phrase, que le mandataire judiciaire 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, d'où l'on doit déduire, semble-t-il, qu'il est en droit de refuser d'accomplir les actes qui ne sont pas urgents"*.

Pour N. Peterka, *"si le protecteur professionnel semble être ainsi autorisé – il est vrai seulement dans des circonstances exceptionnelles – à décliner la mesure qui lui est attribuée, il ne peut pas se dérober, en revanche, tant que sa désignation n'est pas révoquée, à l'accomplissement des actes urgents. L'urgence fait émerger à sa charge une obligation d'action, laquelle s'applique, au premier chef, aux actes conservatoires nécessaires à la préservation du patrimoine. Ces derniers incarnent, pour le déploiement de ce devoir, une variété d'acte urgent, lequel ne se réduit pas au demeurant, pour la détermination des contours de la mission du tuteur ou du curateur, de ses pouvoirs et de ses devoirs, aux seuls actes patrimoniaux"*⁵⁹.

Dans leur ouvrage⁶⁰, N. Peterka, A. Caron-Déglise et F. Arbellot estiment que la faculté de refus du MJPM doit rester cantonnée dans de strictes limites : *"Si elle ne doit pas être motivée nécessairement par des considérations budgétaires, la faculté de refus reconnue au mandataire judiciaire à la protection des majeurs doit demeurer exceptionnelle"*.

L'article 453 du code civil prévoit en revanche que *"Nul n'est tenu de conserver la curatelle ou la tutelle d'une personne au-delà de cinq ans, à l'exception du conjoint, du partenaire du pacte civil de solidarité et des enfants de l'intéressé ainsi que des mandataires judiciaires à la protection des majeurs"*.

Le MJPM qui a accepté d'être désigné est donc ensuite, en principe, tenu de conserver la mesure au-delà de cinq ans.

⁵⁸ J. Massip, "Le choix du tuteur ou du curateur d'un majeur protégé", *Gazette du Palais*, 27 août 2009 n° 239, p. 2

⁵⁹ N. Peterka, "Incapables majeurs - La gestion du patrimoine de la personne protégée à l'épreuve de l'urgence", *Gazette du Palais*, 30 janvier 2010 n° 30, p. 25

⁶⁰ Droit des tutelles, *Dalloz* 2013-2014, p. 322-326, n° 61.45

Comme l'explique Th. Fossier⁶¹, *“qu'ils soient personnes physiques, individuelles ou associées, ou personnes morales, les “mandataires judiciaires à la protection des majeurs” ne peuvent pas démissionner d'une tutelle ou d'une curatelle pour convenance. Naturellement, si leur activité cesse, ou si, selon un accord pris avec le juge, il apparaît que le majeur serait mieux protégé par un autre service ou tuteur, ou encore si un membre de la famille se propose, alors le remplacement s'opérera avant la durée de cinq ans”*.

Quoi qu'il en soit, le refus d'un mandataire d'exercer la mesure conduit en principe à son remplacement par un autre, et non à la mainlevée de la mesure, alors que la cour d'appel de Douai se place dans une hypothèse où aucun mandataire ne veut/ne peut plus prendre en charge la mesure, son principe même étant remis en cause par le comportement du majeur.

3 - Protection des majeurs et principe de réalité : quel équilibre pour le juge des tutelles ?

Le juge des tutelles, confronté à un refus de tous les mandataires successifs d'exercer une mesure de protection en raison de la violence du majeur protégé, se trouve face à une décision difficile, les options s'offrant à lui étant limitées. Doit-il imposer la mesure au dernier mandataire désigné, prenant le risque d'un conflit avec le service concerné et d'une remise en cause de la qualité de la relation de travail instaurée, préjudiciable aux mesures à venir ? Doit-il imposer à ce service les risques que la violence de l'intéressé peut générer pour son personnel, voire pour les autres majeurs protégés susceptibles d'être présents dans les locaux associatifs lors de ses visites ?

A l'inverse, peut-il, face à cette impossibilité d'exercer la mesure, en donner mainlevée, ce qui revient à priver l'intéressé de la protection dont il a besoin ?

On relèvera que, même lorsque la mesure peut difficilement être exercée, l'absence de mainlevée permet au moins à l'intéressé de bénéficier des actions en nullité, rescision ou réduction des actes qui lui sont ouvertes par l'article 465 du code civil.

On relèvera encore qu'aucun texte ne prévoit la possibilité pour le juge des tutelles de donner mainlevée de la mesure de protection dans cette hypothèse.

Il est pourtant une hypothèse dans laquelle le législateur a expressément prévu la possibilité pour le juge de mettre fin à la mesure alors même que le besoin de

⁶¹ *JurisClasseur Notarial - Fasc. 30 : Majeurs protégés - Curatelle et tutelle - Dispositions générales - Dispositions propres aux mandataires professionnels - Date de la dernière mise à jour : 23 Février 2009, spéc. n° 74 ; V. également F. Marchadier - Rép. civ. Dalloz - Majeurs protégés - mise à jour janvier 2015, spéc. n° 26.*

protection de l'intéressé persisterait : c'est l'éloignement géographique du majeur empêchant tout suivi et contrôle de la mesure.

Aux termes de l'article 443, alinéa 2, du code civil, *“sans préjudice des articles 3 et 15, le juge peut également y mettre fin [à la mesure] lorsque la personne protégée réside hors du territoire national, si cet éloignement empêche le suivi et le contrôle de la mesure”*.

La circulaire précitée du 6 février 2009 précise sur ce point (p. 37) :

“Un principe de réalité - Qu'il s'agisse d'un majeur de nationalité française ou étrangère, le départ d'une personne protégée hors du territoire national, de façon durable, peut être source de difficultés importantes. En effet, l'éloignement géographique du majeur rend quasiment impossible le suivi et le contrôle des actes touchant à sa personne, et ce, alors que les exigences posées par les nouvelles dispositions des articles 457-1 à 462 du code civil nécessitent que la personne en charge de sa protection informe le juge et recueille son consentement ; en outre, pour les actes les plus importants, le juge doit également entendre la personne protégée avant de les autoriser. Par ailleurs, lorsque le patrimoine est complexe ou conséquent, et a été transféré, ou progressivement constitué, dans le pays étranger de résidence du majeur protégé, le contrôle de sa gestion peut soulever des difficultés liées à la compréhension de documents en langue étrangère ou à l'impossibilité d'entendre le majeur sur certains choix essentiels (ventes immobilières, donations...). Ces difficultés ou obstacles à l'exercice effectif du suivi et du contrôle des mesures peuvent être source d'abus, générer la détérioration de la situation personnelle ou patrimoniale du majeur et être à l'origine de préjudices graves pour celui-ci ; la responsabilité du service public de la justice, voire celle du juge lui-même, sont susceptibles d'être engagées.

C'est pourquoi, le juge peut désormais mettre fin à une mesure de protection en prenant un jugement de mainlevée motivé par les circonstances et les conditions de l'éloignement géographique qui empêchent l'effectivité du suivi et du contrôle de la mesure.

Cette disposition de l'article 443 du code civil s'inscrit dans le cadre des principes posés par la Convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, qui privilégie la compétence du juge de la résidence habituelle de l'adulte”.

Si le principe de réalité est ainsi pris en compte par le législateur, la situation est fondamentalement différente de celle d'un majeur protégé qui réside bien en France mais dont le comportement même empêche l'exercice effectif de la mesure ou met en danger ceux qui l'exercent.

Pour autant, et comme l'évoque la circulaire, la question de la responsabilité du service public de la justice se pose également lorsque la mesure ne peut, de fait, être exercée en raison du comportement de la personne à protéger.

On sait en effet que, si le tuteur n'est pas responsable des agissements du majeur protégé⁶², la responsabilité de tous les organes de la mesure de protection judiciaire peut être engagée pour une "faute quelconque" commise dans l'exercice de leur fonction et que la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour la faute du juge des tutelles comme pour celle du mandataire judiciaire à la protection des majeurs (articles 421 et 422 du code civil).

C'est donc un principe de responsabilité très large pour "faute quelconque" qui est retenu, sauf en cas de curatelle simple, le dol ou la faute lourde étant alors requis.

Le tuteur, tenu d'apporter, dans la gestion du patrimoine de la personne protégée, "*des soins prudents, diligents et avisés*" (article 496 du code civil), est également chargé d'une mission de protection de sa personne et doit, à ce titre, "*veiller au bien-être et à la sécurité de la personne protégée*". Il est ainsi susceptible d'engager sa responsabilité s'il ne remplit pas cette mission⁶³, ce qui pourra poser une difficulté lorsque l'intéressé l'aura empêché d'agir à cette fin en rendant l'exercice de la mesure impossible du fait de son opposition systématique et de son agressivité.

La mise en oeuvre de la responsabilité de l'Etat en cas de dommage causé au majeur protégé par la carence du mandataire judiciaire ne peut être totalement exclue, alors même que celle-ci serait la conséquence de son comportement.

*

* *

⁶² Principe de l'absence de responsabilité du fait d'autrui posée par un arrêt 2^e Civ., 25 février 1998, pourvoi n° 95-20.419, *Bull.* 1998, II, n° 62 : "*s'il résulte de l'article 490 du Code civil que la mesure édictée 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, il ne s'ensuit pas que son tuteur ou l'administrateur légal sous contrôle judiciaire du juge des tutelles est responsable des agissements de la personne protégée sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er, du même Code*"; V. également 2^e Civ., 29 mars 2006, pourvoi n° 06-20.071, *Bull.* 2006, II, n° 96.

⁶³ V., pour une illustration, 1^{re} Civ., 27 février 2013, n°11-17.025, *Bull.* 2013, I, n° 26, *AJ Famille*, avril 2013, p.241, obs. Th. Verheyde : arrêt ayant retenu que l'association tutélaire avait l'obligation de s'assurer que l'entreprise intervenue dans le logement d'une majeure protégée pour procéder au remplacement d'un dispositif de cuisson alimenté par le gaz par un autre dispositif utilisant l'énergie électrique "*avait supprimé tout risque pour une personne dont les facultés de discernement étaient altérées*".

La formation pour avis est saisie de deux questions très différentes, l'une concernant la procédure devant la cour d'appel en matière de protection juridique des majeurs, l'autre concernant une problématique récurrente pour les juges des tutelles, à savoir le cas des majeurs protégés au comportement agressif, qui s'opposent violemment à toute immixtion dans leur vie personnelle et dont la prise en charge par des proches ou des mandataires judiciaires devient impossible.

La première question est assurément une question de droit à laquelle il conviendra, si elle est jugée sérieuse et nouvelle, de répondre en s'interrogeant sur la possibilité pour une cour d'appel de se prononcer sur une décision qui ne lui est pas déférée. La nécessaire souplesse du dispositif de protection juridique des majeurs justifie-t-elle qu'il soit dérogé aux règles de droit commun en matière d'effet dévolutif de l'appel ?

La seconde question conduit quant à elle à s'interroger sur la nature de la protection juridique des majeurs et ses limites.

Si l'on tente de résumer les textes qui viennent d'être rappelés, on constate que la protection est à la fois un droit pour les personnes qui en ont besoin et un devoir pour la collectivité.

Parallèlement, le principe de réalité peut parfois conduire à donner mainlevée d'une mesure qui ne peut plus être concrètement suivie et contrôlée - c'est l'hypothèse de l'éloignement hors du territoire national. Ce même principe de réalité avait conduit la Cour de cassation, sous l'empire des textes antérieurs à la réforme de 2007, à décider que la tutelle ou la curatelle d'Etat ne pouvait être confiée à une association tutélaire que si celle-ci l'acceptait et dans la limite des moyens financiers qui lui étaient accordés.

Faut-il en déduire qu'en dépit du devoir de protection qui pèse sur la collectivité, la mainlevée de la mesure pourrait être ordonnée par le juge des tutelles en raison d'une impossible mise en oeuvre de celle-ci et d'un refus des mandataires successifs ?

Peut-on admettre que l'Etat, et le service public de la justice en particulier, démissionne ainsi de son rôle de garant des droits des personnes vulnérables ?

La réponse à cette question ne dépend-elle pas, en tout état de cause, des éléments propres au dossier, à savoir, notamment, le degré de dangerosité de l'intéressé et son besoin plus ou moins grand de protection ? Bref, quand tout a été envisagé, le juge des tutelles peut-il donner mainlevée d'une mesure qu'il sait nécessaire ?