
Maître de conférences à la Faculté de Droit de Caen
Responsable du D.U. Protection juridique
des personnes vulnérables, couplé au C.N.C. « MJPM »
Conseiller scientifique de la FNMJi

QUESTION transmise le 22 juin 2016 :

Question : « Désignée en qualité de Mandataire Judiciaire indépendant pour une curatelle renforcée, le juge vient de rejeter ma demande de dessaisissement en raison de l'attitude odieuse et agressive de la personne protégée. Selon mes informations, un MJPM surtout en libéral, n'aurait même pas à justifier sa demande. Je vais interjeter appel mais cette décision qui va à l'encontre de notre liberté professionnelle m'inquiète. Avez-vous de la jurisprudence sur ce sujet ? J'envisage de saisir le 1er président en urgence. Merci par avance de vos conseils. Cordialement ».

RÉPONSE du Conseiller scientifique :

La question posée mérite une réponse très nuancée d'ordre général et d'ordre particulier.

De manière générale, elle interroge le statut du MJPM exerçant à titre individuel. Le professionnel MJPM est un travailleur libéral ou indépendant au sens où il est libre de son temps et de ses moyens pour exercer les mandats de protection juridique. Ceci étant dit, le MJPM individuel ne développe pas une clientèle personnelle, sous réserve des mandats de protection future. Les mandats judiciaires lui sont confiés par un juge des tutelles ou une cour d'appel. Sous cet angle, le MJPM est un auxiliaire de justice qui ne peut pas, au gré de sa volonté, refuser ou accepter les mandats. Attention à ne pas faire preuve de légèreté et à ne pas se méprendre sur le statut du MJPM qui a été créé et rénové par la loi du 5 mars 2007. Tous les textes du Code de l'action sociale et des familles qui encadrent l'accès et l'exercice de cette profession nient le caractère libéral de cette profession. Un juste milieu doit donc être recherché et réalisé expressément dans la loi. Il faut dissocier les raisons objectives et les motifs subjectifs qui fondent la demande de dessaisissement.

En l'espèce, il est possible qu'un MJPM exerçant à titre individuel se sente en danger ou soit clairement menacé dans sa personne ou dans ses biens, ce qui justifierait une demande de dessaisissement. Mais celle-ci doit être argumentée convenablement et de manière à emporter la conviction. En pratique, les mesures concernant les psychopathes sont confiées à des associations tutélaires parce que les services sont des personnes morales dont les locaux sont adaptés (sas, porte blindées, etc.). Et même en ce cas, certains services MJPM refusent des mandats. Leur refus doit néanmoins être justifié. Le meilleur argument est le « conflit d'intérêts ». Si le majeur protégé s'en est pris personnellement à un salarié ou a détérioré les locaux, la victime est en droit de porter plainte. En conséquence, le MJPM ne peut plus cumuler sur sa tête un mandat au profit du majeur protégé et le statut de victime. Ceci étant dit, les juges des tutelles ne disposent pas toujours de MJPM en nombre suffisant, ainsi qu'en témoigne la question posée par le Conseiller Thierry Verheyde à la Cour de cassation (V. l'avis du 13 avril 2015 et ma note parue au *Recueil Dalloz* 2015, Jurispr., p. 1995, transmise en annexe. Cf. argumentation II. A.).

En définitive, vous pouvez exercer un recours pour contester votre désignation. Mais il doit être porté devant la Cour d'appel et non pas devant le président du TGI. Il ne faut pas négliger la lettre de l'article 450 du Code civil, in fine, qui vous oblige à effectuer tous les actes urgents dans l'intérêt du majeur protégé. La qualité d'auxiliaire de justice fonde des devoirs professionnels. À Caen, un MJPM s'est vu retirer tous ses dossiers pour avoir négligé ce point dans deux affaires au moins.

En définitive, j'espère avoir répondu à votre question et reste à votre disposition.

Votre conseiller bien dévoué : Gilles Raoul-Cormeil

Les conditions de la mainlevée d'une mesure de protection juridique

Par **Gilles Raoul-Cormeil**,

Membre de l'Institut Demolombe de l'Université de Caen (EA 967)

Directeur du Collège d'excellence de la Faculté de droit

Responsable du D.U. – C.N.C. Mandataire judiciaire à la protection des majeurs

Cass., avis, 13 avril 2015

Vu les articles L. 441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et suivants du code de procédure civile,

Vu la demande d'avis formulée le 15 décembre 2014 par la cour d'appel de Douai, reçue le 14 janvier 2015, dans une instance aux fins de changement de curateur, faisant intervenir l'association Ariane, M. X... et l'AGSS de l'UDAF, ainsi libellée :

1) L'article 1246, alinéa 1er, 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 ?

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 ?

Sur le rapport de Mme Le Cotty, conseiller référendaire, et les conclusions de M. Ingall-

Montagnier, premier avocat général, entendu en ses conclusions orales ;

EST D'AVIS QUE :

1) En raison de l'effet dévolutif de l'appel, limité à la décision déférée, la cour d'appel ne peut, en application de l'article 1246, alinéa 1er, du code de procédure civile, statuer sur une demande de mainlevée d'une mesure de protection juridique formée pour la première fois devant elle par un majeur protégé lorsqu'elle n'est saisie que de l'appel d'une ordonnance portant changement de tuteur ou de curateur.

2) Hormis dans l'hypothèse prévue par l'article 443, alinéa 2, du code civil, le juge des tutelles ne peut donner mainlevée d'une mesure de protection juridique des majeurs que s'il constate que les causes ayant justifié son ouverture ont disparu.

15-00.004 (avis) – *Composition de la juridiction* : Président : M. Louvel, premier président. – Rapport : Mme Le Cotty, conseiller référendaire. – Avocat général : M. Ingall-Montagnier, premier avocat général – *Juridiction qui a formé la demande d'avis* : C.A. Douai, 15 déc. 2014.

Mots-clés : INCAPABLE MAJEUR * Curatelle * Action en justice * Mainlevée * Demande * Recevabilité en cause d'appel * Disparition des causes *

NOTE. Paré des vertus du rescrit de la Rome impériale dont il constitue la résurgence¹, l'avis de la Cour de cassation est un moyen d'unifier le droit secrété par la pratique judiciaire. Doté d'une portée semblable à celle d'un arrêt de la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire, l'avis constitue le moyen d'accélérer la formation de la jurisprudence. Mais, ainsi que le soulignait la doctrine en commentant la loi du 15 mai 1991, le mal réalisé sur l'équilibre des institutions, pourrait être plus grand que l'avantage escompté si les juges faisaient un mauvais usage de cette procédure exceptionnelle. « *Le danger qui menace la saisine pour avis est que les juges suprêmes se prononcent avec une réflexion insuffisante et soient amenés à se déjuger ultérieurement lorsque la controverse jurisprudentielle atteint sa maturité* »². C'est à l'aune de cet avertissement que sera analysé l'avis de la Cour de cassation en date du 13 avril 2015 relatif à des aspects procéduraux et substantiels de la demande de mainlevée d'une mesure de protection juridique.

En l'espèce, un jeune majeur né le 23 février 1980 a été placé sous tutelle par jugement du tribunal d'instance de Cambrai du 10 avril 2001. Immature et impulsif, l'homme a, selon l'expertise médicale réalisée pour les besoins de l'ouverture de la mesure, le profil d'une personnalité psychopathique. La charge tutélaire avait été confiée à l'association Ariane qui obtint, par ordonnance du 29 septembre 2010, d'être déchargée au profit de l'Association pour le soutien et l'action personnalisée du Nord (ASAPN). Devenue curatrice de l'intéressé, par jugement du 15 avril 2011 qui a mis fin à la tutelle et ouvert une curatelle renforcée pour cinq ans, l'ASAPN obtint à son tour d'être déchargée, par ordonnance du 26 septembre 2013, au profit de l'association pour la gestion des services spécialisés (AGSS) de l'UDAF du Nord. Mais, par requête du 21 janvier 2014, ce mandataire judiciaire à la protection des majeurs sollicita le changement de curateur en raison des problèmes de sécurité créés par l'intéressé à l'encontre de ses biens et de son personnel, si bien que par ordonnance du 20 juin 2014, le juge des tutelles du tribunal d'instance de Douai a mis fin à son mandat et a désigné en lieu et place l'association Ariane. Saisissant la Cour d'appel de Douai, ce mandataire judiciaire s'est fondé sur l'agressivité constante de l'intéressé et le changement régulier de mandataire judiciaire à la protection des majeurs pour contester le bien-fondé de sa désignation. L'AGSS de l'UDAF du Nord est alors intervenue à l'instance pour demander la confirmation de sa décharge. Quant à l'intéressé, il a demandé à titre principal la mainlevée de la mesure et, à titre subsidiaire, une nouvelle expertise médicale.

Les circonstances de l'espèce et la procédure éclairent la demande d'avis que la Cour d'appel de Douai a posé à la Cour de cassation par l'arrêt avant dire droit du 15 décembre 2014. En bref, elle l'a interrogée sur la recevabilité d'une demande de mainlevée posée pour la première fois en appel et sur le maintien de la mesure de protection juridique lorsque les juges du fond ont constaté l'impossibilité d'en confier l'exercice à toutes les personnes visées par les articles 448 à 450 du Code civil. Ainsi composée de deux questions de droit, nouvelles, sérieuses et se posant dans de nombreux litiges, la demande d'avis a été jugée recevable³ avant de recevoir une double réponse négative. Ainsi, en raison de l'effet dévolutif de l'appel, la demande de mainlevée ne peut pas être formée pour la première fois en appel. En outre, la décision de mainlevée doit être fondée sur l'une des causes légales inscrites à l'article 443 du Code civil parmi lesquelles ne figure pas l'impossibilité d'exercer la mesure de protection juridique. Rendu public avec un communiqué internet, les riches analyses du conseiller rapporteur et les conclusions du ministère public, l'avis⁴ du 13 avril 2015 doit être connu pour son

¹ B. Oppetit, « La résurgence du rescrit », *D.* 1991, Chron., p. 105. Reprod. in B. Oppetit, *Droit et modernité*, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1998, p. 153.

² F. Zenati, « La saisine pour avis de la Cour de cassation (Loi n°91-491 du 15 mai 1991 et décret n°92-228 du 12 mars 1992) », *D.* 1992, chron., p. 247 à 254, spéc. p. 249. *Adde*, A.-M. Morgan de Rivery-Guillaud, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP.*, éd. G., 1992, I, 3576, spéc. n°4.

³ C.O.J., art. L. 441-1. Sur cette quadruple condition de recevabilité, v. le rapport de Mme R. Le Cotty, p. 3 à 16.

⁴ Sur lequel, v. déjà *D.* 2015, Panor., p. 1575, obs. D. Noguéro ; *Dr. fam.* 2015, Comm. 130, note I. Maria.

apport au droit processuel et au droit substantiel, tant il contribue au débat⁵ sur le droit de protéger une personne contre elle-même. L'analyse se portera sur les conditions de recevabilité (I) et de bien-fondé d'une demande de mainlevée d'une mesure de protection juridique (II).

I. La recevabilité de la demande de mainlevée

La recevabilité de la demande de mainlevée formée pour la première fois devant une cour d'appel se justifierait au regard de l'office du juge dans la procédure tutélaire. La prise en compte de la situation actuelle et de l'état évolutif de la personne protégée fonde le besoin d'un ensemble d'exceptions procédurales (A). Mais la Cour de cassation juge ici la demande irrecevable en raison de l'effet dévolutif de l'appel, accusant alors un peu plus le déclin de ces exceptions au profit du droit commun de la procédure civile (B).

A. Le besoin d'exceptions dans la procédure tutélaire

La Cour d'appel de Douai interrogeait la Cour de cassation sur le point de savoir si l'article 1246, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile rend recevable la demande de mainlevée, formée pour la première fois en cause d'appel par la personne en curatelle, alors que l'appel principal a été interjeté par le curateur professionnel pour contester la décision qui le désignait.

Pour saisir l'enjeu de la question de droit qui a été posée à la Cour de cassation, il convient de rappeler la lettre, les origines et le sens du texte visé dans le Code de procédure civile : « *La cour peut, même d'office, substituer une décision nouvelle à celle du juge des tutelles ou à la délibération du conseil de famille* ». Siégeant à l'origine à l'ancien article 1228 du (nouveau) Code de procédure civile⁶, cette faculté de substitution avait été allouée au tribunal de grande instance pris en sa qualité de juridiction d'appel des décisions des juges des tutelles⁷. Conservée, la règle fut déplacée⁸ puis adaptée à la marge pour désigner la cour d'appel dorénavant compétente pour statuer sur les recours formés contre les décisions des juges des tutelles⁹. Pendant toutes ces années, ni l'existence ni le périmètre de la faculté de substitution n'a posé problème¹⁰. Si ce texte a du sens, il signifie que la juridiction tutélaire jouit, en cause d'appel, d'un large pouvoir d'appréciation pour prendre toutes les décisions qui s'imposent au regard de la situation et de l'état du majeur protégé qui ont pu évoluer depuis la date à laquelle le juge des tutelles a pris la décision critiquée¹¹. Placé dans le Livre III du Code de procédure civile, ce texte était donc susceptible de déroger aux dispositions communes à toutes les juridictions, telle que l'effet dévolutif de l'appel.

Comment justifier cette exception ? En matière de protection des personnes, l'office du juge des tutelles est singulier. Sa mission est de tirer les conséquences de l'altération –médicalement constatée– des facultés personnelles d'une personne majeure en ouvrant, dans son intérêt, la mesure de protection juridique qui permet de pourvoir à la défense de ses intérêts présents et futurs, personnels et patrimoniaux. Le juge des tutelles peut donc être amené à trancher un litige mais ce n'est pas là sa

⁵ V. J. Massip, « De quelques problèmes posés par la protection juridique des majeurs », *JCP éd. N.* 2011, 1244 ; H. Fulchiron, « Peut-on protéger la personne contre elle-même ? Réflexions autour de l'affaire *Bettencourt* », in *Mélanges F. Dekeuwer-Defossez*, Montchrestien, 2012, p. 117 à 145 ; E. Paillet, « L'opposition de la personne majeure vulnérable à sa protection », in *Mélanges J. Hauser*, Dalloz - LexisNexis, 2012, p. 535 à 548.

⁶ N.C.P.C., anc. art. 1228 (*Décr. n°81-500 du 12 mai 1981*).

⁷ N.C.P.C., anc. art. 1215.

⁸ C.P.C., anc. art. 1246, al. 1^{er} (*Décr. n°2008-1276 du 5 déc. 2008*).

⁹ C.P.C., art. 1246, al. 1^{er} (*Décr. n°2009-1628 du 23 déc. 2009*).

¹⁰ Deux arrêts non publiés au *Bulletin* livrent une application contradictoire de l'anc. art. 1228 du C.P.C. : Cass., civ. 1^{er}, 23 mai 1995, n°83-13.169 ; 8 juillet 2010, n°09-15.090.

¹¹ V. en ce sens : J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n°395 ; A. Caron-Deglise, « Protection des majeurs et procédure d'appel », *AJ fam.* 2014, p. 158 à 162, spéc. p. 159.

mission principale. De nature juridique gracieuse¹², son office est essentiellement tourné vers l'avenir et, seulement parfois, vers le passé, en cas d'élévation du contentieux.

La protection de l'intérêt d'une personne vulnérable fonde un certain nombre d'exceptions procédurales. Ainsi en est-il du non-dessaisissement du juge des tutelles malgré l'appel qui a frappé son jugement ou son ordonnance. Ce juge de première instance reste compétent pour prendre toute décision nécessaire à la préservation des droits de la personne protégée jusqu'à la clôture des débats devant la cour d'appel¹³. Autre dérogation au droit commun du procès, il jouit de la faculté de se saisir d'office pour prendre certaines décisions dans l'intérêt du majeur protégé, encore faut-il depuis le 1^{er} janvier 2009 que la mesure soit déjà ouverte¹⁴ ! La loi déroge ici au principe selon lequel les parties au procès civil ont la maîtrise de l'objet de l'instance¹⁵. Ainsi, par exemple, le juge des tutelles et la cour d'appel sur le fondement de l'article 1246, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, peuvent d'office statuer sur le renouvellement de la mesure de protection juridique avant qu'elle n'arrive à échéance¹⁶. Si la juridiction tutélaire peut donc statuer *ultra petita*, elle doit cependant observer des principes directeurs du procès dont la vigueur cantonne le domaine des exceptions procédurales.

B. Le déclin des exceptions dans la procédure tutélaire

Dans l'avis du 13 avril 2015, la Cour de cassation a fondé l'irrecevabilité de la demande de mainlevée sur l'effet dévolutif de l'appel. Selon l'article 561 du Code de procédure civile qui le définit, « 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 ». En l'espèce, l'appel ne portait que sur l'attribution de la charge curatélaire par une ordonnance du juge des tutelles. L'objet de l'instance était donc limité, en raison de l'effet dévolutif, à cette seule question mélangée de fait et de droit. Le cantonnement de la faculté exceptionnelle de substitution posée à l'article 1246, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile est une solution séduisante dans la mesure où elle préserve l'existence d'une voie ordinaire de recours. Juger du contraire aboutirait à priver le demandeur du double degré de juridiction puisque sa demande de mainlevée serait examinée pour la première et dernière fois par une cour d'appel, alors que l'irrecevabilité ne le prive pas de la faculté de saisir le juge des tutelles de cette demande et, en cas de débouté, de saisir la cour d'appel d'un recours. La primauté de l'effet dévolutif de l'appel sur la faculté de substitution se justifie donc, dès lors qu'elle concerne des demandes qui, formées pour la première fois en cause d'appel, ne remettent pas en cause l'existence de la mesure. On songe ainsi à la demande d'autorisation de clore un compte bancaire (C. civ., art. 427) ou de vendre l'immeuble affecté au logement (C. civ., art. 426), etc.

Pour autant, la primauté de l'effet dévolutif de l'appel sur la faculté de substitution suscite des réserves lorsqu'elle vise la demande de mainlevée. L'interprétation donnée par la Cour de cassation fait peu de cas du principe légal de nécessité. La pleine capacité est le principe ; le maintien d'un régime d'incapacité, fut-il de protection, n'est qu'une exception¹⁷ et une limite à la plénitude de la liberté individuelle qui doit être justifiée par un état de besoin¹⁸. Ce premier des principes directeurs du droit des majeurs protégés fonde la prérogative accordée à une cour d'appel de se prononcer immédiatement sur la demande de mainlevée, sans avoir à satisfaire des conditions de recevabilité. Excessif, l'avis est

¹² Sur la démonstration, v. G. Raoul-Cormeil, « Nature juridique de la procédure devant le juge des tutelles », *AJ fam.* 2014, p. 148 à 151.

¹³ C.P.C., art. 1246, al. 2nd.

¹⁴ C. civ., art. 430. Depuis le 1^{er} janvier 2009, le juge des tutelles ne peut plus se saisir d'office pour ouvrir une mesure de protection juridique. *Comp. C. civ., anc. art. 493, al. 1^{er} in fine.*

¹⁵ C.P.C., art. 4.

¹⁶ C. civ., art. 442, al. 4 (*L. n°2007-308 du 5 mars 2007*).

¹⁷ C. civ., art. 1123.

¹⁸ C. civ., art. 415 et 425.

surtout incohérent au regard du texte complet de l'article 1246, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. Une cour d'appel pourrait d'office, dès lors qu'elle observe le principe du contradictoire¹⁹, substituer une décision de mainlevée à celle d'un juge des tutelles frappée d'appel pour n'importe quel autre chef de jugement²⁰. Alors comment expliquer que la cour d'appel puisse prendre une décision qui ne lui est pas demandée et ne pas pouvoir prendre la décision qui lui est demandée ? L'avis ne convainc donc pas, en raison du hiatus existant entre l'effet dévolutif de l'appel et la faculté accordée à une cour d'appel de substituer « *d'office* » une nouvelle décision. Aussi nous formulons l'hypothèse que la Cour de cassation cherche à limiter les exceptions procédurales qui font la singularité de la juridiction tutélaire pour éviter à la France une nouvelle condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme²¹. Une telle perspective²² éclaire d'un jour nouveau l'avis du 13 juin 2015 et donne du sens à la jurisprudence constante et bien connue dans laquelle il s'inscrit²³. Quittons le droit processuel et passons au droit substantiel.

II. Le bien-fondé de la demande de mainlevée

Le bien-fondé de la demande de mainlevée doit maintenant être examiné au regard de l'impossibilité d'exercer une mesure de protection juridique. La seconde question de droit posée à la Cour de cassation éprouve la notion de vacance de la tutelle (A) et le statut de mandataire judiciaire à la protection des majeurs (B) à la lumière desquels on saisira que l'impossibilité d'exercer la mesure ne constitue pas une cause valable de la mainlevée.

A. L'impossibilité d'exercer la mesure et la notion de vacance de la tutelle

La Cour d'appel de Douai est partie du constat fort pertinent que la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a supprimé la notion de vacance de la tutelle²⁴. Or, s'il est certain que le terme de « vacance » a disparu des dispositions du titre XI du livre premier du Code civil relevant des majeurs protégés par la loi, la notion a-t-elle vraiment été écartée du dispositif entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009 ? La réponse ne va pas de soi. Faute de définition légale de la notion de vacance, la jurisprudence a proposé le critère suivant : « la tutelle n'est vacante au sens de l'[ancien] article 433 du Code civil que si nul n'est en mesure d'en assumer la charge »²⁵. Au regard de ce critère, la notion de vacance qualifierait la règle posée à l'actuel article 450 du Code civil, aux termes duquel le juge des tutelles désigne un mandataire judiciaire à la protection des majeurs lorsqu'aucun membre de la famille ou aucun des proches ne peut accepter la charge du majeur protégé. Or réflexion faite, les textes qui régissaient autrefois la vacance de la tutelle des majeurs laissaient apparaître un critère plus complexe de la vacance. Soumise à l'État qui en délégait la mission à un éventail de

¹⁹ Cass., civ. 1^e, 20 nov. 2013, n° 12-27.218 ; *AJ famille* 2014, p. 56, obs. Th. Verheyde ; *RTD civ.* 2014, p. 83, obs. J. Hauser ; 12 février 2014, n°13-13.581 ; *AJ famille* 2014, p. 189, obs. Th. Verheyde ; *D.* 2014, p. 481 et p. 2259, Panor., obs. D. Noguéro ; *Dr. fam.* 2014, Comm. 65, note I. Maria ; *RTD civ.* 2014, n°7, p. 337, obs. J. Hauser ; 24 juin 2015, n°14-18.578.

²⁰ Y compris dans l'hypothèse de l'appel limité prévue par l'art. 562, al. 1^{er} du C.P.C.

²¹ V. spéc. Cour EDH, 30 janv. 2001, n° 35683/97, *Vaudelle c/ France* ; *RTD civ.* 2001, n°5, p. 330, obs. J. Hauser, et n°1, p. 439, obs. J.-P. Maguénaud.

²² Sur cet éclairage, v. B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, Point de vue, p. 1326.

²³ Cass., avis, 20 juin 2011, n° 11-00007 ; *AJ fam.* 2011, p. 377, obs. Th. Verheyde ; *Procédures* 2011, comm. 271, note M. Douchy-Oudot ; *RTD civ.* 2011, p. 512 et p. 747, obs. J. Hauser ; Cass., civ. 1^e, 2 avril 2014, n°13-12.016 ; *Dr. famille* 2014, Comm. 83, note I. Maria ; *RTD civ.* 2014, n°5, p. 621, obs. J. Hauser.

²⁴ C. civ., art. 433 (*L. n°68-5 du 3 janvier 1968*) : « Si la tutelle reste vacante, le juge des tutelles la défère à l'État ». Un dispositif applicable à la curatelle : C. civ., art. 509-2.

²⁵ V. notamment Cass., civ. 1^e, 20 nov. 1985, n°84-13.094 ; *Bull. civ.* I, n°316 ; 2 mai 1990, n°88-16.664° ; *D.* 1990, Jur., p. 493, note J. Massip ; 5 mai 1998, n°96-17.234 ; *Dr. fam.* 1998, Comm. 163, note Th. Fossier.

professionnels agréés, la tutelle vacante obéissait de surcroît, à un régime juridique simplifié²⁶. Discriminant, cet élément du régime de la vacance caractérise aujourd'hui encore la tutelle des mineurs²⁷. Or, en ayant choisi de soumettre les mandataires judiciaires à la protection des majeurs aux mêmes règles que les curateurs ou tuteurs familiaux sous réserve de la question de leur rémunération, le législateur a justifié sa décision d'abandonner la vacance de la tutelle et de la curatelle des personnes majeures²⁸. Si donc la mesure de protection juridique n'est plus, à proprement parler, vacante, alors la désignation d'un mandataire judiciaire à la protection des majeurs répond en partie au problème posé par le constat de l'impossibilité d'exercer la mesure. Reste à savoir si ce mandataire judiciaire peut refuser d'être désigné par le juge pour exercer la mesure.

B. L'impossibilité d'exercer la mesure et le statut de mandataire judiciaire

Au vu des 64 dispositions légales codifiées qui composent leur nouveau statut²⁹, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs ont un statut hybride. D'un côté, ils figurent tous sur une liste dressée et tenue à jour par un préfet de département³⁰ qui délègue à la direction départementale de la cohésion sociale la mission de contrôler leur activité³¹. De l'autre, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont désignés par une juridiction tutélaire qui leur confie la prise en charge de l'intérêt d'un majeur protégé. La prestation de serment devant un tribunal d'instance³² renforce leur qualité d'auxiliaire de justice³³ et leur fait prendre conscience qu'ils sont les agents du service public de la justice³⁴. Sous cet angle, il est assez peu concevable qu'un mandataire judiciaire à la protection des majeurs refuse, comme l'État autrefois³⁵, le mandat que lui donne un juge des tutelles. Il existe cependant deux séries d'hypothèses légales de refus, ce qui les rend exceptionnelles³⁶ et exclut la convenance personnelle. La première série est relative aux conditions légales d'exercice de la profession. Par exemple, si une association tutélaire a atteint le nombre maximum de mandats pour lequel elle est autorisée à recevoir les mandats judiciaires ou si elle n'a pas reçu les financements nécessaires à leur exercice³⁷, son refus est justifié. Il l'est aussi lorsque le mandataire judiciaire est placé dans une situation de conflit d'intérêts : comment pourrait-il prendre en charge l'intérêt d'un majeur protégé s'il a porté plainte contre lui pour obtenir réparation des préjudices matériels ou corporels qu'il a causés à ses biens ou à ses salariés ? Dans tous les cas, la loi oblige ce professionnel à prendre les actes urgents que commande l'intérêt du majeur protégé jusqu'à son remplacement³⁸.

²⁶ Ainsi selon l'article 2 du décret n°74-930 du 6 nov. 1974 portant organisation de la tutelle d'État prévue à l'(ancien) art. 433 du Code civil : « La tutelle d'État ne comporte ni conseil de famille ni subrogé tuteur ». Sur ce texte, v. J. Massip, « La tutelle d'État », *Deffrénois* 1975, art. 30904, p. 481, spéc. n°9.

²⁷ C. civ., art. 411 (*L. n°2007-308 du 5 mars 2007*).

²⁸ V. les travaux parlementaires sur le projet de loi réformant la protection juridique des majeurs : E. Blessig, Rapport n°3557, AN, 10 janv. 2007, p. 159 ; H. de Richemont, Rapport n°212, Sénat, 7 févr. 2007, p. 151.

²⁹ Sur lequel, v. les actes du Colloque de Caen, 19 oct. 2012 : *Dr. fam.* 2012, Dossier 13 à 17, p. 13 à 34.

³⁰ C.A.S.F., art. L. 471-2.

³¹ C.A.S.F., art. L. 472-10.

³² C.A.S.F., art. L. 471-2 et art. R. 471-2.

³³ V. L. Raschel, « Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs est-il un auxiliaire de justice ? Recherche sur l'auxiliaire de justice », *Dr. fam.* déc. 2012, dossier 14. *Adde*, CA Angers, 10 févr. 2014, n°13/01004.

³⁴ V. S. Guérard, « Les missions du mandataire judiciaire à la protection des majeurs relèvent-elles d'un service public ? », *Dr. fam.* déc. 2012, dossier 15.

³⁵ Cass., civ. 1^e, 11 déc. 1985, n°85-13.177.

³⁶ N. Peterka, A. Caron-Deglise, F. Arbellot, *Droit des tutelles*, Dalloz référence, 2012, n°64-45.

³⁷ Cass., civ. 1^e, 5 mars 1991, n°89-12.320 ; *Bull. civ.* I, n°82 ; *RTD civ.* 1991, p. 501, obs. J. Hauser.

³⁸ C. civ., art. 450, al. 1^{er} *in fine*.

S'il est donc possible qu'un juge des tutelles se heurte à des refus motivés de certains mandataires judiciaires à la protection des majeurs de prendre en charge un psychopathe, l'hypothèse d'une impossibilité absolue ne devrait pas se rencontrer eu égard au nombre important de professionnels inscrits sur la liste du représentant de l'État dans le département, ainsi que le relève dans son avis, la direction des affaires civiles et du Sceau qui a été consultée par le parquet général. Quoi qu'il en soit, l'hypothèse d'une impossibilité d'attribution de la mesure ne constitue pas l'une des causes légales de mainlevée posée à l'article 443 du Code civil. Hormis la caducité de la mesure par l'arrivée du terme, le décès du majeur protégé ou l'établissement de sa résidence à l'étranger dans des conditions telles que l'éloignement empêche le suivi et le contrôle de la mesure, la mainlevée doit être justifiée par une raison médicale. Mais alors que l'altération des facultés mentales doit être constatée par un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République, tout médecin peut constater que l'état psychique d'un majeur protégé justifie médicalement la mainlevée de la mesure³⁹.

À s'en tenir à la seconde réponse donnée, l'avis donné par la Cour de cassation mérite d'être approuvé sans réserve au regard des principes : la mesure de protection juridique est un droit indisponible de la personne majeure autant qu'il est un devoir pour la collectivité publique. Espérons que l'avis parviendra à faire évoluer la pratique des mainlevées⁴⁰, pourtant approuvée par l'association nationale des juges d'instance, pour préciser le rôle du mandataire judiciaire à la protection des majeurs en charge des mesures refusées avec obstination par leur bénéficiaire. En effet, si tenu soit l'intérêt de les maintenir, cet intérêt existe et se limite à la sauvegarde de ses droits tant qu'aucune intervention sociale n'est possible⁴¹.

³⁹ C. civ., art. 442, al. 3. *Adde*, Cass., civ. 1e, 15 avril 2015, n°14-16.666.

⁴⁰ V. par ex. TI de Vannes, 15 nov. 2011 : 92/A/00850 ; TI Poissy, 7 nov. 2014, n°10/00331-1.

⁴¹ C. civ., art. 465. *Adde*, sur le dénouement provisoire : CA Douai, 2 juillet 2015, n°14/04340.