Centre Local d'Information et de Coordination. 6 Place de l'église 50550 SAINT VAAST LA HOUGUE

Support de la conférence donnée par Gilles Raoul-Cormeil, *maître de conférences à la faculté de droit de Caen*, à la mairie de Valognes le jeudi 3 novembre 2016, à partir de 18 h.

La procédure d'ouverture d'une mesure de protection juridique *(Extrait d'un article encyclopédique pour le Jurisclasseur civil, articles 415 à 432 du Code civil)*

1. - RÉSUMÉ DE LA PROCÉDURE TUTÉLAIRE

- Magistrat du siège affecté à un tribunal d'instance, le juge des tutelles siège de manière intermittente dans son cabinet. À cette juridiction d'exception, sont confiées l'ouverture, le renouvellement et le contrôle des mesures de protection juridique des personnes majeures souffrant d'une altération, médicalement constatée, de leurs facultés mentales ou de la possibilité d'exprimer une volonté.

- Quarante ans après la loi du 3 janvier 1968 ayant étendu leurs prérogatives à la protection des majeurs incapables, la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 a maintenu les juges des tutelles et leurs nombreuses prérogatives. La suppression de la saisine d'office et l'attribution au ministère public de nouvelles prérogatives ont pour but d'améliorer la régulation de l'office du juge des tutelles. Les juridictions tutélaires sont compétentes, au fond, pour connaître des mesures de tutelle, de curatelle, de sauvegarde de justice et de l'habilitation familiale.

- Le ministère public joue un rôle croissant dans l'ouverture et le fonctionnement des mesures de protection juridique. Chaque procureur de la République exerce une mission de surveillance générale ; il établit la liste des médecins habilités à rédiger les certificats médicaux circonstanciés et des avis pour la bonne marche de la procédure. Il donne son avis pour la désignation des personnes physiques inscrites sur la liste préfectorale des mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Il peut saisir le juge des tutelles en cas de défaillance de la famille. L'avis du ministère public doit être sollicité par le juge des tutelles avant tout décision.

- La compétence territoriale du juge des tutelles est fixée par la résidence habituelle de la personne majeure protégée ou à protéger.

- La procédure devant le juge des tutelles débute par un acte de saisine. La requête en ouverture d'une mesure doit être accompagnée d'un certificat médical circonstancié émanant d'un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République. Des textes régissent le contenu, le prix et la nature juridique de cette pièce maîtresse de la procédure tutélaire. Le refus de la personne à protéger de se laisser examiner par le médecin inscrit contraint cet auxiliaire de justice à un examen sur pièces du dossier médical. La procédure initiale devant le juge des tutelles est orale. Elle se poursuit par des auditions et une audience à huis clos.

- Le juge doit communiquer le dossier au parquet pour solliciter son avis. Le juge doit aussi statuer sur les demandes de communication des pièces faîtes par les autres parties. Le juge des tutelles est soumis au principe du contradictoire.

- La procédure initiale prend fin par le jugement du juge des tutelles. Elle peut prendre fin avant, en cas de décès de la personne à protéger ou du requérant. Dans ce cas, le ministère public peut demander la poursuite de l'instance. Le désistement du requérant est également susceptible, en l'absence d'ouverture d'une sauvegarde de justice, de mettre fin à l'instance.

- La procédure initiale s'achève, lorsque l'instance n'a pas pris fin, par une décision appelée jugement, quel qu'en soit l'objet. Ce jugement fait l'objet d'une notification et d'une publicité.

- Les décisions des juges des tutelles peuvent être frappées de recours. Depuis le 1er janvier 2010, la Cour d'appel est compétente pour statuer sur les appels formés contre les toutes les décisions du juge des tutelles. La forme de l'exercice du droit d'appel est simplifiée. Le délai de quinze jours court à compter de la notification de la décision ou du jugement

2. - SAISINE DU JUGE DES TUTELLES

Seule la requête émanant d'une personne ayant qualité à saisir le juge des tutelles et comprenant un certificat médical circonstancié est recevable. La qualité de l'auteur de la requête (a) et le contenu de celle-ci (b) exigent des commentaires.

a) Auteur de la saisine

1. - Liste des personnes autorisées à saisir le juge pour ouvrir une mesure

L'alinéa 1er de l'article 430 du Code civil, issu de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, établit la liste de personnes habilitées à présenter une demande au juge des tutelles en vue de l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire au profit d'une personne majeure. Les personnes désignées sur cette longue liste peuvent être réparties suivant quatre cercles de diamètre différent. Au cœur du premier cercle, il faut citer la personne qu'il y a lieu de protéger : le bénéficiaire de la mesure judiciaire. Alors que la mesure de protection juridique peut lui être imposée, dans son intérêt, elle peut aussi, *a fortiori*, la demander au juge des tutelles. C'est le cas en pratique des personnes qui saisissent le juge des tutelles, par écrit, sur les conseils – parfois donnés à main guidée – d'une assistante sociale. Le deuxième cercle vise ensuite le conjoint de la personne à protéger, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux. Observons ici la neutralité et la modernité de la loi du 5 mars 2007 au regard de la gradation des engagements de la vie de couple *(Comp. C. civ., art. 453 qui ignore le concubin dès lors qu'il est question d'obliger l'autre membre du couple à garder la mesure plus de cinq ans).* Le troisième cercle vise ensuite un parent, un allié, ainsi qu'une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables. La loi civile établit donc une gradation des liens de famille : le couple avant l'enfant, la filiation et la parenté avant l'alliance, puis l'alliance avant l'amitié. La demande d'ouverture peut enfin être présentée par le ministère public, soit d'office, soit à la demande d'un tiers *(C. civ., art. 430, al. 2).* L'absence de limitation de degré dans la présentation de la famille montre l'objectif de faire prévaloir la solidarité familiale sur la solidarité étatique et de réserver l'intervention du ministère public, visé dans le quatrième

cercle, qu'aux cas les plus difficiles. Rappelons que sous l'empire du droit antérieur, les parents en ligne collatérale, les alliés, les amis, le médecin traitant ou le directeur de l'établissement hébergeant la personne à protéger pouvaient uniquement donner un avis au juge des tutelles ou au procureur de la République. Avant le 1er janvier 2009, la qualité des personnes pouvant saisir le juge des tutelles était donc restreinte *(C. civ., anc. art. 493, rédac. L. n°68-5 du 3 janv. 1968*), ce qui ne présentait pas tant de difficulté parce qu'au moindre signalement d'un médecin, d'un élu local ou d'un service d'assistance sociale, le juge des tutelles pouvait se saisir d'office. *(Sur les propositions d'un élargissement de la liste des personnes pouvant demander l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire : V. J. Favard, Rapport définitif sur les dispositifs de protection des majeurs, avr. 2000, spécialement p. 28, n° 3.1.2.1, qui propose notamment de donner cette faculté de saisine à toute personne "qui assure en fait de manière habituelle la charge effective du majeur").* On pourrait s'étonner que l'article 430 du Code civil vise aussi, parmi les personnes pouvant saisir le juge des tutelles aux fins d'ouvrir une mesure, la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique. En effet, il n'y a pas de mandataire spécial sans sauvegarde de justice, pas de curateur sans curatelle, pas de tuteur sans tutelle. En revanche, le mandataire partie à un mandat de protection future peut avoir intérêt à saisir le juge des tutelles pour mettre fin à la mesure conventionnelle et la remplacer par une mesure de protection judiciaire. La présence de toutes les personnes en charge d'une mesure de protection juridique s'explique par le renvoi qui est fait systématiquement à l'article 430 du Code civil pour désigner les personnes qui ont qualité pour demander au juge des tutelles la révision ou le renouvellement de la mesure.

2. - Sanction du défaut de qualité et suppression de la saisine d'office

Il y a tout lieu de penser que la liste de l'article 430 du Code civil est limitative. Dès lors, le juge des tutelles doit relever d'office les fins de non-recevoir tirées d'un défaut de qualité et doit donc déclarer irrecevables les requêtes présentées par des personnes ne figurant pas sur la liste prévue par l'article 430 du Code civil *(V. sous l'empire de la législation antérieure : Cass. 1re civ., 23 juin 1987, n° 85-17.126 : JurisData n° 1987-001092 ; Bull. civ. 1987, I, n° 207* : *les dispositions de l'ancien article 493, alinéa 1er, du Code civil – devenu C. civ., art. 430 – qui énumèrent limitativement les personnes qui ont qualité pour requérir l'ouverture de la tutelle, édictées dans un souci de protection de la liberté, ont un caractère d'ordre public. Il s'ensuit que le juge doit relever d'office les fins de non-recevoir fondées sur ce texte).* Enfin, reprenant les propositions de plusieurs rapports *(V. notamment : J. Favard, Rapport définitif sur les dispositifs de protection des majeurs, avr. 2000)*, l'article 430 du Code civil met implicitement fin à la possibilité offerte jusque-là au juge des tutelles par l'ancien article 493, alinéa 1er du Code civil d'ouvrir d'office une mesure de protection judiciaire à l'encontre d'un majeur. D'une part, la suppression de cette faculté, qui était sous l'empire de la loi du 3 janvier de 1968 à l'origine de près de la moitié des ouvertures de dossiers tutélaires à la suite d'un signalement des services sociaux ou hospitaliers, devrait permettre dans l'avenir une meilleure maîtrise des flux d'ouverture des mesures judiciaires de protection des majeurs. D'autre part, la suppression de la saisine d'office met désormais les procédures tutélaires françaises en conformité avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le *"droit à un procès équitable"*, selon lequel le juge doit conserver une position d'arbitre dans les litiges relatifs à des contestations sur des *"droits et obligations à caractère civil"*. Or, cela n'était manifestement pas le cas du juge des tutelles sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968, dès lors qu'il pouvait se saisir de la situation d'un majeur vulnérable à protéger, instruire son dossier, puis rendre une décision ouvrant une mesure de protection à son encontre en étant le seul à agir à chaque étape de la procédure *(V. en ce sens : H. de Richemont, Rapport sur la réforme de la protection juridique des majeurs, Sénat 2006-2007, n° 212, spécialement p. 128. Adde, J.-P. Marguénaud, Les aspects procéduraux de la*

protection des majeurs vulnérables au regard de la Cour EDH : Petites aff., n°220 du 4 nov. 2010, p. 10). En somme, dans les hypothèses où l'urgence requiert un placement quasi immédiat de la protection de la personne, il n'y a pas d'autre solution que la sauvegarde de justice par déclaration d'un médecin au procureur de la République, étant précisé que si le médecin n'est pas un psychiatre il devra solliciter l'avis conforme d'un médecin psychiatre *(C. civ., art. 434 et C.S.P., art. L. 3211-6, réécrit L. n°2015-1776 du 28 déc. 2015, en cas d'accueil d'une personne très vulnérable en établissement. Adde, les études de Me F. Fresnel, La notion d'urgence en droit de la protection des incapables, des majeurs protégés et des mineurs : Gaz. Pal., 29-30 janvier 2010, p. 21 ; et de Mme N. Peterka, La gestion du patrimoine de la personne protégée à l'épreuve de l'urgence : Gazette du Palais, 30 janvier 2010, p. 25).* Le législateur aurait pu maintenir au juge des tutelles la faculté de se saisir d'office pour placer une personne sous sauvegarde de justice lorsque la protection de ses biens requiert une mesure urgente. Après tout, le juge des tutelles peut encore se saisir d'office pour renouveler une mesure *(C. civ., art. 442, al. 4)* ou pour mettre fin à un mandat de protection future *(C. civ., art. 485).* Ce ne sont pas là les seules règles dérogatoires à la liste des personnes pouvant saisir le juge des tutelles dans la procédure initiale.

3. - Liste des personnes autorisées à saisir le juge en cas d'habilitation familiale

L'habilitation familiale est une nouvelle mesure de protection juridique régie par les articles 494-1 à 494-12 du Code civil, introduits par l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 Prise conformément à la loi d'habilitation n°2015-177 du 16 février 2015, cette ordonnance a été ratifiée par la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle. Elle est complétée du décret n°2016-185 du 23 février 2016 qui a introduit les articles 1260-1 à 1260-12 du Code de procédure civile. D'emblée, il faut préciser une difficulté pour déterminer les personnes visées par l'ordonnance à saisir le juge des tutelles d'une requête en habilitation familiale. La liste des personnes ayant qualité à saisir le juge des tutelles est restreinte par rapport à celle de l'article 430 du Code civil. Elle est aussi plus délicate à déterminer dès lors que l'ordonnance a choisi la technique du double renvoi. En effet, n'ont qualité à saisir le juge des tutelles que les personnes qui ont aussi qualité à recevoir l'habilitation de représenter un membre de leur famille, hors d'état de manifester sa volonté. L'article 494-3 du Code civil renvoie d'abord à l'article 494-1. En outre, ce texte renvoyait à l'article 2° du I de l'article 1er de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015. Grâce à la loi de ratification de l'ordonnance, l'article 494-1 du Code civil vise dorénavant, en toutes lettres, les ascendants ou descendants, frères et sœurs, ou, à moins que la communauté de vie ait cessé entre eux, le conjoint, le partenaire avec lequel elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin. Familiale, l'habilitation est donc limitée à certains membres de la famille : l'un des ascendants, descendants, frères et sœurs de la personne à protéger ou l'autre membre du couple à la seule condition de ne pas être séparé de fait. Non seulement réduite, la présentation de la famille est également inversée par rapport à celle de l'article 430 du Code civil : le lignage retrouve sa prévalence sur le ménage. L'article 494-3 du Code civil ajoute que le juge des tutelles peut aussi être saisi par le ministère public mais à la condition que ce soit à la demande de l'un des membres de la famille au sens du nouvel article 494-1 du Code civil. Réjouissons-nous que la loi de ratification ait inclus le conjoint. *(Son absence dans l'ordonnance avait été dénoncée par la doctrine : N. Peterka, Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs. À propos de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 : JCP G 2015, aperçu rapide, 1160 ; G. Raoul-Cormeil, L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond : D.2015, chron., p. 2335 ; I. Maria, L'habilitation familiale, une nouvelle mesure de protection qui doit faire ses preuves : Dr. famille, Janv. 2016, étude 5 ; J. Combret et N. Baillon-Wirtz, L'habilitation familiale : une innovation à parfaire : JCP N 2015, 1248 ; L. Mauger-Vielpeau, L'habilitation familiale : la saisine du juge des tutelles : Dr. famille, Nov. 2016, Étude 41, p. 18).* Nécessaire est la présence du conjoint dans la liste

des personnes pouvant saisir le juge des tutelles, dès lors que l'habilitation familiale lui donne des pouvoirs qu'il ne pourrait obtenir sur le fondement des articles 217, 219, 1426 et 1429 du Code civil. L'habilitation familiale permet de protéger la personne alors que les remèdes du droit des régimes matrimoniaux ne réaménagent que la gestion des biens. En revanche, on ne comprend toujours pas pourquoi les alliés, les neveux et nièces n'ont pas qualité pour saisir le juge des tutelles, à moins de se contenter des travaux préparatoires de la loi d'habilitation du 16 février 2015 qui sont assez décevants *(Sur lesquels, v. G. Raoul-Cormeil, L'habilitation familiale ou la tutelle simplifiée. À propos de l'avant-projet d'ordonnance prise en application de la loi n°2015-177 du 16 février 2015 : Gazette du Palais, n^{os}277 à 279 du 4 au 6 octobre 2015, p. 5).* Il y aura donc des cas où le juge des tutelles sera contraint de délaisser l'habilitation familiale au profit d'une curatelle ou d'une tutelle dès lors qu'il conviendrait de choisir le neveu, la nièce ou un allié comme personne en charge de la protection. Il en sera de même *a fortiori* si la mesure doit être confiée à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

b) Contenu de la requête

4. - Éléments permettant d'identifier la personne à protéger

Le juge des tutelles est saisi d'une demande d'ouverture d'une mesure de protection judiciaire par une requête remise ou adressée au greffe du tribunal d'instance *(C.P.C., art. 1217).* En matière gracieuse, le juge est aussi saisi par une requête *(C.P.C., art. 60).* Il est à noter que le décret du 5 décembre 2008 n'envisage plus, comme par le passé, que la saisine du juge des tutelles puisse provenir d'une déclaration (écrite ou orale) au greffe. La requête doit indiquer qu'elle a pour objet l'ouverture d'une mesure de protection juridique tout en laissant au juge des tutelles la liberté d'apprécier, au terme de son instruction, si l'intéressé a besoin d'une sauvegarde de justice, d'une curatelle ou d'une tutelle *(C. civ., art. 440).* Outre le certificat médical circonstancié prévu à l'article 431 du Code civil *(V. infra n°34),* la requête aux fins d'ouverture d'une mesure de protection judiciaire d'un majeur doit mentionner, à peine d'irrecevabilité, l'identité complète de la personne à protéger (notamment par la production d'un extrait d'acte de naissance) et l'énoncé des faits qui nécessitent cette protection au regard de l'article 428 du Code civil *(C.P.C., art. 1218).* La requête doit aussi mentionner, si son existence est connue du requérant, le nom du médecin traitant du majeur qui pourra, le cas échéant, être consulté par le médecin choisi inscrit sur la liste du procureur de la République pour donner son avis sur la nécessité de l'ouverture de la mesure *(C. civ., art. 431).* En outre, le demandeur à l'ouverture de la mesure doit, autant que possible, donner des éléments précis concernant la composition familiale de la personne à protéger. À ce titre, la requête en ouverture de la mesure de protection judiciaire doit mentionner les personnes appartenant à l'entourage du majeur à protéger qui sont autorisées à présenter une telle demande au juge des tutelles en application de l'article 430, alinéa 1er du Code civil *(C.P.C., art. 1218-1).* La requête doit enfin renseigner le juge des tutelles sur la situation financière et patrimoniale de la personne à protéger afin de lui permettre de choisir le régime de protection le plus adapté *(CPC, art. 1218-1).* Le contenu de la requête est similaire si elle a pour objet la demande d'ouverture d'une habilitation familiale. L'objet est différent, parce que la demande est ciblée sur l'ouverture de l'habilitation familiale et non pas sur une éventuelle curatelle ou tutelle. En revanche, sont identiques les éléments nécessaires à l'identification de la personne à protéger, tant en ce qui concerne son état de santé (Certificat médical circonstancié) que sa situation personnelle, familiale et patrimoniale *(C.P.C., art. 1260-2 et 1260-3).*

5. - L'exigence systématique du certificat médical circonstancié

La requête doit, à peine d'irrecevabilité, être accompagnée d'un certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République *(C. civ., art. 431, al. 1er).* Le nouveau dispositif consacre ici la jurisprudence de la Cour de cassation, selon

laquelle la production du certificat médical par le requérant constitue une formalité substantielle, dont l'omission rend la requête irrecevable *(Cass. 1re civ., 18 janv. 1972, n° 70-10.321 : Bull. civ. 1972, I, n° 21 ; D. 1972, p. 373, note M. Contamine-Raynaud ; Defrénois 1972, art. 30129, note J. Massip).* La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 est cependant allée beaucoup plus loin que la jurisprudence car elle n'admet plus d'exception à cette condition substantielle. Autrefois, tout d'abord, l'oisiveté, l'intempérance ou la prodigalité pouvait, à elle seule, justifier l'ouverture de la tutelle *(C. civ., anc. art. 488, al. 3)* ou de la curatelle *(C. civ., anc. art. 508-1).* Or, aucune de ces situations personnelles n'exigeait de constatation médicale. L'abrogation de ces cas d'ouverture a donc, corrélativement, renforcé le rôle du médecin dans l'ouverture d'une mesure de protection juridique. Ensuite, il était admis sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968 que la requête présentée par le ministère public fut recevable même si elle n'était pas assortie d'un certificat émanant du médecin spécialiste (*V. Cass. 1re civ., 18 déc. 1979, n° 78-12.422 : Bull. civ. 1979, I, n° 325. – Cass. 1re civ., 22 nov. 1989, n° 87-15.300 : JurisData n° 1989-704419 ; Bull. civ. 1989, I, n° 359 : les prescriptions de l'ancien article 1244, alinéa 1er, du Code de procédure civile, notamment quant à la production d'un certificat médical délivré par un médecin spécialiste, ne sont pas applicables lorsque la requête aux fins d'ouverture de tutelle émane du procureur de la République).* Cette jurisprudence est également révolue. La production par un demandeur habilité d'un certificat circonstancié accompagnant sa demande d'ouverture d'une mesure judiciaire est une obligation qui s'impose même au ministère public. Si le juge des tutelles est maître, sous réserve des voies de recours, de la décision diminuant la pleine capacité juridique, il est néanmoins tenu par l'appréciation médicale du besoin de protection. L'irrecevabilité de la requête est la traduction technique de la force juridique du principe de nécessité *(C. civ., art. 428).* C'est à ce titre qu'il faut dire que le certificat médical circonstancié est devenu la pièce maîtresse de la procédure tutélaire *(F. Fresnel, Le certificat médical, une pièce maîtresse de la mesure de protection des majeurs : D. 2010, Point de vue, p. 2656).*

6. - Contenu et destinataire du certificat médical circonstancié

Au fond, la loi du 5 mars 2007 se montre bien plus exigeante à l'égard des médecins inscrits sur la liste du procureur de la République. L'article 431 du Code civil exige que le certificat médical soit circonstancié, là où l'ancien article 493-1, alinéa 1er du Code civil se contentait que le médecin spécialiste inscrit sur la liste du procureur de la République rédige sans autre précision un certificat constatant l'altération des facultés mentales ou corporelles de la personne à protéger l'empêchant d'exprimer sa volonté. L'article 1219 du Code de procédure civile définit le contenu du certificat médical circonstancié : le certificat *« (1°) Décrit avec précision l'altération des facultés du majeur à protéger ou protégé ; (2°) Donne au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération ; (3°) Précise les conséquences de cette altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation de la personne dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel, ainsi que sur l'exercice de son droit de vote ».* Le certificat médical circonstancié a vocation à éclairer le juge des tutelles. C'est dans cette perspective qu'il peut contenir deux avis précis. Le premier est relatif à l'audition de la personne à protéger ; le second porte sur la durée de la mesure. Si ces avis ne sont pas inscrits dans le certificat médical circonstancié, le médecin inscrit ne peut solliciter pour leur rédaction que le tarif d'une consultation de médecine générale *(Circulaire DACS n°CIV/01/09/C1 du 9 février 2009, préc., p. 10).* La loi du 5 mars 2007 a d'abord consacré la règle qui était naguère dans le Code de procédure civile *(C.P.C., art. 1247, Décr. n°81-500 du 12 mai 1981),* selon laquelle le médecin doit mentionner *« si l'audition du majeur est de nature à porter atteinte à sa santé ou si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté » (CPC, art. 1219, al. 2).* En clair, le médecin doit bien distinguer deux situations. Lorsque la convocation et l'audition au Palais de justice de la personne à protéger, sont nature à créer une angoisse irrationnelle telle qu'elle aggraverait son état de santé, le

médecin peut interdire au juge des tutelles de l'auditionner, à moins de préciser les conditions dans lesquelles le juge peut porter à l'intéressé la connaissance de la procédure engagée dans une forme appropriée à son état. En revanche, lorsque la personne à protéger paraît au médecin inscrit ne plus présenter de lucidité, le médecin peut dispenser le juge des tutelles de l'auditionner. Le juge conserve alors toute latitude pour se déplacer à la résidence de la personne à protéger ou la rencontrer en son cabinet. Depuis la loi n°2015-177 du 16 février 2015, le certificat médical circonstancié peut contenir un autre avis. Dans le cas où la personne serait hors d'état de manifester un consentement lucide et devrait donc *« être représentée de manière continue dans les actes de la vie civile » (C. civ., art. 440, al. 2),* la tutelle *(C. civ., art. 441, al. 2)* peut, exceptionnellement être ouverte pour une durée supérieure à cinq ans, sans pouvoir excéder dix ans, mais à la condition que la requête soit accompagnée d'un avis de longue mesure qui éclaire le juge sur le fait que l'état de santé de la personne à protéger n'est manifestement pas susceptible de connaître une amélioration au regard des données acquises de la science. Observons que le juge des tutelles peut ouvrir une habilitation familiale générale pour dix ans, même si le certificat médical circonstancié ne comporte pas cet avis de longue mesure *(C. civ., art. 494-6, al. 7).* L'article 1219 du Code de procédure civile ajoute enfin que le certificat médical circonstancié doit être remis sous pli cacheté au requérant par le médecin inscrit, à l'attention exclusive du procureur de la République ou du juge des tutelles. Le respect du secret médical s'impose au requérant dès lors que la personne à protéger n'est pas encore placée sous un régime de protection juridique *(Spécialement la tutelle, où le tuteur est le destinataire des informations concernant l'état de santé de la personne protégée : C.S.P., art. L. 1111-2, al. 5)* et que le requérant n'a reçu aucune mission de protection de la personne. En somme, le contenu de ce certificat répond désormais aux critiques justifiées, qui étaient formulées sous l'empire de la loi de 1968 à l'encontre des certificats laconiques délivrés par les médecins spécialistes (*V. M. Bauer, Th. Fossier et L. Pécaut-Rivolier, La réforme des tutelles. Ombres et lumières : Dalloz 2006, p. 88 : il importe que le certificat médical « inclut désormais non seulement un diagnostic sommaire, mais aussi un pronostic sur les capacités, au sens commun du terme, qu'aura le majeur dans sa vie ». Adde, C. Jonas, Les aspects médicaux de la protection des majeurs : Dr. famille, mai 2007, étude 15, p. 8 à 11 ; D. Noguéro, Le certificat médical pour l'ouverture des mesures de protection des majeurs : R.R.J. 2011-3, p. 1227).*

7. - Rôle primordial du médecin habilité à rédiger le certificat médical circonstancié

Depuis le 1er janvier 2009, la requête en ouverture d'une mesure de protection judiciaire présentée par le procureur de la République est irrecevable, si elle n'est pas assortie d'un certificat médical circonstancié émanant du médecin inscrit sur la liste établie par ses soins. Contrairement à l'article 493-1, alinéa 1er du Code civil ancien, l'article 431, alinéa 1er du Code civil ne parle plus de médecin "spécialiste" choisi sur une liste établie par le procureur de la République, mais la qualité de spécialiste se déduit à l'évidence de son inscription sur cette liste *(En ce sens, Cass. 1re civ., 24 nov. 1987, n° 85-18.006 : JurisData n° 1987-002162 ; Bull. civ. 1987, I, n° 306 ; JCP., éd. G., 1988, II, 21129, note Th. Fossier : pour qu'une tutelle puisse être ouverte, il suffit que l'altération des facultés mentales ou corporelles de la personne à protéger ait été constatée par un médecin figurant sur la liste des médecins spécialistes dressée par le procureur de la République).* La loi du 3 janvier 1968 avait souhaité que l'autorité judiciaire soit limitée dans son action par les constatations d'un médecin expérimenté dont le regard était d'autant plus neuf qu'il n'avait pas déjà examiné la personne à protéger *(H. Vialatte, D. 1972, chron., p. 165 ; G. Mémeteau, Le médecin et la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs : R.D.S.S. 1973, p. 403 à 443).* La composition d'un binôme « médecin-juge » est de nature à rassurer le législateur par sa distance et sa compétence : ensemble, le médecin inscrit et le juge des tutelles réunissent sur leur tête les vertus nécessaires pour évaluer objectivement la

nécessité de placer une personne majeure sous un régime de protection incapacitante. La procédure tutélaire traduit en la forme les conditions d'un duo : le juge des tutelles ne peut être saisi si le médecin inscrit ne s'est pas déjà prononcé. Les médecins inscrits sur la liste du procureur de la République sont des auxiliaires de justice dont les constatations déterminent le cadre au sein duquel les juges retrouvent un pouvoir d'appréciation. Le juge a le dernier mot. Mais la rédaction de l'article 431, alinéa 1er du Code civil ne remet pas en cause la jurisprudence établie sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968 selon laquelle le juge a une compétence liée : le juge des tutelles ne pourrait ouvrir une mesure de protection juridique, dans le cas où le médecin inscrit n'a constaté aucune altération des facultés personnelles de la personne à protéger. Pour en aller autrement, il faudrait que le juge des tutelles décide de confier une mesure d'instruction complémentaire à un autre médecin inscrit sur la liste établie par le procureur de la République *(Cass. 1re civ., 15 juin 1994, n° 92-19.680 : JurisData n° 1994-001309 ; Bull. civ. 1994, I, n° 213 ; D. 1995, p. 37, note J. Massip : le juge des tutelles ne peut placer une personne sous le régime de la tutelle ou de la curatelle, pour altération de ses facultés mentales ou corporelles, que si cette altération a été constatée par un médecin spécialiste choisi sur une liste établie par le procureur de la République. – V. aussi, Cass. 1re civ., 3 janv. 2006, n° 02-19.537 : JurisData n° 2006-031477 ; Bull. civ. 2006, I, n° 4).* Dans tous les cas, la loi permet au médecin inscrit sur la liste du procureur de la République de solliciter l'avis du médecin traitant de la personne à protéger afin d'établir le certificat circonstancié. Cette dernière disposition devrait favoriser la coopération entre le médecin qui connaît le patient et celui qui doit influencer le juge. Déplacée par la loi du 16 février 2015 de l'article 431-1 à l'article 431, alinéa 1er *in fine*, la règle traduit un peu la volonté du législateur de 2007 de reléguer le médecin traitant dans un rôle de second plan, comme si le médecin traitant était avec la famille le cercle de proximité de la personne à protéger. Mais c'est vers l'un et l'autre que le juge et le médecin inscrit doivent s'enquérir de l'état de santé et de la situation de la personne à protéger. Il faut lire la loi comme une invitation faite au médecin inscrit de collaborer avec le médecin traitant plutôt que comme une marque de défiance à l'égard de son ministère.

8. - Statut du médecin habilité à rédiger le certificat médical circonstancié

La nature du certificat de l'article 431 du Code civil se rapproche d'une expertise médicale mais trois différences de régime justifient de les distinguer et de pas qualifier le médecin inscrit de médecin expert, contrairement à l'usage *(A. Gauci-Scotté, Le secret médical en matière de tutelles des personnes majeures : R.G.D.M., Juin 2012, t. 43, p. 65 à 71).* D'abord, les médecins experts figurent sur des listes établies par un procureur général près la cour d'appel *(au nombre de 36)* ou le procureur général près la Cour de cassation, alors que les médecins de l'article 431 du Code civil sont inscrits sur la liste du procureur de la République *(au nombre de 164).* S'il est possible à un médecin d'être inscrit à la fois sur la liste du procureur de la République et sur celle des experts établie par un procureur général, ce n'est pas en cette seconde qualité qu'il doit rédiger le certificat médical circonstancié. Ensuite, un expert est désigné par le juge dans le cadre d'une mesure d'instruction, alors que le médecin inscrit est *« choisi »* par le requérant avant la saisine du juge des tutelles. Enfin, le coût du certificat médical circonstancié est fixé par décret et non par le juge obligé par le Code de procédure civile à préciser le montant des sommes que les parties doivent consigner au greffe en vue de la rémunération de l'expert *(J. Héron et Th. Le Bars, Droit judiciaire privé : Montchrestien, coll. Domat droit privé, 6e éd., 2015, n°1133).* L'article 431, alinéa 2 du Code civil, dispose en effet que le coût du certificat médical circonstancié est fixé par un décret en Conseil d'État *(CPC, art. R. 217-1, al. 1er, Décr. n° 2008-1485, 22 déc. 2008 relatif à la tarification des certificats et avis médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs : « Le médecin auteur du certificat circonstancié prévu à l'article 431 du Code civil reçoit, à titre d'honoraires, la somme de 160 € »).* Le coût de ce

certificat médical ne saurait donc incomber à la collectivité nationale et doit en principe être supporté par le demandeur à l'ouverture de la mesure de protection judiciaire *(Sur la controverse sur la nature du certificat du médecin spécialiste sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968 : V. F. Arbellot, Droit des tutelles, 2e éd. 2007, p. 312, n° 63.26).* La circulaire du 9 février 2009 (préc., p. 9) prévoit que le montant de 160 € constitue un *« maximum »*. Néanmoins, le médecin peut y ajouter le remboursement de ses *« frais de déplacement »*.

9. - Cas problématique du refus de se laisser examiner par un médecin inscrit

Il reste à étudier le cas particulier de la personne qui refuse de se laisser examiner par un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République. Sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968, la personne placée sous une mesure de protection judiciaire n'était pas fondée à se prévaloir d'un défaut de certificat médical dans son dossier, dès lors que par son propre fait, elle avait rendu impossible ce constat en se refusant de participer à tout examen médical (*Cass. 1re civ., 10 juill. 1984, n° 83-10.653 : JurisData n° 1984-701394 ; Bull. civ. 1984, I, n° 223 : D. 1984, jurispr., p. 547, note J. Massip : selon les anciens articles 490 et 493-1 du Code civil, l'altération des facultés mentales ou corporelles d'un malade doit être médicalement établie et constatée par un médecin spécialiste, préalablement à l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle, et la personne qui fait l'objet de cette mesure n'est donc pas fondée à se prévaloir de l'absence de constatation médicale de l'altération de ses facultés, lorsque, par son propre fait, elle a rendu cette constatation impossible en se refusant à tout examen médical. Il appartient ensuite au juge des tutelles de relever les éléments rendant nécessaire le placement du majeur en question sous un régime de protection des incapables).* Cette jurisprudence pouvait déjà paraître compromise à l'aune de la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 qui autorise toute personne à refuser un acte médical et, au sens propre du terme, à se laisser toucher, même par un médecin *(C. civ., art. 16-3)* : le *noli me tangere* médical agit, selon l'heureuse formule du doyen Carbonnier, *« comme bouclier de la liberté corporelle » (G. Mémeteau, « La loi peut-elle contrôler la validité du consentement ? », in La lettre de l'Espace de Réflexion Éthique, Publication du CHU de Poitiers, Mai 2013, Hors-Série, p. 7 à 11, spéc. p. 8).* Pour autant, les juridictions tutélaires du fond ont cru pouvoir reconduire l'exception prétorienne de 1984 après le 1er janvier 2009 *(TGI, Mont de Marsan, 8 oct. 2009 : D. 2010, p. 2052, Th. Verheyde).* Il est vrai qu'ils y étaient encouragés par une doctrine très autorisée *(Th. Fossier, dir., A. Batteur, A. Caron-Déglise, M.-Ch. Dalle, L. pécaut-Rivolier et Th. Verheyde, Curatelle, tutelle, accompagnements, Litec, coll. « Professionnels », 2009, n°196 in fine : « Il est vraisemblable que cette jurisprudence continuera à s'appliquer »).* Il paraissait en effet possible que le juge des tutelles puisse instruire la demande si l'impossibilité de l'examen par le médecin inscrit résultait du seul refus de l'intéressé. La Cour de cassation a cependant refusé de suivre les juges du fond. Elle s'en est tenue à la lettre de l'article 431 du Code civil *(Cass. 1re civ., 29 juin 2011, n° 10-21.879 : JurisData n° 2011-012939 ; JCP G 2011, 987, note N. Peterka ; Dr. famille 2011, Comm. 133, note I. Maria ; D. 2011, p. 2502, obs. J.-M. Plazy ; AJF 2011, p. 431, note critique Th. Verheyde ; RTD civ. 2011, p. 511, obs. critiques J. Hauser ; D. Noguéro, Le certificat médical pour l'ouverture des mesures de protection des majeurs : R.R.J. 2011-3, p. 1227).* L'arrêt de cassation de 2011 a résonné comme un coup de tonnerre dans un ciel clair. La sécheresse de la motivation limitée à la lettre de l'article 431 du Code civil donnait à l'arrêt de cassation une connotation disciplinaire que l'on pouvait jugée bien sévère. Dorénavant donc, la demande en ouverture de mesure de protection juridique doit être déclarée irrecevable dès lors qu'elle n'est pas accompagnée d'un certificat médical circonstancié. Le juge des tutelles ne saurait valablement être saisi si la requête est accompagnée d'une simple lettre rédigée par un médecin inscrit attestant du refus par la personne concernée de se soumettre à un examen médical. Le refus de la personne à protéger n'est donc plus suffisant pour neutraliser l'exigence procédurale reformulée et déplacée à l'article 431 du Code civil.

10. - Solution tirée du certificat médical circonstancié dit de carence

Rien ne permet d'établir que le législateur a souhaité condamner la jurisprudence antérieure et interdire qu'une mesure de protection juridique puisse être imposée à une personne récalcitrante. Bien au contraire, la loi du 5 mars 2007 aurait envisagé ce cas singulier en usant d'une formule passive à l'article 415, alinéa 1er du Code civil : *« La personne reçoit la protection… »).* La doctrine a donc encouragé les juges des tutelles à la résistance *(J. Hauser et Th. Verheyde, obs. préc. ; J. Massip, De quelques problèmes posés par la protection juridique des majeurs : JCP., éd. N., 2011, étude 1244 ; H. Fulchiron, Peut-on protéger la personne contre elle-même ? : JCP., éd. N., 2012, étude 1196).* Et des juges du fond ont donc décidé d'accepter l'ouverture d'une mesure de protection juridique malgré le refus de l'intéressé de se laisser examiner par un médecin, lorsque des conditions étaient réunies *(CA Paris, 8 janv. 2013, n° 11/18841 : JurisData n° 2013-001703 ; D. 2013, Panor., p. 2196, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; Dr. famille 2013, comm. 45, note I. Maria ; RTD civ. 2013, n°7, p. 348, obs. J. Hauser. – CA Douai, 11 janv. 2013, n° 12/05941 : JurisData n° 2013-001702 ; Dr. famille 2013, comm. 45, obs. I. Maria ; AJF 2013, p. 136, obs. G. Raoul-Cormeil).* Ainsi, pour se mettre en conformité avec la loi, les juges exigent un certificat médical circonstancié dit de carence. Un tel certificat répond d'abord aux exigences de l'article 1219 du Code de procédure civile. Le médecin inscrit doit indiquer la nature de l'altération de ses facultés mentales et son besoin d'être protégé dans les actes importants de sa vie civile, personnels et patrimoniaux. Cependant, le médecin inscrit est contraint de réaliser l'analyse sur pièces en se faisant communiquer les dossiers médicaux des médecins traitants. Le médecin inscrit doit ensuite expliquer pourquoi il n'a pas pu examiner la personne à protéger. Il doit donc développer les moyens mis en œuvre pour la rencontrer et les échecs subis *(CA Paris, 8 janv. 2013, n° 11/18841, préc.).* Deux tentatives de visites, annoncées par lettre recommandée avec accusé réception *(aux frais du requérant)* seront peut-être nécessaires pour faire la preuve de que la personne à protéger refuse de manière irrationnelle de rencontrer le médecin inscrit. Rappelons qu'un procès-verbal de carence ne peut suffire *(CA Douai, 11 janv. 2013, n° 12/05941, préc.).* Le médecin inscrit doit expliquer au juge des tutelles que l'impossibilité d'examiner la personne à protéger est imputable au seul refus de cette dernière, un refus obstiné qui s'explique vraisemblablement par un déni de l'altération de ses facultés mentales. En somme, ce certificat médical circonstancié de carence présente des garanties similaires à celles exigées par l'article 1219 du Code de procédure civile, à ceci près qu'il a été rédigé grâce aux documents du médecin traitant. Le problème reste donc sans réponse si la personne à protéger vit de manière marginale sans avoir de médecin traitant. Il faut attendre que l'hospitalisation devienne nécessaire et crée les conditions d'un examen médical par un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République. Lorsque le juge des tutelles est valablement saisi, il lui revient d'instruire la demande.

À Valognes, le 3 novembre 2016 :

Gilles Raoul-Cormeil (gilles.raoul-cormeil@unicaen.fr)