



HAL
open science

Jean Foyer, pionnier du droit médical (Etude menée à la lumière de la protection juridique des majeurs)

Gilles Raoul-Cormeil

► To cite this version:

Gilles Raoul-Cormeil. Jean Foyer, pionnier du droit médical (Etude menée à la lumière de la protection juridique des majeurs). Construire le droit de la santé, Pionnières et pionniers de la science et du droit, sous dir. Mémeteau (Gérard), Puigelier (Catherine), éd. Mare & Martin, coll. Science et droit, pp. 129 à 148, 2025, 978-2-38600-097-3. hal-04939988

HAL Id: hal-04939988

<https://hal.science/hal-04939988v1>

Submitted on 11 Feb 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Jean Foyer, pionnier du droit médical **(Étude menée à la lumière de la protection juridique des majeurs)**

Gilles RAOUL-CORMEIL

*Professeur à l'Université de Caen, membre de l'ICREJ (anc. Institut Demolombe)
Directeur du master Droit civil, protection des personnes vulnérables*

1. Jean Foyer, recodificateur. – Agrégé des Facultés de droit¹, nommé Professeur de droit privé et sciences criminelles à la Faculté de droit de Lille en 1955, Jean Foyer (1921-2008), fut nommé garde des Sceaux, ministre de la Justice, le 15 avril 1962, alors qu'il était dans sa quarante-deuxième année². Il occupera cette responsabilité ministérielle dans le Gouvernement de Georges Pompidou (1911-1974), jusqu'au 1^{er} avril 1967. Le troisième ministre de la justice de la cinquième République détient encore le record de longévité de l'exercice de cette fonction³. Dans ses mémoires, Jean Foyer explique avoir convaincu le Général de Gaulle (1890-1970) d'entreprendre la rénovation des codes napoléoniens. Un arbre se juge à ses fruits et les grands règnes de l'Histoire ont produit des législations mémorables, claires, fortes et pérennes. Or, le Code civil, spécialement son Livre premier consacré au droit des personnes – et de la famille – n'était plus adapté à la société des années 1960 que l'exode rural et les progrès de la science et de la médecine avaient métamorphosée par à-coups. Il fallait donc rénover en profondeur le Code civil de 1804 pour lui maintenir

NA. – Étude parue in MÉMETEAU (Gérard), PUIGELIER (Catherine), dir., *Construire le droit de la santé, Pionnières et pionniers de la science et du droit*, éd. Mare & Martin, coll. Science et droit, 2025, p. 129 à 148.

¹ PUIGELIER (Catherine) et TERRÉ (François), dir., *Jean Foyer, In memoriam*, LexisNexis, 2010, 476 p. Selon les directeurs scientifiques de cet ouvrage, « Avec l'avènement de la V^e République et l'arrivée au pouvoir du général de Gaulle en 1958, Jean Foyer connaît, lui qui n'avait pas sollicité une entrée en politique, un parcours d'homme d'État exceptionnel. Il sera maire, conseiller général et régional, député de Maine-et-Loire, président de la Commission des lois constitutionnelles à l'Assemblée nationale, secrétaire d'État aux Relations avec les États de la Communauté puis ministre de la Coopération de 1960 à 1962. Enfin et surtout, il sera garde des Sceaux, ministre de la Justice, de 1962 à 1967 et ministre de la Santé de 1972 à 1973. Il n'est pas facile de résumer une vie aussi remplie, sinon par quelques traits dominants qui ne sont pas toujours exempts de quelques contradictions : angevin et parisien, républicain et légitimiste, homme de tradition et de modernité, gallican, comme Bossuet qu'il admirait, et ultramontain par vénération pour les papes Jean-Paul II et Benoît XVI qu'il avait fait élire à l'Institut et qu'il n'avait pu accueillir sous la Coupole en septembre 2008, quelques jours avant sa disparition le 3 octobre. Il laisse une œuvre considérable, parfois de littérature grise, d'auteur, d'historien, d'académicien, de polémiste, d'admirateur (de Richelieu, Louis XIV, d'Aguesseau, de Maupeou, Portalis...), de lettré et de juriste (« un aristocrate du droit », dira Philippe Malaurie). Il fut un honnête homme du XX^e siècle et du début du XXI^e siècle. Il est impossible de l'oublier. Ses collègues et amis ont désiré par cet ouvrage lui rendre à nouveau hommage ». – Adde, sur l'œuvre et la vie de Jean Foyer (1921-2008), v. *Jean Foyer, auteur et législateur* : Leges tulit, jura docuit, PUF, 1997, 491 p. – PUIGELIER (Catherine) et TERRÉ (François), *Jean Foyer, Académicien*, t. I, éd. Mare & Martin, coll. Grands Personnages, 2014, 366 p. – PUIGELIER (Catherine) et TERRÉ (François), *Jean Foyer, Législateur*, t. II, éd. Mare & Martin, même coll., 2018, 375 p. – PUIGELIER (Catherine) et TERRÉ (François), *Jean Foyer, Historien*, t. III, éd. Mare & Martin, même coll., 2018, 326 p.

² Sur les conditions dans lesquelles il a dû accepter ce portefeuille ministériel, v. FOYER (Jean), « Ministre forcé », in *Sur les chemins du droit avec le Général, Mémoires de ma vie politique 1944-1988*, avec la coll. de S. Jansen, Fayard, 2006, spéc. p. 209 à 214.

³ Quatre ans, onze mois et dix-sept jours. – Deux autres hommes politiques ont été ministres de la Justice et garde des Sceaux plus de quatre ans : Robert Badinter (1928-2024), du 23 juin 1981 jusqu'au 19 février 1986 (quatre ans, sept mois et vingt-six jours), et Éric Dupond-Moretti, du 6 juillet 2020 au 21 septembre 2024 (quatre ans, deux mois et quinze jours).

son rang d'exemple de codification création⁴. « *Il y avait un pas à faire pour les nouveautés, tout en conservant ce qu'on appellera les valeurs fondamentales de la civilisation* »⁵. Convaincu par son ministre de la justice, le Général de Gaulle l'a prié de réaliser cette œuvre. Quelle en serait la méthode ? Jean Foyer tira une leçon de l'échec de la commission présidée par le Doyen Julliot de la Morandière (1885-1968), dont les travaux n'ont pas été « *repris par le législateur* »⁶, et préféra confier au Doyen Carbonnier (1908-2003) le soin de repenser, avec lui, ce livre premier du Code civil, en le rénovant titre par titre⁷. Avec le Doyen Carbonnier, auquel il vouait une admiration née lorsqu'il était chargé de cours à la Faculté de droit de Poitiers⁸, le ministre de la Justice décida de réformer la tutelle des mineurs et l'émancipation⁹, le droit des régimes matrimoniaux¹⁰, puis la protection juridique des majeurs¹¹. Quant au Doyen Carbonnier, il conserva la confiance de deux autres ministres de la justice¹², et put ainsi achever la mission qui lui avait été initialement confiée par Jean Foyer.

2. Jean Foyer et le droit médical. – Rejoignant le gouvernement Pierre Mesmer (1916-2007), Jean Foyer fut nommé ministre de la santé le 6 juillet 1972. Le septième ministre de la santé de la cinquième République cessa ses fonctions¹³ le 28 mars 1973. L'exercice de cette responsabilité nous conduit naturellement à rechercher l'empreinte laissée par Jean Foyer au droit médical. Distincte du droit de la santé dont le champ, plus large, recouvre les politiques et actions de santé, et s'ouvre sur la bioéthique, la branche du droit médical peut se limiter, si l'on accepte de s'en tenir à l'essentiel – quelque fut le parti-pris restrictif¹⁴ de

⁴ CORNU (Gérard), « La refonte dans le Code civil du droit des personnes et de la famille », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 371 à 384, spéc. p. 372 ; « L'art d'écrire la loi », in *Pouvoirs*, n°107 : *Le Code civil*, 2003, p. 5 à 10 ; *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, n°296 et s., p. 169 à 170. – Adde, notamment, OPPETIT (Bruno), « De la codification », *D.* 1996, chron., p. 33 à 38 ; *Essai sur la codification*, PUF., coll. Droit, éthique, société, 1998. – FOYER (Jean), « Le Code après le Code. La réforme du Code civil sous la cinquième République », in BEIGNIER (Bernard), dir., *La codification*, Dalloz, coll. Thème et commentaire, 1996, p. 63 à 67. – BUREAU (Dominique), in ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane), dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., 2003, v°« Codification », p. 225 à 230. – CABRILLAC (Rémy), « Le Code civil à la fin du XXe siècle », in *Mélanges Pierre Catala*, 2001, p. 73 à 82.

⁵ FOYER (Jean), *Sur les chemins du droit [...]*, préc., p. 316.

⁶ HALPÉRIN (Jean-Louis), in ARABEYRE (Patrick), HALPERIN (Jean-Louis) et KRYNEN (Jacques), *Dictionnaire historique des juristes français (XIIIe – XXe siècle)*, PUF, coll. Quadrige Dicos poche, 2007, p. 425, v° « Julliot de la Morandière (Léon-François) ».

⁷ Sur « *la marche des neuf sœurs* », v. CARBONNIER (Jean), *Essais sur les lois*, Defrénois, 1995, p. 21. Adde, CARBONNIER (Jean), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, coll. Forum, 1996, p. 24.

⁸ FOYER (Jean), *Sur les chemins du droit [...]*, préc., p. 317.

⁹ Sur la loi n°64-1230 du 14 déc. 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, v. CARBONNIER (Jean), *Essais sur les lois*, préc., p. 21.

¹⁰ Sur la loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réformes des régimes matrimoniaux, v. CARBONNIER (Jean), *Essais sur les lois*, préc., p. 41.

¹¹ Sur la loi n°68-5 du 3 janv. 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, v. CARBONNIER (Jean), *Essais sur les lois*, préc., p. 63.

¹² Sur la « *première vague législative (1964-1975)* », cf. CARBONNIER (Jean), *Droit et passion du droit [...]*, préc., p. 195.

¹³ Dans ses mémoires, Jean FOYER est plus attaché à son portefeuille de ministre de la coopération (*Sur les chemins du droit [...]*, préc., p. 178). Il consacre de longues pages à sa longue expérience de parlementaire, en qualité de député de la première (élu le 7 mars 1959) puis de la deuxième circonscription (élu le 6 déc. 1962, réélu le 3 avril 1967, le 2 avril 1973 et le 2 avril 1986) du Maine-et-Loire (*Sur les chemins du droit [...]*, préc., p. 101) et, surtout, de président de la Commission des lois, entre le 16 juillet 1968 et le 6 août 1972, entre le 5 avril 1973 et le 2 avril 1978, et, enfin, entre le 7 avril 1978 et le 22 mai 1981 (*Sur les chemins du droit [...]*, préc., p. 359).

¹⁴ Sur l'étendue du droit médical et ses rapports avec le droit de la santé, v. MÉMETEAU (Gérard) et GIRER (Marion), *Cours de droit médical*, LEH éd., 5^e éd., 2016, p. 39 à 81, p. 80. Adde, parmi les développements de la si riche

ce choix – à la profession médicale¹⁵ d’abord, à la relation médicale¹⁶ ensuite, et aux relations professionnelles contractuelles¹⁷ enfin. Par le travail réalisé en 1966 et 1967, avec le Doyen Carbonnier, à la refonte du droit des majeurs incapables, Jean Foyer a pu consacrer l’idée de noble de protection que Demolombe¹⁸ (1804-1887) avait introduite dans son *Cours de code Napoléon*. Le souffle de la protection juridique du majeur inspire la préservation des droits procéduraux et civils du patient. Jean Foyer a non seulement imposé une distinction parmi les mesures de soin restrictives de la liberté individuelle mais il a surtout veillé à ce que les mesures de curatelle et de tutelle soient fondées sur la constatation médicale de l’altération des facultés personnelles du majeur protégé. En clair, le ministre Jean Foyer a introduit le médecin dans la protection juridique des majeurs et repensé celle-ci dans le respect des droits fondamentaux du patient le plus vulnérable. L’institution d’un médecin qui, parce qu’il est inscrit sur la liste du procureur de la République, est également auxiliaire de justice, s’est doublée d’un statut, avec des conditions, des effets et finalement des garanties apportées aux personnes les plus vulnérables. À la croisée des droits du patient, de la procédure civile et de l’organisation judiciaire, cette noble idée est devenue un pilier de la réforme de la protection juridique des majeurs. Les fondations coulées en 1968 furent si solides et fécondes que les lois subséquentes ont pu donner aux règles initiales plus d’ampleur. L’évolution du droit ne retire rien à l’œuvre de pionnier du droit médical de Jean Foyer, réalisée en sa qualité de garde des Sceaux, ministre de la Justice, et non pas en celle de ministre de la santé. Les discussions parlementaires, éclairées par les mémoires de légistes de Jean Foyer et celles du Doyen Carbonnier, donnent une assise à cette

introduction, v. n°35 [« Définitions »] et n°85 [Sur la complexité d’un droit de la santé, en général, ou d’un droit médical, en particulier, « sans frontières »].

¹⁵ V. spéc. MÉMETEAU (Gérard) et GIRER (Marion), *Cours de droit médical*, préc., p. 129, où le premier auteur distingue les structures et les principes fondamentaux de l’exercice professionnel.

¹⁶ V. spéc. MÉMETEAU (Gérard) et GIRER (Marion), *Cours de droit médical*, préc., p. 307, où les auteurs étudient successivement la relation entre le malade et le médecin en droit privé (la médecine libérale), la relation hospitalière publique et les droits du patient.

¹⁷ V. spéc. MÉMETEAU (Gérard) et GIRER (Marion), *Cours de droit médical*, préc., p. 739, où le premier auteur étudie successivement le contrat de cession de cabinet, les contrats d’exercice en commun et les contrats médecins-cliniques.

¹⁸ À cette époque, le Code civil n’était guère précis sur les libertés civiles du majeur interdit ou en conseil judiciaire. Le silence de la loi était diversement interprété par les exégètes. D’un côté, Victor MARCADÉ (1810-1854), a soutenu (in *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 1^{er}, 7^e éd., Paris, 1873, n° 520, p. 408) : « Après l’interdiction, l’individu est déclaré incapable d’avoir une volonté, et le mariage qu’il contracterait, même pendant un intervalle lucide, serait radicalement nul ». À l’opposé de cette ligne doctrinale, il faut relire un pionnier du droit des personnes protégées : DEMOLOMBE (Charles), DEMOLOMBE (Charles), *Cours de Code Napoléon*, t. VIII, Durand & Pedone, 1874, n°643, p. 406 et s. : « C’est qu’en effet l’interdiction totale et absolue, quand même ! ne serait plus une mesure de protection, mais constituerait elle-même, dans son exagération une atteinte pleine de dureté et d’inhumanité aux droits les plus précieux du citoyen. Qu’y aurait-il, en effet, tout à la fois de plus inconséquent et de plus tyrannique qu’une loi qui déclarerait absolument incapable, en droit, de reconnaître un enfant naturel, de se marier, de tester, un individu qui serait, en fait, très-capable de consentir à tous ces actes ! qu’il l’en déclarerait incapable, non point par l’effet d’une déchéance pénale quelconque, mais dans un but de garantie et de protection ! ». Près d’un siècle avant la loi du 3 janvier 1968, le professeur Demolombe a dénoncé, à juste raison, la confusion entre la mesure civile de protection des majeurs et la sanction civile de la mort civile qui frappait le criminel – qu’incarne le personnage de Jean Valjean dans les *Misérables* de Victor Hugo (1802-1885). Le débat doctrinal entre Marcadé et Demolombe n’est connu que des initiés. Grâce à Jean Foyer et Jean Carbonnier, l’idée de noble de protection a permis de bâtir sur des fondations nouvelles le droit des majeurs incapables. Sur cette évolution, v. HAUSER (Jean), « Réflexions sur la protection de la personne de l’incapable », in *Mélanges Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 227 à 236. – PLAZY (Jean-Marie), *La personne de l’incapable*, préf. HAUSER (Jean), thèse, Bordeaux, éd. La Mouette, 2001, t. 11, n° 354 : « l’intervalle lucide est la manifestation la plus éclatante de la capacité naturelle d’une personne placée sous un régime de protection ». – FOSSIER (Thierry), « Le législateur des pauvres en esprit », in *Mél. J. Hauser*, Dalloz-LexisNexis, 2012, p. 94 à 109.

« *inspiration médicale* »¹⁹. La loi n°68-5 du 3 janvier 1968 reconnaît au médecin, spécialiste et auxiliaire de Justice, une compétence naturelle (I.) et exclusive (II.).

I. – La compétence naturelle d’un médecin, auxiliaire de justice

3. Projet de loi et amendements. – Les travaux parlementaires mettent en évidence la qualité du projet de loi portant réforme du droit des majeurs protégés ; ils montrent aussi que les échanges entre le ministre de la Justice et des députés peuvent aboutir à améliorer le texte proposé. L’ensemble conduit à traiter de la reconnaissance d’une double compétence naturelle du médecin (A.) avant l’institution d’un médecin spécialiste qui, parce qu’il est inscrit sur la liste du procureur de la République, est, à son commencement, un auxiliaire de Justice (B.).

A. – La reconnaissance d’une double compétence naturelle

4. Une double reconnaissance. – Le Code Napoléon ne s’est pas intéressé aux progrès de la psychiatrie et le statut de l’interdit est assez peu enviable. Les travaux de Philippe Pinel (1745-1826) et de Jean-Etienne Esquirol (1772-1840) ont abouti à la loi du 30 mai 1838. Le statut juridique de l’aliéné était sommaire : l’esprit de protection se limitait à l’exigence d’un certificat médical²⁰. Jean Foyer et Jean Carbonnier ont découvert que le texte avait bien vieilli : les juristes accablaient la loi *Esquirol* et appelaient le législateur à élever des garanties contre les enfermements arbitraires²¹. Toutefois, dès lors que les psychiatres ne voulaient pas qu’une loi civile ne modifie le cadre juridique de leurs interventions, le Doyen Carbonnier, encouragé par le garde des Sceaux, proposa d’affirmer l’indépendance²² de la décision de placer et de maintenir un adulte en hospitalisation sans consentement (1.) puis les travaux parlementaires permirent de reconnaître à un médecin la compétence naturelle pour apprécier l’altération des facultés personnelles (2.).

1. La reconnaissance d’une indépendance dans la décision médicale de placer et de maintenir un adulte en hospitalisation sans consentement

5. L’indépendance garantie par le Code civil pour rassurer les médecins psychiatres. – L’article 490-1 du Code civil dispose que « Les modalités du traitement médical, notamment quant au choix entre l’hospitalisation et les soins à domicile, sont indépendantes du régime de protection appliqué aux intérêts civils ». Un alinéa deux ajoute que « Réciproquement, le régime applicable aux intérêts civils est indépendant du traitement médical ». Ce texte fut adopté en première lecture²³. Garantie par le Code civil, cette

¹⁹ MÉMETEAU (Gérard), « Le médecin et la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs », *RDSS* 1973, p. 403 à 443, spéc. p. 405 : « *Il faut le dire : cette loi [du 3 janvier 1968], dont constatera la place prééminente qu’elle réserve aux médecins dans sa mise en œuvre, est d’inspiration médicale* ».

²⁰ MALAURIE (Philippe), *Droit des personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, coll. Droit civil, 12^e éd. par PETERKA (Nathalie), 2022, n°394 [« *Pinet et Esquirol* »].

²¹ MALAURIE (Philippe) et PETERKA (Nathalie), *Les personnes*, préc., n°395 [« *Critique de la loi Esquirol* »]. Adde, GOUBEAUX (Gilles), *Droit des personnes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 1989, n°559 [« *L’ensemble du système est l’objet d’assez sévères critiques* »].

²² CARBONNIER (Jean), *Essais sur les lois*, préc., p. 68 : « *Or, par simple opportunité, sans doute, notre législateur a préféré dissocier de ses projets la révision de la loi de 1838 (hormis ce que cette loi pouvait contenir d’incidence de droit privé)* ».

²³ Assemblée nationale, Séance du 20 décembre 1966, *JORF*, année 1966-1967, n°118, p. 5713.

indépendance entre le traitement médical et la mesure civile de protection a été présentée comme un progrès au Sénat²⁴.

6. L'indépendance maintenue sans le secours d'un texte dans le Code civil. – Cette indépendance entre la compétence médicale et la compétence judiciaire coule aujourd'hui tellement de source qu'elle n'a pas été reprise par la loi du 5 mars 2007. Cela dit, il existe des interférences entre la mesure de soins psychiatriques sans consentement et les droits de la personne protégée. D'une part, chacun garde en mémoire le travail législatif de réécriture du Code de la santé publique réalisé sous la contrainte du Conseil constitutionnel²⁵, en 2011, 2013 mais aussi en 2020, à propos du contrôle judiciaire de l'isolement et de la contention²⁶. En éloignant du juge des tutelles, juge civil du tribunal d'instance, le projet de contrôler le besoin et la durée des internements d'office le juge des tutelles, le législateur a songé, plus de quarante plus tard, à confier cette charge au juge des libertés et de la détention. À moins de considérer que le juge pénal est, comme le juge administratif, parfois aussi le juge des vulnérabilités²⁷, le choix du juge des libertés et de la détention sous-tend la dangerosité ou l'anormalité du patient. Ce choix a suscité la réflexion et même une contre-proposition²⁸ qui a fait son chemin puisqu'au 1^{er} novembre 2024 le juge des libertés et de la détention sera remplacé par un « magistrat du siège du tribunal judiciaire »²⁹. D'autre part, il règne autour du patient interné en curatelle ou en tutelle une certaine ambivalence : d'un côté, la personne en charge de sa protection peut demander la mainlevée de sa mesure³⁰ et doit être

²⁴ JOZEAU-MARIGNÉ (Léon), Rapport sur le projet de loi portant réforme du droit des incapables majeurs : Sénat, 9 mai 1967, n°237, spéc. p. 27.

²⁵ Cons. const. 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC: *Dr. famille* 2011, n°11, note MARIA (Ingrid) ; *RTD civ.* 2011, p. 101, obs. HAUSER (Jean). Cette décision est la première d'une série. Sur cette jurisprudence, v. l'étude approfondie de MARIA (Ingrid), « Les soins psychiatriques sans consentement », in TEYSSIE (Bernard), dir., *Les métamorphoses du droit des personnes*, LexisNexis, 2023, p. 331 à 352, et les références.

²⁶ CSP, art. L. 3211-1 et s. (Loi n°2011-803 du 5 juillet 2011, mod. Loi n°2013-869 du 27 sept. 2013). Sur cette législation régissant « les mesures d'accompagnement à dominante médicale », v. TEYSSIE (Bernard), *Droit des personnes*, LexisNexis, 25^e éd., 2023, n°1127 et s., p. 632 à 652. – Adde, GRIMBERT (Marc) et RAOUL-CORMEIL (Gilles), dir., PÉCHILLON (Éric), COUTURIER (Mathias) et *alii*, « Dossier : Soins psychiatriques sous contrainte : quels droits ? Quels contrôles ? Quels soins ? (Colloque Quimper, 10 juin 2022) », *RGDM*, n°85, déc. 2022, p. 9 à 119, et les références.

²⁷ M. REBOURG et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), Dossier : Le juge des vulnérabilités. Du juge d'instance au juge des contentieux de la protection : quels changements dans le traitement des vulnérabilités ? (*Colloque : Brest, 6 mars 2020*), *Dr. famille*, n°5, mai 2020, dossier 10 à 17, p. 10 à 39, dont : MAGORD (Claire) et RIHAL (Hervé), « Vulnérabilité et contentieux de l'aide sociale », *op. cit.*, dossier 15, p. 28. – COUTURIER (Mathias) et PÉCHILLON (Éric), « Vulnérabilité et contentieux des soins psychiatriques sans consentement », *op. cit.*, dossier 16, p. 32. – de FONTMICHÉL (Maximin), « Les vulnérabilités ont-elles un juge dédié ? », *op. cit.*, dossier 17, p. 35.

²⁸ CARON-DÉGLISE (Anne), *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables, Rapp. de mission interministérielle* : 21 sept. 2018, spéc. p. 54 à 56, où le groupe de travail a proposé d'instituer un « juge des libertés civiles et de la protection » pour réunir les compétences du juge des tutelles des majeurs et du juge des libertés et de la détention lorsqu'il statue sur le maintien des mesures de soins psychiatriques sans consentement.

²⁹ Loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice (2023-2027) : *JORF* du 21 nov., texte 2 sur 99. Intitulé « Dispositions relatives au droit civil et aux professions du droit », le titre V de cette loi débute par un chapitre premier consacré au « Transfert de compétences civiles du juge des libertés et de la détention ». Après le Code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile (I), l'article 44, II, de cette loi modifie le Code de la santé publique dont l'article L. 3222-5-1 sur le contrôle des mesures médicales d'isolement et de contentieux.

³⁰ CSP, art. L. 3211-12, 3°, qui vise « La personne chargée d'une mesure de protection juridique relative à la personne faisant l'objet des soins » (Ord. n°2020-232 du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} oct. 2020). Cette ordonnance a eu pour but d'harmoniser le principe d'autonomie personnelle du majeur protégé avec les dispositions du Code de la santé publique et du Code de l'action sociale et des familles. Elle a introduit la notion de « mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne ». Seules les tutelles et les habilitations familiales générales par représentation peuvent être prononcées par le juge avec cette modalité selon l'article 459, alinéa 2 du Code civil. – Adde, BATTEUR

informée des procédures de révision judiciaire de ses mesures de soins psychiatriques sans consentement³¹ mais, d'un autre côté, elle peut s'opposer à l'exercice de recours contre les décisions prises par le juge des libertés et de la détention³². Le traitement égalitaire de tous les patients en soins psychiatriques sans consentement commande donc une petite autonomie dans l'exercice des droits procéduraux, assortie de garanties pour le cas où la personne serait hors d'état de manifester son consentement³³. Le premier apport de la loi du 3 janvier 1968 est formel et finalement ponctuel ; le suivant est substantiel, fondamental et pérenne.

2. La reconnaissance d'une compétence naturelle pour apprécier l'altération des facultés personnelles

7. L'évaluation médicale, garantie de la liberté individuelle introduite dans le Code civil. – « *La garantie suprême de la liberté civile paraît bien être dans ce délicat équilibre de pouvoirs entre le familial, le médical et le judiciaire* »³⁴. L'idée d'un pouvoir partagé, âprement défendue par Montesquieu (1689-1755), avait germé dans les esprits de Carbonnier et de Foyer, tous deux professeurs de droit. Dans la première mouture du projet de loi, discutée à l'Assemblée nationale, le 20 décembre 1966, l'article 490 du Code civil substitue d'abord l'altération des facultés personnelles à l'état habituel d'imbécillité, de démence et de fureur³⁵ ; puis il distingue l'altération des facultés mentales et celle des facultés corporelles, en précisant que celle-ci ne peut justifier une mesure de protection juridique que si elle empêche l'expression de la volonté du sujet à protéger³⁶. Au-delà de la différence de degré entre ces deux altérations, le progrès est considérable dans le choix des

(Annick) et *alii*, « Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante ! », *D.* 2020, Point de vue, p. 993. – MAUGER-VIELPEAU (Laurence), « La protection de la personne du majeur protégé mal ordonnée », *Dr. famille* 2020, comm. 107. – RAOUL-CORMEIL (Gilles), « La recodification du droit de la santé du majeur protégé : le pour et le contre », *RGDM* n°75, Juin 2020, p. 99 à 114. – GATTI (Laurence), « Le nouveau régime des décisions de santé des majeurs protégés », *op. cit.*, p. 115 à 133. – MOISDON-CHATAIGNER (Sylvie), « Quelles avancées juridiques pour les décisions médicales et sociales des personnes vulnérables ? », *RJPF* 2020/5, p. 2. GATTI (Laurence), *Les décisions de santé des majeurs protégés*, LEH, 2022, préf. MÉMETEAU (Gérard).

³¹ Cass., 1^e civ., 16 mars 2016, n° 15-13.745, *AJ fam.* 2016, p. 267, obs. VERHEYDE (Thierry) ; *RTD civ.* 2016, p. 322, obs. HAUSER (Jean).

³² C. civ., art. 467, al. 3 et 468, al. 3 (qui subordonne à l'assistance du curateur l'exercice de l'action en justice du majeur en curatelle). – C. civ., art. 475 (qui subordonne à la représentation du tuteur l'exercice de l'action en justice du majeur en tutelle).

³³ Cass., 1^e civ., 5 juillet 2023, n°23-10.096 ; *D.* 2023, p. 1498, note LEMOULAND (Jean-Jacques) et RAOUL-CORMEIL (Gilles) ; *Dr. famille* 2023, n°10, p. 50, note I. Maria ; *RGDM* 2023, n°89, p. 133 à 148, obs. VIOUIAS (Vincent) ; *RTD civ.* 2023, p. 599, obs. LEROYER (Anne-Marie) ; *JCP G.*, 15 janv. 2024, p. 90, obs. TEYSSIE (Bernard) et ANCIAUX (Nicolas) ; *RJPF* 2024-285/14, p. 18, obs. RAOUL-CORMEIL (Gilles). – *Adde*, NOGUÉRO (David), « Défaut d'assistance pour l'action en justice du curatelaire concernant un acte relatif à sa personne en santé psychiatrique », *LPA* n°1, janvier 2024, p. 78 à 83. – Et, sur Cass., 1^e civ., 31 janv. 2024, n°22-23.242 et n°23-15.969 (deux arrêts), v. LEMOULAND (Jean-Jacques), « Soins psychiatriques sans consentement : de la capacité procédurale du patient (suite) », *LEFP* Mars 2024, p. 2.

³⁴ CARBONNIER (Jean), *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 71.

³⁵ C. Nap., art. 489 : « Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides ».

³⁶ C. civ., art. 490, al. 1^{er} [Loi n°68-5 du 3 janvier 1968] : « Lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus aux chapitres suivants ». Et selon l'alinéa 2 : « Les mêmes régimes de protection sont applicables à l'altération des facultés corporelles si elle empêche l'expression de la volonté ». – C. civ., art. 488, al. 1er : « La majorité est fixée à vingt et un ans accomplis ; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile ». – Al. 2 : « Est néanmoins protégé par la loi, soit à l'occasion d'un acte particulier, soit d'une manière continue, le majeur qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts ». – Al. 3 : « Peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales ».

mots³⁷ ; l'altération des facultés personnelles est une formule neutre, quasi scientifique. Cela dit, le député René Pleven (1901-1993) s'est étonné que le projet de loi n'expliquait pas comment cette altération dut être constatée³⁸. La proposition qu'il fit par amendement ne fut pas adoptée ; le ministre de la Justice réserva son approbation. Le texte fut donc remis sur le métier. Et la proposition formelle d'ajouter une règle, dans un troisième alinéa de l'article 490 du Code civil, faite par Jean Foyer³⁹, fut adoptée en deuxième lecture⁴⁰. La rupture avec le Code napoléon était ainsi consommée⁴¹. Non seulement le législateur exige depuis 1968 la constatation médicale de l'altération des facultés personnelles du sujet de droit à protéger⁴² mais il combine l'avis du médecin traitant et le certificat d'un médecin spécialiste, élevé au rang d'auxiliaire de Justice.

8. Une exigence procéduralement renforcée. – Près de quarante ans après la loi du 3 janvier 1968, la réforme opérée par la loi du 5 mars 2007 a conservé le vocabulaire courtois et apaisant, la formule scientifique et l'exigence d'une constatation médicale de l'altération des facultés personnelles, ainsi que la double entrée de cette altération⁴³. La loi a cependant systématisé les causes d'ouverture d'une mesure de protection juridique ; elle a fermé les curatelles et tutelles pour prodigalité, intempérance et oisiveté. Elle a également interdit au juge des tutelles de se saisir d'office. Mieux encore, elle a défini le certificat médical circonstancié et exigé qu'il soit fourni avec la requête à peine d'irrecevabilité⁴⁴. Sur ce point, comme sur d'autres, la loi du 5 mars 2007 est une loi de bonification ; les textes aujourd'hui en vigueur sont toujours inspirés par Jean Foyer et le Doyen Jean Carbonnier⁴⁵.

B. – L'institution d'un nouvel auxiliaire de Justice

9. Le choix du médecin et l'organisation d'un statut. – Les travaux préparatoires de la loi du 3 janvier 1968 rendent compte d'une hésitation entre le médecin traitant et un médecin spécialiste ; ils mettent en évidence le besoin d'éclairer le juge et la plus-value

³⁷ CARBONNIER (Jean), *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 73 : « quelque précaution qu'on ait eue d'employer des mots courtois et apaisants, n'est-ce pas un statut du malade mental qui est évoqué dans une mise à part des autres, une ségrégation par le droit ? Nous ne savons si une législation civile de la folie évitera jamais l'accusation de paternalisme ».

³⁸ Assemblée nationale, Séance du 20 décembre 1966, *JORF*, année 1966-1967, n°118, p. 5713 : « La commission [des lois] a été frappée par le fait que cette rédaction ne précise pas comment l'altération durable des facultés mentales sera reconnue. Il lui a paru nécessaire de prévoir que cette constatation devra être le résultat d'une observation médicale ».

³⁹ C. civ., art. 490, al. 3 [Loi n°68-5 du 3 janvier 1968] : « L'altération des facultés mentales ou corporelles doit être médicalement établie ».

⁴⁰ Assemblée nationale, Séance du 3 octobre 1967, *JORF*, année 1967-1968, n°74, p. 3397.

⁴¹ MÉMETEAU (Gérard), « Le médecin et la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs », préc., p. 403 : « Il s'agissait bien d'apprécier une maladie, mais, comme la psychiatrie du temps était encore sommaire, on croyait pouvoir accorder aux cultivateurs avisés et aux juges prudents d'affirmer souverainement le bon ou le mauvais état de santé ». Adde, VIALATTE (René), « Des rôles du médecin traitant et du médecin spécialiste dans la protection des incapables majeurs », *D.* 1972, chron. XXVIII, p. 165 à 168.

⁴² Le Sénat fait sien le principe de la constatation médicale de l'altération des facultés personnelles : JOZEAU-MARIGNE (Léon), Rapport préc., Sénat, 9 mai 1967, n°237, spéc. p. 25.

⁴³ C. civ., art. 425, al. 1er [Loi n°2007-308 du 5 mars 2007] : « 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 ».

⁴⁴ C. civ., art. 431 [Loi n°2007-308 du 5 mars 2007]. – CPC, art. 1219 [Décr. n°2008-1276 du 5 déc. 2008, mod. Décr. n°2009-756 du 22 juill. 2019]. Sur ces textes, v. NOGUÉRO (David), « Le certificat médical pour l'ouverture des mesures de protection des majeurs », *Rev. Rech. Jur.* 2011, p. 1227 à 1252.

⁴⁵ Rapp. CORNU (Gérard), « Le style des lois », in Association Henri Capitant, *Hommage à Jean Carbonnier*, Dalloz, Thèmes & comm., 2007, p. 145 et s., spéc. p. 150, où la conclusion s'annonce : « En définitive, on 'détricote' les textes mais l'on pense toujours Carbonnier. Les lumières de son droit écrit ne sont pas éteintes ».

d'introduire une liste de médecins ayant la qualité d'auxiliaire de Justice (1.) L'établissement médical de l'altération des facultés personnelles du sujet à protéger fonde le principe de nécessité dans la protection juridique des majeurs. Le choix d'un auxiliaire de Justice s'accompagne de garanties. Constitutives d'un embryon de statut juridique, incapacités spéciales de jouissance viennent frapper ce médecin spécialiste, inscrit sur la liste du Procureur de la République. Les interdits caractérisent le principe de probité ; ils renforcent ainsi la protection juridique des personnes les plus affaiblies (2.).

1. Le choix d'un médecin spécialiste, inscrit sur la liste du procureur de la République

10. Un médecin spécialiste, auxiliaire de Justice. – C'est de la discussion menée entre le député René Pleven et le ministre Jean Foyer qu'est née l'institution d'un nouvel auxiliaire de justice. Le ministre de la Justice était conscient des difficultés de trouver un médecin impartial qui accepte d'éclairer le juge pour l'aider à se décider dans le temps moyen ou long. « *Quelque embarras et quelque ennui qu'en éprouvent les médecins, qui ne coopèrent pas toujours volontiers à des procédures judiciaires mais qui devront bon gré mal gré s'y adapter, car leur intervention devient tous les jours plus indispensable dans l'application des règles de droit toujours plus nombreuses, il est préférable de s'en tenir à l'idée exprimée par la commission* »⁴⁶ : l'altération des facultés personnelles doit être médicalement établie. Cela dit, dans sa première mouture, l'article 493-1 du Code civil ne renvoyait qu'à des règles posées par le Code de procédure civile⁴⁷ – dans un décret d'application à venir. En deuxième lecture, l'article 493-1 du Code civil subordonnait le prononcé d'une tutelle à un examen « *de la personne intéressée par un collège de trois médecins, dont le médecin traitant* »⁴⁸. Le Sénat se prononce pour la désignation d'un « *médecin spécialiste* »⁴⁹ mais, six mois plus tard, il discutait encore du point de savoir si cette évaluation médicale était obligatoire ou facultative⁵⁰. En définitive, la commission des lois du Sénat a estimé « *indispensable que cette intervention ait lieu dans tous les cas et que ce soit au Procureur de la République de désigner le spécialiste consulté* »⁵¹. La discussion a continué sur ce point jusqu'au dernier moment, ainsi qu'en attestent les travaux du 19 décembre 1967, jour où le texte a été finalement adopté en troisième lecture, à l'Assemblée nationale, alors que c'est Louis Joxe qui a succédé à Jean Foyer, au ministère de la Justice⁵². En définitive, la loi du 3 janvier 1968 introduit dans le Code civil, un article 493-1, aux termes duquel « le juge ne peut prononcer l'ouverture d'une tutelle que si l'altération des facultés mentales ou

⁴⁶ Assemblée nationale, Séance du 20 décembre 1966, *JORF*, année 1967-1968, n°118 du mercr. 21 déc., p. 5713.

⁴⁷ Assemblée nationale, Séance du 21 décembre 1966, *JORF*, année 1966-1967, n°119 du jeudi 22 déc., p. 5913.

⁴⁸ Assemblée nationale, Séance du 3 octobre 1967, *JORF*, année 1967-1968, n°74 du mercr. 4 oct., p. 3402.

⁴⁹ JOZEAU-MARIGNÉ (Léon), Rapport sur le projet de loi portant réforme du droit des incapables majeurs : Sénat, 9 mai 1967, n°237, spéc. p. 27 : « *Il semble normal, dans un domaine où seul le médecin spécialiste peut donner un avis autorisé sur l'état de la personne malade, sur l'évolution de sa maladie et les chances de guérison, que la constatation médicale conditionne la mise en œuvre juridique d'une protection qui se traduira souvent par une incapacité totale ou partielle d'agir. Même par la suite, l'avis du médecin doit être systématiquement sollicité par le juge dans les cas où il a une décision à prendre concernant la gestion des biens du malade* ».

⁵⁰ JOZEAU-MARIGNÉ (Léon), Rapport sur le projet de loi portant réforme du droit des incapables majeurs : Sénat, 20 novembre 1967, n°28, spéc. p. 5 : « *Pour sa part, la Commission des Lois n'avait pas fait de cet examen une obligation. Le texte qu'elle avait adopté donnait simplement au Procureur de la République la possibilité de faire procéder à cet examen* ».

⁵¹ JOZEAU-MARIGNÉ (Léon), Rapport préc., spéc. p. 6.

⁵² Assemblée nationale, Séance du 19 décembre 1967, *JORF*, année 1967-1968, n°116 du mercr. 20 déc., p. 6034, où le ministre Louis Joxe énonce les trois points de divergence entre l'Assemblée nationale et le Sénat, dont le troisième est « *l'obligation de recourir à un expert désigné par le procureur de la République, ou la production d'un certificat délivré par un spécialiste en matière de sauvegarde de justice* ».

corporelles du malade a été constatée par un médecin spécialiste choisi sur une liste établie par le procureur de la République »⁵³.

11. Le maintien d'un médecin, auxiliaire de Justice, mais un recul critiquable des conditions d'inscription sur la liste du procureur de la République. – Sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968, seuls des psychiatres étaient considérés comme des médecins spécialistes et pouvaient être inscrits sur la liste du procureur de la République. Selon la doctrine, « *le médecin spécialiste, dont l'avis est requis par l'article 493-1 du Code civil, peut fort bien être le médecin traitant du malade (et, notamment, un médecin de l'hôpital psychiatrique) ou un médecin consultant choisi par la famille du malade* »⁵⁴. La référence à « l'avis », également fréquente dans les travaux préparatoires de la loi du 3 janvier 1968, est ambiguë et contraste avec la qualification d'expertise médicale, que l'on rencontre aussi sous la plume des parlementaires ou de certains auteurs, alors que seuls les médecins inscrits sur la liste du procureur général près la Cour d'appel ou près la Cour de cassation sont des experts judiciaires. Le médecin inscrit sur la liste du procureur de la République n'est pas un expert judiciaire ! Il faudra donc du temps pour percevoir dans ce « médecin inscrit » l'opportunité de réaliser une évaluation objective, faite à distance des habitudes personnelles et familiales du sujet à protéger. La loi du 5 mars 2007 a maintenu ce médecin inscrit sur la liste du procureur de la République mais la rigueur introduite dans le régime des écrits attendus de lui a eu pour effet d'imprimer une exigence de compétence et de distance avec l'intéressé. En revanche, le législateur de 2007 a pris conscience du manque de psychiatres et a ouvert la liste des médecins inscrits sur la liste du procureur de la République à tous les médecins : gériatres, neurologues, généralistes ayant une expérience en gérontologie. Il n'est donc plus utile à ces médecins de requérir la consultation du préfet, pour être habilités par le procureur de la République, alors que sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968, il leur était nécessaire de soumettre leur demande à l'examen « *du médecin inspecteur de la santé ou du directeur départemental de l'action sanitaire et sociale* »⁵⁵. Et même si tout médecin obtient facilement son inscription sur la liste du procureur de la République⁵⁶, il n'en devient pas moins « *auxiliaire de Justice* », par cette seule inscription : non seulement il est soumis à des incapacités spéciales de jouissance mais il doit éclairer le juge des tutelles, un juge dédié à la protection juridique des majeurs dont l'office est gracieux⁵⁷.

2. Le statut juridique du médecin, auxiliaire de Justice

12. L'interdiction de cumuler avec les qualités de curateur ou de tuteur. – « Le médecin traitant ne peut être tuteur ni subrogé tuteur du malade. Mais il est toujours loisible au juge

⁵³ Et un second alinéa de ce texte ajoute que « L'ouverture de la tutelle sera prononcée dans les conditions prévues par le Code de procédure civile », cf. C. civ., art. 493-1, al. 2 [Loi n°68-5 du 3 janvier 1968]. – Adde, PLEVEN (René), Rapport sur le projet de loi portant réforme du droit des incapables majeurs : Assemblée nationale, 2 juin 1966, n°1891.

⁵⁴ MASSIP (Jacques), *Les incapacités (Étude théorique & pratique)*, Defrénois, 2002, n°552, spéc. p. 444.

⁵⁵ MASSIP (Jacques), *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n°283.

⁵⁶ En ce sens, v. CARON-DÉGLISE (Anne), *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Rapp. de mission interministérielle : 21 sept. 2018, spéc. p. 31 à 33, où le groupe de travail a proposé d'instaurer et de développer une formation des médecins inscrits sur la liste du procureur de la République.

⁵⁷ Sur la matière gracieuse, v. CORNU (Gérard) et FOYER (Jean), *Procédure civile*, PUF, coll. « Thémis », 3^e éd., 1996, n° 21, spéc. p. 128. – Adde, RAOUL-CORMEIL (Gilles), « La métamorphose de la procédure tutélaire », in PÉTEL-TEYSSIE (Isabelle) et PUIGELIER (Catherine), dir., *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975 – 2015)*, éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 329 à 355.

des tutelles de l'appeler à participer au conseil de famille, à titre consultatif »⁵⁸. Cette disposition joue *a fortiori* à l'égard du médecin inscrit sur la liste du procureur de la République, à moins que ce médecin ne sollicite une curatelle ou une tutelle familiale et ait eu recours à un autre médecin inscrit sur la liste pour rédiger le certificat médical circonstancié ou les avis médicaux. Cette incompatibilité entre la fonction médicale et la fonction de protection juridique est un bienfait de la loi du 3 janvier 1968 ; elle traduit des exigences d'impartialité qui auraient pu être assouplies s'agissant d'un médecin ascendant ou descendant, frère ou sœur de la personne protégée⁵⁹. La règle d'incompatibilité a été reprise et développée par la loi du 5 mars 2007 : « Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux ne peuvent exercer une charge curatelaire ou tutélaire à l'égard de leurs patients »⁶⁰.

13. L'interdiction de contracter avec le majeur protégé. – La loi du 3 janvier 1968 a également interdit à quiconque exerçant une fonction dans un établissement hébergeant des personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques de se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne admise dans l'établissement, non plus que de prendre à bail le logement occupé par cette personne avant son admission dans le logement. L'empêchement de contracter ne vise pas seulement le médecin traitant, ni même le médecin inscrit ; il est plus large et vise toute personne qui pourrait, par sa situation et par sa fonction, contracter à des conditions avantageuses avec une personne affaiblie. La loi du 3 janvier 1968 a réservé l'hypothèse d'une « *autorisation de justice* »⁶¹, sans dire dans aucun texte que le juge des tutelles des majeurs était compétent pour statuer. Le législateur a donc préféré, s'agissant d'un acte à titre onéreux, imposer une incapacité spéciale d'exercice plutôt qu'une incapacité spéciale de jouissance. Cette disposition contribue à construire un statut juridique du médecin inscrit sur la liste du procureur de la République.

⁵⁸ C. civ., art. 496-2, al. 1er [Loi n°68-5 du 3 janvier 1968]. Et l'alinéa 2 ajoute que : « la tutelle ne peut être déléguée à l'établissement de traitement, ni à aucune personne y occupant un emploi rémunéré à moins qu'elle ne soit de celles qui avaient qualité pour demander l'ouverture de la tutelle. Un préposé de l'établissement peut, toutefois, être désigné comme gérant de la tutelle dans le cas prévu par l'article 499 ».

⁵⁹ V. en ce sens la discussion qui s'est tenue, avec l'approbation de Jean Foyer, garde des Sceaux : Assemblée nationale, Séance du 21 décembre 1966, *JORF*, année 1966-1967, n°119 du jeudi 22 déc., p. 5916.

⁶⁰ C. civ., art. 1125-1, al. 2 [Loi n°68-5 du 3 janvier 1968]. *Adde*, CASF, art. L. 116-4, II [Ord. n°2016-131 du 10 février 2016]. Sur les incapacités de contracter à titre gratuit ou à titre onéreux avec une personne vulnérable, v. les commentaires de la décision n°2020-888 du 12 mars 2021 du Conseil constitutionnel abrogeant une partie du texte pour préserver le droit de propriété des personnes qui, pour être handicapées, n'en sont pas pour autant vulnérables et inaptes à manifester un consentement lucide : ALIDOR (Bastien), « Le propriétaire âgé peut (à nouveau) disposer de ses biens en faveur de l'aide à domicile », *Deffrénois*, 15 avril 2021, n° 200a5, p. 13 ; CASEY (Jérôme), « Des réalités de terrain oubliées », *AJ Famille*, avril 2021, n° 4, p. 231 ; COTTET (Marion), « Qui dit âgé ne dit pas nécessairement vulnérable », *Dalloz actualité*, 25 mars 2021 ; GRIMALDI (Michel), « Le droit d'être généreux envers ceux qui vous assistent à domicile », *RTD civ.* 2021/2, n°3, p. 464 ; NICOD (Marc), « Les aides à domicile peuvent de nouveau recevoir des libéralités », *Dr. famille* 2021, comm. 75, p. 32 ; NOGUÉRO (David), « Incapacité de recevoir une libéralité, atteinte au droit de disposer librement du patrimoine, vulnérabilité et inconstitutionnalité de l'article L. 116-4, I, du Code de l'action sociale et des familles », *LPA*, n°231, 1^{er} juin 2021, p. 38 ; PETERKA (Nathalie), « L'incapacité de recevoir à titre gratuit des professionnels accomplissant des services d'aide à la personne à domicile : le Conseil constitutionnel censure l'article L. 116-4 du CASF ! », *JCP N* 2021, n°12, p. 5 ; POLLET (Diego), « Quand le Conseil constitutionnel dénonce la discrimination par l'âge », *AJ fam.* avril 2021, n°4, p. 230 ; REBOUL-MAUPIN (Nathalie), « Vulnérabilité *versus* propriété : un équilibre à trouver dans la protection », *D.* 2021, Point de vue, p. 750 ; REYNIS (Bernard), « Les incapacités de recevoir dans le viseur du Conseil constitutionnel », *Deffrénois* 25 mars 2021, n° 170c8, « Éditorial », p. 1 ; RAOUL-CORMEIL (Gilles), « Levée de l'interdiction des dons et legs aux professionnels de l'aide à domicile », *RDS* 2021, n° 102, p. 571.

⁶¹ C. civ., art. 496-2, al. 1er [Loi n°68-5 du 3 janvier 1968]. Et l'alinéa 2 ajoute que : « la tutelle ne peut être déléguée à l'établissement de traitement, ni à aucune personne y occupant un emploi rémunéré à moins qu'elle ne soit de celles qui avaient qualité pour demander l'ouverture de la tutelle. Un préposé de l'établissement peut, toutefois, être désigné comme gérant de la tutelle dans le cas prévu par l'article 499 ».

Quelque incertitude entoure le périmètre de ce texte, la doctrine a tôt fait d'inviter les médecins traitants et spécialistes à se montrer prudents. Ces empêchements de contracter sont « *la contrepartie aux pouvoirs des médecins dans la loi du 3 janvier 1968* »⁶². Les incapacités de recevoir à titre gratuit sont fermement établies à l'égard des médecins qui soignent une personne de la maladie dont elle décèdera⁶³. Elles frappent aussi tous les mandataires judiciaires à la protection des majeurs⁶⁴, quel que soit le mode d'exercice de leur profession et la date de la libéralité. La considération du temps crée une inégalité de traitement entre les auxiliaires de Justice ; cette graduation dans la sévérité nous interroge. Quoi qu'il en soit, le médecin se voit doter dans la protection juridique des majeurs d'une compétence exclusive.

II. – La compétence exclusive du médecin, auxiliaire de justice

14. Les écrits médicaux non thérapeutiques mais à portée judiciaire. – L'attention portée sur les médecins inscrits sur la liste du procureur de la République et les médecins traitants nous porte à étudier le domaine de leur compétence exclusive. Les premiers sont les seuls à pouvoir rédiger un certificat médical circonstancié (A.) sans lequel la mesure de protection juridique ne devrait pas être prononcée. Dans leur domaine de compétence, la loi du 5 mars 2007 a ajouté deux avis médicaux : celui d'autoriser le juge des tutelles à ne pas auditionner la personne à protéger ou protégée ainsi que celui de déroger au délai de rigueur de cinq ans. Bien d'autres avis médicaux sont attendus dans la protection juridique des majeurs (B.). Cette partie de l'étude s'éloigne de l'œuvre originelle de Jean Foyer et du Doyen Carbonnier. Ils ont mis le médecin dans la procédure de protection juridique des majeurs. Sitôt ouverte, la brèche était si bien fondée qu'elle a pu connaître un développement quasiment linéaire.

A. – Le certificat médical circonstancié

15. De l'avis au certificat médical circonstancié. – Le changement de qualification du document que doit rédiger le médecin inscrit sur la liste du procureur de la République nous porte à revenir sur le régime originel (1.) avant de présenter le régime actuel (2.).

1. Le régime originel de l'avis médical émanant du médecin spécialiste inscrit

16. L'établissement médical de l'altération des facultés personnelles (ancien régime). – Sobrement, l'article 493-1 du Code civil subordonnait le prononcé de la tutelle à la constatation médicale de l'altération des facultés personnelles par un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République. Et, pour l'aider dans son office, l'article 490-1, alinéa 3 du Code civil précisait que « les décisions par lesquelles le juge des tutelles organise la protection des intérêts civils sont précédées de l'avis du médecin traitant ». Avec ces deux dispositions, la loi du 3 janvier 1968 institue un pouvoir médical pour contenir le pouvoir judiciaire et l'influence familiale. L'apport est décisif : l'« *équilibre de pouvoirs entre le familial, le médical et le judiciaire* »⁶⁵ a été pensé par Jean Foyer et le Doyen Carbonnier pour garantir la liberté individuelle des adultes affaiblis ou ayant le malheur d'avoir des

⁶² MÉMETEAU (Gérard), « Le médecin et la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs », préc., p. 429.

⁶³ C. civ., art. 909 [Loi n°2007-308 du 5 mars 2007]. *Adde*, Cons. const., 29 juillet 2022, n°2022-1005 QPC : JO, 30 juillet 2022, texte 134 ; *Revue Droit & Santé*, n°110, novembre 2022, p. 748 à 757, note RAOUL-CORMEIL (Gilles).

⁶⁴ Sur lesquelles, v. RAOUL-CORMEIL (Gilles), « Le principe de probité, face unitaire de la profession des MJPM et limite au devoir d'adaptabilité », *LPA*, décembre 2022, n°12, p. 32 à 38.

⁶⁵ CARBONNIER (Jean), *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 71.

« mécanismes mentaux dissidents »⁶⁶. « Au demeurant, la loi est muette sur la sanction du défaut de l'avis prévu par l'article 490-1 du Code civil »⁶⁷. En pratique, les médecins psychiatres rédigeaient des analyses variables en longueur donnant une explication toujours médicale du besoin d'ouvrir une mesure de protection juridique. En revanche, entre le 1^{er} novembre 1968 et le 1^{er} janvier 2009, le juge d'instance, exerçant la fonction de juge des tutelles, pouvait prononcer une curatelle ou une tutelle pour oisiveté, intempérance ou prodigalité. Le cas échéant, non seulement le requérant était dispensé d'avoir à solliciter l'avis du médecin traitant ou inscrit sur la liste du procureur de la République mais il pouvait solliciter du juge le prononcé d'une tutelle, là où le Code Napoléon entre 1804 et 1968 n'envisageait que l'assistance d'un conseil judiciaire en cas de prodigalité⁶⁸. Le Doyen Carbonnier et le ministre Jean Foyer devaient être sur la même longueur d'onde pour préserver les finances de celui qui était un obligé alimentaire⁶⁹, à l'égard d'un conjoint, d'ascendants ou de descendants.

2. Le régime actuel du certificat médical circonstancié émanant du médecin inscrit

17. L'établissement médical de l'altération des facultés personnelles (nouveau régime). – Depuis le 1^{er} janvier 2009 ; date d'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007, le juge des tutelles des majeurs ne peut plus se saisir d'office et ne peut plus prononcer une sauvegarde de justice, une curatelle ou une tutelle, sans avoir été saisi d'une requête accompagnée d'un certificat médical circonstancié. Sous cette qualification, l'article 1219 du Code de procédure civile exige du médecin inscrit sur la liste du procureur de la République qu'il constate l'altération des facultés personnelles et décrive précisément la nature de celle-ci. Aucun texte n'exige du médecin qu'il procède à un diagnostic mais qu'il explique en quoi la personne n'est pas ou plus autonome dans la gestion de ses biens ou la préservation de ses intérêts personnels. Peut-elle encore vivre à domicile ? Dépend-elle d'autrui pour s'habiller, faire sa toilette ou se nourrir ? Parvient-elle à sauvegarder ses revenus et à payer ses dépenses ? A-t-elle le sens de la valeur des choses ? Une maladie neurologique a-t-elle réduit son empan numérique ? En clair, parvient-elle à mesurer qu'un

⁶⁶ CARBONNIER (Jean), *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁷ MÉMETEAU (Gérard), « Le médecin et la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs », *préc.*, p. 414.

⁶⁸ FENET (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, dactyl., 1836, p. 714 : « Si la prodigalité est sans doute l'abus de la propriété, cette dernière n'est-elle pas le droit d'user et le droit d'abuser de ses biens ? ». Sur ce courant doctrinal plutôt libéral, v. GRANVORKA (Audrey), *La prodigalité en droit privé*, Thèse ss dir. PLAZY (Jean-Marie), Bordeaux, 2020, n°5, p. 22. – V. déjà : T. civ., Château-Thierry, 24 janvier 1906 [Un jugement rédigé par le juge Magnaud] : « Attendu, en effet, que l'un des principes fondamentaux de notre état social réside actuellement dans l'intangibilité du droit de propriété, défini par la plupart des juristes : 'le droit d'user et d'abuser' ; « Qu'enlever à un citoyen qui n'est ni en état de démence, d'imbécillité ou de fureur, mais simplement prodigue, la libre disposition de ses biens, c'est porter une grave atteinte à ce principe » ; « Attendu que par suite de ce qui vient d'être dit, la loi laissant du reste au Juge tous pouvoirs d'appréciation à cet égard, il échet de rejeter la demande de dation de conseil judiciaire formée par la dame C. contre Octave C ». Ce jugement a été reproduit et commenté, in ANDREU (Lionel), *Les petits arrêts de la jurisprudence insolite*, Dalloz, 2024, p. 159 à 167.

⁶⁹ C. civ., art. 488, al. 3 [Loi n°68-5 du 3 janvier 1968] : « Peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales ». *Adde*, CARBONNIER (Jean), *Droit civil*, t. 1, PUF, coll. Thémis, 2004, n°345, p. 681, où l'auteur enseignait toutefois que « la prodigalité, est de tradition, une cause de curatelle ». Rapp. DEMOLOMBE (Charles), *Cours de Code Napoléon*, t. VIII, Durand & Pedone, 1874, n°691, spéc. p. 454 : « L'expérience de tous les siècles était là pour répondre ! Et certainement le droit romain et notre ancienne jurisprudence, en portant secours au prodigue, loin d'attenter à la liberté individuelle ni au droit de propriété, avaient au contraire très-sagement protégé les intérêts du prodigue lui-même, ceux de sa famille, et ceux de l'État. Sans vouloir assurément assimiler la prodigalité à la folie, il ne faut pourtant pas se jeter dans une autre exagération en sens contraire, et soutenir que le prodigue a le plein et libre exercice de sa raison et surtout de sa volonté ».

bien de 896 euros est de valeur inférieure à celui coûtant 75 mille euros ? Il est demandé au médecin inscrit de se prononcer sur les conséquences de la maladie ou de l'altération congénitale de l'intéressé quant à son besoin d'être protégé dans sa personne ou dans ses biens. En théorie, les dispositions des articles 431 du Code civil et 1219 du Code de procédure civile sont précises et devraient permettre au médecin inscrit de mieux renseigner le juge pour individualiser la mesure de protection juridique, ainsi que le lui ordonne l'article 428, alinéa 2 du Code civil. En pratique, cependant, les médecins inscrits ont soumis ces textes à une interprétation trop schématique ; de surcroît, ils se prêtent trop souvent à cocher des croix dans un questionnaire dépourvu d'analyse neurologique, gériatrique ou psychiatrique. Le constat est aujourd'hui connu ; il a été déploré par le groupe de travail interministériel présidé par Anne Caron-Déglièse, avocate générale à la Cour de cassation⁷⁰. Une telle évolution était prévisible. « *Le médecin devra apprendre le droit des incapables majeurs* »⁷¹. Le conseil était plein de prudence en 1973. Un demi-siècle plus tard, le législateur devrait imposer aux médecins inscrits une formation juridique obligatoire pour qu'ils puissent saisir les attentes qui sont celles des juges lorsqu'ils doivent déterminer le besoin, les modalités et l'étendue de la protection juridique. Cela dit, la Cour de cassation renforce l'autorité de leurs appréciations et n'hésite pas à casser l'arrêt d'une cour d'appel qui a dénaturé le contenu d'un certificat médical circonstancié⁷².

B. – Les avis complémentaires

18. Les avis médicaux soumis à un mouvement d'accordéon. – Au gré des réécritures, le législateur ajoute ou retire au médecin inscrit sur la liste du procureur de la République, comme au médecin traitant, le pouvoir et le devoir de rédiger un avis médical pour éclairer le juge des tutelles des majeurs. Portons l'analyse sur les avis complémentaires des médecins inscrits (1.) avant de présenter ceux qui peuvent être rédigés par un médecin traitant (2.).

1. Du médecin inscrit sur la liste du Procureur de la République

19. L'avis médical de non-audition. – Le pouvoir du médecin inscrit sur la liste du procureur de la République prend, dans les deux actes suivants, un sens particulier : le médecin, auxiliaire de justice, peut donner au juge des tutelles plus de pouvoir qu'il n'en dispose en temps ordinaire. La loi du 5 mars 2007 impose au juge d'auditionner la personne à protéger ou déjà protégée ; n'est-ce pas un droit fondamental que celui d'avoir accès au juge qui est saisi pour diminuer la liberté individuelle et instituer un protecteur sans l'assistance ou la représentation duquel le majeur protégé ne pourra plus exercer seul ses droits ? Cela dit, si le médecin inscrit est dans l'un des deux cas suivants, il peut rédiger un avis médical. Soit l'intéressé est « hors d'état d'exprimer sa volonté »⁷³, ce qui ne correspond pas exactement au cas où l'audition ne serait pas contributive. Soit l'audition de l'intéressé

⁷⁰ CARON-DÉGLIÈSE (Anne), *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Rapp. de mission interministérielle : 21 sept. 2018, spéc. p. 31 à 33.

⁷¹ MÉMETEAU (Gérard), « Le médecin et la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs », préc., p. 435.

⁷² Cass. 1^{re} civ., 11 mai 2023, n° 21-19.173 ; *Dr. famille* 2023, n°9, Comm. n°137, p. 54, obs. MARIA (Ingrid) ; *RJPF* 2024-285/14, p. 18 à 24, spéc. p. 20, obs. RAOUL-CORMEIL (Gilles). *Adde*, LESAY (Caroline), « L'importance du certificat médical dans les mesures de protection », *AJ fam.* 2023, p. 350. – NOGUÉRO (David), « Dénaturation du certificat sur l'amélioration de la santé du curatelaire », *D.* 2023, Panor., p. 1196. – RAOUL-CORMEIL (Gilles), « Le contrôle judiciaire de dénaturation des écrits médicaux dans la protection juridique des majeurs », *RDS*, n°115, sept. 2023, p. 694 à 705.

⁷³ C. civ., art. 432, al. 2 et, si la demande a pour objet l'habilitation familiale, C. civ., art. 494-4, al. 1er.

serait « de nature à porter atteinte à sa santé »⁷⁴, ce qui peut être le cas d'un patient paranoïaque ou psychopathe qui entrerait en crise aiguë face au juge des tutelles⁷⁵. Lorsque le certificat médical circonstancié est accompagné d'un avis médical de non-audition, la loi laisse au juge le pouvoir d'apprécier s'il doit ou non rédiger une ordonnance de non-audition. Le majeur protégé peut souffrir de n'avoir pu rencontrer le juge et s'expliquer devant lui ; en pratique, il lui arrive d'interjeter appel de la décision du juge des tutelles, ainsi que le lui permettent les articles 430 du Code civil et 1239 du Code de procédure civile.

20. L'avis médical autorisant une mesure de longue durée. – La loi du 5 mars 2007 a limité dans le temps les mesures de protection juridique. La mesure initiale est en principe de cinq ans ; seule la tutelle peut, par exception, être prononcée pour dix ans⁷⁶. De manière simplifiée, les habilitations familiales générales peuvent être prononcées pour dix ans sans qu'il s'agisse d'une exception. Par ailleurs, lorsque le juge est saisi pour réviser la mesure, il peut les renouveler pour un délai plus long qui ne doit pas dépasser vingt ans⁷⁷ ; en revanche, il peut déroger au délai de la mesure initiale, à la condition d'avoir été saisi d'une requête accompagnée d'un avis médical de non-évolution favorable de l'état de santé du majeur à protéger ou déjà protégé. La Cour de cassation a assoupli son contrôle sur le libellé de cet avis médical non thérapeutique⁷⁸. Elle pourrait néanmoins sanctionner la dénaturation de cet avis par le juge.

2. Du médecin traitant

21. Un avis médical auquel est subordonnée une décision substantielle. – Le médecin traitant *lato sensu* est celui qui compte dans sa patientèle le majeur à protéger ou protégé. Son avis peut s'avérer plus facile à obtenir que celui d'un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République. Telle fut d'abord la situation aujourd'hui abandonnée par le législateur où le tuteur ne pouvait représenter un majeur en tutelle⁷⁹, demandeur à l'instance en divorce, sans avoir sollicité le juge des tutelles et accompagné sa requête d'un certificat médical. Telle est ensuite la situation du majeur protégé dont il devient nécessaire de disposer des droits par lesquels est assuré son logement, en résidence principale ou secondaire. Alors que la loi du 3 janvier 1968 se contentait de l'avis médical du médecin traitant⁸⁰, celle du 5 mars 2007 a exigé celui d'un médecin inscrit sur la liste du procureur

⁷⁴ C. civ., art. 432, al. 2 et, si la demande a pour objet l'habilitation familiale, C. civ., art. 494-4, al. 1er.

⁷⁵ Cass. civ. 1^{er}, 15 janv. 2020, n°19-12.912 ; *AJ fam.* 2020, p. 258, obs. MONTOURCY (Valéry) ; *D.* 2020, Panor., p. 1485, obs. NOGUÉRO (David). L'arrêt de cassation rendu au visa de l'article 432, alinéa 2 du Code civil révèle des faits singuliers. « Pour confirmer l'ordonnance du juge des tutelles ayant dit n'y avoir lieu de procéder à l'audition de M. Q..., l'arrêt, après l'avoir entendu à l'audience, retient qu'il résulte de l'examen du médecin inscrit que la personnalité paranoïaque hostile de l'intéressé risque de rendre difficile son audition et que les éléments de la procédure établissent qu'il a pu faire preuve d'agressivité et de violences par le passé notamment dans les locaux de l'UDAF ».

⁷⁶ C. civ., art. 441, al. 2.

⁷⁷ C. civ., art. 442, al. 2.

⁷⁸ Cass. 1^{er} civ., 4 mai 2017, n°16-17.752 ; *D.* 2017, Panor., p. 1501, obs. LEMOULAND (Jean-Jacques) ; *Dr. famille* 2017, comm. 170, note MARIA (Ingrid) ; *Gaz. Pal.* 2017, n°33, p. 8, obs. ROBBE (Charlotte). – Cass. 1^{er} civ., 8 juillet 2020, n°19-16.246 ; *Deffrénois* 24 sept. 2020, n° 39, 163h9, p. 32, note COMBRET (Jacques) ; *D.* 2021, Panor., p. 1257, note NOGUÉRO (David). – Comp. Cass. 1^{er} civ., 10 octobre 2012, n°11-14.441 ; *Dr. famille* 2012, comm. 184, note MARIA (Ingrid) ; *AJ fam.* 2012, p. 619, obs. VERHEYDE (Thierry) ; *D.* 2012, p. 2723, note RAOUL-CORMEIL (Gilles) ; *RTD civ.* 2013, p. 90, obs. HAUSER (Jean).

⁷⁹ C. civ., art. 249, al. 1er [Loi n°75-617 du 11 juillet 1975, mod. Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 et mod. Loi n°2019-439 du 26 mai 2004].

⁸⁰ C. civ., art. 490-2, al. 3 [Loi n°68-5 du 3 janvier 1968]. Sur ce texte donnant au médecin la mission de « *conservateur du toit et des meubles meublants* », v. MÉMETEAU (Gérard), « Le médecin et la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs », préc., p. 415.

de la République lorsque la disposition du logement est motivée par une entrée en maison de retraite⁸¹. Cette substitution n'a duré qu'un temps seulement, car la loi du 16 février 2015 a rétabli le médecin traitant dans ses prérogatives, en précisant toutefois qu'il ne devait pas être en conflit d'intérêts en occupant des fonctions dans l'établissement ayant vocation à accueillir le majeur protégé⁸². Au fond, l'avis médical pèse peu dans la balance si la disposition de l'immeuble affecté à l'habilitation du majeur protégé est le seul moyen de financer une résidence en maison de retraite qui s'avère nécessaire pour faire face à la dépendance du majeur protégé. En revanche, si le majeur protégé a les moyens de prendre en charge les frais de conservation de ses immeubles et souhaite les transmettre à ses héritiers à son décès, l'avis médical est utile pour dire si la disposition du logement serait de nature à contrarier le majeur protégé ou si cette décision lui est devenue indifférente.

22. Un avis médical auquel est subordonnée l'existence de la mesure. – Il est un cas où l'avis du médecin traitant est essentiel : c'est celui où le majeur protégé ou à protéger refuse de se laisser examiner par le médecin inscrit sur la liste du procureur de la République, au nom du *Noli me tangere*⁸³. Le cas échéant, le médecin, qui est un auxiliaire de justice, devra rédiger le certificat médical circonstancié en sollicitant le médecin traitant qui devra répondre à ses questions⁸⁴. Par ailleurs, l'avis d'un médecin traitant est suffisant pour soutenir une demande en mainlevée, en allègement de la mesure ou en renouvellement à l'identique de celle-ci⁸⁵. Le retour à la pleine capacité juridique n'est pas attentatoire à la liberté individuelle et ne requiert donc pas la consultation d'un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République⁸⁶. Cela dit, dans de pareils cas, le juge est parfois porté à ignorer l'avis du médecin traitant sans solliciter d'expertise médicale. Et la vigilance de la Cour de cassation est le moyen de rétablir le respect des droits fondamentaux⁸⁷.

⁸¹ Sur le principe de la conservation du cadre de vie de la personne protégée, et des conditions du droit exceptionnel de disposer des droits par lesquels est assuré le logement du majeur protégé, posées par l'article 426 du Code civil, v. PETERKA (Nathalie) et CARON-DÉGLISE (Anne), *Protection de la personne vulnérables*, Dalloz Action, 6^e éd., 2023, chap. 212, p. 328 à 337, spéc. n°212.13. – V. déjà sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968 : PLAZY (Jean-Marie), *La personne de l'incapable*, préc., n° 195 et s., p. 135, texte et note 4, où l'auteur relève que le projet de loi joue ici « un rôle thérapeutique ».

⁸² C. civ., art. 426, al. 3 [Loi n°2007-308 du 5 mars 2007, mod. Loi n°2015-177 du 16 février 2015] : « Si l'acte [de disposition du logement] a pour finalité l'accueil de l'intéressé dans un établissement, l'avis préalable d'un médecin, n'exerçant pas une fonction ou n'occupant pas un emploi dans cet établissement, est requis ».

⁸³ CARBONNIER (Jean), *Droit civil*, t. 1, PUF, coll. Thémis, 2004, n°197, p. 382. – *Adde*, MÉMETEAU (Gérard), « René Savatier – Jean Carbonnier : exaltation du droit médical », *RGDM* 2021, n°78, p. 169 à 193.

⁸⁴ Cass. civ. 1^{re}, 20 avril 2017, n°16-17.672 ; *AJ fam.* 2017, p. 356, obs. MOUTOURCY (Valéry) et, p. 3257, RAOUL-CORMEIL (Gilles) ; *D.* 2017, Jur., p. 1455, note PETERKA (Nathalie) ; *JCP. éd. G.* 2017, 525, note NOGUÉRO (David). Dans cet arrêt de cassation, la Cour de cassation admet qu'au sens de l'article 431 du Code civil, « le certificat circonstancié peut être établi sur pièces médicales, en cas de carence de l'intéressé ».

⁸⁵ C. civ., art. 442, al. 1er : « Le juge peut renouveler la mesure pour une même durée ». Le silence de la loi à propos du certificat médical est éloquent. Un simple certificat médical est nécessaire, au fond, pour justifier du bien-fondé du maintien de la mesure mais il n'est pas une condition de recevabilité de la requête en révision. La lecture *a contrario* de l'article 442, alinéa 4, du Code civil justifie cette position.

⁸⁶ Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 2016, n° 14-17.735 ; *D.* 2017. 1490, obs. LEMOULAND (Jean-Jacques) et NOGUERO (David) ; *Dr. famille* 2017, comm. 18, note MARIA (Ingrid) ; *LEFP* 2017/1, n°110e7, obs. RAOUL-CORMEIL (Gilles) ; *RTD civ.* 2017, p. 99, obs. HAUSER (Jean). La production d'un certificat médical n'est pas une condition de recevabilité de la demande de mainlevée de la mesure de protection juridique.

⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 15 avril 2015, n° 14-16.666 : *AJ fam.* 2015, p. 343, obs. MONTOURCY (Valéry) ; *Dr. famille* 2015, comm. 131, note MARIA (Ingrid) ; *RTD civ.* 2015, p. 587, obs. HAUSER (Jean). Cassation pour défaut de base légale au regard des articles 425 et 440 du Code civil, de l'arrêt qui maintient la mesure de curatelle renforcée « sans constater la persistance de l'altération des facultés mentales de l'intéressée et la nécessité pour celle-ci d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile ».

23. Hommage conclusif. – Ces derniers développements sont de nature à montrer la complexité de la matière mais aussi à mettre en évidence la diversité des cas où la sollicitation d'un médecin – traitant ou auxiliaire de Justice – est devenue nécessaire. Jean Foyer et le Doyen Carbonnier ont ouvert le droit des majeurs protégés au droit médical et, en retour, l'évolution de la protection juridique des majeurs a révélé que la protection des biens est assujettie à la protection de la personne et à la sauvegarde de ses droits fondamentaux. Ce pan du Code Napoléon a pu être réécrit avec une rigueur et une hauteur de vue empruntées au droit médical, à ses valeurs qui sont devenues des principes⁸⁸ et ont finalement instillé de l'humanisme dans le titre onze du Livre premier du Code civil. Cela dit, le faible ou très faible engagement des médecins (inscrits sur une liste du procureur de la République) pour monter en compétence sur la compréhension des mécanismes élémentaires de la protection juridique des majeurs peut nous faire douter, en définitive, du bien-fondé de rechercher un médecin réputé impartial. La question de la dés-expertisation de la constatation de l'altération des facultés personnelles mérite d'être posée. Il ne serait pas moins efficace de se contenter d'une double évaluation faite par un médecin et une infirmière qui soignent au quotidien le patient (la collégialité médicale ne doit pas être réservée à la fin de vie) ; et dans le cas où cette évaluation serait insuffisante, pour le juge ou pour le (défenseur du) majeur protégé, le juge désignerait un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République, voire un médecin expert inscrit sur une liste du procureur général près la Cour d'appel ou près la Cour de cassation, aux frais du Trésor public. La recherche de l'efficacité (obtenue dans huit ou neuf cas sur dix) n'est pas incompatible avec le respect des droits fondamentaux, dès lors que la loi octroie au juge ou aux parties à l'instance des prérogatives qui contrebalancent l'assouplissement de la procédure.

⁸⁸ Sur lesquels, v. GATTI (Laurence), *Les décisions de santé des majeurs protégés*, LEH, 2022, préf. MÉMETEAU (Gérard). – RAOUL-CORMEIL (Gilles), « Le droit de la protection des majeurs », in TEYSSIE (Bernard), dir., *Les métamorphoses du droit des personnes*, LexisNexis, 2023, p. 301 à 329, et les références.