

## MAJEURS PROTÉGÉS

- Dispositions communes à toutes les protections
- Rôle du médecin

**Carol JONAS (1)**

Docteur en droit  
Médecin psychiatre  
Chef de service, Centre hospitalier universitaire de Tours

**Actualisé par Véronique LEFEBVRE DES NOETTES**

Docteur en philosophie et éthique médicale  
Médecin psychiatre et gériatre  
Praticien hospitalier - Centre hospitalier Émile Roux Limel Brevannes - APHP

**POINTS-CLÉS**

1. - La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, et sa modification par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, conservent intact le principe de collaboration étroite du médecin et du juge au profit des majeurs que le Code civil protège (V n° 1 à 5).
2. - Cette collaboration est d'abord soignée lorsque il s'agit d'évaluer la responsabilité civile et surtout pénale du majeur, ou encore sa capacité à passer des actes, le tout sur le fondement de notions juridiquement et scientifiquement dissociées (V n° 6 à 14).
3. - Les certificats médicaux obéissent à un régime relativement précis qu'il s'agisse d'ouvrir une protection ou d'éclairer le juge avant certaines décisions en cours de protection et ils sont soumis comme tout certificat au secret médical plaçant le médecin dans des situations parfois délicates (V n° 15 à 23).
4. - Le médecin traitant, très présent dans la loi n° 66-5 du 3 janvier 1966, tend à s'effacer dans la loi de 5 mars 2007, pour réapparaître dans la loi de 16 février 2015 puisque certains certificats ne sont plus du ressort du médecin insensé (V n° 26 à 30).

**SOMMAIRE ANALYTIQUE****INTRODUCTION : 1.****I. - DROITS ET OBLIGATIONS DU MALADE MENTAL VIS-À-VIS DES TIERS : 2 à 15.****A. - Responsabilité du malade mental : 7 à 11.**

- 1° RESPONSABILITÉ PÉNALE DU MALADE MENTAL : LA NOTION DE TROUBLE PSYCHIQUE DE NEUROPSYCHOLOGIE : 4 à 9.

- 2° RESPONSABILITÉ CIVILE DU MALADE MENTAL : LA NOTION DE TROUBLE MENTAL : 10 à 11.

**B. - Protection du malade mental dans les actes de la vie civile : 12 à 15.****II. - PROTECTION DE L'INTIMITÉ DU MALADE MENTAL DANS LA COLLABORATION ENTRE MÉDECINS ET JUGES : 16 à 35.****BIBLIOGRAPHIE.**

## INDEX ALPHABÉTIQUE

Autonomie, 29

Certificats, 5, 13, 15 à 19, 21 à 26, 28

Code civil, 1, 9 à 13, 15 à 17, 19, 21 à 24, 28

Consentement, 11, 14, 27, 30

Défenseur des droits, 18, 19, 22

Irresponsabilité, 5, 9, 11 à 13

Age des tuteurs, 16, 18, 21, 26, 27

Logement, 24, 26, 30

Malade mental, 2 à 4, 10, 11, 14, 15

Médecin, 1, 9, 13, 15 à 22, 24 à 27, 30

Protection juridique, 1

Responsabilité, 9, 10, 24

Soins, 7, 8, 20, 24

## INTRODUCTION

1. – **Protection juridique, protection pour cause médicale.** – La loi du 5 mars 2007 (L. n° 2007-308, 5 mars 2007 : JO 7 mars 2007, p. 4323) regroupe, sous l'intitulé trompeur de « protection juridique », comme si toute protection dédicée par un code n'était pas juridique, les régimes de protection pour cause médicale.

C'est dans cette partie de la loi nouvelle que le rôle du médecin, sa collaboration constante avec le juge des tutelles, se retrouvent, aussi forts que dans la loi du 3 janvier 1968 (L. n° 68-5, 3 janv. 1968 : JO 4 janv. 1968, p. 114), mais éclairés à certains égards et dégagés en bonne part d'une intervention qui avait peut-être montré ses limites : celle du médecin traitant, potentiellement pris dans des conflits d'intérêts (intérêts contradictoires de la part de la famille et du patient dont il a la charge).

À l'intérieur des articles 415 à 432 du Code civil, le médecin apparaît aux articles 425, 426 et 431 ; son rôle est affiné plus loin, à propos du mandat de protection future (C. civ., art. 481).

Il apparaît aussi dans les articles 706-112 et suivants du Code de procédure pénale qui efforment le régime des poursuites engagées contre un majeur protégé.

Enfin, le médecin est le collaborateur premier des tribunaux lorsqu'il s'agit de déterminer la validité d'un acte fait par un majeur qui n'était pas protégé a priori (C. civ., art. 414-1 et 414-2).

## I. – DROITS ET OBLIGATIONS DU MALADE MENTAL VIS-À-VIS DES TIERS

2. – La maladie mentale peut, dans certains cas, obérer le fonctionnement psychologique et intellectuel du sujet et donc avoir des répercussions notables sur sa vie sociale ainsi que sur ses relations avec les tiers.

C'est pourquoi, il n'est pas étonnant que le droit civil, aussi bien que le droit pénal, puisse comporter des mesures spécifiques

aux malades mentaux ou plutôt à certains d'entre eux, selon les conséquences de leur maladie mentale dans des circonstances spécifiques. Sur ce point, il est intéressant d'examiner les conditions de la responsabilité des malades mentaux (A) mais également les dispositions qui conduisent à une protection particulière en dehors de ce qu'a prévu la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 (B).

### A. – Responsabilité du malade mental

3. – Il est habituel d'opposer la responsabilité pénale et la responsabilité civile en ce domaine. En apparence, le traitement appliqué au malade mental est diamétralement opposé puisque le droit pénal prévoit une irresponsabilité totale alors que le principe en droit civil est celui d'une responsabilité identique à celle de tout citoyen.

En fait, il convient d'emblée de préciser, d'une part, que la situation n'est pas aussi tranchée, et de l'autre que dans l'un et l'autre droit ça n'est pas directement la maladie mentale qui crée les solutions mais des situations spécifiquement définies dans la loi.

#### 1° Responsabilité pénale du malade mental : la notion de trouble psychique ou neuropsychique

4. – **Positionnement de la question.** – Elle est traitée dans le chapitre du Titre 2 du Code pénal qui définit les causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité. Elle résulte de l'article 122-1 :

N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.

La personne qui était atteinte au moment des faits d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discer-

nement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable, toutefois la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime.

La question, dont l'importance théorique et pratique n'est plus à déterminer, mérite des développements importants et approfondis (V. J.C. Civil Code, Art. 414-1 à 414-3, fasc. 30 ou *Nouveau Répertoire*, v° Majeurs protégés, fasc. 10). Pour ce qui nous concerne, il n'est cependant pas inutile de donner quelques indications sur l'application de cet article et les liens éventuels qu'il peut avoir avec la protection du sujet.

5. – **Apports de la loi du 5 mars 2007.** – D'ailleurs, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 en traite indirectement en complétant la protection des sujets par l'adjonction de certaines obligations faites au procureur de la République et au juge d'instruction en cas de mise en examen et d'emprisonnement d'un sujet bénéficiant d'une mesure de tutelle ou de curatelle.

Les articles 706-112 et suivants du Code de procédure pénale (V. Th. Fossier et D. Guibal, *Le régime des poursuites pénales engagées contre un majeur protégé* : JCP G 2007, I-146) et le décret du 25 novembre 2007 (D. n° 2007-1658, 25 nov. 2007 : JO 25 nov. 2007, p. 19231) prévoient la nécessité d'aviser systématiquement le juge des tutelles, tuteur et curateur, ce qui autorise ces deux derniers à bénéficier de pleins droits d'un permis de visite.

## MAJEURS PROTÉGÉS

Dispositions communes à toutes les protections  
Rôle du médecin

à jour du 19 mars 2017

4. 2017

Civil Code

Art. 415 à 432 : fasc. 20

Notarial Répertoire

MAJEURS PROTÉGÉS : fasc. 13

L'article 706-115 rend obligatoire un examen médical avant tout jugement au fond. Il est d'ailleurs sans doute regrettable, à ce propos, que le décret précité introduise quelques subtilités en fonction des circonstances, la plus critiquable étant la possibilité d'utilisation de certificats antérieurs pour remplacer l'expertise alors qu'il n'est pas établi, loin s'en faut, que ces certificats répondent précisément à la question de connaître l'état actuel du sujet. Or, c'est en fonction de cet état que les mesures d'accompagnement spécifiques, voire de protection, peuvent être déterminées, consistant notamment à faire diligenter une expertise psychiatrique permettant de déterminer si le sujet sous tutelle ou sous curatelle justifie l'application des dispositions de l'article 122-1 du Code pénal ou non.

6. - **Définitions.** - Comme on l'a vu, ce dernier conduit à l'irresponsabilité totale ou à une responsabilité atténuée pour certaines personnes présentant « un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli ou abîmé leur discernement ou encore entravé le contrôle de leurs actes ».

Dans la rédaction simple de l'article 122-1 du Code pénal, plusieurs concepts sont particulièrement importants mais ne connaissent pas de définition intangible.

Ainsi la question du trouble psychique ou neuropsychique mérite-t-elle que l'on s'y arrête un instant.

Recover-t-elle celle de maladie mentale ou est-elle plus large ? Cela est bien difficile à dire mais on s'accorde en général à affirmer que le terme important est « trouble », il faut que la perturbation soit en rapport avec une pathologie. Si la perturbation est liée à des modifications habituelles de l'humeur ou à des émotions, telles la passion ou la colère, cela n'est pas dans la définition proposée par l'article 122-1. En revanche, on peut envisager que certaines pathologies, qui ne seraient pas des maladies mentales mais conduiraient à des perturbations du jugement ou du contrôle des actes, pourraient conduire à une irresponsabilité.

Le second aspect important est « au moment des faits ». Il est nécessaire de se placer à l'époque même de l'acte du sujet ce qui n'est pas toujours simple dans la mesure où nombre de crimes ou de délits sont réalisés dans des contextes très particuliers sur le plan émotionnel et relationnel pouvant entraîner des perturbations notables du fonctionnement psychique qui ne sont pas toujours retrouvées à l'identité dans un examen ultérieur. D'ailleurs, dans les cas où on peut également s'appuyer sur des examens antérieurs du sujet, la remarque est identique. Ceci complique le travail de l'expert en ce domaine.

Le troisième aspect est constitué par les notions de « discernement » et de « volonté (des) actes ». Celles-ci ne connaissent pas de définition juridique ni de définition médicale (on pourra lire avec profit à ce propos l'ouvrage consacré aux recommandations de la Haute autorité de santé et le rapport des experts qui ont permis l'élaboration de ces derniers : *Expertise psychiatrique pénale*, J.-L. Simon (1er éd.), J.-C. Pascal et G. Rosainelli : *John Libbey Eurotext, Fédération française de psychiatrie*, 2007).

Ainsi la notion de discernement recouvre en partie celle de troubles du jugement et de la compréhension sans en être un synonyme. La notion de contrôle des actes est plus floue mais nécessite la constatation de processus psychiques perturbant notablement la capacité à vouloir. Certains des symptômes décrits dans le premier chapitre de cet article peuvent conduire à des perturbations du discernement et du contrôle des actes mais, en tout état de cause, tous les spécialistes de la question qu'ils soient juristes, psychiatres ou criminologues s'accordent pour affirmer avec

force qu'il ne doit y avoir aucune équation entre l'existence d'une maladie et l'irresponsabilité. Chaque situation doit être examinée dans son contexte pour répondre aux prescriptions de l'article 122-1 du Code pénal.

Enfin, le dernier point important concerne la définition du terme « abolition » par comparaison à une simple altération ou à une entrave. Pour ces termes, autant que pour les précédents, il n'y a pas de définition ni juridique ni médicale. Il existe cependant un relatif consensus parmi les experts psychiatres, rejoignant en cela la théorie juridique.

L'abolition du discernement ou du contrôle des actes conduit à ce que le sujet ne puisse pas se voir imputer un acte qu'il n'a pas compris ni voulu, qui en d'autres termes le dépasse complètement. C'est d'ailleurs le motif sociologique et juridique qui autorise que son acte ne lui soit pas imputé et qu'il ne soit donc pas punissable puisque ne pouvant comprendre l'origine de la sanction et ne pouvant donc pas strictement en profiter pour s'autocontrôler.

7. - **Absence de coordination entre responsabilité pénale et protection juridique du majeur.** - Il n'y a donc pas de lien précis entre l'irresponsabilité pénale et l'existence d'une mesure de protection. L'altération des facultés mentales entraînant une personne de pourvoir à ses intérêts dans les actes de la vie civile n'est pas synonyme de l'abolition du discernement ou du contrôle des actes. La pathologie qui justifie une mesure de protection conduit souvent des symptômes simultanés, mais aussi beaucoup d'autres, qui sont évolutifs en fonction du temps, du contexte, mais également des soins, voire de l'entourage. Il n'est donc pas exclu qu'un sujet placé sous tutelle puisse être reconnu responsable de ses actes et qu'un autre qui ne justifierait pas d'une mesure de protection puisse être irresponsable en raison d'une pathologie ayant momentanément aboli son discernement et/ou le contrôle de ses actes.

8. - **Apports de la réforme de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 et irresponsabilité pénale.** - Jusqu'à la réforme intervenue en 2008, la procédure pénale prévoyait en cas d'abolition de la capacité de discernement le prononcé d'un non-lieu par le juge d'instruction. Une telle décision était alors psychologiquement « violente » pour la partie civile. Sans qu'il y ait une audience, un non-lieu était alors prononcé. C'était pour la partie civile très difficile d'accepter une telle situation puisque la notion même employée laisse à penser que les faits ne s'étaient pas produits. Cette décision était d'autant plus difficile pour la partie civile qu'elle n'avait pas toujours la possibilité de s'expliquer sur ce qu'elle avait vécu. C'était comme si rien ne s'était passé. Les victimes ou familles des victimes avaient des difficultés à comprendre ce terme de non-lieu psychiatrique et à admettre ce non-lieu, sans même qu'il y ait la moindre audience.

Comment des liens assurer la protection de la société contre un comportement pouvait être répété et comment répondre aux attentes de la victime ? Raisonnablement constaté par le procureur de la République par un classement sans suite, l'irresponsabilité pénale résultait le plus souvent d'une ordonnance ou d'un arrêt de non-lieu rendu par le juge d'instruction ou par la chambre de l'instruction de la cour d'appel. L'ordonnance de non-lieu, ensuite décidée par le juge d'instruction, motivée par l'état mental de la personne mise en examen, était susceptible d'appel par la partie civile, lequel est alors examiné par la chambre de l'instruction au cours d'une audience publique avec comparution personnelle de la personne poursuivie si c'était possible et sur demande de la partie civile, et avec audition des experts. Le débat sur le

problème de l'irresponsabilité pénale a été relancé suite à une terrible affaire : le décès d'une infirmière et d'une aide-soignante dans un établissement psychiatrique. La question de l'irresponsabilité pénale a été remise en cause et notamment le fait que la procédure ne laisse pas de place à la victime, aux parties civiles de pouvoir s'exprimer. En effet, dans cette affaire, le patient atteint de graves troubles psychiatriques a été déclaré irresponsable suite aux rapports des experts psychiatriques qui ont tous conclu dans le même sens : abolition de ses capacités de discernement au moment des faits. Dès lors que la personne est déclarée irresponsable, la procédure est terminée. Des réflexions ont été menées pour déterminer les modalités d'évolution de ce principe d'irresponsabilité pénale. Une loi a donc été publiée, le 25 février 2008, et a créé, entre autres, un changement sémantique notable puisqu'on ne parle plus de « non-lieu psychiatrique » mais « d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental » et une audience permet aux parties civiles de rencontrer et entendre l'accusé et les experts, si elles en font la demande.

La loi n° 2008-361 du 16 avril 2008, dans son article D. 47-27 du Code pénal, définit le trouble mental comme « ce qui névralgise des sens et compromet la liberté des personnes ou porte atteinte, de façon grave, à l'ordre public ». Une décision d'irresponsabilité pour troubles mentaux ne peut être rendue que dans le strict respect de la procédure définie par la loi. Deux phases de la procédure peuvent être distinguées : la phase de l'instruction et celle de jugement.

**9. - Phase de l'instruction.** - Un débat public intervient devant la chambre de l'instruction sur deux éléments :

- la réalité des charges pesant contre la personne mise en examen ;
- l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli le discernement de la personne mise en examen et entraînant de ce fait son irresponsabilité pénale.

Lors de cette audience, le président ordonne soit d'office, soit à la demande du ministère public, de la partie civile ou du mis en examen lui-même, la comparution personnelle de la personne mise en examen si son état de santé lui permet. Si elle est présente, la personne est interrogée, puis les magistrats président à l'audition des experts et, le cas échéant, des témoins.

L'article 706-122 indique que les experts « doivent être entendus », les témoins ne l'étant que si cela est « nécessaire pour établir l'absence des charges suffisantes » contre la personne mise en examen ou pour déterminer son état mental.

**Cinq questions sont traditionnellement posées au médecin expert :**

- a) l'examen psychiatrique et physiologique du sujet révèle-t-il chez lui des anomalies mentales ou psychiques ?
- b) l'infraction qui lui est reprochée est-elle ou non en relation avec de telles anomalies ?
- c) le sujet présente-t-il un état dangereux ?
- d) le sujet est-il accessible à une sanction pénale ?
- e) le sujet est-il curable ou adaptable ?

L'expert a donc la redoutable mission de diagnostiquer la maladie mentale éventuelle de l'auteur présumé de l'infraction : soit une psychose dont la schizophrénie, la paranoïa, la psychose maniaco-dépressive ou la psychose hallucinatoire ; soit un défaut de développement ou une altération des facultés mentales ou cognitives.

Il doit déclarer irresponsable toute personne ayant perdu, au moment des faits, soit toute capacité à comprendre ses actes, soit toute capacité à les contrôler. Si la conscience ou la volonté font défaut, la personne poursuivie est irresponsable. Les débats devant la chambre de l'instruction sont publics et l'arrêt est rendu en audience publique.

La seule restriction concerne les cas de huis clos, lequel peut être demandé dans les conditions prévues par l'article 306 du

Code de procédure pénale, notamment si la publicité est « abusive pour l'ordre ou les mœurs ».

La chambre de l'instruction rend alors l'une des trois décisions suivantes :

- soit elle estime qu'il n'existe pas de charges suffisantes contre la personne mise en examen d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés et elle prononce un non-lieu de droit commun (du fait de l'absence d'infraction à la charge de la personne présumée) ;

- soit elle estime qu'il existe des charges suffisantes contre la personne mise en examen d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés mais que la personne ne souffre pas de troubles ayant aboli son discernement et, dans ce cas, elle la renvoie devant la juridiction de jugement compétente pour être jugée ;

- soit elle considère que les charges sont suffisantes mais que le premier alinéa de l'article 122-1 du Code pénal est applicable, elle rend un arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental par lequel elle déclare qu'il existe des charges suffisantes contre la personne d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés et que la personne est irresponsable pénalement du fait de l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes au moment des faits.

Dans ce cas, la chambre de l'instruction ne statue pas sur la responsabilité civile de l'individu. Elle renvoie l'affaire devant le tribunal correctionnel compétent, si la partie civile le demande, pour qu'il se prononce sur la responsabilité civile de la personne, conformément aux dispositions de l'article 489-2 du Code civil, et qu'il statue sur les demandes de dommages et intérêts. L'article D. 47-6-3 du Code de procédure pénale précise que le juge délégué aux victimes peut être désigné par le président du tribunal de grande instance « pour présider les audiences du tribunal correctionnel statuant après renvoi sur les seuls intérêts civils ». Un appel peut être formé contre l'ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental rendue par un juge d'instruction ou contre l'ordonnance de renvoi accordé par le même magistrat, dès lors que cet appel est formé par une personne mise en examen qui demande le bénéfice des dispositions de l'article 122-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal (c'est-à-dire l'irresponsabilité pénale).

La décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental peut être complétée selon les besoins d'une ou plusieurs mesures de sûreté. Ainsi, innovation de la loi du 25 février 2008, il est désormais possible au juge judiciaire de prononcer l'hospitalisation d'office d'une personne reconnue irresponsable pénalement en hôpital psychiatrique.

## 2° Responsabilité civile du malade mental : la notion de trouble mental

**10. - Principe inverse du droit pénal.** - Le principe d'irresponsabilité qui prévaut en droit pénal apparaît totalement renversé en droit civil. La réalité n'est certainement pas aussi tranchée, d'autant plus que nous venons de l'examiner. L'irresponsabilité supposée en droit pénal ne s'applique que dans des circonstances très précises d'abolition totale du discernement et du contrôle des actes. L'article 414-3 du Code civil (C. civ., art. 489-2 ancien) édicte un principe en apparence opposé : « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation ». En fait, la contradiction n'est qu'apparente. En effet, il est bien logique que l'état mental du sujet soit directement et précisément pris en compte lorsqu'on envisage l'unité, voire la légitimité, de lui appliquer une sanction. Il s'agit alors de s'intéresser à l'acte à qui on imputera le fait, sous l'angle de son auteur. En revanche, lorsqu'on s'intéresse aux conséquences civiles d'un acte, le regard ne porte plus sur l'auteur mais bien sur la victime. En ce cas, il serait anormal, illogique, voire injuste, que cette der-

Dispositions communes à toutes les protections  
Rôle du médecin

Notarial Répertoire

à jour au 19 mars 2017

4, 2017

MAJEURS PROTÉGÉS : fasc. 13

nier ne bénéficie pas des mêmes droits lorsque des auteurs ont des modalités de fonctionnement social ou un statut différent (malade mental, mineur, majeur en pleine capacité). Mais ceci n'est vrai que lorsque la « victime » est totalement « innocente » de ce qui lui est arrivé. Dans tous les cas où elle a joué un rôle dans son dommage, celui-ci est pris en compte.

11. – **Maladies du droit ancien.** – On sait que l'article 414-3 reprend intégralement la rédaction de l'ancien article 409-2 du Code civil. Il est donc plus que probable que la jurisprudence antérieure continuera à s'appliquer notamment pour ce qui est de la définition du « trouble mental ». En effet, il n'a sans doute échappé à personne que s'il existe un commencement de définition du trouble qui permet de prononcer une irresponsabilité en droit pénal, il n'y a aucune indication en ce qui concerne la spécificité ou les limites du trouble mental de l'article 414-3. Il n'est,

par exemple, pas fait référence à la capacité à consentir ou au degré de liberté que la maladie laisse persister chez le sujet. La seule limite est qu'il doit s'agir d'une maladie mentale. Ainsi la jurisprudence a-t-elle, par exemple, écarté une perte de connaissance liée à un malaise cardiaque (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 févr. 1992, n° 79-17.247 ; D. 1992, p. 1, note Gaudin). C'est plutôt dans la rédaction de l'article 414-1 du Code civil (C. civ., art. 409 al. 1<sup>er</sup> ancien) que la terminologie aurait gagné à être précisée. Cela aurait sans doute été plus satisfaisant pour assurer un équilibre précis et sécurisé de l'imbriqué du malade mental et de celui des tiers.

V. également sur la notion de trouble mental, JCI, Civil Code, Art. 414-1 à 414-3, fasc. 20 ou Notarial Répertoire, V<sup>e</sup> Majeurs protégés, fasc. 8, par M.-L. Cicé-Deffosse.

## B. – Protection du malade mental dans les actes de la vie civile

12. – **Théorie du consentement éclairé.** – La protection du malade mental face aux tiers résulte essentiellement du principe général de la nécessité du consentement et de la présomption d'invalidité de ce dernier en cas de trouble mental avéré. On sait l'importance de cette notion aussi bien en droit patrimonial (C. civ., art. 1129 qu'en droit extrapatrimonial (C. civ., art. 16-3. – CSP, art. L. 1111-4, pour ce qui concerne l'intervention sur le corps humain. – Ou encore C. civ., art. 146, pour le mariage. – C. civ., art. 212, pour le divorce).

La protection apportée au malade mental est, dans certaines hypothèses, spécifique à ce dernier et, dans d'autres, ne résulte que de la mise en œuvre de moyens de protection qui sont apportés à l'ensemble de la population ou à des personnes vulnérables.

De manière générale, la protection porte aussi bien sur les actes juridiques que sur des aspects extrapatrimoniaux. Dans ce domaine, nous nous intéresserons à ce qui est du registre médical à savoir la protection du corps humain et celle de l'intimité du sujet.

13. – **Données médico-légales.** – Dès 1968, la protection du malade résultait des dispositions de l'article 409 du Code civil qui précisait, en son alinéa 1<sup>er</sup>, « pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit ». Le texte a été repris à l'identique, par la loi du 5 mars 2007, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, dans l'article 414-1. Il en est de même des autres aspects abordés dans cet article : nécessité pour le demandeur de prouver l'insanité d'esprit qui ne peut pas être présumée, possibilité d'action non seulement pour le sujet mais également pour son tuteur ou son curateur ainsi que pour ses ayants droit après sa mort, et enfin délai de prescription relativement court puisqu'il est de 5 ans.

De l'avis général, cette protection a posteriori trouve d'importantes limites liées en particulier à la brièveté du délai mais aussi à la nécessité de faire la preuve du trouble mental, ce qui n'est pas toujours simple lorsque ce dernier n'était pas connu avant l'acte ou n'est pas clairement documenté par des arguments objectifs.

C'est d'ailleurs tout l'objectif de la mise en œuvre d'une protection a priori constituée par une des mesures prévues par la loi du 3 janvier 1968 (L. n° 66-5, 3 janv. 1968) et maintenant par celle du 5 mars 2007 (L. n° 2007-308, 5 mars 2007).

14. – **Problème du secret médical.** – Une des difficultés essentielles de cette protection a posteriori tient à l'existence du principe fort et rigoureux de secret professionnel en droit français qui rend toujours difficile l'obtention par des tiers d'informations à caractère médical. C'est d'ailleurs, dans le domaine qui nous occupe, le motif qui a conduit la jurisprudence à admettre des dérogations spécifiques pour que les dispositions générales de l'article 489 (ou maintenant C. civ., art. 414-1) puissent réellement s'appliquer. Il en est ainsi pour un acte de vente commis sous l'empire d'un trouble mental mais également pour un testament (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 mai 1964 ; D. 1965, p. 109, note Lebert) ou encore pour l'application des dispositions de l'article 1975 du Code civil qui annule le contrat de vente viagère en cas de décès du crédit restier, dans les 20 jours de la signature du contrat, d'une maladie dont il était déjà atteint (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 févr. 1963 / JCP G 1963, II, 17107, concl. Lindon).

Il a ainsi été jugé, à propos d'une action fondée sur l'article 901 du Code civil, mais transposable à l'ensemble de la matière, y compris après la réforme, que le médecin traitant est, par l'effet de la loi, déchargé de secret professionnel lorsqu'il avertit de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de son art et qui peuvent contribuer à la protection de son patient par un tribunal (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 mars 2004, n° 01-00.313 ; JurisData n° 2004-022568 ; Gaz. Pal. 6 nov. 2004, p. 18, obs. J. Massip. – *Adde.* sur la règle applicable au certificat délivré dans le cas où en vue d'une protection organisée, Th. Fossier, *Rédaction des certificats médicaux dans les affaires de famille* : *Schéry* juin 2000 et *Sauget* oct. 2000 ; et *chron.* dans *L'Entreprise médicale* 1999, p. 189. – Et dans *RUFF* oct. 2002, p. 12 (*secret médical et insanité d'esprit*, note Th. Fossier in Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mai 2002).

15. – **Difficultés substantielles après la réforme.** – Il n'en demeure pas moins que la terminologie retenue dans l'article 414-1 du Code civil reste impécunieuse et donc source d'insécurité pour les transactions. En effet, il n'y a pas de définition claire de celui qui est « sain d'esprit ». La solution repose donc toujours sur un certain arbitraire des juges qui n'ont pour seul soutien que de pouvoir s'appuyer, d'une part, sur les diagnostics médicaux obtenus en dérogation au principe du secret comme la jurisprudence l'a justement déposé, et, d'autre part, sur une analyse a posteriori de l'état de santé mentale du sujet au

moment de la rédaction de l'acte, demandé à un expert psychiatrie. Dans la grande majorité des cas, les actes contestés sont le lit de personnes déçédées au moment de l'action en justice. Il s'agit de contrats de vente ou de contrats viagers, de testaments ou de donations entre vifs. La tâche de l'expert est rendue plus ardue par l'impossibilité de rencontrer le sujet. À l'heure où la longévité s'accompagne parfois de dégradations du fonctionnement personnel, il aurait sans doute été utile que la notion d'insan-

ité d'esprit soit mieux définie et clairement rattachée à celle de consentement pour faciliter a posteriori le travail du juge et de l'expert dans des domaines qui restent encore incertains.

V. sur la question de la protection du malade mental dans les actes de la vie civile, *ACJ Civil Code*, Art. 414-1 à 414-3, *Ann. 20* ou *Notarial Répertoire*, V° *Majeurs protégés*, *Ann. 8*, par M.-L. Civile-Deffaux.

## 8. - PROTECTION DE L'INTIMITÉ DU MALADE MENTAL DANS LA COLLABORATION ENTRE MÉDECINS ET JUGES

16. - **Problématique générale du certificat médical.** - L'intimité de malade mental est protégée de la même manière que celle de tout citoyen. Ce sont les articles 9 du Code civil et 226-13 du Code pénal qui s'appliquent à son égard, sans spécificité particulière. Les seules spécificités auxquelles le malade mental est associé concernent en fait la protection des tiers. Dans certains cas, des dérogations au secret professionnel existent, de manière nécessaire ou facultative, pour éviter que le comportement lui-même puisse conduire à des conséquences dramatiques. Ainsi en est-il de la possibilité de faire connaître à l'autorité préfectorale les situations dans lesquelles un malade détient une arme ou a projeté d'en acquiescer une (C. pén., art. 226-14).

17. - **Application à l'ouverture de tutelle ou curatelle.** - L'indépendance entre les modalités de traitement et le régime de protection clarifie les rôles des médecins et du juge des tutelles, sans pour autant ignorer la nécessité d'une collaboration entre eux.

Pour décider de l'ouverture d'un régime de protection, le juge est guidé par les compétences du milieu médical : au médecin, le soin de révéler l'altération des facultés physiques ou mentales de l'individu ; à l'autorité judiciaire, de décider si le majeur doit être placé sous un régime de protection.

L'indépendance se situe également au stade de la décision de placement puisque le juge des tutelles reste libre d'ordonner un régime de protection ou de le refuser.

En revanche, aucune mesure de protection juridique ne peut être décidée sans que l'altération des facultés mentales ne soit médicalement constatée.

Sous une apparence contradictoire, les deux propositions se complètent.

Le principe de l'irrecevabilité d'une requête dénuée de certificat médical de spécialiste, développé sous l'impulsion de la loi de 1968 par J. Massip (Défenseur 1973, art. 31030). Développant un point de vue plus lâche, précédemment acceptant le certificat jusqu'au jugement qui statue sur la recevabilité de la requête : V. note Th. Fossier et Cass. 1<sup>re</sup> civ. 24 nov. 1987 : *ACP G* 1988, II, 21129. - Sans doute, dans le même sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 12 nov. 1998 : *De famille* 1999, *commun.* 36, note Th. Fossier, est clairement affirmé désormais par le Code de procédure civile, modifié en 2008.

Sur les conséquences à tirer du refus d'examen médical par l'intéressé lui-même, un arrêt (Cass. 1<sup>re</sup> civ. 18 juan. 1972 : *DI* 1972, p. 373, note *Constantine-Raynaud*) permet de continuer la procédure de placement sous protection.

En revanche, lorsque le majeur est intouchable, le juge ne peut se contenter de justifier la tutelle par le « comportement d'évitement » (Cass. 1<sup>re</sup> civ. 23 mai 1979 : *Bull. civ. I*, n° 132) et doit rechercher d'autres éléments, tels que diverses présomptions de l'homme (Cass. 1<sup>re</sup> civ. 10 juill. 1994 : *DI* 1994, p. 547, note J. Massip).

Dans l'ancien régime, le procureur était quant à lui dispensé de produire un certificat médical à l'appui de ses saisines (V. not., Cass. 1<sup>re</sup> civ. 18 déc. 1979 : *Gas. Pal.* 1979, 2, p. 712. - Cass.

1<sup>re</sup> civ. 25 juan. 1980 : *ACP G* 1980, II, 340. - Cass. 1<sup>re</sup> civ. 22 nov. 1989 : *ACP N* 1990, p. 108, note Th. Fossier).

Il avait été jugé, sur un plan formel, que le fait pour le juge des tutelles de ne pas avoir mentionné dans sa décision l'avis du médecin n'a pas pour effet de rendre la procédure irrégulière (Cass. 1<sup>re</sup> civ. 3 juan. 2006 : *RJPP* mai 2006, p. 18, obs. F.-J. Ponsier). D'ailleurs, et cette fois au fond, le juge des tutelles n'est pas tenu de suivre l'avis des médecins pour le choix du cadre, ordinaire ou renforcé, dans lequel s'exercerait une mesure de curatelle (Cass. 1<sup>re</sup> civ. 6 déc. 2005 : *De famille* 2006, *commun.* 113, obs. Th. Fossier).

En revanche, l'importance du certificat de spécialiste et même sa portée juridique propre, ressortent de la règle selon laquelle le juge ne peut pas prononcer une tutelle si le médecin n'a déclaré que les causes d'une curatelle (Cass. 1<sup>re</sup> civ. 15 juan. 1994 : *Médecine et droit* 1995, p. 11, p. 21, note Th. Fossier ; *Défenseur* 1994, art. 33945, note J. Massip ; *D.* 1995, p. 37).

L'ensemble de ces règles s'applique pour la sauvegarde de justice, la curatelle ou la tutelle (C. civ., art. 425), mais aussi pour le mandat de protection future (C. civ., art. 481) ; V. chacun des fascicules propres à ces régimes.

18. - **De médecin expert au médecin inscrit : une nouvelle difficulté.** - Le médecin « expert » qui, dans le cadre de son expertise, était délié du secret médical est devenu médecin inscrit et donc soumis au secret médical et ne doit remettre son certificat médical dont le contenu doit être circonstancié au requérant.

L'article 431 du Code civil précise que le certificat circonstancié est établi par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République.

On observe que la loi n'exige pas expressément que ce médecin soit un spécialiste. Néanmoins, on peut exprimer des réserves sur le fait que des médecins généralistes soient compétents en psychiatrie, en neurologie ou en pédiatrie ; pourtant, pour pallier le manque de médecins inscrits, on voit de nombreuses listes sur lesquelles figurent des généralistes ; il va de soi que le certificat médical circonstancié sera alors beaucoup plus restreint sur la caractérisation et l'évaluation des altérations constatées pouvant donner lieu à ouverture ou non d'une mesure de protection.

L'inscription du médecin sur la liste suffit à conférer la « spécialité requise par la loi », indépendamment des titres universitaires de ce médecin et de l'attribution de ces titres avec ce dont souffre le malade (Cass. 1<sup>re</sup> civ. 24 nov. 1987, n° 85-18.006 : *JurisData* n° 1987-062162 ; *ACP G* 1988, II, 21129, note Th. Fossier ; *Gas. Pal. juan.* 1988, p. 312, note J. Massip. - V. aussi Cass. 1<sup>re</sup> civ. 24 juan. 1990 : *ACP N* 1990, p. 281, note Th. Fossier, sur le contenu du certificat de spécialiste).

19. - **Recommandations du Défenseur des droits.** - Le rapport du Défenseur des droits « Protection juridique des majeurs vulnérables », rendu public le 27 septembre 2016, stipule clairement : « L'article 425 du Code civil prévoit que l'évaluation médicale est un préalable indispensable à toute mesure de protection juridique » (Rapport, pp. 22-24). Dans ce cadre, l'objectif prio-

cipl de certificat médical est de permettre au juge des tutelles de décider si une mesure de protection est nécessaire et, dans l'affirmative, de déterminer laquelle est la plus adaptée.

La praxis courante du patrimoine du mandant et ses besoins de la vie quotidienne sont ainsi assurés et aucune restriction de capacité n'intervient.

Le certificat doit donc clairement indiquer si la personne est « 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 », condition nécessaire pour qu'elle puisse bénéficier d'une mesure de protection juridique, et si le besoin porte sur « la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci » ou s'il se porte que sur « l'une de ces deux missions ».

Ainsi, le certificat médical circonstancié doit décrire avec précision l'altération des facultés du majeur à protéger ou protégé, donner au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération et préciser les conséquences de cette altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation du majeur dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel, ainsi que sur l'exercice de son droit de vote (CPC, art. 3219).

Au-delà de l'exigence d'un certificat médical, condition préalable effectivement au prononcé d'une mesure de protection judiciaire, c'est la motivation de ce dernier qui permet au juge des tutelles d'adapter au mieux sa décision. En pratique, cette rédaction est de qualité inégale d'un médecin à l'autre, tant dans sa motivation que dans sa forme.

Le Défenseur des droits recommande que les médecins rédigent avec davantage de précision les certificats médicaux qui doivent être circonstanciés et lisibles.

L'établissement d'un certificat « dactylographié » pourrait également être imposé aux médecins.

L'article 431, alinéa 2, du Code civil prévoit que le coût du certificat médical est fixé par décret en Conseil d'État. Ainsi, l'article R. 217-1 du Code de procédure pénale (mod. D. n° 2008-1483, 22 déc. 2008) prévoit que le médecin auteur d'un tel certificat reçoit, à titre d'honoraires, la somme de 160 €.

Dans un contexte de pénurie de médecins habilités à intervenir dans le cadre de la protection des majeurs, le Défenseur des droits recommande de réévaluer la tarification des certificats médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs.

Lorsque le majeur à protéger refuse de se soumettre à l'examen par un médecin habilité par le procureur, le plus souvent, seul est joint à la requête un certificat médical constatant la carence de l'intéressé.

Le Défenseur des droits recommande que, malgré le constat de carence rédigé par le médecin habilité, le certificat puisse être suffisamment circonstancié afin d'établir l'existence ou non d'une altération sérieuse des facultés mentales ou physiques après l'avis du médecin traitant, notamment, et recueillir de tout élément utile auprès des proches et des établissements de santé ou médicaux.

Afin d'exercer sa mission, le médecin doit être inscrit sur la liste établie par le procureur de la République (C. civ., art. 431, al. 1<sup>er</sup>). L'inscription sur cette liste ne implique à l'heure actuelle aucune compétence spécifique.

Le Défenseur des droits recommande de rendre obligatoire le suivi d'une formation adaptée par les médecins habilités à la protection juridique des majeurs. Il propose, à cette fin, que soit créé un diplôme universitaire d'expertise médicale en matière de protection des majeurs (un tel diplôme interuniversitaire est déjà mis en place en partenariat entre les universités de Paris Diderot et de Créteil) ainsi que soient mises en place des actions de sensibilisation de nature à inciter davantage de médecins à s'inscrire sur les listes.

20. - **Application au mandat de protection future.** - L'article 481 du Code civil énoncé une règle similaire pour la mise en œuvre d'un mandat de protection future. Le mandat prend effet lorsque il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts. Celui-ci en reçoit notification dans les conditions prévues par le Code de procédure civile. À cette fin, le mandataire procure au greffe du tribunal d'instance le mandat et un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste mentionnée à l'article 431 établissant que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425.

Dans le rapport susvisé, le Défenseur des droits se félicite de la création d'un registre des mandats de protection future.

21. - **Application à la sauvegarde de justice.** - Le rôle échu aux autorités médicales apparaît plus complexe lorsqu'on envisage le placement du majeur sous sauvegarde de justice. Aux termes de l'article L. 3211-6 du Code de la santé publique, le médecin qui constate que la personne à laquelle il donne des soins a besoin pour l'une des causes prévues à l'article 490 du Code civil, d'être protégée dans les actes de la vie civile, peut en faire la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement. Cette déclaration a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice si elle est accompagnée de l'avis conforme d'un psychiatre. Cette déclaration n'a rien d'automatique et suppose que le médecin estime réunies les conditions d'ouverture de la sauvegarde de justice. Elle est, en revanche, obligatoire si la personne est soignée dans un établissement psychiatrique.

Bien entendu, si le Code de la santé publique impose au médecin de faire une déclaration aux fins de sauvegarde de justice, c'est uniquement dans le cas et à la condition qu'il constate un besoin de protection.

Le texte confère ainsi au médecin un pouvoir d'appréciation et l'absence de déclaration n'est pas en elle-même fautive (CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. R, 25 déc. 2000 ; *JurisData* n° 2000-115599 ; *Dr. famille* 2002, comm. 37, Th. Fessier).

22. - **Dérogation au secret médical.** - Il est admis que le médecin peut apporter des informations au juge des tutelles en dérogation à la règle du secret. Ceci avait notamment été précisé dans une circulaire du ministre de la Santé en date du 5 septembre 1972, aussi bien pour ce qui concerne les certificats de médecins spécialistes, que pour ceux rédigés par le médecin traitant dont l'avis était suggéré pour le juge en plusieurs occasions d'application de la loi.

La règle est plus évidente encore que dans le cas où le médecin est requis pour aider à l'annulation d'un acte *a posteriori*.

Ainsi jugé que le médecin qui, sans autre révélation sur l'état de santé d'un patient, se borne à donner avis sur le besoin de protection organisé de celui-ci, est délié du secret professionnel (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 juv. 2004, n° 01-16.823 ; *JurisData* n° 2004-027772 ; *Dr. famille* 2004, comm. 58, Th. Fessier). Le médecin est, par l'effet de la loi, déchargé du secret professionnel lorsqu'il

atteste auprès d'experts commis par un tribunal, des faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de son art (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 mars 2004 - Gaz. Pal. 6 nov. 2004, p. 18, obs. J. Massip).

Rappelons que « Le certificat est remis par le médecin au requérant sous pli cacheté, à l'attention exclusive du procureur de la République ou du juge des tutelles » (CPC, art. 1219). Or, dans les faits, nombre de familles ouvrent le pli cacheté et, parfois, produisent le contenu du certificat médical circonstancié dans d'autres juridictions ou à d'autres fins (divorce) que celles d'une mesure de protection.

23. - **Contenu réglementaire ?** - Les formes rigoureuses de l'expertise ont toujours été considérées comme superflues (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 avr. 1989 - Gaz. Pal. 1989, 2, p. 764, note J. Massip). Mais la position nouvelle de la Cour de cassation sur l'application de la Convention EDH (C. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 nov. 2006, n° 04-18.266 - JurisData n° 2006-036141 - Dr. famille 2007, comm. 21, Th. Fossier) pourrait imposer un minimum de contradiction dans les opérations du médecin certificateur.

D'autres arrêts avaient donné des précisions de détail sur le régime des certificats médicaux aux fins de sauvegarde ou aux fins de tutelle et curatelle (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 nov. 1989 - JCP N 1990, 108, Th. Fossier - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 nov. 1998 - Dr. famille 1999, comm. 36, Th. Fossier).

Le décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 modifiant la procédure civile applicable aux majeurs est discret sur la question, mais plus loquace quand même que les textes précédents. Il est dit, dans le décret susvisé, que le certificat médical circonstancié prévu par l'article 431 du Code civil vise à décrire avec précision l'altération des facultés de la personne à protéger ou protégée, à donner au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération, à préciser les conséquences de cette altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation de la personne dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel, ainsi que sur l'exercice de son droit de vote. Ce certificat indique si l'altération de la personne est de nature à porter atteinte à sa santé ou si elle est hors d'état d'exprimer sa volonté. Se trouvent ainsi édictés les éléments d'une « trame » de certificat, qui ne manquera pas d'occasionner la fabrication d'un modèle à type de case à cocher par l'Administration, ce qui va à l'envers de la mission du médecin habitué.

Le décret en Conseil d'État concernant la rémunération des certificats conditionnera en bonne partie les contenus réels.

Ces décrets donneront naissance à une pratique : saura-t-elle traiter différemment des situations qui le méritent ? Cela serait souhaitable car, en dehors des certificats nécessaires à la mise sous tutelle ou sous curatelle, d'autres situations justifient l'avis du médecin spécialiste dont certains seront très spécifiques (capacité à exprimer sa volonté dans un acte à caractère personnel, par exemple) nous voyons qu'il n'en est rien, en terme de rémunérations le certificat médical circonstancié étant, depuis 2009, rémunéré à 160 euros et la certification d'un non retent au domicile, pourtant s'il est bien fait et argumenté, lui, reste à 25 euros, d'où les recommandations du Défenseur des droits pour inciter de nouveaux médecins à demander leur inscription sur les listes, certains régions étant en déficit.

Une difficulté déjà connue des professionnels surgira à nouveau : comment être le collaborateur le plus efficace possible du juge sans pour autant dévoiler l'intimité du sujet ? En théorie, cela est certainement possible. Proposer un diagnostic n'est jamais nécessaire dans la mesure notamment où il n'apporte pas réellement d'information utile. La lecture du fascicule (JCP Civil Code, Art. 434-1 à 434-3, fasc. 10 ou Notariat Répertorié, V<sup>e</sup> Majeurs protégés, fasc. 11) a pu en convaincre. Un même diagnostic peut conduire à des états de santé totalement très différents les uns des autres. En revanche, il est possible de détailler un certain nombre de symptômes sans que cela soit une atteinte intolérable à l'intimité. Il suffit de sélectionner les symptômes susceptibles de permettre au magistrat de comprendre le fonctionnement

habituel du sujet, d'aider le juge à établir une rencontre efficace avec le patient pour lui apporter la protection la mieux adaptée à son état. En ce sens, l'origine précise des troubles, les antécédents et un certain nombre de spécificités intimes de la vie du sujet n'ont pas à être connus.

24. - **Pratique du certificat médical aux fins de tutelle ou curatelle.** - En fait, la rédaction des certificats demandés par le juge devrait respecter des règles simples :

• maintien du secret professionnel dans le principe ;

• dérogation réfléchie sur les aspects de la santé et du fonctionnement mental du sujet permettant une compréhension de sa trajectoire existentielle, un abord humaniste de ses capacités de relations avec les tiers et donc des décisions adaptées à son état.

En ce sens, la règle des quatre regards (juridique, social, médical et psychologique : V. JCP Civil Code, Art. 415 à 432, fasc. 10 ou Notariat Répertorié, V<sup>e</sup> Majeurs protégés, fasc. 12, n° 31) trouve à s'appliquer et devrait guider le rédacteur des certificats dans le choix des informations qu'il peut livrer dans l'intérêt du sujet, sans porter atteinte à son intimité mais en autorisant le magistrat à une adaptation précise, voire personnalisée, des dispositions de la loi.

Le contenu du certificat se déduit aisément des objectifs présentés ci-dessus. C'est ce que fait le Code de procédure civile, en son article 1219, qui indique que :

Le certificat médical circonstancié prévu par l'article 431 du Code civil :

1<sup>o</sup> Décrit avec précision l'altération des facultés du majeur à protéger ou protégé ;

2<sup>o</sup> Donne au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération ;

3<sup>o</sup> Précise les conséquences de cette altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation du majeur dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel, ainsi que sur l'exercice de son droit de vote ;

Le certificat indique si l'altération du majeur est de nature à porter atteinte à sa santé ou si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté.

Le certificat précise et justifie que « l'altération des facultés personnelles de l'intéressé n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science ».

25. - **Certificats divers : liquidation du logement, renouvellement de protection.** - Il est prévu à l'article 431-1 du Code civil un certificat de spécialiste pour l'application du dernier alinéa de l'article 428 du Code civil (« est-il dit pour le logement). Le médecin inscrit sur la liste établie par le procureur de la République peut solliciter l'avis du médecin traitant. La responsabilité des médecins reste celle qui pesait sur eux sous l'empire de la loi de 1968. Le logement de la personne protégée et les meubles dont il est garni, qu'il s'agisse d'une résidence principale ou secondaire, sont conservés à la disposition de celle-ci aussi longtemps qu'il est possible. Le pouvoir d'administrer les biens mentionnés au premier alinéa ne permet que des conventions de jouissance précaire qui cessent, malgré toutes dispositions ou stipulations contraires, dès le retour de la personne protégée dans son logement. S'il devient nécessaire ou s'il est de l'intérêt de la personne protégée qu'il soit disposé des droits relatifs à son logement ou à son mobilier par l'altération, la réalisation ou la conclusion d'un bail, l'acte est autorisé par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constaté, sans préjudice des formalités que peut requérir la nature des biens. L'avis préalable d'un médecin inscrit sur la liste prévue à l'article 431 était requis si l'acte avait pour finalité l'accès de l'intéressé dans un établissement, il ne l'est plus. L'avis d'un simple médecin devient possible (J. n° 2015-177, 16 fév. 2015). Dans tous les cas, les souvenirs, les objets à caractère personnel, ceux indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades sont gardés à la dis-



## MAJEURS PROTÉGÉS

Dispositions communes à toutes les protections  
Rôle du médecin

à jour au 19 mars 2017

4. 2017

Civil Code

Art. 415 à 432 : fasc. 20

Notarial Répertoire

MAJEURS PROTÉGÉS : fasc. 13

position de l'intéressé, le cas échéant par les soins de l'établissement dans lequel celui-ci est hébergé.

26. – **Révision ou renouvellement de la mesure de protection.** – Un acte certifiant particulier méritait une mention : celui qui sera repris par un tuteur ou curateur ou par le juge ou par l'entourage, en vue du renouvellement de la mesure à son échéance (en principe, 5 ans). La réalité du principe de révision quinquennale des mesures (V. ACT. Civil Code, Art. 415 à 432, fasc. 40 ou *Notarial Répertoire*, V° *Majeurs protégés*, fasc. 15) reposera en bonne partie sur la rigueur des médecins certificateurs. Selon l'article 442 : « Le juge peut renouveler la mesure pour une même durée. Toutefois, lorsque l'aliénation des facultés personnelles de l'intéressé décrite à l'article 425 n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, le juge peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme [du médecin mentionné] à l'article 431, renouveler la mesure pour une durée plus longue qu'il déterminera ». Dès lors, à la difficulté de certifier l'état du majeur, décrite dans le présent fascicule, s'ajoutera celle d'affirmer éventuellement un risque d'inscurabilité.

27. – **Position particulière du médecin traitant.** – Au sein de cette collaboration, le médecin traitant du malade occupait jusqu'alors une place privilégiée : il était consulté avant toute ouverture d'un régime de tutelle ou de curatelle (C. civ., art. 490-1 anciens) ; sa consultation était impérative dès lors qu'il était envisagé le sort du logement de la personne (C. civ., art. 490-2), pour le mariage de l'incapable placé sous tutelle (C. civ., art. 308), pour une variation de la capacité du majeur (C. civ., art. 503 et 511, anciens), pour le divorce (C. civ., art. 249).

Mais cette place du médecin traitant demeurait ambiguë. L'avis de ce médecin traitant pouvait être simplement téléphonique (J. Massip, *Les incapacités*, n° 317), ce qui tendait à montrer que sa valeur juridique est secondaire. Jugé aussi que le fait pour le juge des tutelles de ne pas avoir mentionné dans sa décision l'avis du médecin traitant n'a pas pour effet de rendre la procédure irrégulière (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 janv. 2006 : *RFP* mai 2006, obs. F.-J. Ponsier). C'était parfois l'identification du médecin traitant qui posait problème (V. note Th. Fossier, *RFP* janv. 2003, p. 12 ; *Définitiv* 2003, n° 2, p. 126, obs. J. Massip ; *RTD* civ. 2003, n° 1, p. 60, obs. J. Massier, in Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 2002).

La notion même de médecin traitant avait vieilli (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 oct. 2001 : *RFP* janv. 2002, p. 14, obs. F.-J. Ponsier – Adde, J.-F. Kravetz, *Le rôle du médecin expert (majeurs protégés)* : *AJF* 2002, comm. 12, p. 499).

Dans tous ces cas, le médecin traitant donnait son avis mais ne signalait pas directement au juge l'opportunité d'une protection : il convenait de ne pas confondre l'avis du médecin traitant et le certificat médical du médecin spécialiste nécessaire pour l'ouverture de la tutelle ou de la curatelle, avec l'expertise judiciaire intervenant en cas de doute sur l'aliénation des facultés personnelles.

Toutefois, il lui était possible de donner avis au juge des tutelles de la cause qui justifierait l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle (C. civ., art. 490 anciens) et son médiation par le conseil de famille pouvait être envisagée (C. civ., art. 496-2 anciens). Le médecin traitant qui, sans autre révélation sur l'état de santé d'un patient, se borne à donner avis sur le besoin de protection de celui-ci, est délégué du secret professionnel (Cass. 1<sup>re</sup> civ.,

13 janv. 2004, n° 01-16.823 : *JurisData* n° 2004-021772, *note*, n° 22).

Si la loi du 3 janvier 1968 souhaitait tenir compte, à bon escient, de la relation privilégiée que le médecin traitant peut entretenir avec la personne à protéger, il avait été constaté que le praticien n'est pas toujours à même de jouer le rôle dévolu par la loi : il n'est pas toujours clairement identifié, ne connaît pas toujours le contexte dans lequel évolue le malade ; il peut avoir quelques réticences à intervenir à raison de la protection du secret médical (sur ce point, M. Basset, Th. Fossier, L. Privat-Rivollet, *Le régime des tutelles, ombres et lumières* : *Dalloz*, 2006, p. 79).

De ce fait, la loi du 5 mars 2007 n'a pas souhaité maintenir le rôle du médecin traitant ; rares sont les textes qui y font désormais référence comme l'article 431-1 qui permet au médecin agréé de solliciter un avis de son confrère pour l'ouverture d'une protection, ou pour décider du sort du logement ; cet avis pourrait être annexé à l'avis principal du médecin agréé, ou mentionné dans les conclusions.

Nous que, pour la procédure de divorce, le médecin traitant reste l'interlocuteur privilégié du juge. En effet, la loi du 5 mars 2007 n'a pas modifié les textes sur la procédure de divorce (ACT. Civil Code, Art. 437-1 à 463, fasc. 10 et fasc. 20 ou *Notarial Répertoire*, V° *Majeurs protégés*, fasc. 31 et fasc. 31-32, par A. Batiere, n° 79 a.).

Tout comme sa devancière, la loi du 5 mars 2007 nécessitera la transmission d'informations entre le corps médical et le juge des tutelles. Il semble que les nouvelles prescriptions de la loi conduisent à rebâter le rôle du médecin traitant ; corrélativement, celui du médecin spécialiste sera accentué. L'avantage que l'on peut y trouver est de mettre en première ligne un médecin plus habitué aux types de pathologies rencontrées dans ce domaine et à leurs conséquences, mais également à l'application de la loi et de la notion de secret professionnel que ne le sont les médecins traitants, la plupart du temps généralistes et donc spécialisés dans aucun domaine, mais devant tous les connaître le mieux possible.

28. – **Dispositions de la loi du 16 février 2015.** – La loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit comporte plusieurs dispositions sur la protection juridique des majeurs ainsi que le décret n° 2016-174 du 15 décembre 2016 relatif à l'annexe au contrat de séjour dans les établissements d'hébergement sociaux et médico-sociaux pour personnes âgées (JO 17 déc. 2016, texte n° 18).

1° La deuxième phrase du dernier alinéa de l'article 42b est ainsi rédigée :

« Si l'acte a pour finalité l'accueil de l'intéressé dans un établissement, l'avis préalable d'un médecin, n'exercant pas une fonction ou n'occupant pas un emploi dans cet établissement, est requis ».

Ainsi, l'exigence d'un avis médical émanant d'un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République est donc supprimée et remplacée par celui d'un médecin extérieur à l'établissement (EHPAD ou maison de retraite), mais nombre de juges des tutelles recommandent encore que ce soit un médecin inscrit car il s'agit d'une véritable « expertise » qui dégage les intérêts du protégé et de recevoir son consentement ; or, ce travail n'est rémunéré qu'à hauteur de 25 € (ce qui correspond de fait au tarif d'une consultation chez le généraliste).

2° Le premier alinéa de l'article 431 est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Ce médecin inscrit peut solliciter l'avis du médecin traitant de la personne qu'il y a lieu de protéger » ;

l'art. 431-1 est abrogé ;

Celui-ci concernait la possibilité qui était offerte au médecin inscrit sur la liste du procureur de la République de solliciter l'avis du médecin traitant dans le cas où la vente de la résidence principale ou secondaire ou le congé du bail d'habitation avaient pour finalité l'entrée en maison de retraite du majeur protégé.

Ainsi, désormais, seul l'avis préalable d'un médecin, n'exercant pas une fonction ou n'occupant pas un emploi dans cet établissement, est requis ; l'avis du médecin agréé n'est plus requis.

4° Au second alinéa de l'article 432 et au deuxième alinéa de l'article 442, les mots : « du médecin mentionné » sont remplacés par les mots : « d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée » ;

5° l'article 441 est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Le juge qui prononce une mesure de tutelle peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431 constatant que l'altération des facultés personnelles de l'intéressé décrites à l'article 423 n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, fixer une durée plus longue, n'excedant pas dix ans ».

À l'ouverture de la mesure, le juge des tutelles pourra en fixer la durée au-delà de 5 ans sans pouvoir dépasser 10 ans.

6° Le deuxième alinéa de l'article 442 est complété par les mots : « n'excedant pas vingt ans ».

Dans le cas d'un renouvellement ou d'une révision de la mesure existante, le juge pourra fixer une durée plus longue sans toutefois dépasser 20 ans ; cette limite est nouvelle. L'avis conforme du médecin inscrit sur la liste du procureur de la République est toujours requis.

#### 20. - L'habilitation familiale : une nouvelle disposition. -

Le Gouvernement est ainsi autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi, nécessaires notamment pour assouplir le droit de la protection juridique des majeurs, en prévoyant un dispositif d'habilitation par justice au bénéfice des ascendants, descendants, frères et sœurs, partenaire d'un pacte civil de solidarité ou concubin, au sens de

l'article 515-8 du Code civil, d'un majeur hors d'état de manifester sa volonté, permettant de le représenter ou de passer certains actes en son nom sans qu'il soit besoin de prononcer une mesure de protection judiciaire. La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé (C. civ., art. 428). Cela signifie que le juge des tutelles saisi d'une requête aux fins d'ouverture d'une protection juridique devra en priorité favoriser la possibilité de confier à un proche le pouvoir de représenter ou assister le majeur vulnérable en dehors de toute mesure de sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle. Cette nouvelle disposition nécessite la production d'un certificat médical circonstancié, l'audition devant un juge des tutelles, et dispense de fournir des comptes de gestion et d'un renouvellement pendant 10 ans.

20. - Enfin, il est opportun de rappeler que les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire. Cette protection est instantanée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique (C. civ., art. 413).

21. - **Conclusion.** - Le rôle de médecin est complexe, délicat, et nécessite une expertise au-delà d'une qualification spécifique. Il engage ainsi sa responsabilité car il est lié au secret médical et peut être amené à intervenir dans des situations familiales complexes et désolées notamment en cas d'accueil en maison de retraite lorsqu'il faut statuer sur le logement. Il se trouve souvent en contradiction entre les désirs des uns et la réalité de terrain, la nécessité de rechercher le consentement de la personne alors que celle-ci, du fait de sa pathologie cognitive ou psychiatrique, est incapable de le donner. Le médecin doit informer et aussi assurer une guidance de la personne concernée et des familles dans des démarches qu'elles trouvent souvent angoissantes, alors qu'il s'agit de protéger une personne vulnérabilisée par la maladie. Le médecin doit aider tant que faire se peut à éclairer le juge dans les décisions qu'il aura à prendre, tout en agissant avec tact, humanité et prudence dans sa rédaction.

## BIBLIOGRAPHIE

V. RCJ, Civil Code, Art. 414-1 à 414-3, fasc. 10 ou Notarial Répertoire, V° Majeurs protégés, fasc. 11. - Rapport de M. Jean-René Lacroix, au nom de la Commission mixte paritaire, n° 192 (2007-2008). - Rapport de M. Georges Fenech, au nom de la Commission

mixte paritaire, n° 638. - Conseil de l'Ordre national des médecins [cormed] La majeur protégé [cormed] 4 oct. 2012. - Rapport du Défenseur des droits [cormed] Protection juridique des majeurs vulnérables [cormed] 27 sept. 2016.